

הקדמה יתברך המאציל ויתרומם הבורא.

אשר האציל יצוריו העושים את דברו נצחו יודעים, תורתו הוגים, משתעשעים בפקודיו הישירים, תורה שבכתב ושבע"פ הדברים אשר על פיהם פרת ברית את זרע קודש אברהם יצחק יעקב.

ובהבטחה ע"י גביאינו כי אלו התורות לא ימושו מפי זרעם עד עולם. ואף כי בחטאינו ועונות אבותינו גלינו מארצינו, ובמחשפים הושיבנו ה' אור לנו זה תלמוד בבלי, אשר לאורו נסע ונלך דור אחר דור והקים לנו ה' בכל דור רבותינו הקדושים אשר עינים להם לראות באור הבהיר להורות לנו את הדרך אשר נלך והמעשה אשר נעשה ונדלים מים חיים מבארות העמקנות אשר חפרום שרים הקדמונים להשקות צאן קדשים והעלו פנינים יקרים, המאירים לארץ ולדרים, כי כל ההוגה בה דרים ירוחו בכל עת ומוציא טעם קדש לחזק את דברי אלהים אשר יקום לעולם.

ואשרי לגדולי המחברים אשר הוסיפו לעטר זר תפארה בלימודי תורתנו הקדוש ופרשו ידיהם לשוט בים התלמוד ובכל פנות התורה הקדושה הראו נפלאות עומק חכמתה אשר אין קץ ליקרת תפארת יפיה וטובה, ושם עולם להם.

וכל אחד ואחד קבל חלקו ביד המלך מח"מ הקב"ה לפי תכונות נשמתו - הודו לה' כי טוב כי לעולם חסדו, נורא תהלות עושה פלא, אשר גם בדור הלזה אשר הושפל קרן התורה ירחם ה'. בכל זאת מתחדשים חיבורים יקרים בחידושי דאורייתא בכל פינות התורה, מאת הנאמנים באהבתה ומחזיקים במעוזה, האחוזים בעץ החיים הגדול לפי גדלו והקטן לפי ערכו המלמדים דעת ובינה לישא וליטן בהלכה ולתור בחכמתה, הגדולים והקטנים, או לערוך השלחן במטעמים להבאים אחריהם: ואני בעיני אם בי ידעתי ערך קטן עלי כפר זה רבות בשנים זכיתי לקיים מילי דאבות אשר נצטונתי להוציא לאור ספרו של אאמ"ו ו"ל בקראו שמו דברי חיים ועשיתי לו זר בהגהותי שמה בעברי עליו אשר הנה בהכרח ונמשכתי מענין לענין באותו ענין להביא איזה הערות משמי.

וראיתי אח"כ בזכות אבותי נ"ע, ושכר מצנה שומע הנה לי. ורבים ממנופלגי תורה וגם מגדולי הדור אז נ"ע, ונשרו כמה דברים בעיניהם.

בכ"ז הייתי נהבא אל הפלים מבלי להמנות בין חבורות מחברי ספרים - אולם רוח היא באנוש, ורוחו מי יכלכל, ומים רבים אשר בעוה"ר יעברו על כל המחברים בדורינו הן מהשקלים עם ה' ותוה"ק, המקנאים קנאת האמת כל אחד כפי דעתו וכפי משפטו, והן ממקנאים ומבקרי מומי חבריו ושומחים אלי גיל וישישו כי ימצאו השניאות אשר לא ימלט ולא יבצר מהם - כל אלה לא יוכלו לכבות אש אהבת התורה ללומדיה, ולהטאיד אחריו את אשר מצא בזענת אפו - ונתעוררתי זה איזה שנים להוציא לאור חיבורי הקטן ספר אמרי בינה ח"ד ותלי"ת נודעתי מכמה וכמה גדולי הדור מאשר בחיים אתנו, ומאשר נשמתם בג"ע, כי קבלו ספרי באהבה וישמחו בו, אשרי להדור שהגדולים שומעים לקטנים, נתחזקתי לסדר גם חלק השני מחידושי אשר על ח"מ ואה"ע אמורים - , ואם כי מקרוב בדורינו יצא חיבורים יקרים מגדולי הדור בח"מ, ולא ימלט כי ימצא

מחידושים הפתובים עמדי מכבר והעת והזמן לא נתן לעבור על כל דבריהם ולחפש אחריהם.

בכ"ז ידעתי ג"כ כי אין אדם נוגע בהמוכן לחבירו, וגם לא ימלט שאף אם ימצאו המעיינים אפס קצהו באיזה הערה. בכ"ז גם בענין זה בעצמו ימצאו חדשות בעה"י כי רבות יגעתי שלא ללקח מן המסקלה בגדולות ונפלאות וכמה פעמים מצאתי שכיוונתי לדברי גדולי הדור שלפנינו ונפתחו עיני להביט באורות ראשונים וגדולי מחברים דינים מדינים שונים אשר עדיין נעלמים ועיני מופלגי תורה לא שזפתום.

לכן הסכמתי לעצמי להעמיס המלאכה הזאת עלי לסדר, ולהדפיס. ואחרי ראיתי כי הרבו פארותיה ויתארכו בריה.

ואף כי הפסקתי בין הפרקים בכמה עניינים. בכ"ז הייתי מוכרח להשאיר פרט ועוללות ולהפסיק אף באמצע הענין.

וגם להפסיק אף באמצע חידושי על ח"מ מרב העמל וההוצאה הגדולה. ואקנה לה' כי המעיין ימצא הערות גדולות ודינים חדשים אשר הוצאתי מגדולי הראשונים ואחרונים אשר לא ראיתי עוד בביתאור - ולהלכה הם לי מלדבר בדרך הכרעה והמעייין יבחר.

ולכן עפ"י הרוב סימתי בצ"ע. ויתר חידושי בח"מ ואה"ע.

אם יחזקני ה' ויאמצני במנוחות שאננות ויאר עיני, אסדרם בחלק השלישי - וכבר מילתי אמורה בהקדמה בזה"ד בהתנצלות על השגיאות אשר ימצאו המעיינים אשר לא ימלט האדם מהם באשר הוא אדם.

וביותר בחלק הזה אשר בר"מ רבו פארותיה וענפיה ורבות שבועה לה נפשי עמל ורעות רוח עת עיוני מצדי צדדים מיסודי אה"ק ומנגעי בני אדם, ה' הטוב יכפר בעד, ורובי הטרודות מכל צד ה' יענגני בנפש: ואכרע ואשתחנה לאל הרועה אותי מעודי כי קמה אלנמתי, ואודה על חסדו וטובו על שפל איש פמוני, ואתפלל בכבוד ראש [ואמרו חז"ל על מתני' דאין עומדין מנא הני מילי כו' אלא אמר ריב"ח ואני ברב חסדך אבא בתיך אשתחנה אל היכל קדשך ביראתך ופריך ממאי דלמא דוד שאני דהני מצער נפשי' ברחמי טובא.

ויש להבין הא כמה דברים למדו חז"ל מדהע"ה דיני תפלה ואמר כבוד הה"ג הצדיק המנוח מו"ה חיים ז"ל [מילדי קראטשין שהי' זה ששים שנה מ"מ ומו"צ בעיר מולדתי ק' זאלשין ולא הניח בן אחריו] כי ידוע כל מה שהרבה הקב"ה להטיב להאדם החיוב עליו ביותר להודות לה' כי גמל עליו, ולהביר חסדו המרובים כמבואר במאמרי חכמו"ל ובח"ה, ולדאוג הרבה פן ח"ו קבל זכיותיו בעוה"ז.

והתנא במתני' גזר ואמר על כל סוגי אנשים אין עומדין להתפלל אלא מתוך כבוד ראש, ונודע כי התפלה להקב"ה אינו ח"ו לפעול לענות כי אני ה' לא שניתי ולא ישתנה מלא רוצה לרוצה רק מתפלל ועושה פלילות עם נפשו לשופטו ולהפיר גדולות הבורא ית"ש ורב טוב אשר גמל ה' עמו ושפיר שפלות ערכו וישתנה בעצמו שע"י הכנעתו מכיר חובותיו ומקריב ושופך נפשו לשמו הגדול או אז יחול עליו שפעת טובו ונעשה כלי מוכן

לקבל ברפת ה' שיתמלא מבוקשו ומקבל תחנונו כְּאִשֶּׁר הָאָרֶץ הַבַּעַל עֲקָרִים בְּזֶה וְאִישׁ אֲשֶׁר בְּכָל עֵת מֵרָאה לּוֹ הַקֹּב"ה חֲסִדָּיו וְרַחֲמָיו הַמְרַנְבִּים בְּיוֹתֵר צָרִיף לְדָאֵג כַּמ"ש הַח"ה הַגָּל.

לכן דהע"ה שְׂרָאָה בְּכָל עֵת חֲסִדֵי ה' אָמַר וְאֵנִי בְּרַב חֲסִדָּה הִיָּה תְּמִיד בְּפֶתַח וַיֵּרָאָה אָבָא בֵּיתָהּ אֲשֶׁת־תַּנְהָ. וְכִינּוּן שְׂאֵמֵר וְאֵנִי אָמְרוּ ז"ל דְּלֵמָּא שְׂאֵנִי דְּוֹד דְּהוּי מְצַעֵר נְפִשְׁיָהּ בְּרַחֲמִים טוֹבָא, שְׂרָאָה בְּעֵינָיו שֶׁהַקֹּב"ה מְתַנְהֵג עִמּוֹ בְּרַחֲמִים.

לְכֹה הִבִּיא הַש"ס לְלַמּוֹד מִמ"א שְׂמִשָּׁם גְּלִמּוֹד הַצִּיּוּי לְכָל סוּגֵי אֲנָשִׁים עֲבָדוּ אֶת ה' בְּיִרְאָה וְגִילּוּ בְּרַעְדָּה וּבִמְקוֹם גִּילָה שָׁם תְּהִי רַעְדָּה] - . וּבְרַעְדָּה וְגִילָה אֲשָׁא עֵינֵי לְמָרוֹם בְּהוֹדָאָה עַל הָעֶבֶר עַל אֲשֶׁר זָכִיתִי לְהוֹצִיא לְאוֹר סְפָרֵי הַלְּזָה אֲשֶׁר מְאָמְרֵי בְּסִימָנִים כְּמִסְפָּר שְׁמֵי עַם הַכּוֹלֵל וּמִלּוּי דְּשָׁם הַקְּדוֹשׁ ס"ג.

ותפלה על העתיד - אָנָּה ה'! חֲזַקְנִי וְאַמְצָנִי וְהָאִיר עֵינֵי בְּתוֹרָתָהּ, וְעוֹד אֲזַנְּכָה לְאָרִיכוֹת יָמִים לְלַמּוֹד וּלְלַמֵּד לְשִׁמּוֹר וְלַעֲשׂוֹת, הוֹרְנֵי ה' דְּרַכָּה וְחֲזַק לְבָבִי לְתוֹרָתָהּ וּלְיִרְאָתָהּ, וְזַקְנָתִי לֹא יָבוֹשׁ יְלֻדוֹתֵי לְכַפֵּר חֲטָאתִי, וְיַעֲרַב שִׂיחָתִי, וְיִתְמַלֵּא בְּקִשְׁתִּי, כִּי לֹא יָמוּשׁ הַתּוֹרָה מִפִּי וּמִפִּי יִרְעִי וּז"ז ע"ע.

וְנִהְיָה מְעַמְלִים בְּתוֹרָתָהּ הַקְּדוֹשָׁה וְלַעֲשׂוֹת כָּל הַדְּבָרִים לְשֵׁם פּוֹעֵלָן - . וְעֵינֵי לְמָרוֹם נְשׂוֹאוֹת, אָנָּה אֵל יְשׁוּעוֹת, חַיֵּשׁ נָא קִץ הַהֶפְלְאוֹת, חַיֵּשׁ לָנוּ הַעֲתִידוֹת קָנָא לְשִׁמְךָ הַגָּדוֹל וּלְתוֹרָתָהּ הַקְּדוֹשָׁה, כְּתַפִּילַת גְּעִים זְמִירוֹת יִשְׂרָאֵל, לֹא לָנוּ ה' לֹא לָנוּ כִּי לְשִׁמְךָ תֵּן כְּבוֹד.

וּלְהַבִּין הַכֶּפֶל פְּעַמִּים לֹא לָנוּ לֹא לָנוּ, וְכֵן הַתְּנָא הַקְּדוֹשׁ רַבִּי עֲקִיבָא זי"ע הַתְּפִלָּל אָבִינוּ מִלְּפָנָיו עֲשֵׂה לְמַעַנְךָ אִם לֹא לְמַעַנְנוּ וְשׁוֹב אָמַר א"מ עֲשֵׂה לְמַעַנְךָ וְהוֹשִׁיעֵנוּ יֵשׁ לְבָאֵר עַפ"י מִב"ר (פמ"ד) ע"פ וְהִנֵּה תִנּוֹר עֲשֵׂן כו' שְׂמַעוֹן בְּרַ אָבָא מִשָּׁם ר' יוֹחָנָן אָמַר אַרְבָּעָה דְּבָרִים הָרְאָה לוֹ, גִּיהִנָּם וּמַלְכִּיּוֹת וּמִתַּן תּוֹרָה וּבַהֲמ"ק אָמַר לוֹ כ"ז שְׁבִנְיָה עֲסוּקִים בְּשִׁתִּים נִיצוּלִין מִשְׁתִּים פְּרָשׁוּ מִשְׁתִּים הֵם נִידוּנִין בְּשִׁתִּים אָמַר לוֹ בְּמָה אִתָּה רּוֹצָה שְׂיִרְדוּ בְּנֵיךָ בְּגִיהִנָּם אוֹ בְּמַלְכִּיּוֹת כו' ר' יוֹדֵן וּר"א וּר"ח בְּרַ חֲנִינָא אָמְרוּ אַבְרָהָם בְּרַ גִּיהִנָּם וְהַקֹּב"ה בְּרַ לוֹ אֶת הַמַּלְכִּיּוֹת וּמְסִיִּים הַד"ד הַרְכַּבְתָּ אָנוּשׁ כו' וְהַכַּנְתָּ הַדְּבָרִים אִם הַקֹּב"ה נָתַן לוֹ הַבְּחִירָה בְּמָה שֶׁהוּא רּוֹצָה וְשִׁיבְרַר לוֹ אַחַת מִשְׁתִּים לְמָה בְּרַ לוֹ הַקֹּב"ה אִם כִּי הַהִיפָּךְ מִרְצוֹן אֲעֵ"ה הַלְּמַדְתִּי מִפִּי סוֹפְרִים וְסוֹפְרִים דְּנוֹדַע שְׂתַכְלִית בְּרִיאַת אָדָם הוּא לְקִשְׁרָה וּלְאַחַד אֶת כָּל הָעוֹלָמוֹת הָעֲלִיּוֹנִים וְהַתְּחַתּוֹנִים לְכֵן הַגּוֹף מִתְּחַתּוֹנִים וְהַנֶּר"נ מְעַלְיוֹנִים וַיִּקְחַד עֲפָר כו' וַיִּפַּח בְּאַפּוֹ נְשִׁמַת חַיִּים וְכַמּו"ש הַסְּפָרִים כִּי הַתְּכָלִית הוּא וַיְהִי הָאָדָם לְנֶפֶשׁ חַיָּה לְכָל הַנְּבָרָאִים וְהַיְצוּרִים, הָאָדָם לְנֶפֶשׁ הוּא עַפ"י הַנְּהַגְתּוֹ, וּמַצִּיאֹתוֹ בְּבַחִירָה הַחֲפְשִׁיּוֹת אִם לְהִימִין אוֹ לְהַשְׁמָאִיל וְהוּא סוֹלָם מְוָצֵב אַרְצָה וְרֵאשׁוּ מְגִיעַ הַשְּׂמִימָה וְכָל פְּעוּלוֹתָיו וְתַנוּעוֹתָיו בְּעוֹד רוּחַ אֱלֹקִים בּוֹ פּוֹעֵל בְּעֲלִיּוֹנִים עַד כִּי גַם מִלְּאֲכִי אֱלֹהִים עוֹלָם וַיִּוֹרְדִים בּוֹ.

וְהַמְדוֹת הָעֲלִיּוֹנוֹת שׁוֹקְטוֹת מִיּוֹם בְּרוּא הָאָדָם וְהַתְּעוֹרְרוֹתָם תְּלוּי בְּמַעֲשֵׂי הָאָדָם, כְּמוֹ שְׂאֵמֵר הַכְּתוּב אֵלֶּה תוֹלְדוֹת הַשְּׂמִים וְהָאָרֶץ בְּהַבְּרָאָם, כִּי בְּפוֹעֵל שְׂמִים נִבְרָא תְּחִילָה, אוֹלָם סוֹף מְעֵשָׂה בְּמַחְשָׁבָה תְּחִילָה, וְאָמַר בְּיוֹם עֲשׂוֹת ה', אַחַר שְׂנַעֲשֵׂה בְּמַאֲמָרוֹ נְאֻמַּר אָרֶץ וְשְׂמִים, פְּעוּלַת וְשַׁפְעַת עֲלִיּוֹנִים תְּלוּי בְּמַעֲשֵׂה בְּנֵי אָדָם, וְאִין הַמַּלְאָכִים אוֹמְרִים

שִׁירָה עַד שִׁיקְדִימוּ יִשְׂרָאֵל, כְּמֵאֲמָרָם וְ"ל ע"פ בְּרֵן יַחַד כּוֹכְבֵי בִקְר אַחַר כֶּה וְיָרִיעוּ בְּנֵי אֱלֹקִים: [ועד"ז בְּיָאֵר אֲמֵ"ו הַגָּאוֹן וְ"ל כְּמֵאֲמָר ר"י אָמַר רַב סַנְהֶדְרִין (נַף ל"ח) כְּשִׁבְקָשׁ הַקַּב"ה לְבָרְנָא אֶת הָאָדָם בְּרָא כַת אַחַת שֶׁל מַה"ש וְאָמַר לָהֶם רְצוֹנְכֶם נַעֲשֶׂה אָדָם בְּצַלְמֵינוּ, אָמְרוּ לְפָנָיו רַב־ש"ע מַה מַעֲשִׂיו? אָמַר לָהֶן כֶּה וְכֶה מַעֲשִׂיו, אָמְרוּ רַב־ש"ע מַה אָנוֹשׁ כִּי תִזְכְּרֵנוּ וְכֵן אָדָם כִּי תִפְקְדֵנוּ הוֹשִׁיט הַקַּב"ה אֶצְבָּעוֹ קִטְנָה בִּינְיָהֶם וּשְׂרָפָם כּו'.

וְנוֹדַע מַה שִׁפְתָּבוּ גְדוּלֵי הַמַּחְבְּרִים דְּכָל פְּחַת הָעֲלִיּוֹנִים נִתְּנוּ חֵלֶק בְּנִשְׁמַת אָדָם וְהַקַּב"ה עָשָׂה אוֹתוֹ שְׁלוֹם בְּכַחוֹתָיו לְפַעֲוֹל בְּעֲלִיּוֹנִים וְתַחְתּוֹנִים וְכִינּוּן שִׁאֲמַר הַקַּב"ה וְיָרְדוּ כּו' שְׁעוֹשָׂה אוֹתוֹ לְפַקִּיד וּמוֹשֵׁל.

וְתַכְלִיתוֹ לִהְיוֹת פּוֹעֵל בְּמַעֲשָׂיו וְגַם בְּעֲלִיּוֹנִים יִהְיֶה עַפ"י הַנְּהַגְתּוֹ, רְצוּ לְדַעַת אִם יִהְיֶה כְּמִן־רַח אוֹ בְּבַחֲרִיהַ חֲפְשִׁיּוֹת כִּי אִז גַּם עֲלֵיהֶם תִּסּוּב הַדְּאָגָה. וּבְזִמְנָן שִׁיבְחָר בְּטוֹב יוֹסִיף כַּח בְּפִמְלִיאָ שֶׁל מַעֲלָה, ע"ד בְּאֱלֹקִים נַעֲשֶׂה חֵיִל, וְע"ד הַפְּתוּב בְּזוֹהַר תְּנוּ עוֹז לְאֱלֹקִים, וְאִז נִפְתַּחוּ צְנוּרוֹת הַשֹּׁפַע, אוֹ בְּאֵם ח"ו יִבְחָר בְּדַרְכָּה לֹא טוֹב מִתִּישִׁין כַּח גְּבוּרָה שֶׁל מַעֲלָה וְנִסְתָּמוּ ח"ו הַצְּנוּרוֹת, ע"ד צוּר יִלְדָה תִּשִׁי.

וְהַשִּׁיב הַקַּב"ה, כֶּה וְכֶה מַעֲשִׂיו שֶׁהַבְּחִירָה יִהְיֶה בְּיָדוֹ בְּחֲפְשִׁית בְּמַה שִׁיבְחָר, וְאִז אָמְרוּ מַה אָנוֹשׁ כִּי תִזְכְּרֵנוּ, כִּינּוּן שֶׁהוּא מְנַרְכֵב, וְכֵן אָדָם אֵר אִם יִהְיֶה בְּמַעֲלָה עֲנָף מֵאָדָם יִצִּיר כְּפִיו שֶׁל הַקַּב"ה, כִּי תִפְקְדֵנוּ, שֶׁהוּא יִהְיֶה פִקִּיד וּמְצַנּוּה עַפ"י תַּהֲלוּכוֹתָיו, וְע"פ יִצְאוּ וְיִבְאוּ גַם הָעוֹלָמוֹת הָעֲלִיּוֹנִים.

וְיִתֵּר כָּל דְּבָרֵי הַמֵּאֲמָר בְּיִאֲרָתִי בַעֲזַה"י בְּדַרְשׁוֹתֵי ע"נ, וְאִתְּעֲרוּתָא דְלַעֲיָלָא תְלוּי בְּאִתְּעֲרוּתָא דְלַתְמָא, וְהָאָדָם מְעוֹרַר מִדוֹת הָעֲלִיּוֹנוֹת, ע"ד מְפִי עֲלִיּוֹן לֹא תִצָּא הַרְעוֹת וְהַטוֹב, וְיִנָּתֵן לֵאשׁ כְּדַרְכֵּיו וְכַפְרֵי מַעֲלָלָיו, ע"ד וְנָתַן לָהּ רַחֲמִים וְרַחֲמָה כָּל הַמְּרַחֵם עַל הַבְּרִיּוֹת מְרַחֲמִין עֲלָיו מִן הַשָּׁמַיִם.

וְאָמַר הַנְּבִיא אֲנִי ד' עוֹשֶׂה חֶסֶד, מְשַׁפֵּט וְצַדִּיקָה תְלוּי בְּאֲרִיץ לְפִי מַעֲשִׂיו הַצְּדִיקִים מְהַפְּכִין מַה"ד לְרַחֲמִים, וְהַרְשָׁעִים ח"ו לְהִיפֶה, וְע"ד שֶׁאֲחִז"ל בְּמַדְרָשׁ אָמַר לוֹ הַקַּב"ה לְמִשְׁנֶה לָהּ אֲמוֹר לָהֶם לְיִשְׂרָאֵל אֲקִיב אֲשֶׁר אֲקִיב מַה אֲקִיב כְּשֶׁם שִׁאֲתָה הִנּוּ עָמִי, כֶּה אֲנִי הִנּוּ עָמָה וְכֵן אָמַר דּוֹד ה' צִלָּה עַל יַד יְמִינָה מַהוּ ה' צִלָּה כְּצִלָּה מַה צִּלָּה אִם אֲתָה מְשַׁחֵק לוֹ הוּא מְשַׁחֵק לָהּ וְאִם אֲתָה בּוֹכָה הוּא בּוֹכָה כְּנִגְדָה וְאִם אֲתָה מְרָאָה לוֹ פָּנִים זְעוּמוֹת אוֹ מְנוֹסְפוֹת אֵר הוּא נוֹתֵן לָהּ כֶּה אֵר הַקַּב"ה ה' צִלָּה כְּשֶׁם שִׁאֲתָה הִנּוּ עָמִי הוּא הִנּוּ עָמָה.

וְנוֹדַע בְּגִדְרָ אֵהָבָה שִׁאֲיֵן תְלוּי בְּדַבָּר בּוֹחַר הָאוֹהֵב בְּטוֹבָתוֹ שֶׁל אוֹהֵבוּ יוֹתֵר מְטוֹבָתוֹ ע"ד אֵהָבַת דּוֹד וְיִהוֹנָתָן, וְאֵע"ה שֶׁהַקַּב"ה קָרָא וְאֵבְרָהֶם אוֹהֵבִי, כְּשִׁנָּתָן לוֹ הַקַּב"ה הַבְּרִירָה בְּמַה שִׁיבְחָר אוֹ בְּגִיּוֹנָם אוֹ בְּשִׁעְבוֹד מְלַכְיוֹת, ל"ה חוֹשֵׁשׁ ע"ע וְעַל אֵהָבַת זְרַעוֹ, וְתִשׁוּקָתוֹ וְחֲפְצוֹ הִנּוּ רַק לְפָרֶסֶם שְׁמוֹ הַגְּדוֹל וְטוֹבוֹ וְהַשְּׁגָחָתוֹ גַּם בְּתַחְתּוֹנִים, ע"ד שִׁאֲמְרוּ וְ"ל לֹא הִי אָדָם שֶׁקָּרָא לְהַקַּב"ה אָדוֹן עַד שֶׁבָּא אֲבָרָהֶם, וְעִיקָר מִגְּמָתוֹ וְרְצוֹנוֹ לְהוֹלִיד זְרַעוֹ לְקִיּוּם הַמִּיּוֹ, וְלִמְעַן יִצְנֶה בְּנָיו אַחֲרָיו וְשִׁמְרוּ דְרָכָה, הַעֲיָקְרִים הַמְּקַרְבִּים הָאָדָם לַה' וְשִׁי"ח יִכְרִיזוּ שְׁמוֹ הַגְּדוֹל וְיִהִי כְבוֹד ה' לְעוֹלָם, וְשִׁיגֵל הַקְּלוֹת וְהַחֲמוּרוֹת שִׁישׁ בְּשִׁמִּי אֵלָה אֲשֶׁר יְדוּנּוּ בָהֶם כִּי לֹא יֵשׁ מַעֲלָה וְחֲסָרוֹן הִרְאִשׁוֹן נִגְדַת הַשָּׁנִי, גִּיּוֹנָם ר"ל יֵשׁ לוֹ חֲסָרוֹן שִׁנְפָשׁוּ



נידון בעונש ריחני ועולם עומד אשר שקול רגע אחת יותר מיסורי עוה"ז כל ימי חייו פנוע.

אולם מעלה יש בזה שכבוד ה' במקומו ולא מתחלל ש"ש, והרשעים מצדיקין את הדין ע"ע ולעומת זה עונש שעבוד מלכיות, הגם שהוא רק עונש גנפני ובעולם עובר כי חרוצים ימי אדם, בכ"ז יש חלול כבוד שמים, ע"ד עם ה' אלה ומארכו יצאו, ואברהם בעוז אהבתו להקב"ה הבלתי תלוייה בדבר, בחר שיהיו נידונין בעונש ריחני ח"ו, אף כי גורל רע ומר הוא לזרעו אחריו, טוב לו יותר למען שלא יתחלל ח"ו כבוד שמים.

ובאהבתו הזאת הענה פמות התעורר גם כן אהבת הקב"ה לזרעו אחריו אהבה שאינו תלוי בדבר, ובירר לו המלכיות ומחל על כבודו, ובחר בטובתם של זרע אאע"ה שלא יהיו נדונין ח"ו בעונש בלתי תכלית.

וזרעו אחריו מחויבים בכל עת לעורר מדות העליונות ולהתפלל על כבוד שמים וקב"ה ואורייתא חד, ולמען יתגדל ויתקדש שמה רבה. ויקרב קץ הגאולה אף אם אין אנחנו מגיעים לזה למדרגות גאולה שלימה, ואז ישאר אחד בעיר ושנים במשפחה ע"ד למעני למעני אעשה, אם אעשה למעני שיתקדש שמי למעני אעשה מה שיהיה צריך למען שמי.

וישאר בארץ פנוקף זית ויהיו ימים אשר יאמר אדם אין לי חפץ בהם. עכ"ז באהבתנו את ה' וישמו הגדול שיתגדל ויתקדש אנו בחרים באמת וצדק אף למען יחיש הגאולה ויצמיח קרן ישועתו -.

אולם לעומת זה יתעורר עי"ז אהבת ה' אל זרעו של אאע"ה שלא יחוש על כבוד שמו וסובל ומעלים עין עד כי נשוב אל ה' בלב שלם ובנפש חפיה, ע"ד שובו אלי ואשובה אליכם, וחסד אל כל היום, יתגבר על מדה"ד באהבתו לחוש לזרעו של לכן התפלל דהע"ה בעד כנס"י לא לנו ה' וכפל לא לנו שלא יחוס עלינו רק כי לשמה תן כבוד וזה גם כן בתפילת התנא הקדוש ר"ע זי"ע אבינו מלפנינו (וכבר פירש אאזמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בעל דברי משפט מה שאנו מבקשים סלח לנו אבינו כי חטאנו מחל לנו מלפנו כי פשענו, הגם כי בין כה ובין כה נקראים ישראל בנים למקום אולם בן הוא ענף מהאב וזה יתכן לומר על נשמת ישראל, והגוף הוא חומר עכור והוא לנשמה כמשורת להוציא מפח אל הפועל פעולתיה.

והנשמה והגוף הוא כמרפיב חיגר ע"ג סומא נודע כי הנשמה היא פשוטת ורצונה לעשות רצון אבינו שבשמים רק השאור שבפיסה מעפב והגוף הוא פמזיד לכך תקנו לנשמה שתזעק אל אביה שבשמים סלח לנו אבינו כי חטאנו שהיא בגדר חטא פשוט, והגוף אומר מחל לנו מלפנו כי פשענו) עשה למענה אם לא למעננו אף אם אין אנחנו ראויין ח"ו יעשה למען שמו הגדול שיתקדש ושוב אמר שלא יתעורר בזה אהבתו של הקב"ה שייחוס עלינו עשה למענה פמובן] ואנחנו בעוה"ר בדורינו השפל ירד קרן ישראל וקרן תוה"ק באריכות הגלות המר.

דור מה רמו עיניו שמו אור לחושף וחושף לאור ידענו פאשר ירחם הקב"ה וייחוס על כבוד שמו הגדול ותוה"ק וייחון אותנו בגאולה שלימה אזי בוש גבול פנים לקדם וכמו שאמר עזרא הסופר זי"ע בןשנו במעשינו ונכלמנו בעונינו.

בכ"ז רע ומר לנו לראות בכליון עינים חילול שמו הגדול ודתי תוה"ק. קרב נא קח וישועתנו ויהיה מה, למענה עשה ולא לנו ע"ד שאמר יימי אף אם לא אהמיני'.

ויתגדל ויתקדש שמו הגדול ויאמר לאסורים הקשורים בתאנות עוה"ז צאו. ולאשר בחושף הגלו העם ההולכים בחושף יראו אור גדול ואור תוה"ק הבהיר בשחקים יהל ויזרח כיום נתינתה.

דברי המחפה ומצפה לישועת ה', המסבר הבא עה"ח פה קרתא קדישתא ורושלם תובב"א יום ו' עש"ק אדר"ח אדר שנת יורנו וישמחו חפצי צדקי לפ"ק. הצעיר מאיר בלאאמ"ו המנוח הגאון מו"ה יצחק איצק אויערבאך זלה"ה בעה"מ ספר דברי חיים.

ומחזיקנא טיבותא לאוהבי ורעי ולהגבירים הרמים והנשאים אשר החזיקו בידי ובכסף מלא קנו הספרים מח"ר אמרי בינה והיו לי לעזר ההוצאה הגדולה בחלק שני הלזה - ובפרטות שם עולם אתן לידידי היקר והנכבד בעדתו הגביר המפורסם נדיב ושוע רודף צו"ח מ' יהודא ליב קושמרעק נ"י בהתנות מ' אליקום ז"ל במדי' פולין ברוסיה יר"ה.

אשר הי' לי לעזר בהוצאות הדפוס בח"ר. וגם שוב שנית בחלק הזה בספר מסוינים בקרת רוחו.

בכרהו ה' מציון וזרעו ובניו ובנותיו וחתניו היקרים שיחיו, ואת נות ביתו המאושרה אשת חיל מ' שידה תי'. וגדול יהי כבוד בית האחרון אהל כל יצען לנצח ובניו הברוכים אשר זכה להוליד מאתה ילדי שעשועים המסולאים הנקובים בשמותם, הבכור לאמו בפטר רחם משה שיחני', והשני עקיבא שיחני', וחוט המשולש לא ינתק דוב בער שיחני', כולם יעמדו על הברכה, ויזכו הוריהם לגדלם לתורה ולתעודה ולרב טוב, ודור ישירים מהם יצא ד' הי' מגן בעדם וישמור וינצור אותם מכל מכשול ופוקה ושמש הצלחה בעושר ובאושר יזרח באהליהם נצח סלה ועד ויהי' ברכה והצלחה במעשה ידיהם, ופועל ידיהם ירצה -.

והפעם אבקש מאוהבי תורה ואוהבי יודעי ומפירי אחי ורעי הביאו נא אל בתיכם גם את החלק הלזה והיו נא מתמכין דאורייתא ותתברכו מציון ותזכו לרב טוב פעתירתסי' א' פתב הרמב"ם במגן המצות (קע"ו) שצינונו למנות שופטים ושופרים כו' ומתנאי מצנה שיהי' השופטים האלו למעלה מדרגה מדרגה וזהו פשיטתמנו בכל עיר כ"ג דינינים מקובצים כולם במקום א' בשער העיר שהוא ראוי למספר הזה ואלו הן סנהדרין קטנה ויתמנו בירושלם ב"ד הגדול משבעים דינינים כו' ועיר שאנשיה מועטים שאינה ראוי' לסנהדרין קטנה יתמנו בה שלשה לעשות הדינים והדבר הקשה יביאו למי שלמעלה והם ימנו שופרים וכו' והציוי שבא במצנה זו הוא אמרו שופטים ושופרים תתן לה בכל שפריה.

מבואר מדבריו דגם ב"ד של ג' למנות בכל עיר בא"י בזמן הסמיכה בכלל המנויים כן כמו שחוב למנות סנהדרין גדולה וקטנה'. וכ"כ בס' החינוך והרמב"ן על התורה פ' שופטים כ' צינה בתו' עד אלקים יבא דבר שניהם ונתן בפלילים א"כ מצנה שיהי' לישראל פלילים באר בכאן ששימו שופטים בכל עריהם כאשר יתן להם השם את הארץ כו' הרי מבואר דאף מה דכתב עד אלקים יבא דבר שניהם והוא דיני ממנות דסגי בשלשה ג"כ נכלל

במצו' זו ולכאור' ק' אם נאמר דנכלל במצו' הזו שלשה ג"כ למה לא קתני במתניתין דריש סנהדרין דאין ממניין ב"ד של שלשה רק ע"פ סנהדרין ב"ד של פמו דקתני אין עושין סנהדריות לשבטים אלא עפ"י ב"ד של ע"א וכתב שם רש"י דלאו דוקא לשבטים רק שהיו מושיבים סנהדרי קטנה של כ"ג בכל עיר ועיר פדכתוב תתן לה בכל שעריה וצריכין ב"ד הגדול שבלשפת הגזית לצאת ולהושיבה ובש"ס (ד"ו) ילפינן זאת פדאשפחן במשה דאוקי סנהדראות ומשה במקום ע"א וכן מבואר ברמב"ם (פ"ה) דסנהדרין דאין עושין סנהדרי קטנה לכל שבט ולכל עיר אלא עפ"י ב"ד של ע"א ולא מצינו שב"ד של שלשה יהיה צריף דוקא שיתמנו עפ"י סנהדרין ואם נאמר דמצנת מינוי שופטים הוא ג"כ על עיר שאין בו ק"כ שיהיה ב"ד של ג' למה לא היו צריכין ג"כ שיתמנו עפ"י סנהדרי גדולה פדאשפחן במשה.

וברמב"ם (פ"א ה"ד) כ' עיר שאין בה ק"כ מעמידין בה שלשה דיינים וכו' הכ"מ דהא פשיטא שאין מניחין אותה בלא ב"ד. ובאמת מדבריו במנין המצות מבואר דהוא בכלל העשה דשופטים ושטרם תתן לה ויש להבין פנ"ל דמניין לו זה.

וממ"נ אם הוא בכלל ב"ד של ג' ג"כ יהיו צריכין שיתמנו מב"ד הגדול דהא אף למנות לדון לדברים יחידים ולסמוך אותו מבואר ברמב"ם (פ"ד ה"ח) דהיה צריף שיהיה ראוי לכל הדברים ועיי"ש בלח"מ מירושלמי (פ"א) דחגיגה ומשה רע"ה דאוקי סנהדראות אוקי ג"כ ב"ד של שלשה.

ואולי באמת ל"ה צריף רק לאוקי סנהדראו' פי היה כל ישראל ביחד וד"מ היה יכולין לדון ג' מהם משא"כ במצות מינוי השופטים דנאמר בכל שעריה ועיר שאין בו ק"כ ל"ה מעמידין רק ג' מ"מ מניין לו זה דהנה ג' אם יש מצוה למנות דא"צ להעמידן ע"י סנהדרי גדולה: ונראה דבאמת הרמב"ם יליף זאת דאף ב"ד של ג' הוא בכלל המצוה מספרי ר"פ שופטים דשם קאמר מניין שממני ב"ד לכל ישראל ת"ל שופטים כו' כמו שמוכא בש"ס (דף י"ו) ואח"כ אמר ושפטו את העם בע"כ משפט צדק זה מינוי הדיינים וגירסת הגר"א ז"ל ושפטו את העם זה מינוי הדיינים עיי"ש הרי מבואר דמלבד מה דכ' הצווי תתן לה בכל שעריה הוסיף עוד צווי ושפטו את העם זה מינוי הדיינים וזה לא נכלל בכלל שופטים ושטרם תתן לה דשם מזהיר על סנהדרי גדולה וקטנה ומתמנים ע"פ סנהדרי גדולה סנהדרי קטנה פדאוקי מרע"ה ומלבד זה הנהירה התורה ושפטו את העם שזה מינוי הדיינים היינו בעיר שאין בו ק"כ דלא נכלל בכלל שעריה למנות ב"ד של ג' ואלה ל"צ להתמנו מפי ב"ד הגדול דוקא רק אם היה סמוכין מסמוך לבד סגי והנה שלשה לא מצינו דאוקי משה ולכך לא היו צריכין להתמנות ולהעמידן סנהדרי גדולה דוקא פינו דהיא מצוה פרטית על כל ישראל והנה הרמב"ם שם כ' דהמצוה הזאת נוגעת בכ"ז בד"מ ובדברים הגדולים בחו"ל אבל בזה"ז אחר שבטלה הסמיך' כל המשפטי בטילין מה"ת דכתי' לפניהם ולא לפני הדיוטות ואין דיינין בחו"ל אלא תקנה דשליחותיהו עבדינן אין אנו חייבין במצות מינוי השופטי מה"ת פלל עכ"ל ויש להתבונן הא גם בזמן הסמיכה דמשגלו סנהדרי גדולה במקום לשפת הגזית לא דנו דיני נפשות כמבואר בש"ס ע"ז (דף ח) מלמד שהמקום גורם ועיי"ש בתוס' וברמב"ם (פי"ד) מסנהדרין ולמה היה צריף סנהדרין של כ"ג בחו"ל וראיתי ברמב"ם פ' מסעי ע"פ בכל מושבותיכם דהקשה הא

לאחר החורבן אינו נוהג ולמה נאמר לדורותיכם בכל מושבותיכם וכתב ואולי הם דורשים אלה לכם לחקת משפט על הסנהדרין הנזכרים בפרשה שנאמר לפני העדה למשפט ושפטו העדה ויאמר שתהיה לנו לדורות עדה שופטת אפילו לאחר החורבן לדון דיני קנסות וגזלות ונבלות וכל דבר שבממון ושל מלקות ארבעים עכ"ל.

וקשה הא לכל אלה א"צ ב"ד של כ"ג כמבואר ריש סנהדרין דאף מלקו בשלשה ולא קיי"ל כר"י דסובר בכ"ג ובש"ס (דף יוד) קאמר דאתיא רשע רשע מחייבי מיתות ואנו אף דפסקינו לגז"ש הזאת לענן משלשין בממון ואין משלשין במכות כמבואר מס' מכות מ"מ פסקינו דסגי בשלשה לענן מלקות כת"ק ועיי"ש בחידושי ר"ן סנהדרין דרבנן לא ילפי לגבי הא מילתא דמיתה שהוא דבר גדול צריכא דיינין הרבה אבל מלקות דלא חמיר פולי האי אין לנו לומר שתתפשט הגז"ש לענן זה א"כ פיון דסגי בג' על איזה דבר קאי לחקת משפט על הסנהדרין הנזכרים בפרשה דשם נאמר לפני העדה ושפטו העדה דקאי על סנהדרי קטנה כמבואר במתני' דריש סנהדרין עדה שופטת ועדה מצלת ומכאן ילפינו כ"ג ולדורות פיון דליכא דיני נפשו' ואלה שפרט הרמב"ן לדיני קנסות ומלקות סגי בב"ד של שלשה.

ועוד דלר' ישמעאל אם ילפינו הגז"ש לגמרי או פיון דמלקות במקו' מיתה עומדת כדברי רבא בש"ס שם מהראוי לומר דבכ"ג והוא דוקא אם יש מנבח וסנהדרין במקומו כמו לענן מיתה: וראיתי בספר יראים (סי' רמ"ד) שכ' הא דנגדיה רבא משום לאו דלא יקום שהוא מלקו מדרבנן דהא איתקש בסנהדרין דיני מכות לדיני נפשות בגז"ש דרשע רשע ודיני נפשות אין דנין אלא בזמן שסנהדרין נוהגת עכ"ל ובל"ס הא דכ' בזמן שסנהדרין נוהגת פנונתו על זמן שיושבת בלשכת הגזית פנ"ל והיינו לר' ישמעאל דסובר גז"ש דרשע רשע לכל מילי ומלקות במקום מיתה ובכ"ג דאז ממילא בזמן שאין מיתה נוהגת גם מלקות אינ' נוהגת וצ"ע דלרבנן סגי בג' ואנו קיי"ל כרבנן ואם פנונתו רק בזמן שסנהדרין נוהגת היינו אף בזמן שלא היה נוהג דיני נפשות זה מניין לו לחלק ומדברי רמב"ן מבואר דמלקות שנה לדיני קנסות אף דבריו ג"כ אינם מוכנים לי אם ע"ז קאי לחקת משפט לכל דורותיכם בכל מושבותיכם הא ל"ב ושפטו עדה דהוא סנהדרין של כ"ג דוקא וסגי בשלשה ודיני קנסות נוהגת בכל זמן סמוכין ול"ב דוקא סנהדרין וצ"ע: עוד קשה לכאורה על הרמב"ן דאם הך קרא לא קאי דוקא על דיני נפשות רק על כל דבר שבממון ומלקות למה לא נאמר דנוהג לדורות אף בזמן דליכא סמוכין כמו לענן קבלות גרות דכ' תוספות קידושין (דס"ב) בשם הר"ר נתנאל דבגר כתוב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אע"ג שאין מומחזין דע"כ השתא ליכא סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם וכ"כ הרמב"ן בחידושי לייבמות (דמ"ו) מדמבואר פרישות (ד"ט) אלא מעתה האידינא דליכא קרבן לא נקבל גרים ומשני וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם פתיב ע"ש א"כ נימא ג"כ לענן משפט פיון דכתיב לדורותיכם יהיה נוהג לדורות עד עולם אף אם ליכ' סמוכין ואף דכ' רש"י (שמות י"ב פסוק י"ד) לדורותיכם שומע אני מיעוט דורות שנים ת"ל חקת עולם והוא מן מכילתא שם א"כ ה"נ לענן קבלות גרות נאמר מיעוט דורות שנים וכן נמי לענן משפט אולם כבר כ' שם בזית רענן מבעל מג"א ז"ל דמה"ת לומר דוקא ב' דורות יתחייבו וכ' דה"א משבאו לארץ א"צ לזפור יצ"מ ביו"ט רק ביאת ארץ בענן שנאמר ולא יאמר עוד חי ד' כו' ועיין נו"ב תנינא

או"ח (סי' פ"ז) אָבֵל בכ"מ דְּכֵתִיב דּוֹרוֹתֵיכֶם הוּא עַד עוֹלָם וּא"כ נֹאמַר ג"כ מִדְּכ' חֲקַת מִשְׁפָּט לְדוֹרוֹתֵיכֶם הוּא עַד עוֹלָם כְּמוֹ לְעֵינַי קִבְלוֹת גְּרִים אַף דְּלִיכָא סְמוּכִין.

וּבְאַמַּת הָרַמְבַּ"ן יְבִמּוֹת שָׁם סִיּוּם וְאַפְשָׁר דְּמַה"ת אֶפְיָלוּ הַדְּיוֹטוֹת דְּנִין בְּשִׁלְיחוֹתֵיהוּ דְּמִןמַחֲזִין. אוּלָם זֶה קִשָּׁה לְמָאד דְּמִבְּנָאָר בְּש"ס דְּהוּא רַק מִתְקַנְתָּא וּלְכַד דְּנִין רַק בְּמִלְתָּא דְּאִית בְּיַהֲסָרוֹן פִּיס וְשִׁכִּיחַ וַיֵּשׁ בְּזֶה פְּמָה פְּרָטִים וּקְנָס לֹא עֲבָדִינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ וּכ"כ הָרַמְבַּ"ן עֲצָמוּ פ' שׁוֹפְטִים פּנ"ל דְּבִזְמַנָּה ז' דְּלִיכָא סְמוּכִין כָּל הַמִּשְׁפָּטִי בְּטֵלִין מַה"ת דְּכ' לִפְנֵיהֶם וְלֹא לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת וְאִין דְּנִין בַּחוּ"ל אֵלָּא תִּקְנָה דְּשִׁלְיחוֹתֵיהוּ עֲבָדִינוּ וְלִיכָא מִצְוָה דְּמִנּוּי הַשׁוֹפְטִים וּכ"כ כָּל הַפּוֹסְקִים וְכֵן בַּר' יִרְחֵם מִיִּשְׂרָאֵל (ח"א ח"ד) כ' מִצְוָה מְדַרְבְּנָן לְמִנּוּי שׁוֹפְטִים בְּכָל עִיר אַע"ג דְּאִין לָנוּ סְמִיכָה עִתָּה פְּדִמוּכַח בְּסִנְהֶדְרִין עַכ"ל עַכ"פ מְבִנְיָא דְּמַה"ת ל"מ הַדִּין אַף בְּשִׁלְיחוֹתֵיהוּ דְּסְמוּכִין וְע"כ מִדְּכ' אֱלֻקִּים בְּעֵי סְמוּכִין: הֵן אַמַּת שְׂרָאִיתִי בְּקִרְיַת סַפָּר מִבְּעַל מִבִּי"ט (סוֹף פ"ה) דְּסִנְהֶדְרִין דְּכָתַב וְז"ל כָּל הַנְּסֻמְכִין בַּא"י דְּנִין דִּינֵי קְנֻסוֹת אִפִּי' בַּחוּ"ל כו' וְכֵן אֶפְיָלוּ בְּלֹא סְמִיכָה גְּרָאָה דְּמִדְּאֹרִיִּיתָא דְּנִין דִּינֵי חו"ל אֶפְיָלוּ בְּדָבָר שְׂאִינוּ מְצוּי בְּדִינֵי אֶרֶץ דְּבִזְמַן שְׂאִין סְמִיכָה כְּלוֹן שְׁוִין וְהַפֵּל הוּלָךְ אַחַר הַתְּכַמָּה עַכ"ל וְהַדְּבָרִים גְּפִלְאִים לְכַאוּרָה דְּהָא מַה"ת בְּעֵינֵי סְמוּכִין וּמְבִנְיָא בְּש"ס וּבְכָל הַפּוֹסְקִים דְּאַף בְּדָבָר הַמְּצוּי דְּנִין רַק מִתְקַנְתָּה בְּשִׁלְיחוֹתֵיהוּ דְּמִןמַחֲזִין וְכָל הַדִּינֵין בְּטֵלִין מַה"ת וְכִמְבִּנְיָא בְּרַמְבַּ"ן וְטוֹר וְאוּלֵי כְּוִנְתָּו דְּהָא דְּכֵתִיב לִפְנֵיהֶם וְלֹא לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת דְּרָשִׁינוּ דְּאִסוּר לְדוֹן לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת דְּוִמְיָא דְּוִלָּא לִפְנֵי עַכּו"מ וּכְמ"ש הָרַמְבַּ"ן פ' מִשְׁפָּטִים וְנִדְעָתוּ דְּבִקְבָלוּ עֲלֵיהֶן לִיכָא אִסוּר וְא"ד לֹא לִפְנֵי עַכּו"מ וְנִדְעָת הָר"ן בְּחִידוּשֵׁי רִישׁ סִנְהֶדְרִין דְּאַף אִסוּר אִיכָא אַעפ"י שְׁקִבְלוּ עֲלֵיהֶם כְּדִי שְׁלֹא יִשְׁתַּמְשׁוּ הַדְּיוֹטוֹת בְּכִתְרָה הַמִּןמַחֲזִין אֶסְרָה הַתּוֹר' שְׁלֹא לְבֹא לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת רַק הַשְׁתָּא בְּשִׁלְיחוֹתֵיהוּ עֲבָדִינוּ וְהֵם מְחִלוּ כְּבוֹדוֹן ע"ז עי"ש בְּאַנְרָךְ דְּלֹא נִתְּנוּ רְשׁוּת רַק בְּמִלְתָּא דְּשִׁכִּיחָא וּמִטַּעַם נְעִילַת דְּלַת. וְסוּבֵר הַמִּבִּי"ט דְּאִסוּר דְּלֹא לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת הוּא דְּוִקָא בְּזִמְנָן שְׁיֵשׁ סְמוּכִין בְּעוֹלָם אָבֵל בְּזִמְנָן שְׂאִינוּ סְמוּכִין לִיכָא אִסוּר דְּלִפְנֵיהֶם וְלֹא לִפְנֵי הַדְּיוֹטוֹת כִּינּוּן דְּהוּא רַק אִסוּר מְפָלֵל דְּלִפְנֵיהֶם הוּא דְּוִקָא בְּזִמְנָן שְׁיֵשׁ סְמוּכִין וְלֹא בְּזִמְנָן דְּלִיכָא דְּאִז מִדְּאֹרִיִּיתָא מוֹתֵר לְדִינֵי יִשְׂרָאֵל לְדוֹן אֶפְיָלוּ בְּדָבָר שְׂאִינוּ מְצוּי.

אוּלָם גַּם זֶה דְּוִחַק דְּמִנ"מ דְּהָא ל"מ הַדִּין בְּכַפְיָי רַק בְּקִבְלוּ עֲלֵיהֶן וּבְקָנְס כְּנִרְאָה אַף בְּקִבְלוּ עֲלֵיהֶן לֹא מְהַי כְּמִבְּנָא' בְּש"מ ב"ק פ' הַחֻבֵּל וּיְבִנְיָא אִי"ה לְקַמְנָן. וְגַם אִם נֹאמַר דְּהַשְׁתָּא דְּלִיכָא סְמוּכִין לִיכָא אִסוּר דְּלִפְנֵיהֶם נֹאמַר ג"כ ח"ו דְּלִיכָא אִסוּר תּוֹרָה לְדוֹן בְּפִנֵי דִינֵי עַכּו"מ כִּינּוּן דְּכָל הָאִסוּר הוּא מִלְּפְנֵיהֶם וְלֹא לִפְנֵי עַכּו"מ נֹאמַר דְּכָל אִסוּר זֶה הוּא דְּוִקָא בְּזִמְנָן שְׁיֵשׁ לְדוֹן לִפְנֵיהֶם הִינּוּ לִפְנֵי סְמוּכִין וּבְזִמְנָן דְּלִיכָא סְמוּכִין לִיכָא אִסוּר זֶה וְזֶה לֹא נִתְּנוּ לְהֹאמַר וְכֵן מְבִנְיָא בְּב"י (סי' כ"ו) מִשְׁמֵם תְּשׁוּבַת רִשְׁבִּי"א דְּאִסוּר זֶה הוּא חֲמוּר מְאֹד מַה"ת אַף בְּזֶה"ז וְכִמְרִים יָד בְּתוֹרַת מִשָּׁה ח"ו.

וְעֵינֵי שִׁיטָה מְקוּבָצָת ב"ק (דף פ"ד) שְׁכ' מִשְׁמֵם מְקַצָּת גְּדוּלֵי הַדּוֹרוֹת שְׁפָל שְׁהַצְרִיכוּ מִןמַחֲזִין לְגִזְלוֹת וְחִבְלוֹת לֹא נֹאמַר אֵלָּא בְּזִמְנָן שְׁיֵשׁ בְּעוֹלָם מִןמַחֲזִין אָבֵל כ"ז שְׂאִין שָׁם מִןמַחֲזִין דְּנִין בְּהֵם בְּבִאִין בְּשִׁלְיחוֹתָן שְׂאֵל"כ בְּטֵלוּ כָּל הַדִּינִים שְׁהַעוֹלָם חָרַב.

מְבִנְיָא דְּרַק בְּשִׁלְיחוֹתָן וּבְמָה דְּאִינוּ מְצוּי דְּלֹא נֹאמַר בְּש"ס שְׁלִיחוֹתֵיהוּ עֲבָדִינוּ לֹא דְּנִין: וְרִיאִיתִי בְּס' רַבִּיד הַזֶּהב פ' מִשְׁפָּטִים ע"פ אֵל אֱלֻקִּים דְּכ' הַתּוֹר' לְמִדְּנוּ שְׁלֹא יִסוּרוּ הַדִּינֵין

ומשפטים כל הימים מדכ' פ' שופטים ובאת אל הפהן ואל השופט אשר יהיה בימים ההם ונהרי גלוי לפניו שיהיו ויתבטל הסמיכה כו' הא לא מסר הכתוב אלא לחכמי לפי הזמן באיזה דבר נעביד שליחותיהו וכה"ג מפניך לענין קבלות גרים עיי"ש וכ"כ פ' שופטים מדכתיב בימים ההם משמע כל ימות עולם ודבריו מוקשים דמשם נדאי לא נוכל ללמוד ואדרבא מבואר בש"ס מדכתיב אל הפהן ואל השופט בזמן שיש פהן יש שופט ובזמן שאין פהן אין שופט לענין מיתה א"כ ע"כ דבימים ההם לא משמע כל ימות עולם.

רק זה היה לו למימר מדכתיב ג"כ לחקת משפט לדורותיכם וקנושית רמב"ן אבל קרא דבימים ההם ע"כ לא קאי רק על זמן שסנהדרין יושבין במקום לשכת הגזית והמקום גורם והא דדרשינן במס' ר"ה סוף (פ"ב) וכי תעלה ע"ד שאדם הולך אצל הדיין של"ה בימיו הא אין לה לילה אלא אצל שופט שבימיו זה נדאי אסמכת' בעלמא הוא אבל לא מה"ת דלא קאי קרא רק על זמן שיש בית הבחירה וכן"ל ועי"ש ריטב"א בחידושו שכ' ושמא תאמר דוקא בסנהדרין לכה אמר אל תאמר מה היה שהימים הראשונים היו טובים מאלה והיינו דלא שייכנו מאי ואומר והא דכתיב לחקת משפט לדורותיכם בכל מושבותיכם דדרשינן מזה אף בחו"ל ורק בזמן שהיו סמוכין ע"כ מדכתיב להדיא בפירוש משפטים לפני אלקים גלי רחמנ' בהדיא דבעינו דוקא סמוכין רק לענין קבלות גר דילפינו דבעי מןמחין רק מדכתיב משפט בזה גלי קרא דלדורותיכם דמקבלין גרים אף בזמן דליכא סמוכין אבל לענין משפט ד"מ דכתיב בהדיא אלקים לא סגי דל"ב מןמחין רק מטעם דשליחותיהו עבדינו וזה לא מהני מה"ת רק מטעם תקנתא דרבנן וכמו שכ' הרמב"ן וכל הראשונים ובגמ' כ' דהוא מה"ת רק שגמסר לחכמים ולא עשו אותן לשלוחים רק במקום דאיכא נעילת דלת ונמסר לחכמים והביא ראיה מקבלת גרים.

ונה בדברי ס' רביד הנהב הנ"ל וכבר פתבתי דלא נראה פן מכל הראשונים: וקצת י"ל הכרעה בזה דראיתי בספר הראב"ן (דף קל"ט ע"ד) דכ' וז"ל ורב יוסף נמי דאמר אנו שליחותיהו עבדינו ה"מ דכיון דתנו ואלו שכופין להוציא והן בני ארץ ישראל שנו המשנ' כי מעשינו שליחותיהו עבדינו אבל הכא היכן אמרו במשנה להפקיע קידושין כי הני דנעבד אנו שליחותיהו עי"ש בדבריו ונהרי זה דבר חדש למאד דתנאי בעינו בדבר דעבדינו שליחותיהו דנשנה הדבר במשנה דבני ארץ ישראל שנו זה וזה לא משמע מפשטות הש"ס דהא כו"כ דינין שהמציאו בש"ס אח"כ תנאים ואמוראים בבבל וגאונים ופוסקים מתוך מו"מ של הלכה ולא ידענו כלל אם נשנה דין הזה בא"י בזמן הסמוכין וגם אפשר שהיו דנין להיפה ובכ"ז בהודאות והלואות עבדינו אנו שליחותיהו.

וא"כ י"ל דבאמת זה הוא מתקנתא דרבנן ומצד נע"ד דדנין בכל דבר כפי שיקול דעת והכרעות הב"ד בין הפוסקים אבל בדבר המפניך במשנה מה דשנו בא"י הדין שפן הוא בזה מהני אפשר הדין מה"ת ובשליחותיהו דקמאי ובזה י"ל דא"ש הקרא והיה אלה לכם לחקת משפט לדורותיכם וכן קבלות גירות דכתיב לדורותיכם שאין בזה הורא' אף דכ' משפט וצריך מןמחין סמוכין מ"מ גלי לן הקרא דמהני מה"ת מדכתיב לדורותיכם: וי"ל נמי בענין עשוי על הגט שכופין להוציא דכ' הר"ן ריש סנהדרין וז"ל ואותה הסוגיא דפרק המגרש הוא ענין מצוה אחרת שאמרה תורה שאסור לדון לפני הדיוטות ואעפ"י

שקבלו עליהן בעלי הדין את דינם פדרה שאסור לבא לפני עכו"מ אעפ"י שקבלו עליהם בע"ד את דינו ואעפ"י שבשניהם הדין אינו כלום מה"ת אפי"ה פדי שלא יבואו בערפאותיהם שהוא עילוי יראתם או פדי שלא ישמשו ההדיוטות בכתר המומחין אסרה התורה שלא לבא לפני הדיוט' וזה שאלתו של אב"י לר"י פלומר אעפ"י שתקנו חכמים שיהיה הדין כשר בהדיוט' עדיין אסור זה במקומו עומד ואין פח בחכמים לבטל זה הענין והוא לטול פתרון של מומחין וכן אעפ"י שקה"ה יודע שעשוי הגט מועיל מתקנות חכמים מ"מ למה לא חשו על אסור לפנייהם ולא לפני הדיוט' ותירץ לו דשליחותיהו קא עבדינו והם שנתנו פח לדון בהדיוט' הם עצמן מחלו פבדון ע"ז ובשליחותן עושין מה שעושין הדיוט' בבבל וזה שאמרו מד"ה אהודאות והלאות שהדין דין ולענין אסור סומכין על שליחותן עשוי הגט נמי דכונתיהו עי"ש עוד באור.

[ומה דכ' דיש אסור להדיוטות לדון אף בקבלה דומיא דלפניהם ולא לפני עכו"מ הוא חולק בזה על הרמב"ן פ' משפטים פנ"ל ולדבריו הא דקתני במתניתן נאמן עלי שלשה רועי בקר הוא ע"כ השתא אם ליכא סמוכין וניתן רשות לדון בשליחותיהו דקמאי אז ליכא אסור בקבלה אף להדיוטות ממש דל"ש לומר שמשמשין בכתרו של מומחין פינון דליכא סמוכין או אף בזמן דאיכא סמוכין בדברים שניתן רשות לדון אף בא"י שלא יצטרכו להטריח לעלות לדון לפני סמוכין כמ"ש הר"ן שם בזה ליכא אסור לדון ע"י קבלה ומהני אם אומר נאמן עלי שלשה רועה בקר אבל לדון בכפיה לעולם יש אסור ולאב"י אף אי עביד לא מהני הדין ולכך שאל לר"י על האסור] ומבואר מדברי הר"ן שעשוי הגט מועיל מתקנות חכמים וכן מבואר ברמב"ן מס' יבמות (דף מ"ו) דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קידושין וגיטין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הרי דסובר דל"מ רק מדרבנן ועיין ב"י וסמ"ע (ס"ק ג'): וזה זמן פביר נתקשתי בזה למה צריה לזה בעשוי הגט לתקנתא דרבנן הא מבואר בש"ס ב"ב (דף מ"ח) דאף אם תלויה וזבין זבני ל"ה זבני מ"מ הא דתנן בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים והיינו דגמר בלבד לגרשה דמצוה קעביד מאחר שחיבוהו חכמים להוציא.

וכמ"ש שם הרשב"ם וא"כ אף דאנן הדיוטות אנן מ"מ פינון דמצוה קעביד מדרבנן עכ"פ לשמוע לדברי חכמים נימא דגמר ומגרש ובתוס' שם הקשו אמאי בעפ"ם פסול משום לפנייהם ולא לפני עפ"ם ועפ"ם לאו בני עשוי נינהו נימא דאגב אונסיה גמר ומגרש וכתבו פינון שע"י כפית עכו"ם ניתנו הוי שלא פדין ופדין הוי כמו מתנה וע"כ הא דפסול בעפ"ם אף אם הנה מתחייב באמת עפ"י דתוה"ק להוציא מ"מ ל"ה פמכר פינון דלא נתרצה בזה לקיים המצוה רק ע"י הפפיה וכפית עפ"ם הנה שלא פדין הוי פמתנה וזה היכא דהוי שלא פדין אבל ע"י דייני ישראל אף דאנן הדיוטות אנן ומה"ת אין יכולין לכוף להוציא מ"מ פינון דיש רשות לדון בשליחותיהו דקמאי אף שהוא מדרבנן מ"מ שייך ביה מצוה לשמוע דברי חכמים וא"כ גמר בלבד לגרשה דמצוה קעביד ומהני הגט אף מה"ת.

וצריה לדחוק דהא בכה"ג מצינו ריש מס' פתובות דאין טענת אונס בגיטין דאפקעינהו רבנן לקדושין משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיניה

וכ' הַרְשָׁבָ"א בְּתוֹשֻׁבָה (סי' אֶלֶף קס"ב) דְּכָל עֵינְקְרָא דְּמַלְתָּ לָאוּ מְשׁוּם עֲגוּנָה בְּלַחוּד הוּא אֶלָּא מְשׁוּם מָאן דִּיהֵיב גִּיטָא פִּי הֵיכָא דְּלֵא לִיפְקַעֵינָהּ רַבְּנָן לְקִידּוּשֵׁי מִינְיָהּ וּמְשׁוּוּ לְבַעֲלִיתוּ בְּעִילַת זְנוּת אֶסּוּקֵי מְסִיק אֲדַעְתֵּיהּ כָּל אֲוֹנָסָא דְּשְׂכִיחַ וְאֶפִּילוּ שְׂכִיחַ וְלֵא שְׂכִיחַ מְחוּל לְהוּ הָא בְּכַדִּי לֵא אֶפְקַעֵינָהּ עִ"ש וְעֵינָן בֵּית מֵאִיר (סי' קמ"ד) וְקִשְׁהָ לְמָה צָרִיף כָּלֵל לֹמֵר דְּאֶפְקַעֵינָהּ תפ"ל כִּינָן דְּלֵא אֲתָנִי דָּאָם יֶאֱנָס מְלֵבָא שְׂיִתְבַּטַּל הֵגֵט נִימָא כִּינָן דְּלֵא בָּא יְהִיָּה גֵט בְּשִׁלְמָא אִם לֵא תְקַנּוּ רַבְּנָן דָּאִין טַעֲנַת אֲוֹנָס שְׁפִיר אַף בְּלֵא אֲתָנָה מ"מ הִיוּ לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס דְּהוּי דְּבָרִים שְׁבַלְב דְּכָל אָדָם וְאֲנִן סְהַדִּי דל"ה דַּעְתּוֹ עַל אֲוֹנָס דְּשְׂכִיחַ וּל"ש אֶבֶל הַשְׁתָּא דְּתְקַנּוּ חו"ל דְּמְשׁוּם צְנוּעוּת וּפְרוּצוּת שְׁלֵא יְהִי לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס וְכָל מִי שְׂיִתְנָן גֵּט עַל תְּנָאֵי אִם לֵא אֶבָּא יִתְנָן עַל תְּנָאֵי שְׁלֵא יְהִיָּה לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס שׁוּב כִּינָן דְּלֵא הַתְּנָה בְּתָנָאֵי שְׂיִהִיָּה לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס הוּי דְּבָרִים שְׁבַלְב וּל"ה דְּבָרִים.

וְצָרִיף לֹמֵר כִּינָן דְּמַד"ת יֵשׁ לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס חֲשָׁשׁוּ חֲכוּ"ל עַל אֶחָד שְׁלֵא יְהִיָּה בְּדַעְתּוֹ לִיתְנָן עַל אֲוֹנָס שְׁלֵא יְהִיָּה לוֹ טַעֲנַת אֲוֹנָס לְכַף אֲתוּ עֲלָהּ מְטַעַם אֶפְקַעֵינָהּ וְכַדִּי שְׁלֵא יְהִיָּה בְּעִילַתוֹ בְּעִילַת זְנוּת וְדָאֵי עוֹשֶׂה עַל דַּעַת חֲכָמִים כִּן נְמִי בְּזָה לְכוּף אֲוֹתוֹ לְגַרְשׁ אַף דְּמַצְנָה לְשִׁמוּעַ דְּבָרֵי חֲכָמִים וְגַמְר וּמְגַרְשׁ מ"מ צָרִיף לְבָא מְטַעַם כָּל דְּמַקְדֵּשׁ אֲדַעְתָּא דְּרַבְּנָן וְכַדִּי דְּלֵא לְשׁוּנֵי בְּעִילַתוֹ בְּעִילַת זְנוּת גַּמְר וּמְגַרְשׁ וּבִל"ז כִּינָן דְּמַה"ת אֲנִן הִדְיוּטוֹת אֲנִן ל"מ וּמ"מ הוּא דְּחֶסֶק דְּלָמָּה ל"א מְטַעַם מַצְנָה לְשִׁמוּעַ דְּבָרֵי חֲכָמִים בְּלֵבָד גַּמְר וּמְגַרְשׁ מְדַעְתּוֹ וְהָא דְּצָרִיף בְּרִישׁ כְּתוּבוֹת לְטַעַם זֶה יְבָנָאֵר אִי"ה בְּמ"א: וּלְמ"ש י"ל בְּאַמַּת אִם דְּנִין בְּדִין הַמְּפֹרָשׁ בְּמִשְׁנָה דְּכּוֹפִין לְהוֹצִיא וְכּוֹפִין אֲוֹתוֹ ב"ד שְׁאִינָן סְמוּכִין כִּינָן דַּעְצָם הִדִּין בְּכַחֲסָם לְדוֹן אַף מַה"ת בְּשִׁלְיַחוּתֵיהּ דְּקַמְאֵי כִינָן דְּהִדִּין וְנִשְׁנֹו בְּא"י וְאִין בּוֹ שׁוּם מו"מ שֶׁל הַלְכָהּ וְעַל הַפְּפִיָּה אַף דְּכְתִיב לְפָנֵיהֶם וְאִין רְשׁוּת מַה"ת לְהִדְיוּטוֹת לְכוּף בְּשׁוּטִים וְלִיָּסֵר מ"מ כִּינָן דְּתַקְנָתָא דְּרַבְּנָן הוּא אַף לְכוּף מְפָנֵי תְקַנּוֹת עֲגוּנָו כְּמ"ש הַר"ן שֶׁם וּבְמִס' גִּיטִין שׁוּב מְהַנִּי מַה"ת הֵגֵט דְּוֹדָאֵי אַף שְׁל"ה רוּצָה מְקוֹדָם לְכוּן שׁוּב נְתַרְצָה מְשׁוּם דְּמַצְנָה לְשִׁמוּעַ דְּבָרֵי חֲכָמִים.

אֶבֶל אִם גּוּף הִדִּין אִינוּ מְפֹרָשׁ וְנִשְׁנָה בְּא"י רַק שְׁאֲח"כ נִפְקַ הִדִּין שְׁחֵיב לְהוֹצִיא אוֹ שְׁהַזְדַּמְנָן דִּין לְפָנֵי הַב"ד שְׁלֵא נְתַבָּאֵר בְּמִשְׁנָה וְהַכְרִיעוּ שְׁהִדִּין הוּא שְׁחֵיב לְהוֹצִיא בְּזָה גּוּף הַחַיִּיב לְהוֹצִיא אִינוּ מַה"ת כָּלֵל דְּאֲנִן הִדְיוּטוֹת אֲנִן וּמַה"ת אִין כָּאֵן הַכְרָעָה וְאֲנַחְנוּ לֵא נִדַע מַה הוּא רַק גַּם לְזָה נְתַנּוּ כַח וּרְשׁוּת לְדוֹן בְּשִׁלְיַחוּתֵיהּ וְגַם לְכוּף וּבְזָה ל"מ רַק מְטַעַם כָּל דְּמַקְדֵּשׁ אֲדַעְתָּא דְּרַבְּנָן מְקַדֵּשׁ כִּינָן דְּלֵא אִיתְבָּרַר הִדִּין כָּלֵל אִם יֵשׁ עֲלָיו חַיִּיב מַה"ת לְהוֹצִיא אוֹ אַף לְכוּף אֲוֹתוֹ רַק מְדַרְבְּנָן מְהַנִּי דָּאֵף ע"ז נְתַנּוּ כַח וְשִׁלְיַחוּתֵיהּ עֲבָדִין אֶבֶל מ"מ כִּינָן דְּלִיכָא חַיִּיב תוֹרָה אַף דְּמַצְנָה לְשִׁמוּעַ דְּבָרֵי חֲכָמִים עַכ"פ מְדַרְבְּנָן מ"מ מָאן יֵאמֵר דְּגַם בְּשִׁבִיל זֶה נְתַרְצָה אִם עֲצָם הַחַיִּיב לְגַרְשָׁה אִינוּ מַה"ת: וּי"ל דְּאֶבְיֵי יַדַּע דְּכִמוּ בְּהוֹדָאוֹת וְהִלְנָאוֹת עֲבָדוּ תַקְנָתָא לְכוּף וְלְדוֹן בְּשִׁלְיַחוּתֵיהּ מְשׁוּם הַפְּקָר ב"ד כ"כ בְּגִיטִין לְעַנְנָן לְחֵיבּוֹ לְהוֹצִיא אִם הִדִּין מְפֹרָשׁ בְּמִשְׁנָה עֲבָדוּ תַקְנָתָא אַף לְכוּף רַק אִם הִדִּין אִינוּ מְפֹרָשׁ וְלְרַבִּיוּסָף דְּאֶשְׁכַּחֵיהּ דִּיתִיב וְקָא מְעַשָּׂה אֲגִיטָא הִי כּוֹפָה לְהוֹצִיא בְּדִין שְׁאִינוּ מְפֹרָשׁ בְּמִשְׁנָה בְּזָה שְׁאֵל אִם עוֹשֶׂה ע"י כְּפִיָּה אַף אִם נֶאֱמַר דְּמַהַנִּי מְתִיקוֹן דְּרַבְּנָן וּמְטַעַם דְּכָל מְקַדֵּשׁ אֲדַעְתָּא דְּרַבְּנָן מְקַדֵּשׁ מ"מ מְנִינָן לוֹ לְכוּף אַף בְּכַה"ג הָא יֵשׁ אִיסוּר דְּלַפְנֵיהֶם וְכְמ"ש הַר"ן וְקַאֲמַר לוֹ דְּאֲנִן שְׁלִיחוּתֵיהּ דְּקַמְאֵי עֲבָדִין וְלִיכָא אִיסוּר בְּזָה וְגוּף הֵגֵט מְהַנִּי מְטַעַם כָּל דְּמַקְדֵּשׁ כִּינָן דְּדוֹן לְכוּף לְהוֹצִיא בְּדִין שְׁאִינוּ מְפֹרָשׁ בְּמִשְׁנָה



בגוף החיוב להוציא אינו אלא מדרבנן אבל אם כופין להוציא בדין המפורש במשנה ששננו בא"י י"ל דגם הרמב"ן והר"ן מודים דמתגרשת מה"ת דגמר בלבד לגרש מצד חיובו מה"ת: ועיין תוס' ר"פ המדיר דכ' ומיהו אין לכופו שום אדם לגרש ולעשו' מעשה עד שנמצא ראיה ברורה דהא אמרינן דגט מעושה בישראל שלא פדין פסול ואין להתיר אשת איש מספק וברא"ש יבמות (פ"ו סי' י"א) כ' ג"כ פ"ן דפליגי בה רבנן' ראוי להתמיר שלא לכופו בשוטי דלא להוי גט מעושה וכ"כ הרמ"א אה"ע (סי' קנ"ד סכ"א) ולכאורה קשה הא בלא"ה פיצד יכולין הב"ד לכופו אותו בשוטי וליסור אותו אם אין הדין ברור דכופין אותו בשוטי אף דהדין ברור דחייב להוציא וכופין אותו בדברים הא מ"מ יש לאו דלא יוסיף להפכות את חבירו ומס' פיצד יכולין הב"ד לייסרו בשוטים אם אין הדין ברור ודוחק לומר דכתבו דמלבד האיסור של ההפאה יש איסור להתיר א"א דדלמא הפפיהה הוא בשוטי הוא שלא פדין דכל פי האי הוי להו לפרושי.

א"ו היינו אף אם הב"ד הכריעו לכופו ונראה להם לפי העת והזמן או למיגדר מילתא לכופו בשוטים ואז ליכא איסור בההכא מ"מ יש חשש על גט מעושה פ"ן דמה"ד אולי אין כופין בשוטים ויקשה ג"כ הא פ"ן דהחייב ברור להוציא והב"ד מכין אותו ומצנה לשמוע דבריהם עכ"פ מדרבנן נימא דגמר ומגרש.

וע"כ פ"ן דהכפיה בשוטים אינו ברור אם הוא עפ"י דין ל"מ בזה לומר כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והוי כאלו כפו שלא פדין דהוי הגט פסול ובכ"מ ובכ"ז מה דכופין בשליחותיהו דקמאי אף דגוף החיוב הוא מה"ת מ"מ הא מה"ת הפפיהה היא שלא פדין ורק מדרבנן כופין אף בשוטים לכך י"ל דל"ה הגט מה"ת פ"ן דמה שעושה ואומר רוצה אני הוא מצד הכפיה וגוף המצנה לשמוע לדבריהם הוא רק מדרבנן ולכך צריף להטעם דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ועיין רמב"ם (ספ"ב) מגירושין דכ' ולמה לא בטל גט זה שה"ה אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל שאין אומרין אנוס אלא למי שנלחץ לעשות דבר שא"ח בו מה"ת כגון מי שהקפה עד שמכר או שנתן אבל מי שתקפו יצה"ר לבטל מצנה או לעשות עבירה והקפה עד שעשה דבר שחייב לעשותו כו' אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה לפיכך זה שא"ר לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל כו' ויצרו הוא שתקפו וכינן שהקפה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כפר גרש לרצונו וע"ש בלח"מ אף דבמכירה מהני משום דאיכא זוזי ואמרינן אגב אונסא זוזי גמר ומקני ובגט דליכא זוזי ע"כ אף דמצנה הוי כזוזי ולמה צריף רמב"ם להוסיף ב"אור דאין זה אנוס ממנו אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה הא אף בזבני מהני אגב אונס זוזי וצ"ל פ"ן דאנן ראינו שתקף יצרו וא"ר לקיים המצנה ולציינת רק ע"י כפיה א"כ גרוע השכר מקיום המצנה ול"ה ממש כזוזי דנימא אגב אונסא זוזי גמר ומקני ברצונו דעכ"פ יש לו זוזי משא"כ שכר קיום המצנה שהוא ע"י כפיה למה נחשוב לזוזי דנאמר דגמר ומקני פ"ן שכל מה שעושה עושה בהכרח ואף מה שאומר רוצה אני לכו הסביר הרמב"ם שפ"ן שהוא רק מתוקף יצה"ר כשתשש פחו ע"י הפאה כפר גרש לרצונו וא"כ י"ל דלכך צריף דוקא שגם הכפיה יהנה מן התורה אבל אם הכפיה אינו אלא מדרבנן לה רצון גמור ולכך הצריכו הרמב"ן והר"ן להא דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ועיין נתיבות המשפט (סי' ר"ה) ובמה שיש לגמגם עליו ויבואר א"ה במ"א.

וביתר ביאור יש לומר למ"ש הגאון האמיתי מו"ה ארי' ליבוש פלאצקער ז"ל בס' גט מקונשר (דף ל"ד ע"ב) הא דמהני הרצון שע"י הפפ"י דאף דכל מעשה שאדם עושה באונס פיון שלבו בל עמו אין לו קיום אף שמתרצה ע"י האונס הוא דוקא אם אינו ראוי לעונש שהוא פשלא יעשה המעשה אבל מי שיגרא מעונש שראוי לו בהעדר המעשה לא מקרי רצון מחמת אונס מאחר שראוי לו שיתרצה בכך והוא מרנצה באמת מחמת העונש והעונש ראוי לו בעצם לא מקרי אונס ע"ש בנזעם דבריו וזה אתי שפיר אם לייסר לב"ד מה"ת להפנותו על העדר השמיעה לדברי חכמים אבל בהפאה והלחץ ע"י הדיוטות דמה"ת לאו בני עשוי ואין דמו מסור לידם שילחצהו וידונוהו על פה לא מהני הרצון שלו וא"כ אף דהתקנה הנה שידונו בשליחותיהו דקמאי מ"מ פיון דמה"ת לא נמסר ההפאות בידם שוב הוי מה"ת פאונס לכן אתי עלה הרמב"ן והר"ן מטעם הפקעות הקידושין: סי' ב' לכאורה נראה מדברי רמב"ן יבמות הנז' מדכתב ואפשר דמה"ת דנין אפילו הדיוטות בשליחותיהו דמומחין ממילא אף בזמן שהיו סמוכין בא"י היו יכולין לתת פח להדיוטות לדון בשליחותיהו ואף דדרשינו לפניהם ולא לפני הדיוטות דאסור לדון לפניהם וכמ"ש הרמב"ן פ' משפטים והר"ן ריש סנהדרין היינו דוקא אם דנין בכחם פח ב"ד יפה אבל אם באו לדון בשליחותיהו דמומחין רשאין ודינם דין: אף א"כ קשה מהא דסוף פרק ז"ב בעובדא דשלחו ליה למר עוקב' עוקבן הבבלי קבל גזמנא ירמיה אחי העביר עלי את הדרה ואמרו לו השיאוהו ויראה פנינו בטבריא ומסיק דהכי קאמר אמרו ליה דיינו אתין אי צניית צניית ואי לא השיאוהו ויראה פנינו בטבריא רב אשי אמר דיני קנסות הנה ובבבל לא דיינו דיני קנסות והא דשלחו ליה הכי פדי לחלוק פבוד למר עוקבא.

והדברים קשים אם באמת הנה דיני קנסות וכי משום לחלוק פבוד למר עוקבא יחנפו לו לכתנ' ח"ו דברים אשר לא כן הוא מן הדין ועי"ש בפירוש רמ"ה דמפרש לרב אשי ג"כ אמרו ליה דיינוהו אתון וכדי לחלוק פבוד למר עוקבא ולמה הנה להו לנה לכתוב ח"ו דברים שהם פנגד הדין הנה להם לתת פח למר עוקבא לדון אותו בשליחותיהו.

ואולי באמת נתנו לו רשות לדון בתורת שליחותיהו אף אם ירמיה לא הנה רוצה רק לדון בפני מומחין ממש היינו סמוכין יכול לומר אף דמומחין לדון בפני ב"ד שבעירו היינו אם הם בכלל ב"ד אבל בדיני קנסות דבעינו מומחין סמוכין רק שידין בעירו בתורת שליחותיהו דמומחין בזה הנה יכול לומר שאינו רוצה רק לדון בפני הסמוכין: ובס' שער משפט חקר אם מהני קבלה לדון בדיני קנסות בפני הדיוטות והוכיח מש"ס הנז' דלמה להו לחלוק פבוד שלחו ליה הא א"ש בפשיטות ששלחו ליה דיינוהו אתון פשירצה לקבל א"ו דל"מ קבלה בדיני קנסות דאשר ירשיעון אלקים פתיב ולמ"ש אינו הוכחה דהא אף דקבלה ל"מ מ"מ היו יכולין למסור הדין ביז מר עוקבא שידון בתורת שליחותיהו.

ברם בגוף הדין אם מהני הדין בדיני קנסות בקבלו עליהו נראה מדברי ש"מ ב"ק (דף פ"ה) דלא מהני הקבלה. אף מ"מ שידונו בתורת שליחותיהו דמומחין י"ל דיש פח להם פיון דבאו בכחם.

אף יש לומר דלדון בע"כ הוי כמו שליח במקום שחב לאחרים דאין בידם לעשות בע"כ שליח במקום דחב לאחרים ומה"ט צריה לומר דשלחו פדי לחלוק פבוד למר עוקב'

דכינן דעוקבן הפבלי הוכרח לקבול עליו בא"י ע"כ לא רצה ירמיה לדון בפניהם ול"מ לדון אף בשליחות דייגני א"י במקום דחב לאחרינא וממילא אינו מוכח ג"כ דל"מ קבלה פנ"ל אולם באמת ל"מ קבלה אף בקנן וא"ד לקבל עליו ג' רועי בקר ולכל פשרות דמהני הקבלה פיון דיש לזה טו"ת על זה ויכול לחייב א"ע אף בדבר שאינו חייב אבל לגבי קנס פיון דאף בד"ש פטור כ"ז שהב"ד לא חייבו אותו מדכתיב אשר ירשיעון אלקים ומה מהני קבלה פיון דאינו מחייב א"ע לשלם רק כפי אשר ידונו הם אם חייב או לא והמה אין בכחם לחייבו וכמבואר בש"מ ב"ק ה"ל בפשיטות ואף לדעת רמב"ן דבקבל עליו הדיוטו' מותר מה"ת לדון וא"ד ללפניה' ולא לפני עפ"ם מ"מ י"ל פיון דכל הטעם דמהני באומר נאמן עלי ג' רועה בקר וא"י לחזור אחר גמר דין אף בלא קנן פתבו תוס' ב"מ (דף ע"ד) דמהני בדברים בעלמא דכינן דיש להם תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כף את הדין ומשמע דהיא רק מדרבנן וכינן דבמלתא דל"ש לא גיפתן רשות לב"ד לדון רק אם קבלו עליהם י"ל דצריף קנן פיון דלא יכול לתפוע אותו בדין לא משעבד ומחייב א"ע בדברים וכינן דהם לא תקנו שיעשו הב"ד שליחותיהו דקמאי במלתא דלא שכיח ממילא לא חל ג"כ התקנה שיהני הקבלה בלא קנן פיון דא"י לתפוע אותו הני כמו שאין לו שום תביעה ומ"מ היכא דקבלו קנן ע"ז י"ל דא"י לחזור ובפ"ט לדעת הרמב"ן המובא בש"ף (סי' כ"ב ס"ק ד') דלא מהני אם קנו מידו שלא לחזור דהני קנן דברים ול"מ רק כשקנו מידו לעשות כפאשר ידון א"כ בזה מה"ת לא יועיל במלתא דלא שכיח ואף בקנס י"ל דמה"ת לא יכול להתחייב א"ע בדבר שאינו חייב וגם י"ל פיון דאם תפס לא מפקינן מניה י"ל אף בלא קנן מהני דהני כמו שיש לו תביעה אף דלא תליא רק בב"ד המתחייבו מ"מ מהני קבלו עליו ועיין רמב"ם (פ"ד הי"ד) מסנהדרין שכתב וכל דיין הראוי לדון שנתנו לו ב"ד שבא"י רשות לדון כו' אעפ"י שיש לו רשות לדון דיני קנסות בחו"ל אינו דן אלא למי שרוצה לדון אצלו אבל לכוף את בעלי דיניו ולדון להם אין לו רשות עד שיטול מראש גלות ומשמע דרק מי שהוא סמוך ויש לו רשות לדון דיני קנסו' אינו דן בחו"ל אלא למי שרוצה לדון אצלו אבל אינו סמוך אינו דן דיני קנסות אף למי שרוצה לדון אצלו הרי דקבלה ל"מ אולם מ"מ י"ל דקנן מהני רק קבלה בלבד ל"מ או י"ל דקבלה בפירוש מהני ג"כ בקנס רק ל"מ כשפא רוצה לדון בפניו בקנס רק למי שהוא סמוך ולענין קרוב או פסול דעת הכנה"ג (סי' ג) דל"מ כשפאין מעצמן לדון רק בעינו קבלה בפירוש ורק לענין לדון יחידי מהני מה שפאין מעצמן ולגבי סמוך בחו"ל י"ל דמהני לדון בקנס אף בלא קבל בפירוש רק מי שרוצה לדון אצלו ובאינו סמוך כשפאין מעצמן א"י לדון אבל באם מקבל עליו בפירוש שיידון ורוצה שאם יהי חייב בפני סמוכין ידון הוא וישלם י"ל אף דקנס אינו חייב עד שירשיעון אותו סמוכין מ"מ מהני הקבלה פיון דיש ביניהם טענות ותפיסה מהני גמר ומתחייב.

וצ"ע עדיין: גנב או גזל מגבין ממנו הקרן בקרן בשליחותיהו דקמאי וכתב הש"ף משם הב"ח דמה שהוא יותר על הקרן כגון השבח ולפני יאוש אין מגבין בבב"ל והש"ף חולק וסובר דגם השבח מגבין ולא ממעטינו אלא קנס.

ובש"מ ב"ק (דף פ"ד) מבואר פדעת הב"ח וכן מבואר בתמים דעים להראב"ד (סי' קט"ז) וא"כ מי ירים ידו להכריע נגד דברי ראשונים להוציא ממון. ולכאורה יש ראי' לדעת הש"ף מב"ק (דף צ"ו) שהוא דגזל פדנא דתורי אתי לקמי דר"נ אמר ליה זיל

שיימו שְׁבַחָא דְאַשְׁבַּח וְאַף דְּמַסִּיק שֵׁם דְּגִזְלָן עֲתִיקָא הוּא וּבְעֵי לְמַקְנָסִי מ"מ לְפִי הַס"ד דְּאַקְשָׁה לִּיהִי רַבָּא קְשָׁה הָא בְּלֹא"ה אִין דְּנִין שְׁבַח בְּבָבֶל א"ו פְּדַעַת הַש"ף וְכֵן רְאִיתִי לְמִי שְׁהַכְרִיעַ מְרָאָן הַזֹּאת פְּדַעַת הַש"ף וּבְאַמַּת אִינוּ רְאִיָּה כָּלֵל דְּמָה הָיָה לוֹ לְרַבָּא לְהַקְשׁוֹת בְּדְבָרִים שְׂאִינוּ דְּהִיָּה סוּבְר דר"נ מה"ד חִיבֻוּהוּ לְכֹן הַקְשָׁה מְקוֹדֵם הָא אַרְעָא נְמִי אֲשַׁבַּח וְא"ל פְּלַגָּא קְאָמִינָא וְאַח"כּ הַקְשָׁה הָא מַה"ד פְּטוּר דְּכָל הַגְזֻלָּנִים מְשַׁלְמִין כְּשַׁעַת הַגְזֻלָּה וְלֹא הִי עָלָה ע"ד כָּלֵל דְּמַצַּד קִנְס חִיבֻוּהוּ פְּדֵי דִיקְשָׁה לִּיהִי אִין דְּנִין בְּבָבֶל וְכֹאשֶׁר א"ל גִּזְלָן עֲתִיקָא הוּא וּבְעֵינָא דְאַקְנָסִיָּה מָה הָיָה לוֹ עוֹד לְהַקְשׁוֹת וּלְעוֹלָם יֵשׁ לוֹמַר בְּסִתָּם גִּזְלָן לֹא עֲבָדִינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ בְּמָה שְׁהוּא יוֹתֵר מְקַרְן וּכְשִׁיטַת הַב"ח וְשִׁכְּוֹן דַּעַת רַאשׁוֹנִים הַנ"ל.

וְאַף בְּגִזְלֵי קַרְקַע וְאָכַל הַפִּירוֹ דְּבִזָּה לֹא שִׁינָה לֹמַר כָּל הַגְזֻלָּנִים מְשַׁלְמִין כְּשַׁעַת הַגְזֻלָּה דְּקַרְקַע אִינוּ נִגְזָלֵת כְּמִבְּנָאָר בְּש"ס וּפּוֹסְקִים וְעֵינָן יְרוּשְׁלָמִי ר"פ חֲזַקַת הַבְּתִים וְהוּי עַל הַפִּירוֹת כְּגִזְלָן בַּפ"ע דְּלְכֹאֲוֹרָה הִי נִרְאָה דְּעֲבָדִינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקַמְאִי לְגַבּוֹת מְמַנּוּ מ"מ כ' שֵׁם בַּש"מ דְּלֹא עֲבָדִינוּ בְּזָה שְׁלִיחוֹתֵיהוּ רַק לְהוֹצִיא גּוֹף הַקְרָן עֵי"ש וְצ"ע בְּזָה: וַיֵּשׁ לְהַעִיר עַל דְּבָרֵי הַרד"ך הַמּוֹבָא בַּמ"מ (פ"ד ה"ד) מְמַלְנָה דְּהָא דְּמַחְלִקִינוּ בֵּין מַלְתָּא דְּשָׁכִיחַ לְלֹא שְׁכִיחַ הֵינּוּ דְּנֹקָא בְּגִדְרִים וְסִיגִיגוֹת בְּזָה דִּי לְנוּ בְּמָה שְׁהַחְמִירוּ וְגִזְרוּ בְּמַלְתָּא דְּשָׁכִיחַ אֲבָל בְּמַלְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ לֹא גִזְרוּ דְּלִיכָּא לְמַטְעֵי מִשׁוּם אַקְרָאִי בְּעַלְמָ' אֲבָל כְּשִׁיחַ הַעֲנִין מִשׁוּם גִּזְרֵי רַק שְׁרָצוּ לְזַכּוֹת אֵת יִשְׂרָאֵל פְּשִׁיטָא שְׁעַל כָּל צַד זְכִיָּה וְתוֹעַלְתַּת תְּקִנּוּ וְע"ש בַּמ"מ דְּמְהַר"י טֵיטְצַק ז"ל חוֹלַק ע"ז וְא"כ לְמָה בְּמַלְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ לֹא עֲבָדִינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקַמְאִי כִּינּוּ דְּחַכְמִים עָשׂוּ תִיקוּן וְגִזְרֵי לְזַכּוֹת אֵת יִשְׂרָאֵל וְאִישׁ עַל מְקוֹמוֹ יָבֵא בְּשָׁלוֹם נִימָא דְּעַל כָּל צַד זְכִיָּה וְתוֹעַלְתַּת תְּקִנּוּ וְאַף דְּהוּא הַפְקַעַת מְמוֹן מ"מ הָא גַּם בְּנִידוֹן דְּרד"ך שֵׁם בְּחֻזְקוֹת הוּא ג"כ לְהַפְקִיעַ מְמוֹן וְרְאִיתִי בַּס' בְּרִית אַבְרָהָם חֵלֵק אַה"ע (ס' י"ז) שְׁהַעִיר מְכַמָּה מְקוֹמוֹ וְגַם עָמַד שֵׁם בְּהַגָּהָה מְכַאן.

אוּלָּם בְּאַמַּת לֹא קְשָׁה דְּהָא כְּאֵן הוּא אִיסוּר תּוֹרָה וְאַלְהֵי הַמְשַׁפְּטִים אֲשֶׁר תְּשִׁים לְפָנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי הַדִּיּוֹטוֹ וְלִדְעַת רַמְב"ן פ' מְשַׁפְּטִים בְּקַבֵּל עֲלֵיהֶם מוֹתֵר וְלִדְעַת חִידוּשֵׁי הַר"ן רִישׁ סְנֵהֲדָרִין הוּא אִיסוּר גְּמוּר לְהַדִּיּוֹטוֹ שְׁלֹא יִשְׁתַּמְשׂוּ בְּכַתֵּר סְמוּכִין וְלִכְּוֹ אֲמַרִינוּ דְּשְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקַמְאִי עֲבָדִינוּ וְאִינָם מְשַׁתַּמְשִׁין בְּכַתֵּר שֶׁל סְמוּכִין וְלִכְּוֹן רַק בְּמַלְתָּא דְּשָׁכִיחַ שְׁהוּא לְצִנּוֹרָה קִיּוּם חֲבֵרַת הָאָדָם וְכָל אֶחָד עַל מְקוֹמוֹ יָבֵא בְּשָׁלוֹם בְּזָה תְּקִנּוּ לְדוֹן בְּשְׁלִיחוֹתֵיהוּ אִף דְּהוּא לְעֵבֶנֶר עַל לְפָנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי הַדִּיּוֹטוֹת וּבְמַלְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ דְּלֹא יֵשׁ צִנּוֹרָה בְּדָבָר לְהַכְתִּיר הַדִּיּוֹטוֹ כְּמִבְּנָאָר שֵׁם בְּר"ן.

וְאִין זֶה עֲנִין לְדְבָרֵי רד"ך וּבַמ"א יְבֹאֵר אִי"ה בְּנִידוֹן דְּרד"ך: ס' ג' דְּבָרִים שְׂאִינָם מְצוּיִים אַעפ"י שִׁישׁ בְּהֵן חֲסֵרוֹן פִּיס כְּגוֹן בְּהֵמָה שְׁחַבְלָה בְּחֲבֵרְתָּהּ אוּ דְּבָרִים שְׂאִין בּוֹ חֲסֵרוֹן פִּיס כְּמוֹ כְּפֶל אִף מְצוּיִים אִין דְּנִין רַק סְמוּכִין בַּא"י וְכ' הַש"ף מְשִׁם הַיֵּשׁ דְּהַה"ד אֵשׁ וּבוֹר וְהֵאחְרוּנִים הוֹכִיחוּ מִדְּעַת הַטוֹר דְּנִין דִּינִי וּבוֹר וְכֵן מְבֹאֵר בַּש"מ ב"ק שֵׁם וּבְשִׁבּוֹת יַעֲקֹב (ח"א ס' קל"ו) וְכ' הַקְצוּה"ח דַּמ"מ אִין שְׁוִין דְּאַף דְּלֹא דִּינִינוּ בְּזָה בְּאִינוּ שְׁכִיחַ אוּ בְּלִית בֵּיהּ חֲסֵרוֹן פִּיס מ"מ הוּא בְּעֲצָמוֹ שְׁיודַע דְּחִיב א"י יד"ש אִם אִינוּ מְשַׁלֵּם וְגִזְלָן הוּא אֲבָל קִנְס מְמַשׁ ל"ש בִּי לְצִיד"ש דְּתְלוּי בְּאַשֶׁר יִרְשִׁיעוּן אֱלָקִים וּכְשִׁיחַ ב"ד לְדוֹן

ל"ש בהו לצאת יד"ש והוכיח פן מדברי תוס' פתובו' ומקא דר"ג שסימא עין עבדו דבמודה בקנס פטור אף לציד"ש.

אולם בס' החינוך פ' משפטים (סי' נ"א) כ' ואלה הדינים שנקראין דיני קנסו' אין דנין אותן אלא ב"ד הסמוכין בא"י אבל המזיק חייב לשלם בד"ש בכ"מ. וצריף לומר דמהך דר"ג שהביא הרשב"א ב"ק מירושלמי להוכיח דפטור אף לציד"ש הוא משום דשם חייבו התורה יותר מכפי שיעור ההיזק דהא אף אם העבד שנה הרבה יותר משומת העין מ"מ חייבו התורה לשחררו וא"י בתשלומי דמי העין בזה פיון דאין לו עדים פטור אף בד"ש דצריף שירשיעו אלקים דוקא וכ"ז שלא חייבוהו הב"ד א"י לשחררו ודברי החינוך אמורים רק היכא דחייב לשלם כפי היזקו אם היו סמוכים וכיון דיש עדים על חייב הברור רק דחסר ב"ד ולא נמסר להדיוטו' לעשו' בזה שליחותיהו דקמאי בזה דעת החינוך דחייב לציד"ש אף דל"ה רק קנס אולם פשוטו דברי הפוסקים נראה דכל דבר שהוא קנס ולא דייגין ליה בזה"ז דליכא סמוכין פטור אף לצאת ידי שמים: וכן יש להוכיח מדברי הרי"ף והרא"ש רפ"ב דב"ק דהרי"ף לא הביא הפעיא דרבא אם יש העדאה לצרורות והך דרב אשי אם יש שינוי לצרורו' לרביעי גזק וסלקו בתיקו וכו' הרא"ש הטעם דאין נפקותא משום דלא מצינו בבבל צרורו' דבועוט דהו משונה וקנסא הוא אא"כ תפס וכי תפס לא מפקינן מיניה עד דמשלם חצי גזק פיון דהו מוחזק ועי"ש ביש"ש (סי' ד') דמסתמא בלא הך פעיניא היינו מבינים הדבר כפשוטו דאין שינוי לצרורות ולעולם ח"נ משלם כמו שאר שנוי אלא שרב אשי בא והעמיד הדין על ספק לכן לא הביא הרי"ף דלא לבא לכלל טעות עי"ש באר היטב דזה ברור דשנוי הוי פקרו וקנס הוא רק על תשלומין מסופק ר"א אם כמו כל ח"נ אם רביעי גזק וכיון דליכא לנו סמוכין ולא יחייבו לשלם רק אם תפס וממילא לדידן דהוי ספק מהני התפיסה אף על ח"נ דהוי מוחזק.

ואם נאמר דאף דאין דנין קנס בלא סמוכין מ"מ חייב לגבי עצמו לצאת ידי שמים לשלם להנזיק היזקו כפי הדין אם היו סמוכין א"כ עדיין יקשה דהיה לו להאלפסי להביא האפעיא דהוי ספק אם חייב ח"נ או רביעי גזק למען גזע כמה חייב לשלם לציד"ש פיון דמן הסתם נאמר דחייב ח"נ לציד"ש ומספק דהעמיד ר"א אינו חייב אף לציד"ש רק רביעי גזק דבספיקא דדינא שהוא ספק לכ"ע א"ח אף לציד"ש ואחרי שלא הביא הרי"ף גבא לטעות דנבין כפשוטו דאין שנוי וחייב לציד"ש ח"נ ובאמת הוא ספק וא"ח בבירור לציד"ש רק רביעי גזק א"ו דדעתם דא"ח פלל בקנס לציד"ש אף במקום דיש היזק להנזיק מקרנו דאשר ירשיעון אלקים פתיב וכ"ז דלא חייבו הב"ד לשלם א"ח פלל: ובש"ס ב"ק (דף י"ד ע"ב) בפני ב"ד פרט לבית דין הדיוטות ופירוש רש"י דב"ד מומחין דנין דיני קנסות ולא ב"ד הדיוטות וכתבו תוס' אע"ג דמתניתין לא מייירי בקנסות למ"ד שור לרגלו כו' מ"מ מרמו לנו המתניתין אפילו במקלי דלא איירי ברישא וק' הא אף בכל ד' אבות נ"מ דכל ששמין אותו כעבד אין דנין בבבל וכל מידי דלא שכית וכן הקשה שם בש"מ.

ויש לומר הא דנקטו רש"י ותוס' לפרש המתניתין והמזיק בתשלומין היינו אף לציד"ש א"ח אם אינו בפני ב"ד סמוכין ואז אף לציד"ש ליכא פלל בתשלומין דאשר ירשיעון

אַלְקִים פְּתִיב וּכ"ז דְּלֹא נְתַקְבֵּל הָעֵדוּת וְנִצָּא הַחַיִּיב מִפִּי הַסְּמוּכִין לִיכָּא שׁוּם חַיִּיב אַף לְצִיד"ש מִשֵּׁא"כ בְּמִלְתָּא דְּלֹא שְׂכִיחַ דְּלֹא דְּנִין בְּהַדְּיוּטוֹת עַכ"פ הַיּוֹדֵעַ רַמְיָא עָלָיו הַחַיִּיב לְשֵׁלם וּכְגַזְלָן הוּא יוֹתֵר מִמָּה שְׂחֵיב בְּכ"מ לְצֵאת יד"ש פִּינָן דְּהַחַיִּיב בְּרוּר רַק דְּלִיכָּא סְמוּכִין לְהוֹצִיא בְּדִינָיו אֲבָל לְגַבֵּי עֲצָמוּ גִזְלָן הוּא אִם אִינוּ מְשַׁלְּם: וּבְזֵה יֵשׁ לְהַשִּׁיב ע"ד הַקְּצוּה"ח (ס"ק ג') שְׁפַתְב לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי תוֹס' ב"ק הַנּו' שְׁלֹא פְּדַבְּרֵי מְהַרְשָׁא רִישׁ סְנֵהֲדָרִין שֶׁהוּא שִׁיטוֹת רַמְבַּ"ן וְר"ן דְּסָבְרוּ בְּזִמְן הַמְּשַׁנָּה שֶׁהָיוּ סְמוּכִין אַף גִּזְלֵלוֹת לְחוּד לֹא הָיוּ דְּנִין רַק סְמוּכִין פִּינָן דַּל"ה צָרִיף לְנַעֲוֹל דְּלֵת בְּפָנֵי הַגִּזְלָנִים דְּהַגְּזֵל יִטְרִיחַ לְהַשִּׁיג מְוַמְחִין וְא"כ לְמָה פְּתָבוּ תוֹס' דְּמַתְּנִיתִין מְרַמְזוּ בְּמָה שְׁאָמַר לְפָנֵי ב"ד מְוַמְחִין לְקַנְסָהּ אַף אִשׁ וּבוֹר שׁו"ר בְּעוּ מְוַמְחִין א"ו דְּתוֹס' סָבְרוּ דְּגַם בְּזִמְן הַמְּשַׁנָּה ל"ה בְּעוּ בְּזֵה מְוַמְחִין וְלִמ"ש אִינוּ רֵא"י דְּהַתוֹס' הִנְכַּרְחוּ לֹאמַר דְּקָאֵי עַל קַנְסָהּ דְּאִזְ שִׁינְיָה לֹאמַר דְּאִינוּ בְּתַשְׁלוּמִין כָּלֵל דְּהָא אַף לְצִיד"ש פְּטוּר וְא"ש דְּקַתְּנֵי בְּתַשְׁלוּמִין דְּלִזְה צָרִיף ב"ד מְוַמְחִין וּכְלֵא מְוַמְחִין לִיתָא כָּלֵל בְּחַיִּיב תַּשְׁלוּמִין מִשֵּׁא"כ בְּמִדְּיָי דְּלֹא שְׂכִיחַ דַּע"פ שִׁינְיָה בְּתַשְׁלוּמִין אַף שְׁלֹא בְּסְמוּכִין רַק לְכוּף וּלְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ צָרִיף סְמוּכִין אֲבָל בְּחֻזְקָת גִּזְלָן הוּא אִם אִינוּ מְשַׁלְּם: וְזֵה רַבּוֹת בְּשָׁנִים נִסְתַּפְּקֵתִי אִם מְהֵנִי בְּקַנְסָהּ תַּפְּסִיָּה ע"י שְׁלִיחַ אִם אֲמַרְיָנָן דְּהָיוּ בְּמִקוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים פִּינָן דְּאִין לָנוּ ב"ד סְמוּכִין לְדוֹן בְּזֵה וְלֹא נִמְסַר אַף לְב"ד דְּאִין סְמוּכִין מַכ"ש דְּאַחֲרִים אִינָם יְכוּלִין לְתַפְּסוּ דְּאִין בְּכַחוּ לְעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ בְּמִקוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים וְלֹא קָנָה עַד שְׁיָבֵא לִידוֹ וְאַף אִם זֶה הַתוֹפְסֵי מְסַר בְּיַד הַנִּינְקָא י"ל דְּחֵיב לְשַׁלְּם דְּהָיוּ כְּמִזִּיק אִו דְּלֵמָּא פִּינָן דַּמ"מ אִם הָיוּ סְמוּכִין הָיוּ מְחַיִּיבִים אוֹתוֹ וְגַם תַּפְּסִית הַנִּינְקָא מְהֵנִי שְׁלֹא לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ א"ח זֵה לְשַׁלְּם מִצַּד מִזִּיק.

וְיֵשׁ קְצַת רֵאָיָה מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש הַנּו' דַּכ' דְּלִיכָּא עַכְשָׁיו נ"מ בְּבַעֲיָא דִּישׁ שִׁינְיָה לְצָרוּרוֹת לְח"נ. וְלִמ"ש כְּמָה פּוֹסְקִים בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא דְּמַהֲנֵי תַּפְּסִיָּה נ"מ תַּפְּסִיָּה ע"י שְׁלִיחַ דְּהָיוּ בְּמִקוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים כְּמִבְּנֵי בַס' תַּקְפּוּ פִּהֵן וּבְתוֹמִים (ס"ס כ"ה) אִם פֶּן עֲדִינָן נ"מ בְּמָה דְּלֹא יִדְעֵנוּ מְדַבְּרֵי הָרֵי"ף דְּהָיוּ סַפְקָא אִם יֵשׁ שִׁינְיָה לְח"נ צָרוּרוֹת וְא"כ נְחֻזִיק כְּפִשׁוּטוֹ דְּחֵיב ח"נ אִם הָיוּ מְוַמְחִין וְאִם נֹאמַר דְּבַחַיִּיב בְּרוּר אִם הָיוּ מְוַמְחִין מְהֵנִי תַּפְּסִיָּה ע"י שְׁלִיחַ א"כ יְכוּל לְבֵא הַמִּזִּיק לִידֵי הַפְּסָד בְּאִם תַּפְּסֵי הַשְׁלִיחַ ח"נ דְּנֹאמַר דְּמַהֲנֵי תַּפְּסִיָּתוֹ וּבְאַמַּת פִּינָן דְּהָיוּ סַפְקָא ל"מ תַּפְּסִיָּתוֹ רַק עַל רְבִיעֵי גִזְקָא דְּחֵיב בְּנֹדָאֵי אִם הָיוּ סְמוּכִין א"ו דְּלִיכָּא נ"מ דְּאַף בְּמָה שְׁפָרוּר בְּחַיִּיבוֹ אִם הָיוּ סְמוּכִין ל"מ תַּפְּסִית הַשְׁלִיחַ פִּינָן דַּהֲב"ד אִין דְּנִין בּוּזָה"ז הָיוּ כְּמוֹ תוֹפְסֵי לְבַע"ח בְּמִקוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים דְּלֹא קָנָה.

אוּלָּם לְמָה דְּהַעֲלָה הַתּוֹמִים שְׁם דְּאַף בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא מְהֵנִי תַּפְּסִית הַשְׁלִיחַ בְּטַעֲנוֹת קִים לִי שׁוּב לִיכָּא רֵא"י וִי"ל דְּכְמוֹ דְּמַהֲנֵי תַּפְּסִית הַבְּעֵלִים בְּקַנְסָהּ כֵּן מְהֵנִי תַּפְּסִיתוֹ ע"י שְׁלִיחַ: וְמ"מ מְסַבְּרָא נִרְאָה אַף אִם בַּסְד"ד מְהֵנִי תַּפְּסִיָּה ע"י שְׁלִיחַ דִּיכּוֹל לֹאמַר קִים לִי דְּחֵיב וּלְהַפֵּד צַד עֲבִיד פְּדִין וְל"ה חָב לְאַחֲרִים מ"מ לְגַבֵּי קַנְסָהּ דְּאִי אֲפָשָׁר בְּשׁוּם פְּנִים לְחֵיבּוֹ בּוּזָה"ז וְאַף לְצֵאת יְדֵי שְׁמִים א"ח לָאוּ כָּל כְּמִינֵיהּ דְּשְׁלִיחַ לְחוּב לְזֵה וְלְתַפְּסוּ בְּעַד חֲבִירוֹ וְאַף הִיכָּא דְּחֵיב לְצֵאת יְדֵי שְׁמִים רַק דְּלֹא נִמְסַר לְב"ד לְדוֹן נִרְאָה לְהוֹכִיחַ מִשֵּׁ"ס ב"ק (דָּף צ"ח) דְּלֹא מְהֵנִי תַּפְּסִיָּה ע"י אַחֲרִים דְּהָא מְבִנְיָא שְׁם בְּגוּזֵל חֲמִץ וְעֵבֵר עָלָיו הַפְּסָח דִּיכּוֹל לֹאמַר הָרֵי שְׁלֵף לְפָנֵיהּ וְאִם בָּא אַחַר וְשָׂרְפוּ לר"ש דְּסוּבֵר דְּבַר הַגּוֹרֵם לְמִמּוֹן כְּמִמּוֹן דְּמִי חֵיב לְשַׁלְּם.

וגם לדין דדהגל"מ לאו פממון דעת רמב"ן מוכא בש"ף ח"מ (סי' שפ"ו) דחייב לשלם מצד דיני דגרימי. ונשם הא אף דהגזלן הנה יכול לומר הש"ל ולא נחתינן לנכסיו לשלם לו דמים מעליא מטעם דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מ"מ בד"ש חייב דלא גרע מגרמא דגרם לו הניזק שהחזיק בידו ועבר עליו הפסח ונאסר בהנאה וכבר פתבתי בזה בדברי חיים דיני נ"מ (סי' י"ב) להוכיח דחייב לציד"ש וא"כ יאמר השורף לא הפסדתך כמה ששורפתי החמץ דהא בד"ש חייב אתה לשלם דמים מעליא להנגזל ואני גרמתי לך שששלם ותצא גם בדיני נשמים ובכל זאת מחייבין ליה להשורף לשלם בדיינים הואיל דלא הי' הנגזל יכול להוציא ממנו בדיינים באם הנה החמץ בעין לא הי' יכול לומר לו הש"ל ונידון פמזיק ממון חבירו ולדעת כמה פוסקים בכ"מ דחייב לשלם בד"ש מהני תפיסה וא"כ לא גרע מאלו הנה תופס מהגזלן בידים ממון מעליא ומסרו ביד הנגזל לצאת ידי חובתו ביד"ש ואמאי חייב השורף חמץ דלא עשה לו שום הניזק רק גרם לו שישלם ממון מעליא א"ו דבכ"ז לא מהני תפיסתו של אחר דהני במקום שחב לאחרים פינו דאינו יכול להוציא בדייניו וכל שאינו נמסר לב"ד דנין לזה שהפסידו כמזיק ממש ועוד יבואר אי"ה בזה לקמן: וגם היכא דחייב בבירור ומהני לכ"ע תפיסת הבועלים רק לא נמסר לב"ד כמו היכא דנפטר מטעם קם ליה בדרכ"מ דמבואר דעת רש"י דרק הב"ד א"י לחייב מטעם דא"י לדון רק משום רישע' אחת אבל מ"מ מהני תפיסה ועיין ש"ף (סי' כ"ח) מ"מ י"ל דל"מ ע"י השליח התפיסה פינו דלא נמסר לב"ד הני כמו תופס במקו' שחב לאחרים ואם מסר התופס ליד בעלים י"ל דחייב מטעם מזיק.

ובזה הנה מקום ליישב קושית הטורי אבן שהקשה מש"ס סנהדרין (דף פ"ז) גבי זקן ממרא דנ"מ בפלוגתא דרבי ורבנן ופירש"י במתפנין להרוג את זה והרג את זה ומחייב ליה רבי ממון ורבנן פטרי ואי תפסו יורשין דהרוג ממונא דהורג ופטר ליה זקן ממרא וקידש בו את האשה לרבי מקודשת ולרבנן אינה מקודשת ואי אתי אינש אחרנא וקודשה מקודשת לשני הרי חיוב פרת בדבר ואם נאמר דבקים ליה בדרכ"מ מהני תפיסה א"כ אפילו לרבנן אם תפסו יורשין דהרוג זכו בו.

ולמ"ש נ"מ אם תפסו יורשין ע"י שליח והשליח קידש אשה בעד המשלח בממון זה דלרבי מהני תפיסה דדרש ונתת נפש ממון ולרבנן פינו דקים ליה בדרכה מניגיה ואין מוצאין ממון בדייניו לא מהני תפיסה ע"י שליח ואף לדעת רש"י דסובר בעשאו שליח מהני תופס לבע"ח אף במקום שחב לאחרים מ"מ נ"מ באם לא עשאו שליח על התפיסה רק על הקידושין.

וגם י"ל אף לדעת רש"י דמהני תפיסה בעשאו שליח היינו במקום דחייב לו בבירור ויכול להוציא בדייניו וגם פל נכסיו נשתעבדו ואז הני שלוחו של בעל הממון משא"כ בחיוב שא"י להוציא בדייניו מטעם קלבד"מ דל"מ לתפוס במקום דחב להנתפס י"ל אף בעשאו שליח ל"מ.

ועיין מ"ש שם בדברי חיים ליישב דברי רש"י באופן אחר ע"פ דברי הנתיבות (סי' כ"ח) שכ' לתרץ קוש' התנמי מהא דסנהדרין (ד' ע"א) דלמה לא קבל רבא הדברי דכ' התנמי אף דחייב לציד"ש בקלבד"מ משום דל"ה רוצים להחזיר אא"כ תחייבו בדיני אדם הא מ"מ לא גרע מתפיסה וכ' הנתיבות דרק אם תפס אין מוציאין הב"ד מידו ומ"מ אסור לו

לתפוס פיון דהב"ד אסורין לעשות לו דין להוציא מידו כמו כן הוא בעצמו אסור לו לעשות לעצמו דין וא"כ לדבריו י"ל כמו כן אם התופס לא ידע מזה שיש אסור בתפיסתו הוי זכיה בטעות ולא מהני אף אם עביד דלמאי דכתבו תוס' ב"מ (דף קט"ו) וא"כ נ"מ לרבנן כשלא ידע שעושה אסור דל"מ תפיסתו ולא זכה בו וכשיודע לו א"ר לעשות אסור וממילא אינה מקודשת.

ולדברי הנתיבו י"ל ג"כ דל"מ תפיסה בקלבד"מ ע"י שליח דאין שליח לדבר עבירה. אולם באמת קשה לחדש אסור שלא שמענו מדברי הראשונים פיון דמצינו דעביד אינש דינא לנפשו ואף במקום שאין בכתב הב"ד לחייבו דאנן הדיוטות אנן ומ"מ מהני תפיסתו ומותר לתפוס נאמר.

כ"כ בקים ליה בדרב"מ אף דלא נמסר לשום ב"ד שבעולם להוציא ממנו מ"מ פיון דמה"ת חייב לשלם לו ומהני תפיסתו מניין לנו לחדש אסור על התופס. ובתשובת מהר"מ בר ברוך הנדפס מחדש (ח"ג סי' תכ"ה) הקשה קושטיא הנז' על רש"י דאם מהני תפיסה אעפ"י שהם לא רצו להחזיר לרבא רק אם חייבין מה"ד מ"מ הנה לו לרבא לקבל מהם דהא אף אם תפס מעצמו לא מפקינן מניה וכ' ונ"ל ושמא פיון שסוף סוף לא רצו להחזיר אלא בתורת דין אם הנה מקבל מהם ע"י דרוך אחרת הנה דומה לגניבת דעת עכ"ל הרי דאחי עלה מטעם אחר ולא מטעם דאסור לתפוס ועימ"ש בתנאים (סי' כ"ח).

ובמחנה אפרים דיני ריבית (סי' ט"ו) שכ' הא דרבא לא קבל מנייהו משום דהגזלנים ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם ואף דהתם הנה בעין ובזה מקבלין לכה איצטרך לומר דלא קבלינהו משום דבדמים קנינהו פלומר הואיל דכן ל"ה מחוייבים אף לציד"ש להחזיר הדמים עצמם אלא כל שהיו פורעין דמים אחרים תחתייהם היו יוצאי ידי חיובם וכיון שכן הו"ל פאלו אינו בעין.

ותמהני ע"ז הא ע"כ הא דחייב בקים ליה בדרבה מניה לציד"ש הנינו בגוף הדמים עצמם דאל"כ רק דסגי בדמיהן שוב אמאי הוי אתנן דאסרה התורה אפילו בקא על אמו אף דחייב לציד"ש מ"מ א"ח רק דמיו וע"כ פיון דבד"ש חייב ליתן הסלה לכה הוי אתנן דאל"כ הוי קבא עליה ואח"כ נתן לה.

וממילא בכ"מ דקלבדר"מ ולרב בקא במחמתרת דבדמים קנינהו מ"מ חייב בד"ש להחזיר גוף הדבר ואכ"מ בזה: עוד יש ליישב קושית הטורי אבן הלז' די"ל אף אם מהני תפיסה בקלבד"מ מ"מ זה דוקא אם תפס ממון אבל אם תפס חפץ אינו שלו עד שיתרצו הבעלים להקנותו עבור החוב.

ולפי"ז שפיר נ"מ בין רבי לרבנן אם תפסו היורשין חפץ של ההורג עבור הדמים ובאו לפני הגזן ממרא ודן לחייבו ממון וזיכה להתופס החפץ בעד הממון דלרבי הוי זכיה מעליא וזכה בהחפץ ומהני הקדושים אם קדש בו ולרבנן דא"ח הוי זכיה בטעות והוי כמקדש בדבר שאינו שלו דדעתה של האשה הוא על גוף החפץ ובאמת לא קנה המקדש בתפיסתו רק לשעבוד בעלמא ואף דחייב לו עכ"פ לציד"ש מ"מ אין בכתב הב"ד לזכות לו בגוף החפץ בלי רצון הבעלים ובזה אף שהבעלי זיכהו בגוף החפץ מ"מ הוי בטעות



דְּהִיּוּ סוּמְכִין עַל פְּסַק הַזְקָן מִמַּר' שְׁדָן כִּן לְחַיְיבּוֹ בְּדִיּוּנִים וְאִם הִיָּה יוֹדֵעַ דְּאִין בְּכַח הַב"ד לְחַיְיבּוֹ ל"ה מְזוּפָּהּ בַּגּוֹף הַחֲפֵץ כִּיּוֹן דְּלֹא מִפְּסִיד בְּזָה.

וְעִי' מַל"מ (פ"ח ה"א) מְמַלְנָה דְּחֶקֶר בְּמִי שְׁתַּבַּע מְחַבְּרֵי דִינָר וְהוֹדָה לוֹ וְנָתַן לוֹ חֲפֵץ בְּשִׁבְלֵי הַדִּינָר וְשׁוֹב נִתְבָּרַר שְׁטָעוֹ וּל"ה חַיְיבּ לֹא אִם קִיָּים הַמְקַח וְא"ח לְהַחְזִיר גּוֹף הַחֲפֵץ רַק הַדִּינָר כְּמוֹ בְּנִתּוֹן לוֹ דְּבָר שְׁאִינוֹ מְסוּנִים בְּרִיבִית דְּאִינוֹ חַיְיבּ לְהַחְזִיר אֲלָא דְּמִיּוֹ אוֹ דִּי"ל דְּנוֹקָא בְּרִיבִית דַּעֲכ"פ חַיְיבּ לֹא וּל"ה נְתִיבָה בְּטַעוֹת רַק דְּאֶסּוּר לוֹ לְקַבֵּל לְכַף הַמְקַח קִיָּים אֲבָל אִם הִיָּה בְּטַעוֹת כָּל הָעֲנִין י"ל דְּנִתְבַּטַּל גּוֹף הַזְכִּיָּה מִן הַחֲפֵץ וְצָרִיף לְהַחְזִיר גּוֹף הַדְּבָר.

וְה"נ יֵשׁ לוֹמַר כִּן דְּאִם הִיָּה יוֹדֵעַ דַּא"י לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדִיּוּנִים רַק תְּפִיסָתוֹ מִהֲנִי לְשַׁעֲבּוֹד מ"מ א"י לְדַחֲוֹק אוֹתוֹ עַל הַפְּרָעוֹן כָּלֵל לֹא הִיָּה מְזוּפָּה לוֹ גּוֹף הַחֲפֵץ דַּכ"ז דְּלֹא זָכָה בּוֹ א"י לְמַכְרוֹ וּלְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ וְאִתִּי שְׁפִיר קְוִשְׁתִּי הַט"א הַנ"ל: [אֲמַר הַמְחַבֵּר דְּבָרֵי חֲקִירוֹת הַמַּל"מ (פ"ח) מְמַלְנָה הוֹאִיל דְּאִתִּי לִידָן הַגַּם דְּאִינוֹ שְׁיָיָף כָּל כְּפֵה לְדִיּוּנִים הַלְלוֹ וְאִי"ה בְּדִיּוּנֵי מו"מ יְבִנְאָר הַרְבֵּה בְּזָה בַּכ"ז לֹא אוֹכַל לְמַנְעַע לְהַצִּיג כְּאִן הַשְּׁגוֹת רַב גְּדוֹל בַּתוֹרָה עַל מַה שְׁפַתְבְּתִי בַּח"ר בְּקוֹנְטְרַס הַתְּשׁוּבוֹת (ס' ב') וְמַה שְׁהַשְׁבַּתִּי לוֹ] [עַל מַה שַׁכ' שָׁם שְׁשִׁמְעֵתִי מִפִּי אַאמוז"ל לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי תוֹס' ב"ק (דף ע') דַּכ' לְלִישְׁנָא קַמָּא דְּנִתְבַּטַּל דְּלֹא כְּתִבְנִין אוֹרְכָתָא.

קִשְׁיָה מִתְּנִיתִין דְּבַכּוֹרוֹת דְּלִיכָא לְאוּקְמִי כַּמ"ד פּוֹדִין בְּקַרְקָעוֹת דְּהָא קְתַנִּי בְּהָא מִתְּנִיתִין כּו' וְלָמָּה לְהוֹ לְזָה הָא אַף אִם אִינְרִי בְּפִדָּה בְּקַרְקָע הָא כִּיּוֹן דְּסָבַר דְּחַיְיבּ בַּה"ה סְלַעִים נִתְקַיָּים עַכ"פ הַמְקַח וְקִנְיָה הַכֶּהֵן גּוֹף הַקַּרְקָע וְא"ח רַק דְּמִים וְהִיָּה כְּהַלְוָאָה א"ו כִּיּוֹן דְּהִי בְּטַעוֹת חַיְיבּ לְהַחְזִיר גּוֹף הַדְּבָר וְכַתֵּב אֵלֵי כְּבוֹד יְדִי"נ הַרַב הַגָּאוֹן הַחֲרִיף וּבָקִי כּו' מו"ה בְּרוּף צְבִי נ"י אַבְד"ק פִּיעֵטְרַקְאוֹ וְע"א שְׁהוּא הַפּוֹסֵק הַרְאִשׁוֹן שָׁם בְּשַׁאֲלָה הַנּו' דְּאַף כִּי בַּתוֹס' מַס' בְּכּוֹרוֹת (דף מ"ט) כְּתִבּ כִּן לְתַרְץ אֲלִיכָא דְּאַמַּת דְּאִינְרִי בְּפִדָּה בְּקַרְקָע וְאֲלִיכָא דְּרַבִּי דְּפוֹדִין בְּקַרְקָעוֹת מ"מ אִין לְלַמּוֹד מְזָה לְנִידָן הַמַּל"מ וּמַח"א וְז"ל כִּי לְכַאוּרָה צָרִיף לְהַבִּין אַמַּאי ל"נ דְּדָמִי כְּהִיא דְּזַבִּין וְלֹא אִיִּצְטָרְכִי לִיה זְוִי כְּתוּבוֹת (דף צ"ז) דְּהַדְרָא זְבִינִי וְלְכַאוּרָה הַנִּידָן דַּמַּל"מ דּוֹמָה לְזָה כְּמַעַט בְּכָל פְּרָטִיּוֹ כִּיּוֹן דְּכָל מַה שְׁמַכְר לוֹ הִי בְּשִׁבְלֵי שְׁהִיָּה סָבַר שְׁחַיְיבּ לוֹ וְנִצְרָף לוֹ לְשַׁלֵּם וְאַח"כּ כְּשֶׁנִּתְבָּרַר שְׁל"ה חַיְיבּ לוֹ רְאוּי שְׁיִתְבַּטַּל הַמְכִירָה כִּיּוֹן שְׁנִתְבַּטַּל הַסִּיפָה כְּמוֹ ש' הַמַּל"מ בְּעַצְמוֹ שָׁם אוֹלָם הָא שָׁם ג"כ כְּתִבּוֹ תוֹס' וְרַא"ש וְסִיִּיעָתוֹ דְּדוֹקָא כְּשֶׁגִּילָה דַּעֲתוֹ בְּעַת הַמְכָר שְׁבִשְׁבִיל כְּפֵה הוּא מוֹכֵר וְגַם שְׁיִתְחַדַּשׁ אַח"כּ דְּבָר הַמְכִירָה כְּמוֹ ש' הַרַא"ש שָׁם וּבְנִידָן דַּמַּל"מ דְּנִתְחַיְיבּ דִּינָר ע"פ הוֹדָאָתוֹ וְאַח"כּ בִּינְרָר שְׁהִיָּה בְּטַעוֹת שָׁם אִין כְּאִן גִּילוּי דַּעֲת בְּעַת הַמְכָר וּכְפִי שְׁיִבְנְאָר וּבַלֵּא"ה הַתָּם הוּא בְּקַרְקָע אֲבָל בְּמַטְלָטְלִין כְּבָר פְּסַק הַרַא"ש וְהַטוּש"ע דַּל"מ אֲנַמְדָּנָא דְּמוֹכַח עַד שְׁיִתְנַהֵּה תְּנַאי וּבַב"י (ס' ר"ז) עֲמַד בְּסִתִּירַת דְּבָרֵי הַרַא"ש דְּבַכְתוּבוֹת כ' דְּהָדָּ דְּזַבִּין וְלֹא אִיִּצְטָרְכִי לִיה לְזוּזִי ל"ה אֲנַמְדָּנָא דְּמוֹכַח וּבַתְּשׁוּבָה (כָּלֵל פ"א) כְּתִבּ דְּדוֹמָה לְיִנְדַּע שְׁבָנוֹ קִיָּים וּבַתְּשׁוּבַת שְׁעַר אֲפָרִים (ס' קכ"א) כ' לִיִּישׁב עַפ"י יְסוּד דְּבָרֵי תוֹס' דִּישׁ שְׁנִי סוּגִים בְּזַבִּין וְלֹא אִיִּצְטָרְכִי לִיה זְוִי הִיָּינוּ דְּבַהֲהִיא בְּצוֹרְתָא דַּכ"ע יְדַעוּ דְּהִיא דְּזַבִּנִי לְאַפְדְּנִיָּהּ בְּשִׁבְלֵי בְּצוֹרְתָא וְכַה"ג אֲנַמְדָּנָא גְּדוֹלָה דְּמוֹכַח א"צ גִּילוּי דַּעֲת כָּלֵל וְאִם אִין אֲנַמְדָּנָא דְּמוֹכַח צָרִיף גִּילוּי דַּעֲת מִמֶּשׁ וְאִם כִּי יֵשׁ לְדוֹן גַּם ע"ד ז"ל לֹא הָעַת לְהַאֲרִיף

בזה עכ"פ בשני פנים אין שום ראיה מהה דבכורות חזא דהתם קרקע ובכה"ג מהני  
אומדנא דלקח נתן לו הקרקע כדי לקיים מצות פדיון בנו הגם דאין החרם עליו ליתן  
לכהן זה דוקא שיכול ליתן לכל פהו שירצה מ"מ חזינו דנתן בשביל פדיון וכה"ג מועיל  
אומדנא וכדפסקינו דאומדנא דמוכח מבטל המקח וא"צ גילוי דעת כלל משא"כ בדיני  
דמל"מ ומח"א דמייירי במטלטלין בכה"ג ל"מ אומדנא כלל ולפלא בעיני על מר אביו  
הגאון ז"ל שלא הזכיר מחילוק זה המפורש בין מטלטלין לקרקע.

ועוד דבנידן דמ"מ י"ל דיש אומדנא להיפוך דלא בשביל פה נתן לו החפץ פי הרי מצד  
הדין מי שאין לו מזוננים ורוצה שייתן לו זמן למפור מטלטלין שלו ולשלם לבע"ח א"ח  
ליתן משכונ מיד ונותנין לו זמן ב"ד ומי הכריחו שייתן לו תיכף א"ו דהוא רצה למפור  
בלא"ה ומה לו למפור לאחר ולשלם לו במעות פינו דהתובע נתרצה שייתן לו החפץ  
ובל"ס נתרצה ברצון גמור למפור החפץ פה י"ל וכינון דעכ"פ אין שום אומדנא מבוררת  
לפנינו וכינון דהלוקח מוחזק אין מוציאין ממנו משא"כ בקרקע שנתן בשביל הפדיון  
שהיה רוצה להיות מן הזריון המקדמין למצות ויש להקפד אומדנא ובקרקע מהני  
אומדנא לבטל המקח כנלע"ד.

זה תוכן דברי הה"ג הנז' אם פי האריף עוד: והשבתי הנה ידע מעכ"ת נ"י פי לא על  
אמ"ו ז"ל תלונתו פי לא שמעתי ממנו רק בדרך הערה להוכיח ולא היה מכריע לדינא  
מזה פי לא מצאתי הערה הזאת בין כתביו רק אני הזכרתי מה ששמעתי ממנו.

ובכל זאת לא אדע מ"ש מעכ"ת לחלק בין מטלטלין לקרקע מי לא ידע פזאת דבר  
המפורש בש"ע. אולם אף בקרקע צריך גילוי דעת בשעת מכירה ואף אם גילה דעתו  
קודם לכן וגילוי לכל בכ"ז אם בשעת מכירה לא גילה דעתו לא מבטלינו המכירה מטעם  
אומדנא ואף לשיטת רש"י כתובות (דף צ"ז) דמשמע אף בלא גילוי דעת מבטלינו  
המכירה בקרקע פבר כתב הריטב"א שם שהוא דוקא פשהיה ידוע לזה ומפורסם לכל  
דאי לא דברים שפלב אינו דברים ולתוס' והרא"ש וכל הראשונים אף בדרך המפורסם  
וגילוי לכל ל"מ האומדנא אם לא גלי דעתיה בשעת המכר כמבואר שם.

וגם מ"ש השער אפרים ליישב דברי הרא"ש בתשובה (סי' פ"א) דבהאי בצורתא כ"ע  
ידעו ובאומדנא גדולה דמוכח א"צ גילוי דעת כלל פבר הרגיש מעכ"ת דיש לדון בדבריו  
ובל"ס פוננתו דא"כ ע"כ פוננת האיבעיא בזבין ולא איצטרכי ליה זוזי הוא בגוונני דליכא  
אומדנא דמוכח רק דגלי דעתיה ופשטינו מההוא בצורתא בהדרגה דאף דשם הוי אומדנא  
גדולה דמוכח ול"צ לגלות דעתו מ"מ באומדנא דאינו גדולה כ"כ מהני גילוי דעת וע"ש  
בש"מ וא"כ לפה צריך למפשט מדבר שיש אומדנא גדולה דמוכח מהאי בצורתא הא  
מבואר הדברים כמו שהביאו תוס' ורא"ש ממברחת וממי שהלך למדינת הים ושמע שמת  
בנו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו דכמו דשם מהני אומדנא גדולה הגלוי לכל  
אף בלא גילוי דעת כ"כ מהני בגילוי דעת אומדנא קטנה א"ו דמזה אינו ראי' רק מההו'  
בצורתא דג"כ ל"ה רק אומדנא עם גילוי דעת.

ועוד הא כל הפוסקים הרמב"ם וטוש"ע בחזא מחתא מחתינהו ההוא עובדא דבצורתא  
דבעי גילוי דעת וכן בתוס' רי"ד קידושין (דף נ') כתב דההיא דזביניהו אפדנייהו איירי  
דאמר בההוא שעתא הרי אף דמוכר מפני הרעב דהוי אומדנא דמוכח ל"מ בלא גילוי

דעת דָּקָל מוֹכֵר מוֹכֵר מִפְּנֵי דוֹחֵקוֹ וּבִאֲמַת קוֹשֵׁית הַב"י עַל תְּשׁוּבַת הָרַא"ש (פְּלָל פ"א) דְּכִינִיל הָא דְשִׁטְר מִבְּרַחַת וְיָדוּעַ שְׁפָנֵי קִיָּים וּמִתְנֹות שַׁכ"מ בְּכּוֹלָה עִם זְבִין וְלֹא אֲצִטְרִיף לִיה זׁוּזֵי שְׁהוּא נֶגֶד דְּבָרֵי שְׁבַפְסָקִיו וּמ"ש הַב"ח דְּבַפְסָקִיו חוֹר הָרַא"ש זֶה קָשָׁה מְאֹד וְגַם בְּתִשׁוּבוֹתָיו (פְּלָל ל"ד) כ' לְהִדְנָא דְבּוֹבִין וְלֹא אֲצִטְרִיף לְזׁוּזֵי אֲיִירֵי שְׁגָלָה דְעֵתוֹ קוֹדֵם מְכִירָה וְלֹא עוֹד אֵלָא שְׁגַם בְּפִסְקֵי פ' מִי שְׁאֲחִזוּ כָּלֵל זְבִין וְלֹא אֲצִטְרִיף לִיה זׁוּזֵי בֵּין דְּבָרִים דְּאֲפִילוּ גִילׁוּי דְעֵת ל"ב וּע"כ שְׁיִישׁ קוֹצוֹר בְּדְבָרֵי הָרַא"ש וּמָה שְׁסַתֵּם בְּמִקּוֹם אֲחָד גִּילָה בַּמ"א וַאֲכ"מ בְּזֶה עַכ"פ הִלְכָה בְּרוּרָה דְגִילׁוּי דְעֵת בְּעֵינֵן לְבַטֵּל הַמְּכָר אִף בְּקַרְקַע וּבְלֹא גִילׁוּי דְעֵת אִין הִבְדֵּל בֵּין קַרְקַע לְמַטְלָטְלִין: וּמ"ש מַעַכ"ת נ"י בְּדִינָא דַּמְל"מ הָוֵי אֲנִימְדָּנָא לְהִפּוּף לֹא אַדְעֵי זֶה רוּצָה לְקִיָּים מְצַנֵּת פִּבְע"ח דְדוּמָה לֹא שְׁחִיב לֹא וּמִסֵּר לֹא בְּעַד הַחֹב הַחֲפֵץ וְכִינֵן שְׁנַתְּבָרַר דַּא"ח לְמָה לֹא יַחֲזוֹר לֹא הַחֲפֵץ ז"א דְדָאִין זֶה אֲנִימְדָּנָא הַגִּילׁוּי לְפָל וְכִינֵן דְלֹא גִילָה דְעֵתוֹ כָּלֵל אִינוּ מְבַטֵּל הַקְּנָן כֵּן נִמִּי בְּפִדְיוֹן הַבּוֹ אִף שְׁנַתֵּן קַרְקַע מ"מ כָּל שְׁלֹא גִילָה דְעֵתוֹ בְּשַׁעַת הַקְּנָן דְעוֹשָׂה זֶה רַק בְּשָׁבִיל חַיּוּבוֹ וְאִם לֹא ל"ה מוֹכְרוֹ אִינִי מְבַטֵּל הַקְּנָן.

וּמ"ש שְׁהֵיה רוּצָה לְהִיּוֹת מִן הַזְּרִיזִין מְקַדִּימִין לְמַצּוֹת לֹא אַדְעֵי מָה מְצַנָּה הוּא וְזִרְיוֹת לְתַת לְפָהֵן הַה' סְלַעִים בְּתוּף לְמַד בְּטָרֵם שְׁחַל עֲלֵיו חַיּוּב וְאֲדַרְבָּה מִי הַכְּרִיחוֹ לְהַקְדִּים בְּדָבָר שְׁאִף שְׁמֵץ מְצַנָּה לִיכָּא לְפָדוֹת תוּף לְמַד עַל אַחַר לְמַד וּבּוֹדָאֵי רָצָה לְמַפְּוֹר הַקַּרְקַע וּקְצַת יֵשׁ אֲנִימְדָּנָא לְהִיפּוּף וּבַכ"ז פְּשַׁמַּת חֲיִיב הַפָּהֵן לְהַחֲזִיר גּוּף הַקַּרְקַע כ"כ בְּגִידוֹן שְׁל הַמְל"מ דִּישׁ אֲנִימְדָּנָא שְׁרַק בְּשָׁבִיל חַיּוּבוֹ מוֹכֵר לֹא הַחֲפֵץ וְדוּמָה קְצַת לְהָא דְאֲמַרִּינֵן בְּש"ס פְּתוּבוֹת שְׁם מְשׁוּם דְאַרְבֵּי בְּעֵיקוּלֵי הָוֵי קִיָּיִמִי דְדְעַת מִהֲרִי"ט שְׁם בְּחִידוּשֵׁי דְאִף גִּילׁוּי ל"ב הוּאִיל דְהָוֵי טְעוֹת מְעִיקְרָא וּמְבַטֵּל הַמְקַח כ"כ בְּגִידוֹן דֶּהַמְל"מ וּמַח"א דְהַפֵּל הֵי בְּטְעוֹת דְמְעִיקְרָא וּבַטֵּל הַמְקַח מִחֲמַת אֲנִימְדָּנָא אוּלָם בְּאֲמַת כְּבָר הוֹכִיחַ אַאמ"ו ז"ל בְּסִפְרוֹ דְבָרֵי חַיִּים דִּינֵי גִיטִין (ס' ב') מִמָּה דְהֲרִי"ף וְרַמְבַּ"ם וּש"ע לֹא פְתָבוּ לְדִינָא הֵיכָּא דְאַרְבֵּי בְּעֵיקוּלֵי הָוֵי קִיָּיִמָא דְהָוֵי מְכִירָה בְּטְעוֹת אִף בְּלֹא גִילׁוּי הַדְעַת מְבּוֹאֵר כִּינֵן דְלִדְיוֹן אִף בּוֹבִין וְלֹא אֲצִטְרִיכוּ לִיה לְזׁוּזֵי מְהֵי ג"ד מְמִילָא כָּל אֲפִין שְׁוִין בְּזֶה דְבְּלֹא גִילׁוּי דְעֵת לֹא מְבַטֵּלִין אִף בְּטְעוֹת דְמְעִיקְרָא וְדְבָרֵי מִהֲרִי"ט שְׁם בְּלֹא"ה מְוֹקְשִׁים אַכ"מ בְּזֶה עַכ"פ לְכַאוּרָה דְבָרֵי אַאמ"ו ז"ל נְכוּנִים הֵמָּה וְאִין בְּהֵם פִּירְכָּא מִמָּה דַּכ' מַטְכ"ת נ"י: בְּרַם פְּעַת נִלְע"ד דְהִדִּין עִם אַאמ"ו ז"ל שְׁלֹא כְּתַב זֹאת עַל הַסֵּפֶר וּרְאִיָּה הַזֹּאת יֵשׁ לְדַחוֹת דְהָא תוֹס' ב"ק כ' שְׁם בְּסוּף דְבִרְיָהֶם דְאִין לְדַקְדַּק מִהֲאִי דְפִדְיוֹן הַבּוֹ שְׁיִכּוֹל לְהַרְשׁוֹת בְּמִלְוָה אַעפ"י שְׁנֹתֵן לְפָהֵן ע"מ לְהוֹצִיא דְלֹא אַסְקִי אַדְעַתְיָהוּ שְׁיִמּוֹת תוּף לְמַד דְהֵתֵם ע"כ לֹא ע"מ לְהוֹצִיא נְתָנוּ לֹא דְקִי"ל כְּשִׁמוּאֵל דְהַפּוֹדָה בְּתוּף לְמַד וְנִתְאַפְלוּ הַמְעוֹת דְאִין בְּנוּ פְדוּי וְכֵן מְבּוֹאֵר שְׁם בְּרִשְׁב"א וּבְדְבָרֵי מַס' שְׁבוּעוֹת (דף ל"ג) דְהָא שְׁמוּאֵל מְתַרְץ שְׁם וּלְשִׁיטָתוֹ ע"כ הָוֵי פְקִדוֹן עַד לְמַד יוֹם וּלְלִישְׁנָא קַמָּא דְנִהְרְדְעֵי דְלֹא פְתַבִּינֵן אוּרְכְּתָא אַמְטְלָטְלֵי אִף בְּלֹא פְפִרְיָה הַקְשׁוֹ תוֹס' אִף דְהָוֵי פְפִקְדוֹן מ"מ כִּינֵן דַּא"י לְהַקְדִּישׁ ל"מ לְהַרְשׁוֹת וּע"כ דְאֲיִירֵי לְאַחַר לְמַד יוֹם דְבְּתוּף לְמַד וְדָאֵי יְכוֹל כ"א לְתַבְּנֹעַ מְפָהֵן דְהָא יְכוֹל לְחַזוֹר כִּינֵן דְעִיקְרָה הַנְּתִיבָה הֵי שְׁיִזְפָּה לְאַחַר לְמַד בְּתוֹרַת פְּדִיוֹן וְלְמָה לֹא יְכוֹל לְתַבְּנֹעַ מְצַד חֲזָרָה וְאִף אִם אִינוּ חוֹזֵר מ"מ הָוֵי פְפִקְדוֹן דִּיכּוֹל לְהַקְדִּישׁוֹ דְהַבְּרִירָה בְּיָדוֹ לְחַזוֹר א"ו דְאֲיִירֵי לְאַחַר לְמַד יוֹם שְׁפָכַר זְכָה הַפָּהֵן בְּפִדְיוֹנוֹ שְׁל הַבּוֹ חַי וּמָה"ד א"ח לְהַחֲזִיר אֵת שְׁל הַמַּת כִּינֵן דַּא"י לְמִי לְהַחֲזִיר לְכָף הַקְשׁוֹ דַּל"מ הַרְשָׂאָה וּמְתַרְצֵי דְעַל קַרְקַע פְּתַבִּינֵן דְהָוֵי בְּרִשׁוֹתוֹ

ובזה נדאי הפהן צריף להחזיר גוף הקרקע פיון דלא הקנהו לו הבעלים רק על סוף למד ועד למד הנה הפל ברשות בעלים והם נתנו לשם פדיון שיחול אחר למד פשיהיו הבנים קנימין נמצא אם מת אחד בתוך למד לא חל כלל הקנין ונשאר לבעלים רק שאינו ידוע מי מהם נשאר הקרקע שלו אבל מ"מ הפהן לא זכה כלל פיון שבשעת הקנין והזכיה לא הנה מקנה לו אבי הבן המת וא"ד כלל לאם נתברר הטעות אח"כ שא"ח דמ"מ בשעת הזכיה פיון שלא נודע וקס"ב דחייב לו ונתן לו בעד החוב הספץ בזה י"ל שפיר זכה בגוף הספץ וא"ח להחזיר רק דמיו פיון שהמכירה הנה ברורה בשעתה משא"כ בפדיון דבשעת הקנין פבר נתברר דלא זכה הפהן רק בעד אחד נדאי כ"ע מודים דהדבר חוזר בעינא לבעלים רק שא"י נמי ומהני הרשאה וז"פ וברור.

ומה שקשה ע"ד תוס' דהא בקרקע ג"כ אם א"י להוציא בדיינים ל"מ ההקדש כמבואר ב"מ (דף ז') וע"כ פיון דהפכה אינו מחזיק בו ואינו רוצה לגזול רק שא"י למי להחזיר וכשפא בהרשא' יכול להוציא בדיינים מהני ההרשאה ובא בב"א דאז הוי זה החד פתרי לתבוע מפהן א"כ במטלטלין נמי פיון דהוי פקדון והפכה אינו רוצה לזכות במה שלא יש לו זכות והפכה תופס הה' סלעים בחזקת שניהם שא"י למי ליתן נימא ג"כ דאחר הרשאה תבע אחד במקום תרי יבואר א"י"ה במ"א אכ"מ ולא באתי בזה פאן רק על נידון דהמל"מ ומח"א היכא דהזכיה הנה בטעות של"ה נודע בשעת הקנין אם זכה עכ"פ בגוף הספץ דאינו ראיה מדברי תוס' נגד דין זה: ומה שהביא המח"א שם ראיה לנידונו מש"ס ב"ק (דף ע') בהא דמוקי גנב ומכר בשבת דפטור באומר עקוץ תאינה מתאנתי ותקני לי גניבותיה ופריף הא פיון דאי תבע ליה קמן בדינא לא מחייבנו ליה ליתן דהא מתחייב בנפשו הוא מכירה נמי לאו מכירה ופירש"י דאי תבע החזיר לי תאנים או תן לי מה שמכרת ל"א ליה זיל שלים וקשה הא בקלבד"מ כל היכא דאיתיה בעיניה חייב להחזיר ואמאי לא מחייבנו ליה להחזיר התאנים כל היכא דאיתניהו בעינא א"ו פיון שפאו התאנים לידו בתורת מכר זכה בהם וליפא גביה אלא דמיו ובדמיו ל"מ תבע דקלבד"מ עיי"ש בדבריו לא הבנתי הא שם ע"כ איירי דהנה בחצירו כמבואר בתוס' שם דמעוה אינו קונות ופרי לא עבדי חילופין רק דקונה ע"י חצרו ודמי המקח הוא התאני וכיון שמברר לו דמים של התאנים הגניבה שהוא בחצרו של בעל התאנים שפיר הוי מכר רק קושית הש"ס הנה על שם מכר דמ"מ פיון דאם הנה קז תאנים ל"ה מחויב בממון פה לי עקוץ מתאנתי כמו מתאנתה וכמ"ש שם בתוס' וביתר ביאור בש"מ וא"כ מה הועיל בתירוצו הא זה לא רצה לזכות במתנה התאנים או בגזילה בשביל החיוב מיתה רק דרוצה להקנות לו בעדם הגניבה וכיון דכשהם בעינא חייב להחזיר שפיר הוי מכר דבאותו רגע שזכה בתאנים הקנה הגניבה לבעל התאנים ואם לא הנה מקנה לו הגניבה הנה צריף להחזיר פיון דלא זכה רק ע"ד זה.

וגם אינו דומה למוכר חפץ בעד דמים דליפא רק חיוב דמים בזה שפיר אף בנתברר דא"ח אין לו רק דמים משא"כ שם זה לא הקנה לו התאנים רק בעד חילוף הגניבה ואם אינו נותן לו הגניבה חייב להחזיר התאנים בעיניה דהא הוא א"ר לקנות רק בעד דמי הגניבה וא"כ הוי שם מכר ממש דבשביל שנתן לו רשות לזכות בתאנים שיקוץ הקנה לו החפץ שהוא בחצרו ואף לרב דסובר בבא במחירת דאף באיתיה בעיניה קנה היינו בעושה קנין לזכות וסובר דכל גנב פיון דחייב באונסין ביש לו דמים אלמא ברשותיה

קנימי ה"נ בדמים קונהו וברשותיה קנימי ונהיגו אם הגביהו וזכה בהו וכמבואר סנהדרין (דף ע"ב) ובחידושי ר"ן שם אבל ודאי אם לא עשה מעשה קנין לאו ברשותיהו קנימי א"כ בעקוץ תאנים דלא רצה לזפות בגזילה רק שיהיה דמים תמורת הגניבה ואם היה נתפרר אח"כ דהגניבה פבר היה אבודה בתצירו של הלוקח ונהיה פל הזכיה בהתאנים בטעות ודאי גם לרב לא זכה בהתאנים ולא אמרינו בדמי קניהו פיון דלא היה רוצה לזכות בדמיו א"כ למה ל"ה שם מקר.

וע"כ צריך לפרש כמ"ש שם בש"מ דאם היה עוקצן בתורת גזל לא אמרינו זיל שלים תאנים פיון שעוקצה בשבת מיפטר בקלבד"מ וכל היום יכול ללקוט תאנים ולא מחייבי לשלומי לאו שם מכירה הוא שהרי לא נתן דבר בדמי הגניבה ובדאי אם הם בעיניה מוציאין מידו אם לא היה מוכר רק או די"ל דקונשית הגמרא היה לרב דסובר אף אם הוא בעיניה אם רצה לזפות בו אז בשעת חיוב מיתה בגזילה אין מוציאין או די"ל פמו דלאו שם מקר הוא משום דאם רצה ללקוט לא מחייבין לשלם פן נמי לאו שם מקר הוא דאם רצה ללקוט ולאכול בשעת חיוב מיתה לא אמרינו ליה זיל שלים לאו שם מקר הוא יהיה איהו שיהיה בפירוש דברי הש"ס שם מ"מ אינו ראיה משם לנידון דהמל"מ ומח"א לענין אם היה המכירה בטעות שחייב ממון דלא מוציאין גוף החפץ וצ"ע להכריע עדיין בזה בראיה מוכרעת.

ויש בענינים הללו עוד לדבר טובא וכאן לא באתי רק להעתיק מה שהשבתי לכבוד הרב הגאון הג"ל על נידון הג"ל דרף אגב ואי"ה יבואר עוד במ"א בדיני מו"מ]: סי' ד לכאורה היה נראה מדברי הרא"ש ב"ק (סופ"א) בהא דמהני תפיסה בקנס בזה"ז דכתב דהנה מדינא ולא מתקנתא פיון דמדאורייתא מחוייב ליה אלא שאין לו זיין בבבל שיכופנו ליתן לו פכל כה"ג עביד אינש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב פל דמחוייב ליה מדאורייתא עכ"ל ובתמים דעים לראב"ד (סי' ר"ג) כ' ג"כ הא דלא גבי משום דאין ביד ב"ד הדיוטות פח להוציא מידו אבל אם הוא תפס בלא ב"ד יכול לעכב משמע דמדינא מהני תפיסה וכן מ"ש שם דאין לחלק בין תפוס דמעיקרא לתפיסה דאחר מפאן כ' דלא יתכן שיעשה תפיסתו ע"י גוי וראוי לקונסו במה שתפס ע"י גוי שיחזור הפל משמע דמה"ד מהני תפיסה דאל"כ רק אם מצד תקנה מהני למה לו לקונסו תפ"ל דע"ז ל"ה התקנה שיתפוס ע"י גוים א"ו דמה"ד מהני תפיסה ואם תפס ע"י גוים פיון שפא לידו זוכה לכן רק ראוי לקונסו: וי"ל דבאמת אין לדנין בדיני קנסות בבבל ונדע סברת הפוסקים דקנס אינו מחוייב פלל מעצמו בטרם שיחייבו אותו הב"ד דאשר ירשיעון אלקים פתיב וכ"ז דלא חייבהו הב"ד ליפא שום חיוב לא שעבוד הגוף ולא שעבוד נכסים והא דמהני תפיסה היינו פיון דינש לפנינו עדים ואם היה לפנינו ב"ד הסמוכין היו מחייבין אותו בזה עביד אינש דינא לנפשיה ואין בכח הב"ד של אינו סמוכין להוציא מידו פיון דינענו בבירור דאם היו סמוכין היו מחייבין אותו וכל פח לב"ד הדיוטות הוא משום שליחותיהו דקמאי ובקנס אף דלא ניתן להדיוטות פח לדון בשליחותיהו מ"מ אין להם פח ג"כ להוציא אם תפס הנזק.

אבל מ"מ אינו יכול הנזק התופס לגבות ממה שתפס דאמרינו מאן שם לה וצריך גובינא בב"ד וכ"ז דלא חייבו אותו ב"ד סמוכין ליפא חיוב הגוף וממילא ליפא שעבוד נכסים

רק שהב"ד א"מ מן התופס דעביד אינש דינא לנפשיה להחזיק במה דתפס עד דמפניס ליה המזיק פיון דברור לנו אם היו פאן סמוכין היו מחייבין אותו לשלם ואז היו הב"ד מגבין ליה ממה שתפס אבל כ"ז דלא חייבו אותו הב"ד ליפא חיוב פלל ולא מגבין ליה ממה דתפוס ועומד.

וכן נראה ממה דכ' הרא"ש ואם בא הניזק לב"ד ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס ממנו היום או למחר שלא יוציאנו מידו שאין נזקקין לקבל עדותם דכיון דאין דגין דיני קנסות בבבל גם אין נזקקין לקבל עדותו לזכותו אם תפוס פדאמרין דאין מועד בבבל דאין ב"ד נזקקין לקבל העדא' אעפ"י שאין עתה הוצאות ממון אבל אם תפס הניזק ותובעו המזיק לדין אמרינן לניזק שיביא עדים ואם יראה לדיינים שבדין תפס אמרים למזיק אין אנו דגין לחייבו קנס אבל אם תרצה לפדות מה שתפס משלה תן לו כף וכף ממון דהכי אמרו רבנן אי תפס לא מפקינן מיניה.

ולכאורה אפתי אמאי אין מועד בבבל הא משפחת פשתפס ובא אח"כ המזיק לתובעו ואז מקבלין עדותו וממילא נעשה השור מועד. וראיתי בספר הפלאה (סו"פ א"נ) שהביא משם אהיו רבינו הגאון הפנחס מוהר"ש ז"ל ראיה מזה לדעת ר"ת דצריף שיתפוס דבר המזיק עצמו דאז רשות משנה דאי ל"ב דבר המזיק עצמו וכשתפוס הרבה אז מנדקין הב"ד לשום שיעור נזקו א"כ משפחת דאינעז בכה"ג: ולמ"ש א"ש דע"כ הוכחת הרא"ש דלא מקבלין עדות בטורם שיתפוס ממה דאין מועד בבבל הוא משום פיון דכ"ז דלא תפס ליפא שום דבר לדון השתא דעל השור אין בלח הדיוטות לדונו וגם לחייבו אין בלחם לדון רק אם תפס אף דאז ג"כ אין בלח הב"ד לחייבו וגם לדון על השור להחזיקו למועד מ"מ אין בלח של שליחותיהו לדון להוציא מזה שתפס ועומד ואמרים להמזיק אם תרצה לפדות מה שתפס תן לו כף וכף ובכפח דאמרו רבנן אי תפס לא מפקינן ועיין ספר תקפו פהן (סי' ע"ו) ובס' דברי משפט מאדומ"ו ז"ל שביאורו פן דקנס א"ח עד שיחייבוהו ב"ד ותפיסה ע"כ הא דמהני אף דליפא חיוב הגוף הוא דאין מוציאין ממנו אבל מ"מ ג"כ אין בלח הב"ד להגבותו או להחליטו במה שתפס שיהיה בידו למפור.

וא"כ א"ש דלא משפחת מועד בבבל דאף בתפס מ"מ אין בלח הב"ד לדון על השור ואף אם קבלו עדותו הוא רק שלא להוציא מזה שתפס אבל לא לעשות מועד להשור ואף לא לחייבו: וזה רבות בשנים אמרתי בהא דנסתפק הראב"ד ז"ל מובא בספר הזכות לרמב"ן ז"ל אם מהני לגבי קנס תפיסה שלא בעדים דיש לו מגו דלא תפסתי די"ל דאינו בכלל מרשיע א"ע פיון דע"י מיגו הוי פאנן סהדי או דל"מ תפיסה שלא בעדים אף בזמן דיש סמוכין מ"מ אף בהודעה הוי כמרשיע א"ע ונהרמב"ן כתב דלא ידע מה ספיקו דלאו על פי עצמו מתחייב רק דאנו מאמינים שאמר נתחייב לי קנס ותפסתי משלו לתשלום קנס שלו הלכך ירשיעון אלקים קרינן ביה ולא מרשיע א"ע פלל דמה הוסיף או גרע בהודאה שלו מכ"ש כשתפס משלו מטלטלין ובא זה לתובעו בדין להחזירם ולפרע לו קנסו בדמים שא"ז מודה בקנס אלא וריזו ונשפר עיי"ש ומובא בקצוה"ח.

ולמ"ש י"ל דהראב"ד מספקי ליה להמבואר שיטתו בספר ת"כ דבקנס בספק ל"מ תפיסה פיון דלא נתחייב עד העמדה בדין ושהב"ד יחייבו דאשר ירשיעון אלקים פתיב וי"ל בכ"מ דמהני תפיס' שלא בעדים ונאמן על החיוב במיגו דלא תפסתי בטוען פדי דמיו

והב"ד מגבין ליה מן החפץ שתפס ועומד פניו דאנן סהדי דהאמת אתו שחייב לו דאם  
היה רוצה לגזול היה טוען להד"מ וכיון דנתברר דהאמת הוא דחייב לו ממילא גם החפץ  
הזה נשתעבד לו ונקנה לו להתופס למשכון ומגבינו ליה ממה שתפס אבל בקנס אם לא  
יש עדים רק דיש לו מיגו דלהד"מ אין בכתב הב"ד לחייבו חיוב הגוף אף דאנן סהדי  
דהאמת שהזיקו ע"י המיגו דלהד"מ מ"מ אינו מועיל המגו לחייבו חיוב הגוף דהא לא  
נוכל לעשות יותר ממה שהיה יכול לטעון ואם היה טוען לא תפסתי ואז ל"ה לו שום  
חיוב הגוף כ"ז שלא חייבו הב"ד והיה פגזולן על החפץ דמנה אין פאן משכון אין פאן.

בשלא בעלמא בתביעת ממון היכא דעפ"י טענתו פבר נשתעבד גופו ונקסיו לשלם וזכה  
במה שתפס למשכון שפיר מגבינו מפח המיגו דהוי פאנן סהדי דטענתו אמת וממילא  
פבר נשתעבד ומגבינו ליה אבל בקנס שיועיל המיגו לחייבו להמזיק חיוב הגוף אין בכתב  
המיגו לחייבו דאם היה אומר להד"מ על התפיסה אף אם באמת הזיקו מ"מ כ"ז דלא  
חייבו ב"ד אין פאן חיוב נשעבוד הגוף וליכא ממילא שעבוד נכסי דמנה אין פאן משכון  
אין פאן לכך גם השתא כ"ז דליכא עדים אין פיד הב"ד לחייבו וממילא מוציאין מן  
התופס דהוי פגזולן במה שתפס הואיל דמעולם לא נעשה חיוב הגוף.

או דלמא מ"מ פניו דאנן סהדי דטוען אמת נאמר ג"כ לחייבו וא"ש ספיקו של הראב"ד  
ז"ל. והא דמהני תפיסה ביש עדים אינו ג"כ לחייבו חיוב הגוף ולהגבותו רק שלא להוציא  
ממנו עד שישלם לו דמי ההיזק וכמו שפכתבתי: ובזה היה נראה דמהני תפיסת המזיק  
בהחזרה מן הנזק התופס פניו דכל מה דמהני התפיסה הוא לא לגביינא דכ"ז שלא  
חייבו הב"ד ליכא שום שיעבוד וחיוב הגוף וגם נכסיו לא נשתעבדו רק דעביד דינא  
לנפשיה להחזיק במה שתפס עד שיפייס אותי המזיק אבל קנין משכון אין לו בו במה  
שתפס כ"ז דלא חייבו הב"ד לשלם והב"ד של הדיוטות אין בכחם לחייבו ממילא  
פשתופס בהחזרה ג"כ שוב אין מוציאין.

ובנתבות הביא דברי הים של שלמה דסובר דל"מ תפיסה בהחזרה כמו בכל מקום שהוא  
ספיקא דדינא דכאן זכה מן הדין והוא ז"ל השיג עליו והביא ראיה מדברי רא"ש ב"ק  
דלכך ל"ה צריך הרי"ף להביא האיבעיא אם יש שינוי לחצי נזק צרורו' משום דליכא  
נ"מ בזה"ז רק לתפיסה ואם תפס גובה הפל מצד ספיקא דדינא ואם נאמר דבזה"ז לא  
מהני תפיסה בהחזרה אפתי איכא נ"מ לענן זה והיה לו להרי"ף להביא האיבעיא א"ו  
דגם בקנס ברור בזה"ז מהני תפיסה בהחזרה ולמ"ש הסברה נכונה פניו דאף אחר  
התפיסה שתפס ועומד לית ליה להתופס זכיה וקנין משכון הואיל דכ"ז שלא חייבו הב"ד  
סמוכין חיוב הגוף רק אין בכתב ב"ד של הדיוטות ג"כ להוציא ממנו הואיל דידענו אם  
היה לפנינו סמוכין היו מחייבין אותו בחיוב הגוף שוב אם בא בהחזרה לרשות הפעלים  
אין מוציאין מידם.

ומדברי הט"ז יו"ד (סי' רס"ז ס"ק ט"ו) משמע דהא דמהני תפיסה בקנס הוא רק שישכיל  
להחזיק בידו מה שתפס אבל לא להגבותו ממה שתפס וא"כ ממילא היה מהני תפיסה  
בהחזרה: אולם לקושטא נראה בהכרח דדעת הרא"ש דמן הדין הוא דעביד דינא לנפשיה  
בתפיסתו וזכה במה שתפס חדא דאל"כ הדרי גושפא לדוכתא היה לו להרי"ף להביא  
האיבעיא אם יש שינוי לח"נ צרורות פניו דסד"ד הוא אם חייב בח"נ או בריעי נזק שוב

היה מן הדין דל"מ תפיסה רק לרביעי נזק פיון דנאמר דאף אם חייב באמת מ"מ כ"ז דלא חייבו הב"ד ליכא חיוב הגוף ולא זכה לקננו משכונן רק דאין מוציאין ממנו מה שתפס דכף אמרו רבנן זה אתי שפיר על מה שידענו בבירור אם היו מן מחזיקין היו מחזיקין אותו זה א"מ מידו אבל מה שגם בלעדי חסרון דמחזיקין יש לנו ס' בחיובו שגם אם היו מן מחזיקין אפשר דלא היו מחזיקין אותו בזה שנינו שוב לומר לאוקמי על חזקת מרא קמא ולהוציא מידו ואינו דומה לכל ספיקא דדינא דמהני תפיסה דיכול לומר קים לי דחייב ואני מוחזק דהתם פיון דלהך צד דחייב לו באמת כבר זכה במה שתפס ויש לו בו עכ"פ קננו משכונן משא"כ בקנס כ"ז דלא חייבו הב"ד אם נאמר דליכא חיוב וליכא חיוב הגוף וממילא ליכא שעבוד נכסי ל"ש בזה לאוקמו בחזקת התופס ומקראוי שנאמר להוציא מן התופס מטעם חזקת מ"ק וח"מ דבעלים פיון דלא יצא עדיין כולל מרשותו דבעלים ולית ביה להתופס במה שתפס רק פמה שהיה סמוכין מחזיקין בבירור יכול להחזיק ת"י וכיון דיש לנו ספק ל"ה בבירור בינד הסמוכין לחייבו רק רביעי נזק ממילא מקראוי להוציא מידו עכ"פ מה שיש לנו ספק אם הב"ד היה מחזיקין ודחוק גדול לומר דגם בזה עביד אינש דינא לנפשיה ויכול לומר קים לי דעל הב"ד מן מחזיקין היה לחייבו חצי נזק שהוא נגד הסברא: ועוד הא מבואר בדברי הרא"ש שם ב"ק (פ"ב סי' ב') באיבעיא היתה מהלכת במקום דא"א לה אא"כ מנתנת ובעטה והתיזה מהו פיון דלא אפשר לה אורחא הוא והו"ל צרורות כי אורחיהו ופטור ברה"ר א"ד השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי והו"ל קרן ומשלם ח"נ אם אין שינוי לצרורות ברביעי נזק וסלקא בתיקו וידברי האומר דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה ה"נ אם תפס הבהמה משתלם ח"נ ואע"ג דיש ספק ספיקא לח"נ דדילמא אורחיהו הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מיהא מחמת ביעוט דלמא יש שינוי לצרורות ברביעי נזק הרי מבואר דאף בספק ספיקא אין מוציאין מן התופס וע"כ דהרא"ש סובר דל"מ לגבי ממון להוציא מן המוחזק בספק ספיקא ועיין בזה בקה"ס.

וזה א"ש אם נאמר דהוי מוחזק בקננו וזכיה עכ"פ אחר התפיסה אבל אם נאמר דגם אחר התפיסה לית ליה זכיה בזה"ז דליכא סמוכין לחייבו חיוב הגוף היה מקראוי להוציא ממנו בספק ספיקא פיון דלא זכה עדיין ואם תפס המזיק בהחזרה דמהני א"כ נוציא ממנו ע"י ס"ס ודומה למ"ש תוס' (סוף פ"א) דכתובות דדוקא אם בא מעות לידו בהיתר ומדעתו נתן לו הלוקח כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אבל היכא דלא בא לידו בהיתר כמו באבידת תינוק מן שלף ברוב ישראל מודה שמואל דאזלינן בתר רוב ע"ש וה"נ דכונתי פיון דלא בא לידו בהיתר רק ע"י תפיסה וקננו וזכיה לית ליה בו כ"ז דלא חייבו אותו ב"ד נוציא ממנו ע"י ס"ס: ואף למ"ש במ"א בהא דכ' הש"ך בקונטרס ת"כ (סי' קכ"ג) דהתופס יכול לומר קים לי בפלוגתא דרבויטא אפילו נגד רוב הפוסקים מטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב אף דל"ה מוחזק מעיקרא ואחרונים עמדו ע"ז מדברי תוס' פתובות הנ"ל עיין קה"ס (פ"ל ויו) וכתבתי עפ"י דברי הב"ח יו"ד (סי' קמ"ו) מובא בש"ך שם דאף דא"ח להחזיר אבידת פותי מ"מ שלו ל"ה ולא נפקע פחו של נכרי ממנו כ"ז דלא אינאוש ובלא הקנאות בעלים לאו שלו הוא ודומה למ"ש ס' הראים המובא במג"א (סי' תרל"ז) בגזל עפ"י ונאני פתבתי במ"א דאף אם נאמר דאין אחר יכול לחטוף ממנו מ"מ הבעלים אם תפסו ממנו בנדאי אין להוציא ממנו ולכך ל"ה



לכם לעגנו אתרוג וכ"כ אבידת כותי שלי ל"ה ואם בא ליד בעליו אין מוציאין ממנו ולקף שפיר כתבו תוס' דלקף מוציאין ממנו אבידה עפ"י הרוב דדוקא היכא דלצד המיעוט הוי ש"ל ממש בזה הוי פמחוקק ואין מוציאין ממנו אבל בנידון דתוס' הנ"ל אף להך צד דהוא מן המיעוט וכותי הוא רק דא"ח להחזיר אבל מ"מ אינו שלו בלא הקנאת בעלים לקף אזלינן בתר רוב להוציא ממנו פ"נ דלקל צד אינו שלו עכ"פ משא"כ בפלוגתא דרבנן דאזלינן בתר רוב המיעוט דחייב לו זכה במה שתפס י"ל דאין מוציאין מידו ברוב וזה פוננת התוס' במה שכ' פ"נ דלא בא לידו המעות מיד בעלים היינו דבשביל זה לית ליה זכיה אף לצד המיעוט משא"כ במוכר שור דבא המעות לידו מפח הבעלים ולצד המיעוט הוי שלו בבירור שוב ראיתי במח"א הלכות גזילה (סי' ל"א) דהעיר בזה בדברי תוס' ולענ"ד כמ"ש מ"מ בקנס ג"כ פ"נ דלא חייבו הסמוכין אם נאמר דליכא חיוב הגוף ממילא פ"נ דאף לצד המיעוט לא יש לו בו עדיין זכיה וקננו מהראוי להוציא ממנו היכא דיש ס"ס לפטור.

א"ו מוכח דאחר שתפס ועביד דינא לנפשיה זכה בו פ"נ אם חייבו סמוכין וא"כ ממילא ל"מ התפיסה בהחזרה פשיטת מהרש"ל: וכן יש להוכיח מדברי הטור (סי' ת"ז) שכ' בשור תם דאם מקרו מזיק אינו מכור ואם תפס הנזק אם נשתמש בו הלוקח קודם שנטלו צריף לשלם לו והוא מדברי ש"ס ב"ק (דף ל"ג) דלר' ישמעאל מקרו מכור לרד"א ולר"ע דהחלט השור חייב לשלם ש"כ רד"א פמבואר שם מדברי רש"י וכ' שם תוס' אף דקנס אינו זוכה בו עד שעת העמדה בדין מ"מ בגיחה גלי קרא דמשמע לר"ע דמקרו אמזיק ונזיק קאי והיינו דאחר העמדה בדין זוכה בו הנזיק למפרע ולקף נותן דמי רד"א וכן פסק שם הרמ"א דחייב לשלם דמי רד"א גם בזה"ז אחר שתפס השור ואם נאמר דתפיסה ל"מ בזה"ז שלא להחליטו רק דאין מוציאין מידו אבל לא לזכותו שיהיה לו קנן פ"נ דליכא מומחין לחייבו בקנס א"כ אמאי פשתפס הנזיק השור מתחייב המזיק לשלם דמי רד"א הא מ"מ לא זכה בו כ"ז דליכא סמוכין א"ו תפיסה מהני וזוכה בו אף למפרע ולקף גם בזה"ז פשמקרו ואח"כ תפס הנזיק מהני מכירת הנזיק וכמ"ש שם הטור ורמ"א.

וכן נמי אם נימא דמהני תפיסה בהחזרה כמ"ש הנתיבות אמאי אם תפס אח"כ השור חייבין הבעלים בדמי רד"א לא יהיה דמי רד"א דמוחזק בו מעיקרא גרע מאם תפס בהחזרה דמהני ומה לי אם תפס הכל בהחזרה או אם תפס בהחזרה מקצת א"ו דל"מ תפיסה בהחזרה פ"נ דעביד אינש דינא לנפשיה מהני תפיסתו לזכות בבירור: [ועיין דרישה שם (סי' ת"ז) דכ' וז"ל ואעפ"י שגזל בהמת חבירו ועשה בו מלאכה פטור מתשלומין ה"ט דבהמה כמטלטלין הנגזלת וקנ"י הגזלן לענ"ד זה משא"כ שור המזיק דבכ"מ שהוא ברשות הנזיק הוא ודינו פקרקע וכספינה דנתבאר שם וסי' ש"ע דצריף לשלם מה שנהנה מהם עכ"ל ולכאורה אינו מוכן קרקע ה"ט דאינו נגזלת ובכ"מ שהוא ברשות בעלים קאי ולקף חייב הגזלן לשלם השימוש וכמ"ש הרא"ש בתשובה פ"ל (צ"ו) משא"כ מטלטלין דנגזלין ויצאו מרשות בעלים וא"כ שור המזיק למה לא הוי פ"נ גזלן שהשתמש בגזילתו דפטור מלשלם ובאמת ברשב"א שם חולק על רש"י בזה ועיין ש"ף (סי' ת"ז) אולם י"ל פוננת הדרישה כמ"ש הקצוה"ח שם לתרץ קושית הרשב"א על רש"י דעד שלא העמידו בדין לא זכה בו הנזיק ורשות לבעלים להשתמש בו אף לכתחילה ואח"כ פי העמידו בדין גלי קרא דזכה בו למפרע ולקף חייב לשלם ש"כ וזהו

הן דברי הדרשה דמעולם לא יצא מרשות הניזק פניו דלא זכה בו עדיין רק אח"כ פשהעמידו בדין זוכה בו למפרע וזכיה הזאת אינו מחליש זכותו דניזק ע"י קנין המזיק במה שמשמש ועוד יבואר א"ה בזה במקומו]: אף מ"מ אינו מוכח דגם בזה"ז זוכה בתפיסתו זכיה רק בתם דמשתלם מגופו וגלי קרא דע"י העמדה בדין זוכה בו הניזק למפרע אבל בשאר קנסות ובפרט בכפל ודו"ה עדיין י"ל פניו דצריד סמוכין לחייבו בדין ושישתעבדו נכסיו לגבות מהן אף תפיס' קודם שחייבו וכן בזה"ז דליכא סמוכין מועיל רק שלא יהיה חייב להחזיר דיכול התופס לומר דכיון דאם היה ב"ד סמוכין היו מחייבין אותו אני מחזיק ת"י אבל להגבותו ממה שתפס י"ל דלא מגבינו פניו דאפתי גברא לאו בר חיובא הוא וליכא סמוכין לחייבו.

אולם ממה דמבואר בטור ורא"ש בהשיגו על הרמ"ה דסובר דתפיסה מהני מצד התקנה ולכך בקנס טפי מניזקיה מפקינן מניה וכ' הרא"ש דלאו תקנה הוא רק מה"ד דמד"ת מיחייב אלא שאין לו דינינים משמ' דאף בקנס דו"ה סובר דמהני מיגו אף להגבותו ממה שתפס נראה דסברו דתפיסה דמהני הוא מן הטעם דעביד אינש דינא לנפשיה הוא בכל הקנסות אף מה שהוא טפי מן הקרן וכמו דשם מהני מיגו בתפס שלא בעדים כמבואר (סוף סי' שצ"ט) כן נמי בקנס שהוא טפי מן הקרן ומשמע דאף מגבינו ליה וממילא ל"מ תפיסה בהחזרה וכדעת מהרש"ל ויקשה קושית הנתיבות דהיה לו להרי"ף להביא האיבעיא אי יש שינוי לח"נ צרורות פניו דיש נ"מ טובא לענין תפיסה בהחזרה דבסד"ד מהני: והנה פבוד שארי הגאון הגדול כו' מו"ה משה יהודא ליב זלה"ה בעהמ"ח ספר זית רענן אמר לי בזה ותמצית דבריו דבטעו הדיינין בשיקול הדעת דמה שעשו עשוי ולדעת רוב הפוסקים אפילו גדול ממנו א"י להחזיר אף היכא דפטורין לשלם כגון במנוחה או בג' וחד דגמיר וקבלוהו והדין שייצא מהם הוא בהחלט לצמיתות השתא דליכא מןמחין נראה דאפילו תפס הלנה אח"כ ל"מ וראיה מש"ע (סי' ק"ח) גבי מת לנה בחיי המלנה ואח"כ מת המלנה אם תפס מהני משמע אם תפס אח"כ כשפכר פסקו כרב ושמואל דירשי הלנה פטורין ל"מ תו תפיסה וכ"כ שם האורים והשתא מה התם דאפילו ב"ד קטן מן הראשונים יכולין לפסוק אח"כ כר"א ולהוציא מירשי הלנה אפי"ה הבע"ד עצמו א"י לתפוס מכ"ש בטעו בשקה"ד דאין ב"ד הקטן מהם בכחם להחזיר הדין אליבא דכ"ע פשיטא דאין בתפיסתו של הבע"ד כלום ואע"ג דעביד אינש דינא לנפשיה זה עד שלא ירדו לדין אבל אחר שירדו לדין חובה על הבע"ד שלא לעשות דבר נגד הפ"ד ולכך אפילו טעו בשקה"ד פניו שפכר פסקו חז"ל דקם דינא אין בתפיסתו של הבע"ד כלום.

ולפי"ז נראה דנהי דבספיקא דדינא לדעת הפוסקים דמהני תפיסה אם תפס איךד אח"כ מהני זה דוקא עד שלא ירדו לדין לאחר תפיסה הראשונה אבל אחר שירדו לדין וזכו הב"ד להתופס או פדעת רמב"ם וסייעתו או בטוען ברי לדעת תוס' תו ל"מ תפיסתו דאיךד פניו שהדבר יצא מפי ב"ד וזיכהו בתפיסתו תו לא גרע מאם טעו בשקה"ד ואין לדיין אלא מה שענינו רואות וכיון שפא הנידון לפנייהם כשפכר תפס חובה לזכות התופס להדיא אבל אינו רשאים לומר ולהוסיף דכל זכותו משום דתפס ואם שוב תפוס איךד יועיל תפיסתו דזה בכלל עורכי דינינים.

ולפי"ז לא קשה עוד רש"ל מדברי הרי"ף פ"ג דהתם ע"כ איברי דתפס קוּדָם שְבֵאוּ לב"ד שפיר כתב הרא"ש דליכא נ"מ פ"ג דכב"ר תפס וזיפהו הב"ד תו לא יועיל תפיסתו דאיך דלא גרע מטעו בשקה"ד דקם דינא אף דסוגיא דעלמא אזיל פאיך עכ"ד ודרש ממני לעיני בזה: ודעתי הענינה אינו פן ואבאר הדברים דא"ד תיקו או סד"ד לטעו בשקה"ד דשם הדין ירד לעומק הדין לשקול בפלס סבתו והיה דעתו נוטה כמו שפסק לכה אף דסוגיא דעלמא אזלי פאיך מ"מ קם דינא ואין בכת לשום ב"ד לבטל הפס"ד פ"ג שפיצא פס"ד פפי הכרעת דעתו.

ועוד דהא מה דקם דינא הוא מדרבנן פמבואר בראשונים ובקונטרס הגאון מהרח"י ז"ל וכאשר יבואר אי"ה במקומו לכן לא תקנו לזולתי דיהי' בכחו של הבע"ד לתפוס בהחזרה ולמיעבד דינא לנפשיה פ"ג דנתנו תוקף לפ"ד נגד סוגיא דעלמא ושום ב"ד אינם בכחם למיהדר עובדא משא"כ בתיקו ובסד"ד אין ע"ז שום פסק דין פ"ג דאינו פוסק מצד הכרע' דעתו ואין בכחו להכריע ולפשוט ולברר הספק רק פ"ג דהוי ספק אמרו רבנן כל היכא דקיימא תיקם והמע"ה ואם תפס הדין דיכול לומר קים לי וכמו שכתב הש"ך בספרו ת"כ בטעמ' של הסוברים דתיקו עדיף מספק דמציאות אבל מ"מ אין הב"ד פוסקים בשביל חזת דעתם והכרעתם רק מסלקי נפשיהו מזה וכמו שכ' הרשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) דכ"מ שעלתה הלכה בתיקו הואיל דאין הדיינים יודעין לפסוק את הדין הוי שותקין והמתזיק יחזיק מה שבידו עכ"ל וכמו המוחזק הראשון כשחובע אותו החובע לדין הב"ד שותקין ואמרו שאין בכחם לחייב ומ"מ אם תפס החובע אח"כ מהני תפיסתו ולא אמרינן קם דינא לפטור פ"ג דלא מקרו דיינין ע"ז רק לשותק הואיל דאין בכחם לדעת להורות האמת לאמיתו פן נמי אם תפס שוב אח"כ החובע נעשה הוא מוחזק ואף אם באו שוב לב"ד ופסקו שיחזיק במה שבידו אינם ע"ז שם דיינים ופסק דין רק הואיל דאינם יודעים אין בכחם להוציא ומהני שוב אח"כ גם תפיסתו בהחזרה וכן מבואר להמע"י ביש"ש ובת"כ המע"י ימצא פן פמה פעמים ועיין סמ"ע (סי' רמ"ה ס"ק כ"א) ובט"ז שם דמשיג עליו דלעולם מהני תפיסה בהחזרה וכן השיג עליו בת"כ (סי' ח"י ס"ק ח') והעלה דהיכא דמהני תפיסה אם חזר הראשון ותפס ממנו לא מפקינו מניה ואינו דומה לדינא דכל דאלם גבר (סי' קל"ט) עיי"ש דמשמע בבירור אף אם נפסק הדין מ"מ לעולם מהני תפיסה דנגד זה לא נפסק הדין דע"ז לא דן משא"כ בטעו בשקה"ד דדנו ושם דיינין עליהם לכה קם דינא וכן בהא דסי' (ק"ח) אם פבר פסקו פרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו נקראו ע"ז שם דיינין פ"ג דלכתחילה חייבין לפסוק פן מפני פבוזן דרב ושמואל וכל זמן שלא פסקו הב"ד יכול התופס למיעבד דינא לנפשיה ואינו מחוייב לחוש לכבודו ויכול לתפוס פ"ג דניתן רשות אף לדיינין למיעבד כר"א ואם עביד מהני אבל אם פבר יצא הפ"ד מפי ב"ד לחוש לכבודו דרב ושמואל ופטרו אז ע"ז נקראו שם ב"ד פ"ג דכה חובה להם לפסוק אף דמצד הלכה היה ראוי לפסוק כר"א מ"מ לכתחילה עבדין כרו"ש מצד פבוזן א"כ חל שם הוראה ופסק דין פתורה ולכה ל"מ שוב תפיס' אבל בתיקו דלית בר נש דיכול להכריע פצד אהד אין לעולם ע"ז שם הוראה.

וכן בסד"ד דפולגתא דרבנותא אף דניתן רשות וכח להב"ד להכריע פפי השגתם בראיות היינו אם ירדו לעומק הדין להכריע פפי פסקם אבל אם לא ירדו לזה להכריע בפדבר רק

מצד שהוא ס"ד פסקו מה שפסקו דהממע"ה לאו שם פסק דין ע"ז לומר קם דינא: ועוד  
ארף אם נודה לדבריו דבטר פ"ד קם דינא ארף בתיקו מ"מ היינו אם עכ"פ ידעו הדיינין  
דהוי ספיקא ופסקו דאם תפס תפס ואין מוציאין אבל אם הדיינין לא ידעו פלל שיש בזה  
ספק רק פסקו מטעם דסברו לזכותו מטעם דס"ל דכן הדין לחייב את מי שתפס ממנו  
וארף אם ל"ה תפוס ועומד דעתם דחייב ולא פסקו מצד הספק לומר הממע"ה זה הוי פטעו  
בד"מ כמבואר בני"י מובא בש"ף (סי' כ"ה ס"ק ב') ועיי"ש בתנאים.

וא"כ שוב הנה לו להרי"ף להביא האיבעיא אם יש שינוי לצורות לרביעי גזק פיון  
דבלא נודע נבא לכלל טעות דמסברא החיצונית גלמוד דאין שינוי ולא נדע ובאמת נשאר  
בש"ס בתיקו האיבעיא דרב אשי ואז היינו מחוייבין לשלם ח"נ רק פיון דאין דנין דיני  
קנסות ליכא נ"מ ואם תפס מהני ואם יתפוס ח"נ ויבא לב"ד יפסקו הב' דכן הוא דחייב  
ח"נ הואיל דלא נדע מן הספק של רב אשי ויפסקו דאם היו מומחין היו מחוייבין לשלם  
ח"נ ובכח זה יחזיקו ביד התופס ובאמת זה טעות בדבר משנה דארף אם היו סמוכין הנה  
זוכה רק מצד תפיסה אבל לכתחילה ל"ה גובין רק רביעי גזק וא"כ בודאי מהני תפיסה  
בהחזרה פיון דהב"ד לא ידעו פלל מן הספק ול"ש לומר בזה קם דינא והנהלו להרי"ף  
להביא האיבעיא למען נדע דלכתחילה ל"ה הסמוכין מגבין רק רביעי גזק ואם תפס ח"נ  
אז כשהב"ד יפסקו דמהני לא יהיה מועיל עוד תפיסה בהחזרה.

אולם באמת ל"ש בזה פלל לומר קם דינא פיון דלא שייך בזה לומר הכרעת דעת ב"ד:  
ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' י"א) דכתב דכי אמרינו דיינא דעבד כר"א עבד היינו שהכריע  
בחקמתו כר"א מגמריה ומסברתיה נראה שראוי לדון לעולם כר"א אבל אם יבא דין  
ויאמר בקאן אני רוצה לדון כר"א ומחר יאמר בדין אחר לדון פרב ושמואל לאו דיינא  
הוא ואם יאמר כה"ג אני דן כר"א אי איכא טעמא אפי' למאן דפסק כרו"ש לחיי אבל  
בלא דין הכרעה שלישית הוא ואין מכרעת ע"ש ולכך דיינא דעבד כר"א היינו בהכרעתו  
קם דינא ואין ב"ד אחר יכול לבטל פס"ד ולפסוק כרו"ש דשם פס"ד עליהם ואם דן  
כרו"ש לא נוכל לומר מצד הכרעתו פיון דכך הכריעו חז"ל לכתחילה לאו שם פס"ד ע"ז  
לכך יכול ב"ד אחר לפסוק כר"א ואין למיזן מזה לדינים אחרים.

ועוד הוסיף שם המהרי"ט לומר דה"ט דאם עבד כרו"ש להחזיק ביד היורשים לא עביד  
מעשה משא"כ דעבד כר' עשה מעשה וקם דינא ול"ד לטעם בשקה"ד דאמרינו מה  
שעשה עשוי ומשלם מביתו ובזיכה את החייב פיון דא"ל פטור אתה פמאן שנטל ונו"נ  
ביד דמי התם קנסא הוא דקנסו לדיין שאינו מומחה דקם דינא וישלם מביתו אבל הקא  
בתר דזכו היתומים פרב ושמואל מצי דיינא אחר לחייבם כר"א ול"א קם דינא משום דלאו  
מעשה עביד עיי"ש וראיתי בקה"ס שבספר קצוה"ח דהעלה שם מטעם אחר מהדרינו  
עובדא לאחר שדן דיינא כרו"ש משום דעיקר להלכה כר"א רק לכתחילה עבדינו מלתא  
יתירתא כרו"ש משום פבודן כמו שכתב הרמב"ן במלקמות ד' סוף שבועות או כמ"ש  
תוס' דמשום עליה מועטת יש לנו להקל שלא להוציא ממון נזה הפל רק לכתחילה אבל  
לא למיהדר עובדא וכבר קדמוהו באו"ת (סי' כ"ה ס"ק ב') בזה דלדינא פיון דקיי"ל  
כר"א דמתוך שאי"ל משלם ליתא לדרב ושמואל רק הואיל דנפיק מפומי דרו"ש ראוי  
לפסוק פנותיהו ולכך אמרו הבו דלא להוסיף עליו וא"כ מאן דהורה כר"א פהלכה הורה

וילקף אין הדין חוזר עי"ש אוילם מדברי תוס' ב"ב (דף ס"ב) וקרא"ש ונ"י שם דמדמו דבר דלא איתמר הלכתא לא פמר ולא פמר וס"ל לדין פחד מינייהו ועביד דמה דעביד עביד להא דיתומים מן היתומים דעביד פמר עביד הרי דשון הו ואם נאמר דשם מהני מה דעביד כר"א להוציא משום דלהלכה הנה ראוי לפסוק אף לכתחילה כר"א וגם משום דשייף לומר שטרף בידי מה בעי א"כ הורה זה פהלכה ומניין לנו לומר דיש רשות לכל ב"ד להכריע היכא דלא איתמר הלכתא ולומר דעביד פמר עביד להוציא ממון היכא דלא ידענו פמאן לפסוק ואין הדבר נוטה במחלוקתם פדת מה לעשות א"ו דסוברים דגם בפלוגתא דרו"ש ור"א ביתומים מן היתומים דומה לכ"מ דלא איתמר הלכתא לא פמר ולא פמר וע"כ צ"ל דשון הו וליכא דעת נוטה בזה והא דאם פסקו ב"ד כר"א והוציאו ממון דל"מ ב"ד אחר לפסוק להיפך ואם פסקו כרו"ש יכול ב"ד אחר לפסוק להיפך הוא מטעמים שכ' מהרי"ט שם: וראיתי בכנה"ג ח"מ ח"ב מהד"ב (סי' כ"ה אות ח"י) שהביא דברי תוס' ב"ב הנז' וכ' ולא תידוק מהכא דס"ל לתוס' דדוקא היכא דס"ל לדין פחד מינייהו ועבד אז מאי דעבד עביד אבל אי לא ס"ל פחד מינייהו אלא שהוא מסופק בדבר מאי דעביד לא עביד כלום דא"כ מאי מיתי ראיה מפ' פל הנשבעין דהתם בסתמא איתמר ומשמע ודאי דאפילו דלא ס"ל פחד מינייהו והוא מסופק בדבר ועוד ל"ה להו למימר ואי מספקי לי פמאן הלכתא הממע"ה אלא פה הי' להו למימר ואי מספקי לי פמאן מאי דעביד לא עביד א"ו פוננת תוס' לחלק בין ס"ל פחד מינייהו להיכא דלא ס"ל פחד מינייהו והוא מסופק דבין הכי ובין הכי מאי דעבד עבד אלא שפכתו בתחילה וס"ל פחד מינייהו לומר דמסתמא זה הדין ל"ה מוצא מזה אלא מפני שהוא סבר פחד מינייהו ואם מסופק מסתמא אינו מוצא אלא יושב בשוא"ת ואומר הממע"ה וכן העלה בתשובותיו בס' בעי חיי ח"מ (ח"א סי' ע"ג) והדברים מתמיהים מלבד שהם נגד דברי רבו במהרי"ט הנז' והסברא פה נוטה דאם מסופק ומוציא ממון ברצונו הפשוט מבלי שום הכרעת דעת וסברא וראיה אין זה פסק דין וכן משמע מדברי הרא"ש סנהדרין (פ"ד) דכתב היכא שפחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדין אפסיק כמו שארצה ואם עשה פן זה דין שקר ומשמע פיון שהוא שקר ל"מ פלל הפסק והא דכתב שם ואם לא ידע הפוסק במחלוקת הגאונים אם אי אפטר לעמוד ע"ד אין פאן טעות אלא מה שפסק פסק הדין כשלא ידע ממחלוקת הגאונים וע"כ הא דפסק להוציא הנה נראה דעתו עפ"י דין פן אז מה שפסק פסק אבל אם פוסק מבלי טעם רק מרצונו הפשוט זה דין שקר והדין חוזר אם לא מצד תפיסה ועיין ש"ף (ר"ס כ"ה) מ"ש בדברי הנ"י ובאחרונים שם ובמ"ש לקמן אפי"ה: ובתומים (סי' ק"ח ס"ק י"א) כ' דלפי דעת רא"ש וטור (סי' כ"ה) אם טעה בשקה"ד וניפה החייב קם דינא אף במקום שא"צ הדין לשלם מביתו ואף גדול א"י להחזיר ומכ"ש באם לא טעה הדין והורה פדין לפטור את החייב משטרן איף יהנה פח ביז דיין אחר להחזיר ולבטל דינו וכ' דאפשר דרמ"ה ס"ל פדעת הרי"ף דהיכא דא"צ הדין לשלם מביתו הדר דינא לכן אם ס"ל לדין אחר כר"א עבד והדר דינא אבל לדעת רא"ש וטור דלעולם קם דינא מכ"ש בזה דעבד פדין כרו"ש וע"ש עוד דהעלה דבאמת אם ידע השני מפסק הראשון פס"ד הוי כמו קריעת שטר.

ובאמת פן ע"כ צריף לומר בדעת רמ"ה דהא לפנינו דעת רמ"ה פחידושי לסנהדרין (דף ל"ג) לפסוק כר"ש דלעולם קם דינא אף במקום דאין הדין חייב לשלם וכשיטת הרא"ש

והטור וא"כ אם פסקו כרו"ש דפסקו פדין ונדאי מהראוי לומר דקם דינא אם לא דנאמר בכוננת הרמ"ה כמו"ש התנאים דלא ידע השני מן פסק של הראשון ועוד יבואר אי"ה בזה במקומו: הדרך לדברינו די"ל אף בפלוגתא דרבננותא דיש מקום להכריע מ"מ אם לא הכריע הדיין ופסק להחזיק מספק דהמע"ה ל"ש לומר בזה קם דינא ומהני גם אח"כ תפיסת התובע להסוברים דמהני תפיסה בסד"ד.

ומצאתי ראיתי בתשובת אהלי יעקב למהריק"ש ז"ל (סי' צ"ג) וז"ל זכה זה בטענות קים לי פיון שהעלינו דאינהו הוא דעביד הך דינא לנפשיה ואין לב"ד עסק בפסק זה דאיהו הנה מוטל עליהם לפסוק פדעת המרובים אם באו הנכסים ליד השני מסתברא לי דהדר דינא ויכול השני לתפוס פי מה שאמרו שם קם דינא היינו מה שנעשה ברצון ב"ד מפני הספק להכי לא סתרינו ליה אבל הכא דאיהו הוא דעביד דינא לנפשיה מפני טענות קים לי לא אלה כמו פ"ב דהדר דינא אם באו נכסיו ליד השני עכ"ל הרי מבואר אף אם זכה בתפיסתו בטענות קים לי פיון דאיהו עביד דינא לנפשיה לא אלה כמו פ"ב דמהני תפיסת השני וכמו כן מה שהוא בש"ס בתיקו אם תפס ובא לב"ד אף דאין מוציאין מידו מ"מ פיון שהוא מצד דעביד דינא לנפשיה דהב"ד ל"ה מוציאין מיד המוחזק בשום אופן פי הממע"ה רק הוא עביד דין לנפשיה ותפס אין בכח הב"ד להוציא שוב ממנו להסוברים דמהני תפיסה או בטוען פרי מ"מ פיון דהב"ד לא פסקו מדעתם לא נוכל לומר בזה קם דינא וממילא אם תפס הראשון בהחזרה מן השני מהני שוב תפיסת הראשון ואין הב"ד מוציאין מידו כמו כן ובפרט מה דעלתה בש"ס בתיקו לאו שם ב"ד עליהן ול"ה כפסק דין רק מסלקין א"ע מזה וכמ"ש הרשב"ם ב"ב שהבאתי לעיל: וראיתי בכה"ג פללי קים לי (אות ל"ג) שכ' מי שתפס וזכה פבר מפח קים לי ל"א קם דינא ואין האחר יכול לתפוס ואם תפס מפנין מיניה אלא אם חזר ותפס לא מפנין מיני' מבי"ט (סי' קע"ג) אבל הר"ש יונה בתשובותיו פתב דמפקינן מיניה ואפש' דלא פליג על המבי"ט דהמבי"ט איירי דזכה בקים לי בתפיסה שתפס ולא הוי תפס מעיקרא אבל הזוכה בטענות קים לי להיותו תפס מעיקרא פנידן מהר"ש יונה מוציאין מידו עי"ש.

נדעת מהריק"ש נראה אף במוחזק מעיקרא מ"מ פיון דהב"ד הוי מוציאין מידו פדעת רוב הפוסקים רק איהו זכה מטעם קים לי מהני תפיס'. ובאמת פנידון דמבי"ט שם לא באו לב"ד פלל מקודם רק שהספק היה שהבת השיגה מן אמה שלא נשבעת על פתובתה שטר מתנה והבן הי' לו מן אמו קנין קודם להבת וכתב המבי"ט דלדעת הרי"ף דבעינן מטו לידו וכ"ז שלא הגיע לידו יכולה לחזור והיתה הבת יכולה לומר קים לי פהרי"ף מ"מ אהני ליה להבן מה דתפס ויכול לומר קים לי דמשעת קנין זכיתי וע"ז פתב דלא תימא פיון דזכתה הבת מפח קים לי פהרי"ף קם דינא ואין האחר יכול לתפוס משלה ואם תפס מפנין מיניה דהא לא זכתה מפח ב"ד אדרבא ב"ד הוי דיני פהני רב רבי אלא דתפיסה מהניא לה פדאמר' קים לי ולכך אם תפס אח"כ הדר דינא ונדמי למת לנה פחיי מלנה דאם תפס הוי תפיסה עיי"ש וי"ל דאם באו לב"ד לדון אין אחר מעשה ב"ד פלום רק הכנה"ג למד ממנו דאף אחר שבא לב"ד מ"מ פיון דהב"ד לא הוי פוסקין רק מפח תפיסתו שיזכה מהני תפיסה בהחזרה ובזה מחלק בין תפיסה דמעיקרא ללא תפס מעיקרא: וקצת יש לומר דעד כאן לא כתב מהריק"ש דמהני תפיסה בהחזרה רק לשיטתו דסובר שם דהב"ד אין פוסקין להחזיקו עד שישטעון קים לי ומה"ט פוסקין אף כמיעוט

הפוסקים ואין עוברין על מה שאמרה תורה אחרי רבים להטות פנין דהמוןזק טוען בפירוש קים לי והוא פוסק את דינו ולכך ל"א קם דינא ומנהי תפיסת השני בהחזרה ג"כ בטענות קים לי פנין דאין זה פסק ב"ד רק פסק עצמו.

אבל להסוברים דהב"ד טוענין קים לי ואף אם אין הבע"ד יודע כלל רק הוא מחזיק אין מוציאין ממנו מטעם קים ליפאשר פתב בזה הכנה"ג משם פמה פוסקים והנתיבות העלה בכללי תפיסה דבמוןזק מעיקרא ושללא מחמת תפיסה אנו ב"ד טוענין עבורו קים לי אבל לא בתפיסה דאז צריף שיטעון קים לי ועבור יתומים טוענין עבורם קים לי [וקצת סותר דברי עצמו שפתב שם (ס"ק ד') לתרץ דברי הטור דלא הביא דעת הרא"ש דלא מהני תפיסה בתיקו וכתב דליפא נ"מ פנין דאף אם המחלוקה היא בתפיסה עצמה אם מהני תפיסה ויכול לומר קים לי דמהני תפיסה וממילא יכול לומר קים לי פרמב"ם וליפא נ"מ בשיטת הרא"ש ולמ"ש דבתפיסה צריף שיטעון קים לי א"כ נ"מ בזה והיה לו להטור להביא דעת אביו הרא"ש ז"ל דחולק וסובר דל"מ תפיסה למען נדע שהתופס צריף שיטעון קים לי ועוד יש נ"מ הרבה אכ"מ] עכ"פ יש לומר במקום דהב"ד טוענין עבורו קים לי אז הוי פסק ב"ד וקם דינא ול"מ שום תפיסה בהחזרה: אף באמת לא נראה פן רק לעולם במקום דאין בי"ד להכריע רק מסלקין נפשיהו ואמרי הממע"ה אף אם רק פטרו להתופס מ"מ ל"ש בזה לומר קם דינא ובפרט בתיקו וכמ"ש ברשפ"ם ב"ב ה"ל.

וקצת י"ל דתליא בדברי הרא"ש ב"ב המובא (סי' קל"ט) בכל דאלם גבר אם מהני תפיסה בהחזרה אולם יש לחלק פמובן דשם נפסק הדין כל דאלם גבר והוי תורת פסק ב"ד ולכך קם דינא דכך תקנו חכמים כמו"ש הרא"ש דלא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל מינהם במריבה ומחלוקת היום יגבר זה ולמחר חבירו ושם לא סלקו הב"ד ידיהם מדין זה רק פסקו כל דאלם גבר לכך אמרינו דקם דינא למי שיגבר הראשון משא"כ בתיקו או אף בפלוגתא דרבנותא יש לומר דלא מקרי פס"ד ע"ז שבשביל זה יהיה קם דינא ועיין מ"ש לקמן בדין זה להשות דברי תוס' ב"מ (דף ו') המובא שם בש"ף עם דעת הרא"ש דתליא באם באו לב"ד קודם לכן או אחר שגבר האחד: סי' ה עוד פתב שם הנתיבות לדון וז"ל אמנם אשפחנ' גוונא דגרע הו תפיסה מספיקא דדינא דנראה דמיתמי לא מהני תפיסה זו דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אפילו בגזקין רק בבע"ח גובה מתקנות הגאונים ובמזיקים לענין.

תפיסה ודאי לא תקנו הגאונים משא"כ בתפיסה דסד"ד מהני אפילו ביתומים ומדברי הרא"ש לא מוכרח רק דעכ"פ לא עדיף כו' אבל מ"מ י"ל דגרע עכ"ל ולכאורה דברי הרא"ש אין שייכות כלל לזה דמשונה הוי קרן ומשתלם מגופ' דמזיק בזה אף מיתמי מהני הו לגבי ספיקא דדינא הו לענין גביית קנס אם תפס ול"ש בזה לדון מטלטלי דיתמי פנין דלא מצי לסלוקי בזווי וקיי"ל יוחלט השור ואם תפס הנזק זוכה למפרע מדגלי קרא ונצו את פספו א"כ אף אחר מיתת בעל השור מהני תפיסה ואינו בכלל מטלטלי דיתמי פמובן ועיין תוס' ב"ק (דף י"ד ע"ב) דמה דמשתלם מגופו הוי פאלו תפס מחיים.

אמנם בשאר קנסות כמו פכל ודי"ה וכדומה אם מת המזיק ואח"כ תפס הנזק מיתומים בזה יש מקום לומר פנין דבא לתפוס מטלטלי דיתמי בעד ממון שנתחייב אביהו וכיון

שְׁקוּדָם שְׁתַּפְּס לִיפָא שׁוּם חַיִּיב הַגּוּף דְּאִינוּ חַיִּיב בְּקִנְס עַד אֲשֶׁר יִרְשִׁיעוּן אוֹתוֹ הַב"ד וְכַשְׁמַת אֵין מִי לְחַיִּיבוֹ אוּלָם לַמ"ש לְעֵיל מַמ"ש הָרָא"ש וְהַטּוֹר דְּחַיִּיב הוּא רַק דְּלִית לֵן ב"ד לְכוּפּוֹ יֵשׁ לוֹמַר דְּמַהֲנֵי תַּפְיֶסָה אַף אַחַר מִיתָתוֹ.

אָף דִּי"ל פִּינּוֹן דַּמ"מ אֵין בְּיַד הַב"ד לְכוּפּוֹ לֹא תִקְנוּ בְּזַה הַגְּאוּנִים. וְגַם הָא קִנְס שְׁהוּא טְפִי מִקְרָן לֹא מַגְבִּינּוּ הַעֲדוּת וְלֹא מְזַדְקִינּוּ לְקַבֵּל הַעֲדוּת עַד כִּי תַפְס וְעוֹמֵד וְכַמוֹ שֶׁכ' הָרָא"ש וְלֹא מְשַׁכַּחַת לְקַבֵּל הַעֲדוּת רַק אִם תַּפְס וְעוֹמֵד וְאִם מֵת קוּדָם שְׁתַּפְּס לְמִי יִחַיִּיבוֹ הַב"ד: וְעֵינּוּ בְּסוּף קוֹנְטֶרַס הַגְּאוּן מ' חַיִּים יוֹנָה ז"ל שְׁפַתְב בְּפִשְׁטוֹת בְּעֲדִים שְׁהַעֲדִי וְכַאוּ עֲדִים וְהַזְמִינּוּ אוֹתָם וְנִתְקַבֵּל בְּפִנְיָהֶם וְלֹא נִגְמַר הַדִּין לְחַיִּיבָם עַד שְׁמַתוֹ דְּאֵין הַב"ד גּוֹמְרִין הַדִּין וְא"כ לֹא יִהְיֶה דְעֵבִיד דִּין לְנַפְשָׁיה בְּמָה שְׁתוּפְס הָא פִּינּוֹן שְׁמַת אַף ב"ד הַסְמוּכִין אֵין בְּיַדָם לְחַיִּיבוֹ.

אוּלָם לְקַמּוֹן בְּדִינֵי עֲדוּת יְבוּאָר אֵי"ה דְּמַדְבְּרֵי יְרוּשְׁלָמִי פ' אֵלוּ נְעֻרוֹת עַל מַתְנֵיתָן דְּבָא עַל בַּתוֹ אֵינְרֵי בְּאַנוּסָה וְלֹא הַסְפִיקָה לְעַמּוּד בְּדִין עַד שְׁמַת מוּבָא בַּתוּס' שְׁם רִישׁ הַפְּרָק מִשְׁם נִרְאָה דְגַם אַחַר מִיתַת הַחַיִּיב יְכוּלִין לְגַמּוֹר דִּין חַיִּיב הַקִּנְס וְנִתְחַיִּיב בְּהַקִּנְס לְמַפְרַע כְּמוֹ שְׁפַתְב רַמְב"ן גִּיטִין (דַּף מ"ב) דְּחַל הַחַיִּיב לְמַפְרַע כְּשֶׁעַמֵּד בְּדִין וְלִכְךָ פְּטוֹר רַק מִטַעַם קָם לִי בְּדַרְבָּה מִינְיָה וְשָׁם יִתְבָּאָר בַּעֲזָה"י בְּאַנְרָף וְא"כ י"ל דְּגַם בְּקִנְס שְׁהוּא טְפִי מִן הַקְּרָן שְׁיִנְיָף לְחַיִּיבוֹ לְמַפְרַע וְחַיִּיבִין הַיּוֹרְשִׁים וְכַזָּה יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן דְּלַעֲנֵן תַּפְיֶסָה לֹא תִיקְנוּ הַגְּאוּנִים ז"ל: וְכֵן בְּמַלְתָּא דְלֹא שְׁכִיחַ דְלֹא דְנִין בַּזָּה ז"ל וְלַדַּעַת הַש"ף אַף אֵשׁ וְבוֹר לֹא דְנִין בְּזָה ג"כ י"ל אַף דְּמַהֲנֵי תַּפְיֶסָה מ"מ פִּינּוֹן דַּמָּה"ד מְטַלְטְלֵי דִיתְמִי לֹא מְשַׁתְּעֵבְדִי לֹא תִקְנוּ הַגְּאוּנִים לְעַנְנֵן תַּפְיֶסָה.

וּבְלֹא"ה דַּעַת רַבִּינוּ אֶפְרַיִם דְּבָבֵל נִיזְקִין לֹא תִקְנוּ כְּמַבְּוֹאָר בְּרָא"ש ב"ק (דַּף י"ד) וְעֵינּוּ ש"ף (סִי תי"ט) וְהַטַּעַם דְּלֹא תִקְנוּ רַק מְפָנֵי נַע"ד אֲבָל נִזְקִין לֹא שְׁכִיחַ וְאַף דְּמַסִּיק שְׁם הַש"ף לְדִינָא פְּדַעַת הָרִי"ף וְרַמְב"ם דְּמַגְבִּינּוּ מִן מְטַלְטְלֵי דִיתְמִי מ"מ י"ל דְּלַעֲנֵן תַּפְיֶסָה לֹא תִקְנוּ וְא"כ אַף אִם נִתְקַבֵּל הַעֲדוּת בְּחַיִּים לַמ"ש הַש"ף פְּדַעַת הַיָּם שֶׁל שְׁלֵמָה דְבַדְבָּר שְׁהוּא מְמוֹן רַק דְלֹא עֲבָדִין שְׁלִיחוֹתֵיהוּ הוּאֵיל דַּל"ש שְׁמִין לוֹ כְּדִי שְׁיִתְפָּנוּס מ"מ בְּזָה לֹא תִקְנוּ הַגְּאוּנִים שְׁיִשְׁתַּעֲבָדוּ מְטַלְטְלֵי דִיתְמִי.

וְי"ל לַמ"ש שְׁם הַש"ף מִשְׁם הָרָא"ש דְּבַדְוֹרוֹת הַלְלוּ מְטַלְטְלֵי כְּמוֹ קַרְקַע לְכָל עַנְיָנֵי שְׁעֵבוּד מִן הַדִּין אַף בְּלֹא תִקְנָה נִרְאָה דְּמַהֲנֵי תַּפְיֶסָה. אוּלָם הַש"ף שְׁם חוּלְק ע"ז וְכַנְרָאָה עֵיקַר הַכְּרַעַתוֹ שְׁם מִטַעַם תִּקְנוֹת הַגְּאוּנִים בְּזָה ג"כ לְעַנְנֵן נִיזְקִין וְהַטַּעַם דְּהָא אַף דְלֹא שְׁכִיחַ כְּמוֹ מִטַעַם גְּעִילַת דְלַת דַּבַּע"ח מ"מ חָשְׁבוּ חז"ל לְשְׁכִיחַ לְנַעֲוֹל דְלַת בְּפִנְיֵי הַמַּזִּיקִים מַה"ט עֲבָדִין גַּם הַשְׁתָּא שְׁלִיחוֹתֵיהוּ לְכָךָ תִּקְנוֹת הַגְּאוּנִים לְגַבּוֹת מִן מְטַלְטְלִין חַל גַּם ע"ז וּמַמִּילָא יֵשׁ לְדוֹן לְעַנְנֵן תַּפְיֶסָה אֲבָל בְּמִילֵי דְלֹא שְׁכִיחַ דְלֹא עֲבָדִין שְׁלִיחוֹתֵיהוּ בְּזָה י"ל דְלֹא תִקְנוּ: וּמ"ש הַנְּתִיבוֹת בְּפִשְׁטוֹת דְּבַסְפִּיקָא דְדִינָא מְהַנֵּי תַּפְיֶסָה מִן הַיְתוּמִים בְּמְטַלְטְלִין יֵשׁ מְקוּם לְגַמְגַם מִן הַסְּבָרָא וְלוֹמַר דַּל"מ פִּינּוֹן דְּאֵין הַב"ד יְכוּלִין לְהַכְרִיעַ וְלְגַבּוֹת בְּסְפִיקָא דְדִינָא רַק תַּפְיֶסָתוֹ שֶׁל הַבַּע"ד מְהַנֵּי מְצַד דְּעֵבִיד אֵינְשׁ דִּינָא לְנַפְשָׁיה וְכַמוֹ שְׁהָרִיף בְּזָה בְּסַפֵּר ת"כ לְדוֹן מְהָא דְכַתְבַּב עַבְה"ת בֵּיתוּמִים מִן הַיְתוּמִים בְּמַת לִוְהָ בְּחַיִי מְלוּהָ דְאַמְרִינּוּ בַש"ס לְפָסוּק כְּרו"ש דַּא"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְכַנְיָו וְדַעֲבִיד כְּר"א עֲבַד וּמְהַנֵּי תַּפְיֶסָה מִטַעַם דְּעֵבִיד דִּינָא לְנַפְשָׁיה וְכַתְבַּב בְּתוּמִים (סִי ק"ח ס"ק י') לְדוֹן דַּאִם תַּפְּסוּ



מטלטלין דלא משתעבדי מדינא דגמרא רק מתקנות הגאונים יש לומר פי תקנו היינו מדינא אבל היכא דעביד דינא לנפשי' לומר קים לי כר"א ע"ז לא תקנו הגאונים לעבדך על שורת הדין דהא שורת הדין כרו"ש והוא רוצה להפוך השורת אף אנו פתורה נעשה ונוקמי אד"ת ולומר דמטלטלין לא משתעבדי עי"ש וא"כ כ"כ בכל ספיקא דדינא אשר מהני אף תפיסה בהחזרה ושם פשוט דברי הטור ורמ"א נראה דאם דין הראשון כר"א ואח"כ דין השני כרו"ש אין במעשה השני פלוג' ולהיפך אם עבד ודן כרו"ש אם לא קרעו השטר ובאו אח"כ לב"ד אחר וגבו בו מה שעשו עשוי וכמו שהאריכו בטעמים בזה במהרי"ט הבאתי (סי' הקדום) ובכ"ז אף דעביד דינא לנפשיה ורשאי לתפוס מ"מ הואיל דחשו לפסוק כרו"ש לכן פשתפס מטלטלין מוקמינן על ד"ת ומוציאין מידו כמ"ש התומ' כמו כן בסד"ד ובפרט בתיקו אשר מעיקר הדין נשאר בספק בכל מקום פיון דכך הוא הדין לאוקמי על חזקת מר"ק והממע"ה רק תפיסת הבע"ד מהני דעביד דין לנפשיה מ"מ אם אין לו בהשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקע י"ל דל"מ תפיסה מן יתומים דמוקמינן על עיקר הדין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וע"ז לא תקנו הגאונים פיון דאין ביד הב"ד להכריע לחיבו רק הוא בכת דעביד דין לנפשיה ועל פסקו לחיוב לא נחתי הגאונים לתקן שיגבה ממטלטלי דיתמי וצ"ע בזה: סי' ו' ויש לחקור אם במה דלא עבדינן שליחותיהו דקמאי כמו קנס ומלתא דלא שכיח ותפיסה מהני אם בזה מהני תפיסה בקרקע דבכ"מ בסד"ד דל"מ תפיסה בקרקע הוא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת וכל היכא דקאי ברשותיהו דמריה הוא וקרקע אינה נגזלת וכמ"ש הרשב"ם ב"ב (דף ק"ה ע"ב) הך טעמא וזה אתי שפיר בסד"ד דאין הב"ד יכולין לפסוק לכל רק לסלק ידם מזה וכמ"ש רשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) הבאתי לעיל (סי' ד') דהואיל דאין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמתחזק יחזיק מה שבידו ולכך מטלטלין אין מוציאין מידו דעכ"פ יש לו בו קנין למי שמחזיק בהם ואף אם באמת א"ח לו מ"מ פיון שהחזיק בהן לקנות ולגבות מוציא מרשותיהו דבעלים וקמו ברשותו דלא גרע מהגזלן והב"ד א"י להוציא מיד התופס דאולי חייב לו וזה במטלטלין דיש לו בהן לכל צד תורת קנין אבל בקרקע דכל היכא דקאי ברשותיהו דמרא הוא ל"מ תפיסה לכ"ע ואף למ"ש רשב"ם ב"ב (דל"ב) דמהני תפיסה אף בקרקע בספיקא דדינא כבר כתבו שם תוס' דצריה לחלק מהא דקיי"ל גבי המשפיר בית לחבירו כר"נ דקרקע בחזקת בעלים ועיין מל"מ (פט"ו מטו"נ הי"א) דמודה הרשב"ם היכא דקרקע לעולם חוזר וזה הפל בספק בחיוב אבל בקנס ובמילי דל"ש דלא דנין השתא דליכא סמוכין י"ל פיון דהחיוב הוא ברור וב"ד סמוכין אם היו ודאי היו מגבין אותו אף מן הקרקע והחסרון הוא דליכא דיינין וכשתפס מהני מטעם דעבד דינא לנפשי' וכמו שכתבתי לעיל ואף דלא נתחייב עדיין ואשר ירשיעון אלקים פתיב מ"מ כשתפס מגבין לו ומטעם דבזה שוב עבדינן שליחותיהו דקמאי א"כ מהראוי לדון דגם אם תפס קרקע דמגבינן ליה ובפרט לשיטת הרמ"ה דמטעם תקנה מהני תפיסה ולא מן הדין למה גרע בזה תפיסת קרקע מן מטלטלין כן אמרתי זה רבות בשנים אולם לכאורה מדברי רא"ש ב"ק שהבאתי לעיל כמה פעמים דלכך לא הביא הרי"ף האיבעיא אם יש שינוי לח"נ צרורות פיון דליכא נ"מ רק לענין תפיסה ותפיסה מהני אף בתיקו יש להוכיח דל"מ תפיסה בקרקע לגבי קנס דאל"כ תיחדר הקושיא מהשמטות האלפסי דהא נ"מ טובא לדינא לדעת דדלמא יש שינוי לח"נ צרורות

וא"ח רק רביעי נזק ואם תפס קרקע ל"מ לגבי סד"ד ולגבי מה דליכא סמוכין מהני התפיסה בקרקע ג"כ ואם תפס קרקע באמת לא מגבינו ליה מה"ד רק רביעי נזק ונגד רביעי השני דהוי ספק נגד זה ל"מ תפיסתו בקרקע הואיל דגוף הקרקע לעולם חוזר כמובן א"ו דסובר הרא"ש דאף במה דברור לנו החיוב תפיסה ל"מ בקרקע רק במטלטלין הואיל דהוי עכ"פ מוחזק ואז נזקקין הואיל דעבד דינא לנפשיה אף להגבותו כמ"ש לעיל משא"כ אם תפס קרקע דל"ה אף מוחזק בזה הוי כאלו מגבין לכתחילה קנס אם לא נוציא הקרקע מת"י.

ובהא דמת לנה בחיי המלנה ואח"כ מת המלנה דסברו רו"ש דא"א מוריש שבועה לבניו ואמרין דייגי דעבד כר"א עבד ומשו"ה מהני נמי תפיסה כ"מ בעה"ת וכמבואר (סי' ק"ח) והבעה"ת כ' הטעם דעבד אינש דינא לנפשיה ומבואר בריטב"א סוף מס' שבועות וכן בתה"ד (סי' ש"ל) משם המרדכי דל"מ תפיסה בקרקע הרי אף דיש פח להדיין להגבותו אף מקרקע ל"א דעבד דינא לנפשי' להיותו במקום דיין ויהיה מהני תפיסתו אף בקרקע וע"כ הטעם פיון דאף מוחזק ל"ה בתפיסתו הואיל דקרקע בחזקת בעלים עומדת.

כן נמי בזה בקנס ובמה שלא דינין בזה"ז בשליחותיהו דקמאי פיון דאם לא מגבינו אף מוחזק לא הוי לא מזדקקין להגבותי פיון דלא נמסר בזה למיעבד דינא בשליחותיהו דקמאי.

ועיין ריב"ש (סי' ע"ח) דמשמע קצת מדבריו דגם נשם במת לנה בחיי מלנה ואח"כ מת המלנה דמהני תפיסת היורשים אף מקרקע וי"ל הטעם דסובר דעיקר ההלכה הוא כר"א רק משום פבודן דרו"ש לא עבדינו מעשה נגדם וכמ"ש בתנאים (סי' כ"ה ס"ק ב') ובקה"ס בזה באורף לכה"י"ל דגם בתפס קרקע יכולין למיעבד דינא לנפשיהו במקום פסידא ומגבינו ליה או דאין מוציאין מידו אולם כפר ביארתי לעיל (סי' ד') להוכיח מתוס' ב"ב ורא"ש שלא פדעתם בזה: וראיתי בספר בית יעקב מהגאון בעל נתה"מ ז"ל אה"ע (סי' צ"ו) שהעלה דאף אם תפסו יורשים לא מהני רק שאין הב"ד יכולין להוציא מידו אבל מ"מ אין הב"ד מגבין ליורשים של המלנה ממה שתפסו דאין הב"ד יכולין לעשות לכתחילה נגד רב ושמואל רק לעגן זה כפר עבד דינא לנפשיה במה שתפס שאין הב"ד מוציאין מידו אבל הב"ד ג"כ אינם יכולין לעשות דין.

ולא משמע פן דעת הפוסקים רק הואיל דעבד דינא לנפשיה ותפס מגבינו ליה ממה שתפס וראיה לזה דהא בקרקע ל"מ תפיסה הואיל דאף מוחזק לא הוי ואם נאמר דכל תפיסתו מהני רק שלא להוציא מידו ולא להגבותו יהני אף תפיסת קרקע ואף די"ל דשאני תפיסת מטלטלין דעכ"פ להך צד דחייבין היורשי' קונה בתפיסתו לקנן משכון ולכה"י אין מוציאין מידו משא"כ בתפיסת קרקע אף להך צד דחייבין היורשי' לשלם מ"מ לית לי' להתופס בו קנן משכון.

זה דוחק דהא מ"מ להך צד דחייבין אין התופס מחוייב להחזיר עד שישלמו לו ולמה לא יועיל לזה אף תפיסת קרקע ועיין מ"ש הגת"יבות (סי' ס"ו ס"ק י"ב) דאף בדבר ובמקום שאין בע"ח קונה משכון היינו דלית ליה בו קנן אבל מ"מ לעגן שלא יצטרף להחזיר עד שיפרע לו קונה וה"נ יהיה מועיל התפיס' לעגן זה א"ו דהב"ד לא יזדקקו לכתחילה לגבות וא"כ מה מהני מה שתופס הרי בידו הגזילה רק פיון דיש פח ביד דיין לפסוק

ולמיעבד כר"א עבד דינא לנפשיה וכינן שתופס ויש לו במה שתפס זכיה וקנין להוציא מרשות יתומים שוב מגבינן להו משא"כ כשתפסו קרקע דלא הוציא פלל מרשות היתומים הוי פאלו לכתחילה הב"ד מזדקקן למיעבד עובדא נגד ר"ש ומזה מוכח דע"כ קא דמהני תפיסה במת לנה בחיי המלנה הוא אף למען יגבהו הב"ד אח"כ: ומ"מ אף אם נאמר דבקרקע ג"כ מגבינן פשתפס או משום דלא חשו רק לכבודן ומה"ד קיה לנו למפסק כר"א או מטעם אחר מ"מ לגבי קנס ודברים דלא דנין בזה"ז פנין דאין ביד הב"ד לפסוק רק מטעם עבד דינא לנפשיה זה דוקא פשתפס מטלטלין דמהני תפיסתו עכ"פ להוציא מרשות בעלים והוי מוחזק ולא פשתפס קרקע כמו דמוכח מדברי הרא"ש הנז' ואף לדעת הרמ"ה דכל מה דמהני תפיסו הוא משום תקנה ג"כ י"ל דכל התקנה קיה רק היכא דכבר הוציא עכ"פ מרשות הבעלים ולא פשתפס קרקע ולא קיה רק פספק בתקנה עכ"פ מוקמינן בכל מקום על דין תורה וממילא לא מגבינן בשליחותיהו דקמאי בתפס קרקע: ואם מהני תפיסה ע"י עפ"מ כ' ביש"ש ב"ק (פ"א סי' מ"ג) דאסור לתפוס ממנו שום דבר בדיני עפ"מ וכ' באורים ובנתיבות ולא נתפרש בדבריו אי בדיעבד מהני.

וראיתי הדברים מבוארים בס' תמים דעים (סי' כ"ג) שם תשובת רבינו יצחק בר"ש מצרפת דכ' דלא יתכן שימסור חברו ויעשה תפיסתו ע"י עפ"מ ואם נתפס ע"י נראה לקונסו במה שתופס ע"י עפ"מ שיתחזר הכל ע"י ע"ש ועיין רמ"א (סי' ד') דדוקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה אבל אסור לעשות ע"י עכו"מ ובדיעבד מהני והוא מקורו מן תה"ד ובאורים שם פתב דבאלם רשאי לחבטו ע"י עפ"מ ומגמגם על התה"ד דראיתו ממרדכי פ' הגזול דכ' אעפ"י דיש בו דין דכל דאלם גבר מ"מ אין לתופסו ע"י עפ"מ והמרדכי לא פתב רק דמסרו לשר אלם ולא קיה סיפוק בידו להוציא אף אם גבר אבל אם העפ"מ מסרו ליד ישראל מודה המרדכי דמותר.

ברם כנראה האורים פנונתו ע"ד המרדכי פ' הגזול ומאכיל אולם באמת התה"ד יליף שפיר מדברי המרדכי פ' הגזול קמא (סי' קי"ז) שם מבואר דאף לסייעו העפ"מ לישראל לתפוס ממנו ושלא יקח הוא רק שיקח הישראל עצמו אין לעשות ע"י עפ"מ פלל ועיין נו"ב תנינא (חח"מ סי' למד) דין בשני בע"ח וקדם אהד ותפס ע"י עפ"מ וכתב ג"כ פדברי התנאים והביא דברי מהרשד"מ (סי' קמ"ה) והמענין שם ברשד"מ יראה דלא ס"ל לחלק בין היכא דהדין כל דאלם גבר לשאר ענינים רק מטעם קנס לא מהני תפיסה אף בדיעבד ואף באלם אינו רשאי לחבטו ע"י עפ"מ.

ומדברי הרא"ש ב"ק (פ"ב) הנז' דכתב דליפא נ"מ בהך בעיא אם יש שינוי לח"נ צורות משמע קצת דאף בספיקא דדינא לא מהני תפיסה אף בדיעבד ע"י עפ"מ כמוכח: סי' ז פתב הרמ"א (סי' א' ס"ה) קנסות שבאו חכמים לקנוס מעצמן על תקנתם גובין בכ"מ ותמה בכנה"ג ובתנמי"ג על הרמ"א דלא הגיה ביו"ד (סי' רס"ז ס"ב) דפסק שם המחבר בעבד שמכרו רבו דקנסין ליה עד עצרה בדמיו לפדותו וקנס זה אין קונסין וגובין אלא בב"ד מן מחין ולא הגיה שם הרמ"א ע"ז ובאמת פנונת הרמ"א כמו שכ' וכמו שיתבאר (סי' ב') והנינו לפי שעה והזמן בידם לקנוס ולא על קנס דרבנן המבואר בש"ס.

ובאמת דעת הרי"ף פ' השולח משם הגאון דלא מגבין האי קנסא דמוכר עבדו אלא בא"י ותמה עליו הרא"ש דמה דתקנו חכמים לעשות סניג לתורה למה לא יגבו אותם בבבל.

וְצָרִיךְ לְהִבִּין בְּדַעַת הָרִי"ף וּש"ע דְּהָא הָרִי"ף הֵבִיא דְבָרֵי ר"ע פ' הַמִּפְקִיד בְּגִזְלָא לְאַחַד מִחֲמִשָּׁה וּא"י מִמֵּי דְחֵיב לְכָל אַחַד וְזֶה הוּא מִטְעַם קִנְס הָרִי דְקִנְסִינוּ אַף עַלְשֵׁינוּ וּע"כ קִנְס חֲכָמִים וְהוּא לְסִיג קִנְסִינוּ אַף עַלְשֵׁינוּ וְכֵן פָּסֵק בְּש"ע (ס' ש"ס"ה) וּבִנְתִיבוֹת פְּתַב דְּאוֹתָן קִנְסוֹת הַשְּׁנוּיִין בְּמִשְׁנֵה וּבְרִייתָא י"ל דְּבַעֵי דְנוֹקָא סְמוּכִין אַבְל בְּקִנְסוֹת כְּמוֹ הָא דְאָמַר ר"נ גִּזְלָן עֲתִיקָא הוּא וּבַעֲיָנָא לְמִיִּקְנָסָא וּל"ה מְנוֹסְמָה דְנִין אוֹתוֹ בְּכ"מ וְאִפְתִּי לָא אֲתִי שְׁפִיר מְהָא דְגִזְלָא אַחַד מִחֲמִשָּׁה דַּר"ע הֵיךְ מְנוֹסְמָה וְאִמְרֵי פְּסִקִּין לְקִנְסוֹת גַּם עַלְשֵׁינוּ בְּזוּה"ז וּמְצִיאֵי בְּס' הַזְכוּת מִס' יְבָמוֹת שְׁדַע' הָרֵאָב"ד דְּחִי ר"ע קִנְסָא קְנִיס לִיה אִין דְּנִין דִּין קִנְסוֹת בְּזוּה"ז וְהִרְמַב"ן כ' חֲס לִיה לְמִרְן ז"ל דְּנִימָא הֵכִי שְׁהִרְבֵּה דְבָרִים דְּנוּ אוֹתָם חֲכָמִים מְשׁוּם פְּשִׁיעָה וּקְנִס שְׁלֵהֶם וְאִין בְּכָלֵל ד"ק אֵלָא נִגְבִּין בְּכָלֵל שֶׁל"א אֵלָא בְּמִמּוֹן הַקְּצוּב בְּתוֹרָה פְּגוּן לְמַד שְׁל עֶבֶד וּנ' שֶׁל אוֹנֵס וּמִפְתָּה וּק' שֶׁל מִשְׁר"ר וְזֶה אַחַד מֵהֶן בְּעַל וּגְזֵל הַמְטַמָּא וּמְדַמַּע וְהַמְנַסֵּף כו' וְכוּלָן דִּינֵין שְׁדַנִּי חֲכָמִים מְשׁוּם קִנְס וּפְשִׁיעָה וְנוֹהֲגִין בְּכ"מ וּבכ"ז עכ"ל הָרִי מְבִנְיָא דְאָרְף מַה שְּׁנִזְכָּרוּ בְּמִשְׁנֵה וּבְרִייתָא בְּזִמְן הַסְּמוּכִין מ"מ דְּנִין בְּכ"מ וּבכ"ז פִּינּוּ שְׁאִינָם קִנְס מַה"ת וְדָלָא פְּנִתִיבוֹת.

וּע"כ הָא דְרִי"ף פ' הַשּׁוֹלַח הֵבִיא דְבָרֵי הַגָּאוֹן מְדִיִּיק וְכ' לָא מַגְבִּינּוּ הָאִי קִנְסָא הוּא דְנוֹקָא בְּזוּה אַף שְׁהוּא קִנְס דְרַבָּנּוּ וְלָא לְמִידּוֹן מְזַה לְקִנְסָא דְרַבָּנּוּ בְּמ"א וְיִהְיֵה טְעַם מַה שְׁהוּא אוֹ מִטְעַם דְּלָא שְׁכִיחַ כְּמ"ש בְּתוֹמִים אוֹ מִטְעַמִּים אַחֲרִים וְכֵן מְנוֹכַח לְחַלֵּק בְּקִנְסוֹת דְרַבָּנּוּ אַחֲרִים מְזַה בְּדְבָרֵי הָרַמְב"ם כְּמוֹ שְׁהוֹכִיחַ הַתּוֹמִים.

אִיךְ יֵשׁ לְדוֹן דְּהָא אַף אִם דְּנִין גִּזְלוֹת וּל"ה לָא שְׁכִיחַ מ"מ זֶה שְׁיִגְזוֹל מֵאַחַד מִחֲמִשָּׁה וְשֶׁלָּא יִהְיֶה יוֹדַע אֲחַפְּזֵי לְמִי גִזְלָא וְחֲמִשָּׁה יִטְעֵנוּ בְּרִי כ"א שְׁמַמְנוּ גִזְלָא זֶה וְדָאִי לָא שְׁכִיחַ. וְאִפְשָׁר שְׁזַה פְּנוּנַת הָרֵאָב"ד וְהַנ"י פ' הַמִּפְקִיד הַמּוּבָא בְּש"ף (ס' ש"ס"ה סק"א) שְׁפַתְבוּ דְכִינוּ דַּר"ע לָא מְחִיב אֵלָא מְשׁוּם קִנְס א"כ הָאִידְנָא דְלָא דִּינֵי דִינֵי קִנְסוֹת קִי"ל כַּר"ט וְהַש"ף הַקְּשָׁה דְהָא וְדָאִי קִנְס כְּזֶה שְׁיָיָה גַּם הָאִידְנָא וּמִפְרָשׁ פְּנוּנַתָּם בְּדוּחַק גְּדוֹל וּבְאִמַּת זֶהוּ הַשְּׁגוֹת הָרַמְב"ן בְּס' הַזְכוּת עַל הָרֵאָב"ד דְקִנְסָא דְרַבָּנּוּ דִּינֵין הָאִידְנָא אוֹלָם י"ל דְּכַוְנַתְּם דְּמִלְתָּא דַּל"ש כְּזֶה לָא עֶבְדִּינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהּ פְּלָל וְאִין דְּנִין אוֹלָם דַּעַת רַמְב"ן וְכֵן מוֹכַח דַּעַת הָרִי"ף וּש"ע דְּכָל קִנְסוֹת דְרַבָּנּוּ דִּינֵין בְּזוּה"ז מְלַבֵּד בְּעֶבֶד שְׁמַכְרוּ רַבּוּ לְעַפּוֹ"ם מֵאִיזָה טְעַם אַחַר: וְיֵשׁ לְדוֹן לְמ"ש הַתּוֹמִים דְּבַל"ש לָא מְסָרוּ בְּיַד הַדְּיוֹטוֹת לְדוֹן קִנְס אַף בְּמַה שְׁהוּא מְשׁוּם סִיג שְׁיָדוּנוּ בְּשְׁלִיחוֹתֵיהּ דְקַמְאֵי וּלְמ"ש דְּכָל מֵאִי דְדִנֵּין הַדְּיוֹטוֹת הוּא מְשׁוּם תְּקַנְתָּא דְרַבָּנּוּ מְשׁוּם ת"ה א"כ בְּקִנְס דְרַבָּנּוּ שְׁהוּא ג"כ רַק תְּקַנְתָּא דְרַבָּנּוּ נִימָא תְּקַנְתָּא לְתַקְנֵתָּא לָא עֶבְדִּינוּ וְכְמוֹ דְמְבִנְיָא בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"ם פְּאִדְנוּי (ס' נ"ד) בְּכַה"ג לְדוֹן דְּצִוְנוֹת שְׁכ"מ שְׁהוּא מְדַרְבָּנּוּ שְׁלָא תְּטָרוּף דַּעַתוֹ וְאִם נַעֲשֶׂה בְּעַרְפָּאוֹת שְׁל עַכּו"ם דַּל"מ הַשְּׁטָרוֹ רַק מְדַרְבָּנּוּ אֲמַרִּין דְּתַקְנֵתָּא לְתַקְנֵתָּא לָא עֶבְדִּינוּ וְהָא דְכ' הַטּוֹח"מ דְּמַהְגֵּי צִוְנוֹת שְׁכ"מ בְּעַרְפָּאוֹת הוּא מְשׁוּם דְאִפְשָׁר דַּס"ל דְּעַרְפָּאוֹת שְׁל עַכּו"ם שְׁטָרוֹתֵיהֶם מְהִי מַד"ת אַבְל לְהַסּוּבָרִים שְׁהוּא מְדַרְבָּנּוּ לָא עֶבְדִּינוּ תְּקַנְתָּא לְתַקְנֵתָּא וְאִף דְּמַצִּינוּ שְׁח"ז לְהַאֲלִימוּ כַּח שְׁל מַתְנוֹת שְׁכ"מ וְעֶשְׂאוּ כְּשֶׁל תּוֹרָה דָּאִם נוֹתֵן שַׁע"ח בְּמַתְנוֹת שְׁכ"מ א"י לְמַחוּל כְּדִי שְׁלָא תְּטָרוּף דַּעַתוֹ מ"מ לָא לְכָל מִקְלֵי עֶבְדֵי כְּשֶׁל תּוֹרָה עֵי"ש וְעֵינֵין תְּשׁוּבַת רַבָּנּוּ (ס' תַּשְׁח"י) דְּדָן בְּצִוְנוֹת שְׁכ"מ שְׁצִוְהָ שְׁיָתְנוּ לְפָלוּגֵי מְנָה וְהִיּוֹרֵשׁ טוֹעֵן נִתְמִי אִם חֵיב הִיּוֹרֵשׁ לְיִשְׁבַע שְׁבוּעַת הִסְתָּ שְׁנָתֵן דִּי"ל פִּינּוּ דְלָא קִנְהָ אֵלָא מִתְקַנְתָּא דְרַבָּנּוּ וְשְׁבוּעַת הִסְתָּ נְמִי תְּקַנְתָּא דְרַבָּנּוּ הִיא וְתַקְנֵתָּא לְתַקְנֵתָּא לָא עֶבְדִּינוּ וְהַעֲלָה דְהָא מְבִנְיָא פ' מִי שְׁמַת אִינָה שְׁל

תורה ונעשאוה פשל תורה וטעמא שלא תטרוף דעתו עליו אם לא תתקיים מתנתו ואם אפה אומר שהיורש פטור משבועה נמצא אין מתנתו מתקיימת ואיכא טירוף דעתא ומשפיעים ליה כשאר טענות דעלמא עי"ש וזה שלא כדברי מהר"מ פאדווי.

אולם טעמו פיון דמצינו בש"ס דעשאוה פשל תורה מטעם שלא תטרוף דעתו אבל בלא"ה דעתו ג"כ דבכה"ג תקנתא לתקנתא לא עבדינו וא"כ בחיובו דרבנן אמאי עבדינו שליחותיהו דקמאי פיון דל"ה רק מטעם תקנה ת"ה שנמסרו להדיוטות לדון בשליחותיהו דקמאי נימא דתקנתא לתקנתא לא עבדינו.

ועיין טו"ז שכ' דלכך הביא הטור פירושו של הודאו' והלואות דל"ת פאותן י"א שמביא רש"י ריש סנהדרין דמפרשי לענן שבועו' הקסת דבזה פיון דמד"ת פטור ואינו חייב לישבע רק מתקנתא דרבנן ודעת הטור ביו"ד (סי' רס"ז) דתקנתא דרבנן ל"צ למומחין ואינו ראיה משם דשם הוא קנס דרבנן שהוא לסייג אבל תקנתא מה שהוא בין אדם לחבירו כגון להשביע הקסת כשהוא כופר בכל י"ל דבעי מומחין דלא עדיף מן מוב"מ דחייבו התורה שבוע' ובעינן מה"ת סמוכין וא"כ גם בכופר הכל לחייבו הקסת לא יוכלו שאינם מומחין לחייבו רק בשליחותיהו דקמאי נימא תקנתא לתקנתא לא עבדינו: וראיתי בתשובת פנסת יחזקאל (סי' פ"ח) שיצא לדון עפ"י דברי מהר"מ פאדווי הנז' דדעת הרמב"ן ורשב"א דבצונאה מקבלין עדות על הקטנים כדי שלא תטרוף דעתו הוא דוקא בצונא' בקנין סודר דאז קונה מדאורייתא אז מקבלין עדות על הקטן מפח תקנות חכמים שלא תטרוף דעתו אבל בלא קנין שקיים הצונאה הוא רק מתקנה תרי תקנות לא עשו.

אולם המעיין ברשב"א ב"ק (נ"ד קי"ב) יראה דדעתו אף בצונאה בלא קנין מקבלין עדות על הקטנים לפי שמתנות שכ"מ אלמוה רבנן ונעשאוה פירושא כדי שלא תטרוף דעתו עליו טפי ממתנה ומכירה דא"י למחול עיי"ש ובפרט הא דעת הרשב"א ורמב"ן דמה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד בדיני ממנות הוא רק מדרבנן ומדאורייתא לא בעינן בפני בע"ד רק בדיני גפשות וקנסות כמבואר שם ברשב"א א"כ בצונא' שכ"מ לקבל עדות על קטנים אוקמי רבנן אד"ת ואינו נוגע כלל לתקנתא אף אם נודה לדברי מהרמ"פ: ברם בעיקר דינא דמהר"ם פאדווי מלבד מה דמוכח מכאן דלא כדבריו דהא בזה"ז דנין ע"פ צונאת שכ"מ אף דעיקרו הוא מתקנתא דרבנן מ"מ עבדינו שליחותיהו דקמאי אף שהוא ג"כ דרבנן וכן מצינו בכל חיובי דרבנן כמו פתובה וגרמות מה שכל עיקרי החיובים הוא רק מדרבנן ועבדינו שליחותיהו דקמאי ול"א בזה תקנתא לתקנתא לא עבדינו דעד כאן לא אמרו מס' ב"מ דלענין שבועת הקסת לא אמרינן שפנגדו נשבע ונוטל היינו דלא אלים כ"כ התקנתא דרבנן שחייבו שבועה דבחדשוד על השבועה יתיה עוד תוקף לזה שפנגדו יתיה נשבע ונוטל שהוא ג"כ רק מצד תקנה דאף אחר שישבע הלה ויטול אינו פירור הדבר שחייב לו רק חז"ל תקנו היכא דרמיא עליו שבועה דאורייתא דאמרה התורה לחייבו ותקנו שאם הוא חדשוד שפנגדו ישבע ויטול והתקנה ל"ה רק על שבועה דאורייתא אבל שבועה דחייבו רבנן אם יאמרו שפנגדו ישבע ויטול צריף לתקן תקנה חדשה ע"ז אמרינן תקנתא לתקנתא לא עבדינו.

אָבֵל תִּקְנָה שְׁתַּקְנֵנו חֲכָמִים כְּמוֹ צִוְּיָת שׁכ"מ שְׁדַבְּרִיו יְהִיָּה פְּכֻתוּבִים וּמְסוּרִים אוֹ שְׁאָר חַיִּיבִים שְׁחַיִּיבוּ חַז"ל וְדָאֵי פַח הַחַיִּיב יָפָה ע"ז שְׁחַל עַל מְמוֹן זֶה כָּל תִּקְנוֹת דְּרַבְּנָן שְׁתַּקְנֵנו שְׁיֹעִיל כְּמוֹ בְּזֵה דְתַקְנֵנו דְּעַבְדִּינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקַמְאֵי מִמִּילָא עַבְדִּינוּ ג"כ עַל חַיִּיבֵי דְרַבְּנָן וְכוּ בְּגִידוֹן דְּמַהְרֵ"ם פְּאָדוּוֹי אַף אִם שְׁטָרוֹת הָעוֹלָם בְּעַרְפָּאוֹת אֵינָם מוֹעִילִים רַק מִתְקַנְתָּא דְרַבְּנָן מ"מ דְּנִין ע"י בְּכָל קַנְיָנֵי וְחַיִּיבֵי דְרַבְּנָן אַף בְּדַבְּרֵי שְׁלֵא עֲשָׂאוּ כְּשָׁל תוֹרָה.

וְזֶה זְמַן רַב הָעֲרוֹתֵי מִפְּמָה מְקוּמוֹ דְּמַצִּינוּ כַּה"ג הֵיכָא דַּחְכוּ"ל עֲשׂוּ לְזֶה בַּפ"ע לְתַקְנָה וְזֶה בַּפ"ע וְנִזְדַּמְן יַחַד שְׁנֵיהֶם דְּמַהְנֵי וְאָחַד מֵהֶם אִם מְשַׁעְבֵּד דְּאִיקְנֵי דְלָרוּב הַפּוֹסְקִים שְׁיַעֲבוּ דְאִיקְנֵי הוּא רַק מְדַרְבְּנָן מִפְּנֵי נְעִילַת דָּלַת וְאִג"ק ג"כ לְכַמָּה פּוֹסְקִים כְּמַעַט רוּב הוּא רַק מְדַרְבְּנָן וּבַכ"ז יָכוֹל לְשַׁעְבֵּד מִטַּאגְמ"ק בְּדַאִיקְנֵי כְּמַבְּנֹאֵר מְש"ס ב"ב (דָּף מ"ד) וּבְפּוֹסְקִים וְכוּ בְּשְׁטָרוֹת הָעוֹלָם בְּעַרְפָּאוֹת נִקְנִין בְּכַתִּיבָה וּמְסִירָה כְּמַבְּנֹאֵר (ס' ס"ו) אַף לְהַסּוּבְרִים דַּנ"מ רַק מְדַרְבְּנָן וּמְכִירַת שְׁטָרוֹת הוּא רַק מְדַרְבְּנָן.

וְכוּ מְבֹנְאֵר מִתְּשׁוּבַת הָרָא"ש הַמוּבָא בַּש"ע (ס' רל"ה) דְּקָטָן שְׁהַגִּיעַ לְעוֹנוֹת הַפְּעוּטוֹת יָכוֹל לְמַפְּוֹר שְׁטָר דַּל"ה רַק מְטַלְטְלִין אַף דְּהָרָא"ש סוּבְרַת דְּמְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן וְכוּ הַרְשָׁפ"א בְּתַשׁבּוּבָה (ח"ב ס' רי"ט) שְׁחֹכְבָּד שָׁם אִם מְהַנֵּי מְכִירַת שְׁטָרוֹת מְקָטָן מְטַעֲמִים אַחֲרִים וְלֹא אֲתִי עֲלֵה מְטַעַם תִּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא לֹא עַבְדִּינוּ וְכוּ מְמְכִירַת כְּתוּבָה מְבֹנְאֵר בַּש"ס דְּמַהְנֵי אַף אִם כְּתוּבָה הוּא מְדַרְבְּנָן מ"מ מְהַנֵּי קַנְיָנֵי דְרַבְּנָן ע"י כוּמ"ס וּמַעֲמָד ג' דַּל"מ בְּכַתְּנֹב' אֲתוּ עֲלֵה הָרֵאשׁוֹנִים מְטַעַם אַחַר הוּאִיל דְּאִין הַחַיִּיב בְּבִירוֹר גְּמוּר רַק אִם יָמוּת אוֹ יִגְרָשׁוּנָה וְגַם הַמְחַיֵּיב א"ע לְחַבְּרִי דַּל"מ רַק מְדַרְבְּנָן כְּמַבְּנֹאֵר מְדַבְּרֵי רַש"י וְתוֹס' כְּתוּבוֹת ר"פ הַנּוֹשָׂא וּבַכ"ז מְהַנֵּי לְזֶה קַנְיָנֵי דְרַבְּנָן וְכוּ"כ רְאִיּוֹת לְזֶה דַּל"א בַּכַּה"ג תִּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא לֹא עַבְדִּינוּ: גַּם לְעַנְיָן לְהַשְׁבִּיעַ הִיסַת עַל קַנְיָן דְרַבְּנָן שְׁנִירָאָה מְדַבְּרֵי רַדְב"ז הַנְּ"ל דְּרַק בְּמַתְּנוֹת שׁכ"מ דְּהִנֵּה מְטַעַם שְׁלֵא תִטְרוּף דְּעַתּוֹ עֲשָׂאוּהָ כְּשָׁל תוֹרָה וּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵי דְבַשְׁאָר דְרַבְּנָן לֹא מְשַׁבְּיעִין הִיסַת דְּבָרֵינוּ צ"ע דְּהָא מְבֹנְאֵר ש"ע (ס' ס"ו ס"א) דָּאִם טוֹעֵן שְׁלֵא מְכַר דְּחַיִּיב הִיסַת הָרֵי אַף דְּמְכִירַת שְׁטָרוֹת שְׁהוּא מְדַרְבְּנָן חַיִּיב לִישְׁבַע הִיסַת וּבַסַּמ"ע שָׁם כ' מַב"י דַּא"צ שְׁבוּעָה מְטַעַם דַּהַמְמַע"ה כְּכַר כְּתַב בְּפָרִישָׁה מְשׁוּם דִּישׁ רִיעוּתָא מְדַאִין לוֹ שְׁטָר מְכַר עֵי"ש.

וְעֵינֵן קְצוּה"ח (ס' פ"ז ס"ק ל"ב) שְׁהִבִּיא דְבָרֵי הַגְּהוֹת מִיְיִמוּנֵי דְכ' לְהַדְיָא אַע"ג דְּלֹא מְחַיֵּיבָא אֲלֵא מִפְּחַ תִּקְנָה נִרְאָה דַּל"פ בְּשְׁבוּעַת הִיסַת וְהִינֵנו דַּל"א בְּזֵה תִקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא לֹא עַבְדִּינוּ וְעֵינֵן (ס' צ"ו ס"ג) דִּי"א דְאִין נִשְׁבְּעִין הִיסַת לְקָטָן עַל שְׁטָרוֹת וְעֵי"ש בַּש"ף וּבַסַּמ"ע מְשָׁם תְּשׁוּבַת רַשְׁב"א דְאֲתוּ עֲלֵה מְטַעַם תִּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא לֹא עַבְדִּינוּ וְצָרִיף לְחַלֵּק מְשָׁם כְּמוּבָן.

לְכוּ נִרְאָה בְּרוּר דָּאִף בְּעַנְיָנֵי דְרַבְּנָן עַבְדִּינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקַמְאֵי אַף אִם נֶאֱמַר דְּכָל מַה דְּעַבְדִּינוּ שְׁלִיחוֹתֵיהוּ הוּא רַק מְתַקְנָה: ס' ח הֵיכָא דְהוּדָה בְּקִצָּת בְּפִנֵי ב"ד בּוּזָה"ז כְּתַבוּ כָּל הַפּוֹסְקֵי דַּל"מ הוּדָאָה לְפָנוּטְרוּ פִּינוּ דְּלִיכָא ב"ד וְאִם מְהַנֵּי לְחַיִּיבוּ שְׁיֹעִיל אַח"כ תְּפִיסָה דַּעַת הַסַּמ"ע דְּמַהְנֵי הוּדָאָתוֹ לְחַיִּיב וְלֹא לְפָנוּטְרוּ וְהַש"ף יו"ד (ס' רס"ז) הַעֲלָה דַּל"מ לְחַיִּיב וְעֵינֵן מ"ש אַמ"ו ו' לְבַחֲדוּשָׁיו שְׁבַסוּף סָפֵר דְבָרֵי מְשַׁפֵּט (ס' א') רַאִי מְש"ס ב"ק (דָּף ק"ח) תְּבַעוּ שׁוּמְרֵי הוּדָה תְּבַעוּ בְּעֵלִים וְכַפֵּר וְהִבִּיא עֲדִים הָרֵי דְצָרִיף עֲדִים וְעֵינֵן מ"ש בְּהַגְּהוֹתֵי בְּדַבְּרֵי חַיִּים (ס' א') לִישְׁבַע רַאִי הַזֹּאת וְכוּ רְאִיּוֹת הַב"י וְהַש"ף

מעובדא דר"ג ור"י ב"ק (דע"ה) וְשֵׁם פְּתַבְתִּי דַּיֵּשׁ לְהִבְיָא רַאֲיִ מַש"ס ב"ק (דף מ"א) דְּפָרִיף הַש"ס ע"פ בְּעָלִים מוֹדָה בְּקִנְס הוּא הָא יְכוּל לְהִיּוֹת דְּהוּדָה בְּפָנֵי עֲדִים אוּ בַב"ד שְׁלָא בְּפָנֵי הַבְּעָלִים דְּמַהֲנֵי הוּדָאָה לְחַיִּיב וְלֹא לְפָטוֹר א"ו דל"מ.

אוּלָם בַּש"ס הַנ"ל בַּלֹּא"ה קִשְׁיָה הָא מִשְׁפַּחַת אָם תַּפְס שְׁלָא בְּעֲדִים דְּנִאָמְנָן מִטַעַם מְיָגוּ דְלֹא תַפְסְתִּי וְכֵן הַקְשָׁה בַפְנ"י. וּבַקָּה"ס (פְּלָל ב' אוֹת י') מְתַרְץ דְּאֵי בְּגוֹנוֹנָא דְּאִית לִיה מְיָגוּ מֵאֵי עַפ"י בְּעָלִים דְּקִאָמַר דְּהָא אָף קִשְׁיָהוּא כּוֹפֵר בְּהוּן חֲזִיב בְּהוּ מַפְח מְגוּ דְּאִיְדָה וְאָף דַּר' אֱלִיעֶזֶר הִיָּה יְכוּל לִזְמַר אֵין דִּינֵי אֱלֹא כְּשִׁתְּפַס מ"מ עֲדִיף מִיְנֵי נִקְט כְּשִׁתְּמִית עַפ"י בְּעָלִים וְע"ז פְּרִיף הָא מוֹדָה בְּקִנְס הוּא וּמ"מ יְקִשְׁיָה הָא י"ל ע"פ בְּעָלִים הִיָּנוּ שְׁהוּדוּ הַבְּעָלִים בְּפָנֵי עֲדִים אוּ שְׁלָא בְּפָנֵי בַע"ד א"ו דל"מ הוּדָאָה לְחַיִּיב.

אָף י"ל דְּהָא בַּלֹּא"ה הַקְשָׁה שָׁם הַקָּה"ס לְדַעַת רֵאָב"ד דְּסוֹבֵר דְּשִׁנְיָא קִנְסָא דְּפִלְגָא נִזְקָא מִשְׁאָר קִנְסָא דְּקִרְנָא אִית לִיה גְּבִי וְכָל שְׁתַּפְס הַנִּזְקָא אֵין הוּדָאָתוּ שְׁל מְזִיק פּוֹטְרְתוּ וְגַם דְּאִמְרִינָן לִיה זִיל שְׁלִיָם א"כ מֵאֵי פְּרִיף עַפ"י בְּעָלִים מוֹדָה בְּקִנְס הוּא הָא מִשְׁפַּחַת בְּשִׁתְּפַס אִיְדָה דְּתוּ לֹא פְּטְרְתוּ הוּדָאָתוּ לְהַכִּי כ' רַחֲמָנִי בַעַל הַשּׁוֹר נָקִי נָקִי מְחַצִּי כּוֹפֵר וְאָף בְּלֹא תַפְס נ"מ דְּלֹא אִמְרִינָן לִי זִיל שְׁלִיָם.

אוּלָם ל"ק דְּכִבְר מְבִנְיָא בַש"מ שָׁם מִשָּׁם הַרֵאָב"ד דְּהִי לֹו גִיְרָסָא אַחֲרֵת בַּש"ס אֵין דִּינֵי אֱלֹא בְּשִׁתְּמִית עַפ"י הַבְּעָלִים אוּ עַל פִּי ע"א וְקִסְבֵּר כּוֹפֵרָא כּוֹפֵרָא וְלֹא גִרְס פְּלָל עַפ"י בְּעָלִים מוֹדָה בְּקִנְס רַק דְּהַש"ס קִאָמַר זֹאת דַּע"כ לֹאוּ מְמוֹן הוּא דַּל"כ עַפ"י ע"א ל"צ לְמִיעוּטֵי עֵי"ש וַא"כ לֹא קִשְׁיָה פְּלָל דַּנ"מ לְעַנְיָן זִיל שְׁלִיָם אוּ בַתְּפִיָס' אוּ בְּהוּדָה שְׁלָא בְּפָנֵי ב"ד דְּוִדָּאֵי יֵשׁ נ"מ טוֹבָא רַק ר"א נִקְט הַפְּשׁוּט אוּלָם מְלִשׁוֹן הַרֵאָב"ד שָׁם בַּש"מ דַּכ' דְּאֵי חֲצִי כּוֹפֵר קִנְסָא עַפ"י הַבְּעָלִים ל"צ קִרָא לְמִיעוּטֵי קִשְׁיָה קִצַּת הָא נ"מ לְעַנְיָן זִיל שְׁלִיָם אוּ כְּשִׁתְּפַס וְצָרִיף לִזְמַר דְּרַק בְּהִיָּזַק מְמוֹן שְׁהוּא תַשְׁלוּמִין שְׁל הַהִיָּזַק בְּזָה כ' הַרֵאָב"ד דְּקִרְנָא אִית לִיה גְּבִיָּה וְאִמְרִינָן לִיה זִיל שְׁלִיָם אָף בְּהוּדָה מִשָּׁא"כ בְּחֲצִי כּוֹפֵר אָף דְּהַש"ס מְדַמָּה לְשׁוֹר תָּם שְׁהִיָּזַק מ"מ הַכּוֹפֵר אֵינוּ תַשְׁלוּמִין שְׁל הַהִיָּזַק אָף אִם כּוֹפֵרָא מְמוֹנָא מ"מ ל"ש לִזְמַר שְׁמִמּוֹן יְהִיָּה תַשְׁלוּמֵי דְּמֵי הַהִיָּזַק כִּי כָּל אֲשֶׁר לֹאִישׁ יִתֵּן בְּעַדְנִפְשׁוֹ וּבְזָה אִם קִנְסָא הוּא י"ל דְּמוֹדָה הַרֵאָב"ד דְּפָטוֹר מְכַל וְכָל וּלְכָה כ' דְּאֵי חֲצִי כּוֹפֵר קִנְסָא עַפ"י בְּעָלִים ל"ל קִרָא לְמִיעוּטֵי.

וּמ"מ פִּינּוּן דְּגִיְרָסְתוּ בַּש"ס בְּסִתְּמָא קִסְבֵּר כּוֹפֵרָא כּוֹפֵרָא אֵינוּ רֵאָה לְעַנְיָן הוּדָאָה שְׁלָא בְּפָנֵי ב"ד אוּ שְׁלָא בְּפָנֵי הַתּוֹבַע דְּאֵינוּ מוֹעִיל לְחַיִּיב: וְעֵינֵי ש"ף (ס' שפ"ח) מִשָּׁם מְהַרְשֵׁ"ל דְּאָף בְּקִנְס דְּרַבְּנָן מוֹדָה בְּקִנְס פָּטוֹר וְהוּא ז"ל הַשִּׁיג עָלָיו אוּלָם בַּקְצוּה"ח שָׁם מְבִיא שְׁכָן דַּעַת ר' הוֹנְתָן בַּש"מ ב"ק (דף צ"א) אָף הַקְשָׁה ע"ז מַש"ס ב"ק (דף צ"א) דְּקִאָמַר בְּשׁוֹרָף שְׁטְרוֹתָיו שְׁל חֲבִירוֹ תְּהֵא בְּמִאָמִינוּ וְלְהַסוֹבְרִים דְּדַג"ר קִנְסָא הוּא מוֹכַח דְּחֲזִיב וּמְצָאֵתִי בַס' הַרֵאָב"ן (ס' צ"ב) שֶׁכ' לְהִדְיָא דְּמוֹב"ק דְּרַבְּנָן ג"כ פָּטוֹר וְקִשְׁיָה מְהַש"ס הַנ"ל וְאִם נִאָמַר דְּהוּדָאָתוּ בְּפָנֵי עֲדִים אוּ בְּפָנֵי ב"ד שְׁלָא בְּפָנֵי הַבַּע"ד מְהִנֵּי לְחַיִּיב וְלֹא מְהִנֵּי לְפָטוֹר י"ל דַּמ"מ שְׁפִיר קִאָמַר רַבָּה דְּפָטוֹר וּנ"מ בְּמִאָמִינוּ הִיָּנוּ שְׁהוּדָה בְּאִנְפּוֹן הַנּוֹ דְּמַהֲנֵי הַהוּדָאָה לְחַיִּיב וְלֹא לְפָטוֹר קַמ"ל דְּפָטוֹר.

וּלְשִׁיט' הַרֵאָב"ד הַנּוֹ דְּבְקִנְס דַּפ"נ דְּקִרְנָא אִית לִיה גְּבִיָּה אִמְרִינָן לִיה זִיל שְׁלִיָם וְגַם דְּמַהֲנֵי תַפְסִיָּה י"ל כְּמוֹ כֵן בְּקִנְסָא דְּדִינָא דְּגִרְמֵי ג"כ דַּנ"מ דְּאִמְרִינָן לִיה זִיל שְׁלִיָם. אָף

י"ל אף אם לא דנין דינא דגְרָמֵי מ"מ חייב לציד"ש כמבואר ר"פ הפונס וכוונאי אמרינן ליה ג"כ זיל שלים ולכמה פוסקים מהני תפיסה.

גם אם פטור מטעם מודה בקנס משמע מדברי ראב"ד דדוקא בפ"נ אמרינן ליה זיל שלים ולא בקנסות אחרים. ובלא"ה צ"ל שם בגמרא דדוחק הנה לאוקמי דינא דרבה דפטור וכל הנ"מ יהיה לענגן תפיסה דאם לא פן מאי פריה אי דליכא סהדי אנו מנא ידעינן הא מ"מ נ"מ טובא אף דלא ידעינן מאי הוי בשטרא אם תפס שלא בעדים דנאמן במיגו דלא תפסתי לומר מאי הוי בשטרא ואם חייב לשלם מצד מזיק נאמן במיגו ואשמועינן רבה דפטור א"ו דהש"ס עדיף מיניה נקט במאמינו וגם י"ל דבזה שמאמינו ל"ה מודה בקנס דאיירי דהעדים ראו ששרף שטר ולא ידעו כמה כתב בו ובכה"ג ל"ה רק מודה בתשלומי קנס ועיין תומים (סי' פ"ח ס"ק י"א) ובקצוה"ח (סי' ת') ובמ"ש אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ט"ו): והנה הא דמהני תפיסה בקנס שלא בעדים כמ"ש הרמב"ן כ' הקצוה"ח דהיינו דוקא בפני ב"ד מן מחין אבל בזה"ז דליכא מן מחין הרי הוא פאלו פא במשפון לפני עדים ואמר לפנייהם שחייב לו קנס דל"ה מיגו אפילו בממון דל"מ מיגו אלא בפני ב"ד כמו שכ' בש"ע (סי' ע"ב וסי' קל"ג) עיי"ש ובנתיבות מ"ש ע"ז ואני לא אבין פלל דברי קצוה"ח אף למ"ש (סי' קל"ג) פדעת המבי"ט דבראך עדים חוץ לב"ד ל"מ מגו ולא תליא הדבר דוקא בשבוע' וכן כתב בעצמו במשובב נתיבות דדינו הוא רק לשיטתו דלא תליא בשבועה דאי משום שבועה מודה דמהני המיגו דהב"ד יכולין להשביעו וגם אף אם נאמר דל"ה ב"ד בזה לענגן קנס מ"מ הכי בעינן דוקא שיהיה השבועה בפני ב"ד וגם הנה מהני עכ"פ המגו במה דל"צ שבועה ולדעת הר"ן מובא בש"ך (סי' ע"ב) היכא דאינו בא לגבות ל"צ שבועה וא"כ עכ"פ אין מוציאין מידו אלא דכל דבריו הם לשיטתו דחוץ לב"ד ל"מ מגו וע"כ הטעם אף דטוען אז פל טענותיו מ"מ פיון דהם אינם יכולין לדון ביניהם המיגו לא עדיף מעדות ול"מ חוץ לב"ד או דכל סברת המיגו הוא דמה לו לשקר הנה לו לומר שקר ביותר שיהיה קיום לדבריו וזה לא שייך אלא בפני ב"ד דאז מגלי טענותיו וצריך שיתחכם פיון דידוע דהדין תלוי בטענותיו משא"כ חוץ לב"ד לא עלה על דעתו להתחכם כ"כ וטעמים אלו לא שייך בכאן דהא זה תובע ממנו בב"ד שבידו חפץ מה שתפס ממנו וצריך שישטעון טענותיו ודאי שייך לדון דהמיגו הוי פעדות אף דלענגן לדון דין קנס לאו ב"ד הם מ"מ פיון דשם ב"ד עליהם לדון אם חייב להחזיר החפץ או לא ודאי מתחכם לטעון בכל האפשרית וכיון דיש לו מיגו דלא תפסתי הוי כמו עדות וא"ח להחזיר ואף אם בא בעצמו לפני הב"ד עם המזיק בעל החפץ וטוען שבידו מה שתפס בעד הקנס ורוצה להתדיין בפניהם א"ח להחזיר דג"כ תורת ב"ד עליהן עכ"פ אם לחייבו להחזיר ומהני המיגו כמו עדים: ועיין תומים (סי' מ"ז ס"ק ב') בהא דמבואר שם במלוה שאמר שטר שבידו פרוע או אמנה דא"נ במקום שחב לאחרים אם הוחזק השטר בב"ד ועי"ש בש"ך וכו' התנאים דאף אם ראוהו עדים בידו קודם שפא לב"ד ואמר אז שהוא אמנה ג"כ נאמן וא"ד להא (דסי' קל"ג) שם כ' הרא"ש הטעם דא"נ אלא בשבועה לכך צריך שיהיה המיגו דוקא בפני ב"ד דפוסקין השבועה ובשטר דא"צ שבועה פלל אף באומר לעדים מהני ובקצוה"ח שם כ' בפשיט' דבפני עדים ל"מ המיגו חוץ לב"ד והוא לשיטתו דלא תליא בשבועה.



ולכאורה יש להוכיח פדעת התנאים מהא דמבואר (סי' ס"ו סט"ו) בקונה שט"ח ומת אח"כ המוכר נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר פלים ואמאי צריף לישבע הא אף אם אמר הא א"נ לומר שהשטר פרוע רק במיגו דמחול ואם אמר לו חוץ לב"ד נימא פינו דלית ליה מיגו אז א"נ ושם משמע אף דלא תישינו שאמר בפני ב"ד רק לו לבדו ג"כ צריף הלוקח לישבע ע"ז הרי דאם אמר לו חוץ לב"ד נאמן במיגו דאי בעי מחל ליה להמלנה אף שהוא חוץ לב"ד ובפרט היכא דליפא בירור ולא צריף שבועה ועיין ש"ף (סי' ע"ב ס"ק צ"א) דדוקא אם טוען בשעת שמראה לעדים לקוח ואח"כ ממנושפן וכן אם טוען מיד ממנושפן אבל אם אמר לקוח ועומד בטענתו פינו דל"צ שבועה מהני אז המיגו ובתנאים שם (ס"ק ל"ה) כ' דגם בטענות לקוח א"נ דאם הטעם רק מחמת השבועה הנה מוכח שבועה הגאוני בטוען פדי דמיו מסוגיא דב"ב (דף מ"ו) גבי רמאי דפומבדיתא ואי תפיש משני ליה ראה א"ו דשבועה דנקט הרא"ש לאו דוקא רק כל שמודה חוץ לב"ד נאמן לחובתו וא"נ בטענתו לזכותו שהוא לקוח עיי"ש ולכאורה סותר לדברי עצמו שפסי' מ"ז ויש לחלק כמובן.

וראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' קל"ה) שמכריע בזה דבדבר אשר אין העדים יודעים מעצמם רק מפח דבורו שהוא של פלוני אבל ראית העדים אינו מזיק בזה אמרינו הפה שאסר כו' פינו דטוען מיד לקוח לא מקרי הודאה כלל אבל היכא שיודעים מעצמם אחרי שראו והמגו הוא רק של"ה מראה להעדים בזה שפיר אמרינו דלא משגחינו כלל בטענותיו של חוץ לב"ד ע"ש.

ולפי"ז י"ל בה"ד (דסי' מ"ז) הדין עם הקצוה"ח דאחרי שראו בידו השטר א"צ כלל לדבריו והוי פראו פתאום ולא משגחינו אז על דבריו שאמר שהוא פרוע או אמנה פינו שהוא חוץ לב"ד וא"ד להא דסי' (ס"ו) כמובן ואכ"מ להאריף בענין זה רק גם עפ"י הכרעתו של רע"א ז"ל אם תפס בקנס שלא בעדים ופא לפני ב"ד פינו דלא ידענו שהוא של פלוני רק ע"י הודאתו אף דנודה לדברי קצוה"ח דהוי כמו חוץ לב"ד מ"מ אמרינו הפה שאסר פינו שגם ע"י הראיה באנו לחייבו רק ע"י הודאתו ועיין בתנאים (סי' קמ"ו ס"ק י"ד) אם אמר המוכר בפני עדים בשעה שפכר שהוא של המערער ולקחו ממנו דיכול להוציא מיד הלוקח דמיגו ל"מ חוץ לב"ד ונתבטל המיגו של המוכר ויכול להוציא מיד הלוקח.

ולמ"ש רע"א ז"ל פינו דהעדים צריכין להודאתו ולדבריו שאמר מהני המיגו ועיי"ש בנתיבות (ס"ק י"ז) דכ' דוקא במיגו דל"ה מראהו ל"מ המיגו חוץ לב"ד משא"כ היכא דהוא הפה שאסר הוא הפה שהתיר מהני אף חוץ לב"ד ואכ"מ ויבואר א"ה בדיני הלואה: סי' ט קי"ל עביד אינש דינא לנפשיה בדין ברור אף במקום דליפא פסידא ובכל זאת לא הביאו הרמב"ם והטור וש"ע דברי בן בג בג המובא בש"ס ב"ק (דף כ"ח) אל תפנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שפא תראה עליו כגנב אלא שבנר את שיניו נאמר לו שלי אני נוטל ואף דבש"ס שם מתרץ פשהקשה ר"כ מברייטא הזאת על רב יהודה דס"ל דלא עביד אינש דינא לנפשיה היכא דליפא פסידא בן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה זה אליבא דר"י אבל לדין דקיי"ל כר"נ דאף במקום דליפא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה קיי"ל כפרייטא הזאת דשבור את שיניו ממילא לא

פליגי רבנן עליה א"כ ליכא חולק ג"כ על דינו שלא יגנוב את שלו דרף גניבה וע"ש ברש"א דמפרש יחידא' פלומר אני אומר פן וא"א לומר דבהקדא רבנן פליגי דא"כ היכא פריש רבינא שבר את שיניו בדין עי"ש ובספר ראב"ן ב"ק שם ראיתי וז"ל כי פליגי היכא דליכא פסידא והלכתא כר"נ דהא פליגי רבנן עליה דבן בג בג ואיהו דאמר פרבנן ואינו מוכן דהא עיקר הקושיא הנה לר"י ואיהו אמר דרבנן פליגי ואמר פרבנן ואולי פוננתו דלר"נ ל"צ לומר דפליגי רבנן וממילא כל דברי בן בג בג הלכתא נינהו וכן הביא הסמ"ק (סי' רס"א) משם רבינו יונה שלא יגנוב את שלו מאחרי הגנב שלא יראה פגנב ויקשה למה לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע דין זה: וראיתי בפנים יפות עה"ת מבעל ההפלאה ז"ל פ' קדושים דכ' דלא קי"ל פבן בג בג ממה דמבואר ברמ"א (סי' ע"ה) במצא תיבה פרוצה דיכול להשביע למי שיהיה שם היסת ואמאי נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד על השבועה וספק מלנה ישינה לא שינה פנין דעכ"פ לקח דרף גניבה ועבר ע"ז ודבריו תמוהין הא במקום דאית ליה פסידא לכ"ע עביד אינש דינא לנפשיה ויכול לקח אף דרף גניבה פמבואר תוס' ב"ק שם ד"ה אלא דמזה הזכית רב פהנא דבמקום דלית ליה פסידא איגרי מדאסר ליכנס שלא ברשות הרי דבמקום פסידא מותר אף דרף גניבה וא"כ ל"ש לומר שיהיה חשוד על השבועה בשביל זה דדילמא אית ליה מלנה ישנה ואין לו לקבר ונהי במקום דאיכא פסידא ובל"ס על הדין דתיבה פרוצה אין חולק וגם הסמ"ק מודה בזה כמו שפתי טעם הדבר.

ובת"ח כ' שם דאין זה רק זהירות בעלמא ועצה טובה קמ"ל וכן נראה קצת ראיה לזה מש"ס ר"פ א"נ דקאמר רבא לא תגנובו דכתבתמנא למה לי גילף מרבית ואונאה ומדחיק הש"ס א"ע לאוקמי בגונב ע"מ למיקט ולמה לא בפשיטת דמשם לא ידעתי איסור גניב' רק את של חבירו אבל לקח את שלו דרף גניבה לא לקח צוניה התורה לא תגנובו אף אם גונב את שלו מחבירו א"ו דע"ז ליכא איסור תורה וי"ל דלקח לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע: והנה במקום דרואה שלו בינד חבירו מבואר בש"ע דאם אינו יכול להציל בענין אחר יכול אף להכותו ולכאורה אם הוא גברא דציית דינא קשה להבין למה יהיה לבע"ד פח יותר מב"ד הא אף אם הב"ד מחייבו אם אינו ציית דינא לא נחתינן מינד לנכסיו רק משמתינן ליה ואם זה האיש לא נחשד עדיין ע"ז ואומר שרוצה לילף עמו לדין למה יהיה לו פח להכותו להציל את שלו מינד בשביל שלא יצטרף להטריח א"ע בדינא ודיינא.

ועוד הקשו האחרונים ממה דכ' בש"ע (סי' תכ"א) רק בלשון י"א בנכנס חבירו לרשותו שלא ברשות אם מסרב בו וא"ר לצאת דיש לו רשות אף להבול בו פדי להוציאו וכאן (סי' ד') סתם הדברים לכ"ע.

וצריך לומר דהא יש להבין בפסוגיא דמקשי מנרצע שפלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת וחבל בו דפטור ומתיר דא"ר לצאת משפחתו ופירש רש"י דד"ש הוא ורשאי להלקותו דהאי דינא לאו לנפשיה הוא.

ואמאי אם גוזל ממנו או שפבר גזל ממנו לא נאמר ג"כ דהוי להפרישו מאיסור ונהי דין שמים. וע"כ צ"ל פנין דממונא הוא סובר ר"י דאסור לעשות דין לנפשיה פנין דלית ליה פסידא עכ"פ ויכול אח"פ להוציא את שלו ור"נ סובר דכיון דעכ"פ עבירה עושה זה

שְׂרוּצָה לְגִזּוֹל מִמֶּנּוּ אִם יוֹצִיא אֶחָפ"ב ב"ד מִמֶּנּוּ מ"מ עֶבֶר עַל לֹא תִגְזוֹל וְאִם אִם מִקְיָיִם בְּרִצּוֹנוֹ אֶחָפ"ב הַעֲשֵׂה מ"מ עֲבִירָה עֶבֶר כְּמִבְּרִית רְשָׁב"א (ס"ח"י) דְּמַה"ט אִין מְבָרְכִין עַל הַשְּׁבִית הַגִּזּוּלָה דְּהוּי מִצְנָה הַבָּא בְּעִבְרָה וְכָל עֲנִינֵי עוֹל שְׁעוֹשָׂה לְחִבְרֵי בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת אוֹ גִּזּוּלָה אוֹ הִזְזָה הוּי ג"כ דִּין שְׁמִים לְהַצִּילוֹ מִעֲבִירָה בְּזָה יֵשׁ לוֹ רְשׁוֹת אִם לְהַפְרִישׁוֹ מֵאִסּוּרָא בְּטָרָם שְׂיַעֲבֹר וּבְזָה יֵשׁ רְשׁוֹת לְכָל אָדָם וְא"צ ב"ד וְהוּי כְּשִׁלִּיחַ ב"ד.

וְעֵינֵין קִצּוּה"ח (ס"ג' ג') דְּאִם לְכַפּוֹת לְגִבּוֹת מְמוֹנוֹ אִי שְׁעִבּוּדָא לָאוּ דְּאוֹרִינְיָתָא בְּעֵי ב"ד וְהִבִּיא רְאִיָה מִתּוֹס' דְּצָרִיךְ קָרָא דְּבִמְלִי דְּכַפֵּיהַ בְּעֵינֵין מְנוֹחִין וּבִנְתִיבוֹת שָׁם כ' דְּלִיתָא דְּדָמִי לְעֵשֶׂה סְנֶפֶה וְאִינוּ עוֹשֶׂה דְּכּוֹפִין אוֹתוֹ לְקִיָּים הַמִּצְוָה דְּכָל אָדָם מִצְוָה לְהַפְרִישׁוֹ מִן הָאִסּוּר אִם מִי שְׂאִינוּ בְּכָלל ב"ד כְּמוֹ גִּבֵּי נִרְצָע שְׁפָלוּ יָמָיו דִּיכּוֹל רַבּוֹ לְהַפְרִישׁוֹ מֵאִסּוּר שְׁפָחָה וּבְמִשׁוּבָב הַשִּׁיב הַקִּצּוּה"ח דָּא"כ הַדְּיוּט דְּעֵלְמָא יְהִיָה יְכוֹל לְכַוֵּן אֲגִיטָא בְּמִקּוּם שְׁכּוֹפִין לְהוֹצִיא וְזָה הוּי פָּסוּל דְּאוֹרִינְיָתָא מִלְּפָנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי הַדְּיוּטוֹת רַק מִשׁוּם שְׁלִיחוּתָהּ דְּקִמְאֵי כְּמִבְּרִית גִּיטִין (דָּף פ"ח) וּבְנִרְצָע הוּא לְהַפְרִישׁוֹ מֵאִסּוּר אֲבָל לְכּוֹפּוֹ לְקִיָּים מִצְוָת עֲשֵׂה לְזָה בְּעֵינֵין דְּוָקָא ב"ד עֵי"ש עוֹד וְלְכֹאֲרָה בְּצִדְקָה הוּי ג"כ שְׁלֹא יַעֲבֹר עַל ל"ת לֹא תִקְפּוֹץ א"כ הוּי לְאִפְרוּשֵׁי מֵאִסּוּר אִם כְּפִנּוֹנְתוֹ דּוֹק' הִיכָא דְּעוֹבֵר עַל קוּם וְעֵשֶׂה אִזְ תְּשִׁיב לְאִפְרוּשֵׁי מֵאִסּוּרָא וְכ"א יְכוֹל לְכַוֵּן אוֹתוֹ אִם בְּהַפְּאָה מִשָּׂא"כ הִיכָא דְּעוֹבֵר בְּשִׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה בְּזָה סְבָרוֹ תּוֹס' דְּבְעֵינֵין ב"ד לְכֹן בְּעֵינֵין ב"ד אַעֲשִׂיוּ דְּגִיטָא.

אוּלָם בְּאֲמַת מְדַבְרֵי תּוֹס' אִינוּ רְאִיָה דְּלַעֲנִין גִּט הוּי כְּתִלוּי וְיְהִיב דְּל"מ בְּאִנּוּס רַק מִטְעָם מִצְוָה לְשִׁמּוּעַ דְּבָרֵי חֲכָמִים מְהִי הַרְצוֹן ע"י אִנּוּס וְזָה לֹא נִמְסָר רַק לְב"ד וְאִם כּוֹפִין ע"י גוֹיִם אוֹמְרִים לִי עֲשֵׂה מַה שְׂיִשְׁרָאֵל אוֹמְרִים לָךְ וְעכ"פ בְּעֵי ע"י ב"ד וּבְהַדְּיוּטוֹת מִצְד דְּשְׁלִיחוּתָהּ דְּקִמְאֵי עֲבָדִין אֲבָל אִין בְּיַד כָּל אֲחָד לְכַוֵּן אוֹתוֹ דְּאִין הַרְצוֹן שַׁע"י אִנּוּס שְׁל כָּל אָדָם חָשׁוּב רְצוֹן אֲבָל לְעוֹלָם בְּדָבָר שָׂא"צ שְׂיִהִיָה דְּוָקָא לְרִצּוֹן יְכוֹל כָּל אֲחָד לְכַוֵּן כְּגוֹן לוֹלֵב אִינוּ נוֹטֵל סְנֶפֶה וְאִינוּ עוֹשֵׂה וְכִמוֹ שְׁכָתֵב הַנְּתִיבוֹת דְּמַה לִי לְאִפְרוּשֵׁי מֵאִסּוּר אוֹ לְסַבֵּב שְׂיִקְיָיִם הַעֲשֵׂה וְעֵינֵין כַּפ"ת ר"ה (דָּף כ"ח) דְּאִי מִצְוָת צְרִיכוֹת כְּפִנּוֹנָה הָא דְּמַפִּין אוֹתוֹ עַד שְׁתַּצָּא נְפִשׁוֹ שְׂיִקְיָיִם הַמִּצְוָה הוּא ג"כ דְּאֶחָפ"ב עוֹשֶׂה בְּרִצּוֹן וִי"ל דְּג"כ בְּעֵינֵין ב"ד.

וּקְצַת נִרְאָה דְּאִינוּ רְאִיָה מְהִי דְּנִרְצָע דְּלִאִפְרוּשֵׁי מֵאִסּוּרָא יְהִיָה רְשׁוֹת לְכָל אָדָם לְהַפְרִישׁוֹ דְּשָׁם הַטְעָם הוּא מִשׁוּם דְּהוּא גָרָם לוֹ בְּמַה שְׁמוֹסָר לוֹ הַשְּׁפָחָה קוֹדָם לְכֹן וְעוֹשֶׂה זֶה הָאִסּוּר אֶחָפ"ב בְּבִיתוֹ וּבְרְשׁוֹתוֹ.

וְכֹן מִשְׁמַע מְדַבְרֵי תה"ד (ס"ח רח"י) וְרַמְ"א (ס"ח תכ"א) דְּרַק מִי שְׂהוּא ת"י שְׁל אָדָם כְּמוֹ הַנִּרְצָע וְאִשְׁתּוֹ שְׁל אָדָם וְרֹאָה בְּהֶם שְׁעוֹשֶׂה דְּבָר עֲבִירָה שְׂרִשָּׁאֵי לְהַפְרִישׁוֹ וּלְיִסְרוֹן כְּדִי לְהַפְרִישׁוֹ מִן הָעֲבִירָה וְאִם א"צ לְהַבִּיאַן לְב"ד עֵי"ש בְּרַמְ"א דְּדִינִיק מִי שְׂהִיא תַּחַת רְשׁוֹתוֹ מִשְׁמַע דְּאִחַר אִינוּ רְשָׁאֵי לְהַפְרִישׁוֹ אוּלָם בְּיָם שְׁל שְׁלֵמָה ב"ק (פ"ג ס"ח ט') כ' וְז"ל וְלֹא דְּוָקָא כֹּה"ג אֲלֵא כָּל מַה שְׂהוּא עוֹשֶׂה נֶגֶד דַּת תּוֹרָה מְכָה אוֹתָהּ עַד שְׁתַּצָּא נְפִשָּׁה אֲפִילוּ עוֹבְרָת בְּמִצְוָה שִׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה וּמ"מ אֵל יְמַהֵר בְּהַפְּאָה אִם לֹא בְּתוֹכָהּ גְּמוּרָה מְקוֹדָם וְרֹאָה שְׂאִינָה שׁוֹמַעַת וְלֹא דְּוָקָא הָרַב לְעַבְדּוֹ וּבַעַל לְאִשְׁתּוֹ הַה"ד כָּל בַּר יִשְׂרָאֵל יְכוֹל לְהַפְרִישׁוֹ חִבְרֵי כְּדִי לְאִפְרוּשֵׁי מֵאִסּוּר' וְכֹן אִיתָא בְּעִירְפִין יְכוֹל לֹא יִכְנּוּ וְלֹא יִסְתְּרֵנוּ ע"ד

תוכחה כו' אלמא שמונתר להכותו ע"ד תוכחה ודוקא באדם מוחזק בכשרות שידוע שלשם שמים עשה והוא אדם חשוב ומפולג אבל בסתמא דאינשי לא כל כמיניה דא"כ לא שבקת חי לכל בריה כו' והתורה לא נתנה רשות ומקל ורצועה אלא לדין או לאדם חשוב שראוי להיות דבריו נשמעים ג"כ לפי שעה מותר להפנות חבירו ולהפרישו מאיסורא והפלל לפי ראות עיני הדיין עכ"ל הרי דסובר דהיכא דיזענו דכוננתו לשמים לאפרושי מאיסור רשאי כל אדם להכותו וע"כ צריף לחלק בהא דבעישוי אגיטא בעינו מדאורייתא מומחין ומדרבנן ב"ד של שלשה מטעם הנ"ל שכתבתי שיהא מצוה לשמוע דברי חכמים גם מ"ש הקצוה"ח שם בקונטרס משובב נתיבות דלהפרישו מן האיסור אינו אלא הפאה בעלמא אבל ב"ד הפופין לקיים עשה מכין עד שתצא נפשו ובאיסורא אין מכין עד שתצא נפשו דלא אמרו ניתן להצילו בנפשו אלא בעבירות הידועים כגון רודף אחר נערה המאורס' או במקום שקנאין פוגעין בו ובשאר איסורין לא ניתן להצילו בנפשו כדי להפרישו והביא מספרי מוסר דעשה חמירא מל"ת דקודם שקיים העשה מכין אותו עד שתצא נפשו לכופו לקיים העשה ובשאר איסורי ל"ת אינו ניתן להצילו בנפשו להפרישו מאיסור נבילו' וטרופות עכ"ל ובל"ס פוננתו ע"ד הרמב"ן עה"ת פ' יתרו ע"פ זכור דכתב דמצות עשה גדולה ממצות ל"ת שהיא בחינת אהבה אולם בכ"ז כת' שם דעונש על ל"ת גדול ועושין בו דין כגון מלקות כו' ואין עושין דין במ"ע כלל אלא במורדין כגון לולב וציצית אינו עושה שםכין אותו עד שיקבל עליו לעשות או שתצא נפשו ואין הפוננה דרק נקיים העשה עושין כן ולאפרושי מאיסורא אינו עושין כן דזה נגד השכל וגם אין פוננת רמב"ן כן.

וכן מבואר בחידושי ר"ן חולין (דף קל"ב ע"ב) וז"ל נ"ל דמצות ל"ת ועשה לאו דוקא אלא ה"ק במד"א דארבעים ותו לא במל"ת ר"ל שםכין אותו ואומר לו ל"ת עוד מה שעשית ואז פיון שהעבירה עשויה ולא מלקינן ליה תו וכן פיון שעבר סופות ולא נטל לולב פיון דלית ליה תו ליטול לולב מלקינן ליה מ' חסר אחת ותו לא וכן אם אכל חמץ בפסח אחר שהעבירה עשויה אבל אם היה בפסח והיה אוכל חמץ מלקינן ליה ולא רצה לעמוד מלאכול חמץ אע"ג דמצות ל"ת הוא מחינן ליה תו עד שיאמר רוצה אני או עד שתצא נפשו עכ"ל הרי מבואר דאין חילוק בזה [ועיין חידושי מרן רע"א ז"ל פתובות (דף פ"ו) דפשיטא ליה ג"כ דגם בל"ת אם בא לעבור מכין אותו עד שתצא נפשו שלא לעבור ועמד בזה דאין הפרש בין עשה לל"ת ובדברי ר"ן יתיישב דכן הוא האמת וקאמר במד"א במל"ת שקבר עבר ואם עדיין לא עבר מכין אותו שתצא נפשו אפילו שיקיים עשה וכ"ש שלא לעבור על ל"ת לאפרושי מאיסורא וז"ב ופשוט] ולכך סובר ר"ן דאף שהוא ממונו מ"מ פיון שמונו גרם לו לזה שרוצה לעשות איסור במונו רשאי להכותו לאפרושי מאיסורא אף דלית ליה פסידא אבל בענין אחר פשיטא להפרישו מן האיסור אין לו רשות להכותו פיון דלית ליה פסידא ג"כ ולכך פאן (סי' ד') דקדק הש"ע שהוא באופן לאפרושי מאיסור רשאי להכותו אבל לקמן (סי' תכ"א) דלא עשה שום איסור רק שרוצה למחות בו בזה י"ל דאינו רשאי להכותו ולכן כ' בשם י"א: ולפי"ז נראה קצת היכא דתובע מחבירו בבירור שחייב לו וזה אומר א"י אם נתחייבתי ומה"ד א"י להוציא ממנו דברי ושמא לאו ברי עדיף ואף אם חייב לצאת יד"ש מ"מ לרוב הפוסקים ל"מ תפיסה ואם זה בא לתפוס ממנו שלא בעדים דיהיה נאמן אח"כ במגו דלא תפסתי אין זה

רשאי להכותו אף דאית ליה פסיקא מ"מ פיון שנה טוען פרי דחייב לי ותופס פדינו ונה טוען שמה אף דמטעם חז"מ אין מוציאין מ"מ ל"ה לאפרושי מאיסורא פיון דלגבי דיניה יודע בכרי שחייב לו ונה אינו יודע דעושה איסור מה"ת יהיה רשאי להכותו ואולי מ"מ פיון דיש לו פסיקא בבירור מה שפן הדין א"נ להוציא ממנו דהממע"ה בנה עביד אינש דינא לנפשו אף באי אפשר להציל רק ע"י הפאה.

אולם אם תופס בעדים דיוצא אח"כ ממנו בב"ד בנה י"ל דאינו רשאי להכותו ולהציל מידו בשביל שלא יטריח א"ע עמו בב"ד פיון דנה א"י ל"ה כמו לאפרושי מאיסור' וצ"ע בנה: והיכא דתופס בפני עדים דלא יהיה לו לתועלת כ' הנתיבות פיון שלא יהיה נאמן לפני ב"ד דאסור לתפוס ואף אם יודע שיהיה נאמן לפני ב"ד במיגו דהחזרתי אסור לו לתפוס בעדים דהא יהיה מוחזק בגזלו ויעשהו חשוד.

ומדברי הטו"ז לא משמע פן וכן נראה ממ"ש תוס' ביה דבג בג דאמר אל תכנס לחצר חבירך שלא ברשות ליתול את שקלה שמה תראה עליו פגנב דהוא דוקא בליכא פסיקא אבל באית ליה פסיקא ליכא איסור וא"כ אם יהיה נאמן אח"כ במיגו דהחזרתי מה"ת יפסיד ממון בשביל שלא יעשהו חשוד.

וכנראה מדברי טו"ז דליכא איסור בנה אלא להכות ולהזיקו אבל תפיסה בעלמא אף שלא יועיל מותר. אולם פתב הטו"ז אם הפהו שלא בעדים אינו פטור במיגו דלא הפיתי שיהיה נאמן שפדין הפהו שלא הורשה להכות רק בדבר המבנר לנו דוקאובס' שער משפט העלה דאף אם התפיסה היה בעדים מ"מ אם ההפאה היה שלא בעדים מהני המיגו לפוטרו מהפאה לבד ותלי הדבר במחלוקת הפוסקים (סי' קל"ט ס"ד) ולא נראה פיון דלא תועלת הוא תפיסתו אסור לו להכות דלאו דינא הוא ואף אם נאמר דיכול לתפוס היינו בלא הפאה אבל להכות אף דיודע באמת שהוא שלו מ"מ פיון דלא יתברר אין לו רשות להכות ורשע מקרי וגם חייב לשלם אף דיש לו מיגו על ההפאה מ"מ פיון דההפאה היה על מגן חייב לשלם ולפייסו כמו אם הפה לאחר על מגן פיון דאין לו רשות ע"ז: סי' י אף דיכול לעשות דין לעצמו ששיכול לברר שנוטל שלו כדין מ"מ אין לו רשות למשכן בחובו וכ' הרמ"א שם ואם חייב לו בלא הלואה או שהוא פבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר מותר לתפוס והוא מדברי ריב"ש (סי' שצ"ו) וז"ל או אפילו לתפוס מטלטלי כל שמצאום ברשות אחרים או אפילו לוקח מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ממש אבל בהלואה ודאי אין לו לכנס לביתו למשכנו או לחטוף מידו.

ולכאורה למה דמבנאר בטור (סי' צ"ז) ובדברי רמב"ם דמה"ת אסור למלנה למשכנו מיד הלנה אף שלא בביתו דביתו דכתוב בקרא הוא ל"ד דה"ה או כ"ש דלא ישמט בחזקה מה שעליו או ממה שבידו בפגעו בחוזק וכמבנאר בסמ"ע שם (ס"ק ו') ועי"ש בדרישה דכל מה שבידו ועליו ביתו ורשותו מקרי א"כ ממילא אם מונח חפצו של הלנה בפקדון ביד אחרים ג"כ מהראוי לומר פיון דפקדון כל היכא דאיתא ברשותיה דמר' איתא דאסור מה"ת להמלנה לתפוס למשכנו.

וכבר פתב הרא"ש (פ"א) דפסחים בישראל שהפקיד חמצו לנכרי דעובר מה"ת דכיון שהשאל לו ביתו לשמירת ממונו ביתו קרינו וה"נ גלמה לא נאמר פן ומניין לו לריב"ש שדוקא מביתו ממש או מידו ממש אסרה התורה.

ואולי י"ל פִּינּוֹן דְּבִשׁ"ס ב"מ (דף קי"ג) קאָמַר וּבַעַל חוּב אָפִּילוּ נְתוּחֵי נְמִי לָא שְׁלֵא יִכְנֹס לְבֵיתוֹ לִיטְוֹל מִשְׁכּוֹנוֹ וּמְזָה סְבָרוּ תוּס' דְּאָסוּר רַק מִטְעַם גְּזֵירָה וְהֶרְמַב"ם דְּסוּבֵר דְּבֵיתוֹ לָאוּ דִּנְקָא סוּבֵר כַּמ"ש הַתּוּי"ט שֶׁם דְּגַמְרָא טַעְמָא דְּקָרָא מְפָרֵשׁ וְלֹא גֵרַס גְּזֵירָה כְּמוֹ שְׁגָרְסוּ בְּתוּס' עֵי"ש וְסוּבֵר דְּדִנְקָא מִיָּדוּ אָסוּר אַבְּל לֹא אִם מְוַנַּח בְּסַמְטָא אוּ אַף בְּיַד אַחַר וְכֹן דְּקִדְק בְּדַרְיִשָּׁה דְּמָה שְׁבִידוֹ וְעָלְיוּ בֵּיתוֹ וְרִשּׁוּתוֹ מְקַרִי מִשְׁמַע דְּלַעֲנִין זֶה לָא אֲזַלְיִנּוּ בְּתַר רִשּׁוּת לְבַד.

אוּ י"ל אַף אִם נֶאֱמַר דְּבֵיתוֹ מְקַרִי בַּכ"מ שֶׁהוּא מ"מ אִם הוּא בְּרִשּׁוּת אַחֲרִים כְּגוֹן בְּגוֹל אוּ בְּמִשְׁכּוֹן דַּג"כ הָיִי אֵינּוּ בְּרִשּׁוּתוֹ שֶׁל הַבְּעָלִים בְּזָה לִיכָּא אִיסוּר לְתַפְנוֹס לְמִשְׁכּוֹן בְּעַד חוּבוֹ מִבְּעָלֵי הַחֶפְצִין: וְהִיכָּא דְּכּוּפֵר לוֹ חוּבוֹ וְאִי לְמִשְׁכּוֹן עַפ"י ב"ד כְּתַב הַקְּצוּה"ח דְּאָסוּר לְתַפְנוֹס מִמְּנוֹ וּמִבֵּיתוֹ אַף שְׁלֵא בְּעַדִּים דְּיִהְיֶה לוֹ מִגּוֹ דְּכִינּוֹן דְּהַקְּפִידָה הַתּוּרָה בְּחוּב הַלְוָאָה דְּלֹא לְמִיַּעֲבַד לִיהַּ דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ וּמִיַּנְתַּח נִיתוּחֵי אָסוּר הַה"ד אַף בְּאִיכָּא פְּסִידָא אָסוּר.

וּבַס' ש"מ צִיָּדָד לְהַתִּיר וְהִבִּיא רְאִיּוֹת לְזָה וּבְקַל יֵשׁ לְדַחוֹת כָּל רְאִיּוֹתָיו. מַה שֶׁהִבִּיא מְדַבְּרֵי טוֹש"ע (ס' ס"א) בְּשִׁטְר שֶׁכ' כָּל שְׂיֵשׁ לוֹ רִשּׁוּת לְמִשְׁכּוֹנוֹ שְׁלֵא בְּרִשּׁוּת ב"ד אֵינּוּ רִשְׁאֵי לְעַבְרָר עַל ד"ת אַבְּל אִם לֹא מְצָא דִּינּוֹן יֵשׁ לוֹ רִשּׁוּת לְעֲשׂוֹת דִּין לְעַצְמוֹ וְהָא דְּהוֹצֵרָה לְפָרְשׁוֹ בְּשִׁטְר הוּא מְשׁוּם שׁוּפְרָא דְּשִׁטְרָא וּכַמ"ש רַמ"א בְּתַשׁוּבָה (ס' ק"ח) וְה"נ פִּינּוֹן שְׂאִין הַמְּלִיָּה נֶאֱמָן רַק ע"י תְּפִיסָה הָיִי כְּמוֹ שְׁלֵא מְצָא דִּינּוֹן דְּמַלְבַּד דִּישׁ לְחַלֵּק דְּדִנְקָא בְּדִין בְּרוּר הַנּוֹדַע לַכ"ע וְגַלּוּי יָכוֹל הוּא לְעֲשׂוֹת דִּין לְנַפְשִׁיהָ בְּאִם לֹא מְצָא דִּינּוֹן אַבְּל בְּלֹא נּוֹדַע וְאֵינּוּ גְּלוּי לְכָל אָסוּר בְּלֹא"ה גַּם שֶׁם הֶרְמַב"א לֹא כְּתַב זֶה דְּהוּא מְשׁוּם שׁוּפְרָא דְּשִׁטְרָא רַק עַל לְדוֹן בְּפִנֵּי עַפּו"ם אַבְּל לְעַנּוֹן לְכַנֵּס לְבֵיתוֹ מְבֹאֵר בְּפָרִישָׁה (ס' ס"א) דְּהוּא דִּנְקָא פִּינּוֹן שְׁשַׁעֲבַד עַצְמוֹ בְּשִׁטְר עַל כֶּף הָא לֹא"ה לֹא וְגַם נִרְאָה דִּנְקָא אִם רַגִּילִין לְכַתּוּב כֹּן בְּכָל שְׁטָרוֹת הָא לֹא"ה הָיִי אֲסַמְכְּתָא וּכְמוֹ שֶׁכְּתַב הַטּוֹר מְשִׁם הָרָא"ש (ס' צ"ט) לְעַנּוֹן לְהַשְׁפִּיר א"ע דְּאָף לְרַבִּינוֹ אֵלִיהוּ הוּא דִּנְקָא בְּמִזּוֹנוֹת אֲשֶׁתוֹ דְּמַסְפֵּר כְּתוּבָה יְלַפִּינּוּ וְעֵי"ש בְּפָרִישָׁה דְּבִשְׁאָר חוּב פִּינּוֹן שְׂאִין הַכָּל כּוֹתֵבִין כֹּן הָאִי אַף דְּכַתּוּב אֲסַמְכְּתָא הוּא עַכ"פ מְבֹאֵר מְדַבְּרֵי דְּאָסוּר לְתַפְנוֹס בְּעַצְמוֹ לְעַבְרָר עַל ד"ת וְעֵינּוּ בְּאוּרִים (ס' ק"ג ס"ק ח"י): וְמָה שֶׁהִבִּיא רְאִיָּה מְש"ס פ"ק דְּב"מ דְּאֲבִי אֶמֶר מִיָּגוּ דְּחִשִּׁיד אֲמָמוֹנָא חֲשׂוֹד אֲשַׁבּוּעְתָּא וְהָא דְּבַב' אוּחְזִין נִשְׁבַּע דְּשִׁמָּא ס' מְלִיָּה יִשְׁנָה עָלְיוֹ וּתְפִסּוּ בְּחוּבוֹ וּלְדַעַת הֶרְמַב"ם בְּחוּטָף מִשְׁכּוֹן מַחְבִּירוֹ שְׁלֵא בְּרִשּׁוּת ב"ד נִקְרָא גְּזֵלָן וְנִפְסַל לְעַדוֹת וְלִשְׁבּוּעָה הִדְרָא קוּשְׁיָא נִימָא מִיָּגוּ דְּחִשׂוֹד א"ו פִּינּוֹן דַּל"מ לְגַבּוֹת רַק ע"י תְּפִיסָה מוֹתֵר.

גַּם זֶה אֵינּוּ רְאִיָּה לְמ"ש הֶרְמַב"ן מְלַחְמוֹת שֶׁם ע"ד בַּעַה"מ דְּהָא דְּלֹא טוֹעֵן כֹּן עַל הַמְּלִיָּה הִישְׁנָה שֶׁהוּא רוּצָה לְחַלּוֹק עִמּוֹ בְּגוֹפוֹ שֶׁל טְלִית וְאֵעַפ"י שְׁאֶמֶר עַל גּוֹפָה כְּוִלָּה שְׁלֵי לֹא חֲשׂוֹד דְּלֹא תַחְמוֹד לְאִינְשֵׁי בְּלֹא דְּמִי מִשְׁמַע לְהוֹ א"כ בְּזָה אִם תּוֹפֵס לְגוֹבְיָנָא בְּשִׁבִּיל חוּבוֹ לִיכָּא אִיסוּר דְּלֹא תְּבֵא אֶל בֵּיתוֹ רַק לָאוּ דְּלֹא תַחְמוֹד וְזֶה לֹא מִשְׁמַע לְהוֹ דְּעוֹבֵר אִיסוּר וּלְכָף לֹא חֲשׂוֹד עַל שְׁבּוּעְתָּא אַבְּל מ"מ י"ל דְּלְמִשְׁכּוֹן אָסוּר לְתַפְנוֹס אַף בְּמִקּוּם פְּסִידָא.

וְגַם לְמ"ש שֶׁם רַמְב"ן דְּלְכָף לֹא טוֹעֵן עַל הַמְּלִיָּה יִשְׁנָה דְּלֹא כ"ע דִּינֵי גְּמִירֵי מַה"ט ג"כ לֹא נַעֲשֶׂה חֲשׂוֹד וּכְדַעַת הַש"ף (ס' שֵׁנ"ט) וּבַש"מ שֶׁם כְּתַב מְשִׁם הָרָאכ"ד בְּהַשְׁגוֹתָיו עַל בַּעַה"מ שֶׁם וְז"ל א"א וְמִי אֵינּוּ יוֹדַע שְׂאִינוֹ רִשְׁאֵי לְעֲשׂוֹת כֹּן שְׁהָרִי לֹא הַתִּירוֹ לְנַתַּח אֶלָּא

לשליח ב"ד אבל למלנה לא למשפון ולא לנתח כו' וא"ת יטעון בפירוש פה וכה יש לי אצלו ע"כ אני תופסו סבור הוא שלא יועיל לו אטו פלהו אינשי דיני גמירי ועוד כי הוא סבר יחזיקו אותו ברשע שחובל את חבירו שאין אדם רשאי לנתח את חבירו וכשיאמר שלי פלה אין בני אדם יודעין עכ"ל הרי דעובר ואסור אף אם הוא במקום פסידא ודוחק לומר דרק הוא סבר שיחזיקו אותו ברשע ובקמת לא כן הוא דלא משמע פן ממרוצת דבריו: והא דק"ל לש"מ לשיטתו מש"ס ב"מ שם דפריה על שמואל שם הא כתיב לא יחבול רחיים ורכב הא ד"א חבול וכן מלא תחבול בגד אלמנה הא של אחרים תחבול ואמאי לא משני לעולם בבע"ח ובתופס שלא בעדים ל"ק פלל דהא איפא כמה אופני דרשאי לחבול פגון שכירות או של גזילה וכן הקפת חנות וכל מילי דלא משמט בשבועות מדכתוב פי תשה וכמו שמבואר בספרי ובס' יראים (סי' רע"ג) וכבר הבאתי דבריהם בספרי ח"ר בשו"ת (סי' ג') דלא פנתיבות (סי' צ"ז) עי"ש ועוד משפחת אופני טובא ובמהרי"ט בתשובה מובא בס' רביד הזהב פ' כי תצא מדכתוב אמה נושה בו דקדק דעל יורשי מלנה ליפא אזהרה עי"ש וכן נמי יש לדקדק מזה דיכול לכנס לבית יורשי הלנה מדכ' פי תשה כו' לא תבא אל ביתו היינו לבית הלנה אבל לבית יורשים אין פאן אזהרה ואף דמד"ת ליפא נ"מ בזה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מ"מ נ"מ השתא דמותר לכנס לבית יורשים פנין דלאחר תקנות הגאונים מטלטלין דיתמי משתעבדי ועיין תוס' בכורות (דף נ"ב) דלר"ת תקנות הגאונים דאורייתא ויבואר במ"א והש"ס רצה לאשמעין דעובר בתרי לאונן ועיי"ש בש"מ וליפא ראיה משם דאסור נתפוס מה"ת מביתו שלא בעדים.

ועיין קצוה"ח (סי' צ"ז ס"ק ב') דהעלה לאיסור אף אם נקטו לגוביינא ליפא איסור פדעת ר"ת ונ"י ומה שהקשה שם דהיכא שייך תורת גביה בלא ב"ד ומאן שם לי' וע"כ אינו אלא למשפון פבר מתרץ זאת ע"נ בתשובת ריב"ש שם דנוטלו שיגבהו נו הב"ד אח"כ מזה ואולי זה ג"כ פנונת הראב"ד בש"מ הנז' מה דכתב פי הוא סבר יחזיקו אותו ברשע שחובל את חבירו היינו תופס לגוביינא ואם יאמר פן חושש שיחשדנו לתופס למשפון.

ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ט) מה שהניח לדברי ריב"ש בצ"ע דאם היכא דנקט לגוביינא להתפרע ממנו אח"כ אין לו דין משפון שאסרו הפתוב וממילא א"צ נמי להחזיר פסות יום ביום פנין דלא איירי הפתוב אלא במשפון לבטחון וא"כ הא דאמרין ב"מ ושבועות דיפליגי בדר"י דאמר בע"ח קונה משפון והתם מפרש רש"י משום דלגוביינא נקטי ואי בלגוביינא ל"ש דר"י פנין דל"ש ולף תהי' צדקה: ולענ"ד פנונת הריב"ש דהיכא דנטלו שיגבהו לו ב"ד מזה רשאי וזה אינו ענין לבע"ח קונה משפון דשם אף שנטלו לגוביינא מ"מ יכול לתפוע ממ"א ג"כ חובו ולהסוברים ברים דא"ח באונסין אם נאנס לא פרע חובו ואף לדעת רש"י דחייב באונסין מ"מ חובו לא נפקע והוא חייב לשלם דמי המשפון שנאנס והלנה חייב לו וזה גובה וזה גובה הגם די"ל דחייבו של המלנה על המשפון מדר"י או שהוא ש"ש או שחייב באונסין ג"כ מ"מ אינו חייב פשאר שומרין בדמים ששנה משעת אונסין או פשיעה רק הו לענין נוקרא הו לענין זילא א"ח רק כמו שהנה שנה בשעת שזכה בהמשפון וא"ד לשאר שומרין דחייבין פשעת פשיעה דכבר כתבו הרמב"ן וריטב"א בש"מ ב"מ הטעם לחלק בין שומרין לגזלן דמשלם פשעת הגזילה משום דגזילה יצאה מרשות בעלים והוי פאינו ברשותו אבל בשומרין כל היכא דאיתא

ברשות בעלים הוא וכל החיוב משעת פשיעה ועיין קצוה"ח (סי' רצ"א) וא"כ י"ל במשפון דאינו ברשותו של הלנה ואף בהיתר על חובו כמבואר מדברי מרדכי מובא ברמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) ובש"מ פתובות (דף נ"ט) ובש"ד יו"ד שם משם ר"י ובח"מ (סי' רי"א) א"כ פיון שפבר הוי פאינו ברשותו של הלנה דינו לענן חיוב אחריות כמו גזלן דאינו משלם רק כפי שהיה שנה בשעה שהשפין אצלו: ואולי יש לחלק למ"ש בבאיור דברי רמב"ן וריטב"א בהגהותי לד"ח דיני גזילה (סי' ח"י) דדבריהם מותרים עם דברי הרא"ש ר"פ הגוזל עצים דהיכא דקונה להגזילה בשנינו אינו משלם כ"א מה שהיה שנה בשעת הגזילה והשבח עד דעושה השנינו הוא של גזלן ואמ"ו ו"ל כתב שם בהבנתו דע"י שנינו קונה להגזילה למפרע וכן כתבו למה אחרונים וכ' שם עפ"י דתוס' ב"מ (דף ס"ה) ד"ה נ"ל חולקין ע"ז וכן הרמב"ן והריטב"א הנ"ל ונאני בעניי הערותי שם כמה הערות להוכיח דאין קונה למפרע ע"י השנינו רק פתבתי בבאיור דברי הרא"ש דסובר דלא נעשה גזלן מחדש בעשה שנינו בידיים וע"י מעשיו הוציא לגמרי מחזקת הבעלים מ"מ ל"נ גנב וגזלן מחדש ודלא כמו שכתב בנתיבות (סי' ל"ד) רק פיון דכבר הוציא מרשות בעלים בקנין גזילה שיש לו בו לא קרינו ביה וגונב מבית איש ולכך אינו משלם רק כדמעיקרא דכל גזלן משעה שעשה קנין בהגזילה חייבו התורה להשיב או הגזילה בעינא או דמיה כמו שכ' בש"מ ב"ק (דף ס"ו) או גופה או דמיה מיד נתחייב לשלם ובשעת הגניבה והגזילה נתחייב ע"ז שנתפוגן לקנות להחזיר או החפץ בעינא או הדמים ואח"כ לא נוכל להוסיף עליו חיוב ואף דאם היטה הגזילה בעינא ונתחייב היטה חייב להחזיר כמו שהוא עתה פכתוב בתורה והשיב מ"מ כמו באיתבר ממילא דא"ח לשלם רק כמו דהיה מעיקרא שנה אף דאם היטה בעין היטה חייב להחזיר פמות שהוא מ"מ על מה ששנה יותר משעת הגזילה לא נתוסף חיובו דגזלן אינו שומר כמ"ש תוס' ב"ק (דף נ"ו) וא"ד לשומר דשם כל היכא דאיתא ברשותו דמריה איתא וכמ"ש בש"מ ב"מ סוף פ' המפקיד משם ריטב"א ורמב"ן ואף דהם פכתבו הואיל דהוציא מרשות בעלים היינו לדין דקיי"ל כר"י גזל ולא נתחייבו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש דהוי פאינו ברשותו אבל מ"מ אף לצנועין דסברו דיכול אדם להקדיש אף דבר שאינו ברשותו מ"מ בהגזילה מה שמכונן לקנות מוציא גוף הדבר מרשות בעלים שאין בכחם לשמש בו וכדומה וגם אם הגזלן משתמש בו אף שהוא באיסור אין חייב לשלם דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה כמבואר פ' הגוזל ובש"ע (סי' שס"ג) ועיין תשובת הרא"ש (פ"ל צ"ה) שביאר הטעם לחלק הא דבמטלטלין כשיבד אדעתא דגזלנותא דפטור לשלם ש"כ ובקרקע חייב משום דמטלטלין נגזלין ונקנין בשנינו משא"כ קרקע עיי"ש ובמ"ש בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' כ"ו) ובזה כ"ע מודים ואף אם יכול להקדיש דבר שא"ב כצנועין מ"מ כל הגזלנים אינם משלמין רק כשעת הגזילה דעכ"פ יש קנין לגזלן לחייבו באונסין ולקנות בשנינו מעשה ולכך א"ד לשומר דמשלם משעת פשיעה דברד לחייב א"ע בתורת שמירה וכל מה שהיה שנה בשעת פשיעה ע"ז כף קבל ע"ע לשמור ולהתחייב משא"כ גזלן דלא ירד לחייב א"ע דאינו שומר רק התורה רמיה עליו לשלם או גופה או דמיה כעין שגזל ובזה נסתלקה טענת הקצוה"ח (סי' רצ"א) מעל הריטב"א דאף אם יכול להקדיש דבר שא"ב מ"מ כל הגזלנים משלמין רק כשעת הגזילה הואיל דלא ירד לחייב א"ע מטעם שומר רק בעד קנין שיש לו בהגזילה רמיה עליו התורה חיוב



להשיב וזה רק פֿעין שגזל דאָז נתחייב ואת"כ לא נתוסף עליו שום חיוב וזה נמי דעת הרא"ש אף שנקנה לו ע"י מעשיו שגזזה מ"מ פֿינן דלא איבדה מן העולם לא נעשה גזלן מתקדש וכינן דלא נתחייב בְּדָמִים רק משעת גזילה לכה אינו משלם רק כמו שהיה שנה אז אף דלא נקנה למפרע להגזלן רק משעת השינוי מ"מ פֿינן דלא נעשה מתקדש גזלן בזה והספֿץ נקנה לו בשינוי מגזה"כ לא נוכל לחייבו מִמּוֹן יוֹתֵר רק מִכִּפִּי שְׁנִתְחַיֵּיב בְּשַׁעַת הַגְּזִילָה ודברי הרא"ש ורמב"ן וריטב"א יחזיקו מִתְחַיֵּיב וּמִמִּיל' לִיכָא רֵאָיָה מִדְּבָרֵי תוֹס' ב"מ ה"ל דחולקים על הרא"ש דלענין שְׂכָר פְּעוּלָה בְּמָה שְׁשִׁימָשׁ עִם הַגְּזִילָה אִם נֹאמֵר דְּגִזְלוּ מִחֻיָּב לְשַׁלֵּם שְׂכָר שִׁימוּשׁ א"כ כְּבָר נִתְחַיֵּיב מִיָּד פְּשַׁעְשָׁה הַמְּלָאכָה אִף דְּקוֹנָה אִת"כ הַגְּזִילָה ע"י שִׁינוּי מ"מ לֹא נִפְקַע הַחֵיּוּב לְמַפְרַע וְשִׁפִּיר הוֹכִיחוּ מִדְּקַתְנֵי מְשַׁלֵּם כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה וְשִׁכָר שִׁימוּשׁ לֹא ע"כ דְּלֹא נִתְחַיֵּיב שְׂכָר שִׁימוּשׁ כָּלָל אִף בְּאִם לֹא נִקְנָה לוֹ הַגְּזִילָה ע"י שִׁינוּי וְעִי"ש עוֹד ב"מ שְׁם וּבְכָאן פְּתַבְתִּי כִּמְה דְּבָרִים בְּיֹתֵר בְּיֹאור: עכ"פ אין עיקר הטעם הַא דְּגִזְלָנִים אֵינָם מְשַׁלְּמִין רק כְּשַׁעַת הַגְּזִילָה אִף אִם נִתְיַקֵּר א"ח לְשַׁלֵּם רק כְּדַמְעִיקְרָא מִטַּעַם דְּכָבֵר יֵצֵא מִרְשׁוֹת בְּעָלִים לַעֲנֵן הַקִּדָּשׁ דְּנַעֲשֶׂה א"ב דְּהִרִיטְב"א רק קוֹשְׁעָא נְקִיט אִוְלָם אִף אִם נֹאמֵר דִּיכּוֹל לְהַקְדִּישׁ דְּבָר שֶׁהוּא שְׁלוֹ אִף דֹא"ב מ"מ הוֹאִיל דְּלֹא יִזְהָ עֲנֵן יֵצֵא מִרְשׁוֹת בְּעָלִים וְגַם הַגְּזִלָּן לֹא יֵרֵד לְחַיֵּיב א"ע רק מֵה שֶׁהַתּוֹרָה חִיְיָבָהּ בְּהַשִּׁיב לְכָף לֹא חִיְיָבוּ הַתּוֹרָה יוֹתֵר מִכִּפִּי מֵה שְׁנִתְפַּנּוּן אִז לְקִנּוּת וּלְפִי"ז יֵשׁ לוֹמֵר בְּמִלּוּה עַל הַמְשַׁכּוֹן דְּהוּי שׁוֹמֵר וְיֵרֵד דַּעְתּוֹ לְחַיֵּיב א"ע נִתְחַיֵּיב כְּדִין שׁוֹמֵר כְּפִי מֵה שֶׁשָׁנָה בְּשַׁעַת אֲבִידָה וְיֵצֵא מִן הָעוֹלָם אִף דְּכָבֵר יֵצֵא מִרְשׁוֹת בְּעָלִים לַעֲנֵן הַקִּדָּשׁ: וְיִהְיֶה אִיף שִׁיְהִיָּה מ"מ לֹא נִפְקַע הַחֵיּוּב רק שֶׁהַמְּלָנָה חֵיּוּב לְשַׁלֵּם אוֹ אִף בְּאִנּוּסִין אוֹ רק בְּגִיבָה וְזֶה הַכּל כְּשֶׁלְּקַח לְמִשְׁכּוֹן אִף שֶׁהוּא לְגִוּבֵינָא ג"כ מ"מ לֹא סִילַק א"ע מִכִּסֵּי הַלְוָה וְרַק לְבִטְחוֹן ג"כ וּבְמִשְׁכּוֹן כְּזֶה אֶסְרָה הַתּוֹרָה לְכַנּוֹס לְבֵיתוֹ אֲבָל הֵיכָא דְּלְגִוּבֵינָא שֶׁהַב"ד יִגְבֶּה לוֹ רק מִזֶּה אֵינוֹ עוֹבֵר בְּנִטְיָלוֹתוֹ וְהֵינּוּ דְּזֶה הוּי פְּלוּקָט מִמֶּשׁ לְפָרְעוֹן וְנִפְקַע כָּל הַחֵיּוּב מִן הַמְּלָנָה וְאִם נֶאֱבֵד אִף בְּאִנּוּס א"ח עוֹד הַלְוָה לְפָרְוֵעַ מִמֶּה לֹא אֶסְרָה תּוֹרָה לְדַעַת ר"ת וְעַבִּיד אֵינֶשׁ דִּינָא לְנַפְשִׁיהָ כִּן נִרְאָה בְּדַעַת הַרִיב"ש בְּשִׁיטַת ר"ת.

ולפי"ז אותן התופסין מִיָּד חֲבִירוֹ קוֹדֵם שְׂבָאוּ לְדִין כִּמ"ש הַקְּצוּה"ח שְׁם אֵינֶן רִשְׁאִין רק אִם מְסַלְקוּ שִׁיעֲבוּדָן מִכִּסֵּי וְתוֹפְסִין זֶה רק לְגִוּבֵינָא אִז מוֹתֵר כְּמוֹ שְׂפוֹכֵר ר"ת: ס' יא כְּתִב הַרְמַב"ם (פ"ה) מַעֲדוֹת יְחִיד שֶׁהוּא דֵּן ד"מ יְחִידֵי אֵין הוֹדָאָה בְּפִנּוּ הוֹדָאָה ב"ב ד' וְאֶפְיָלוּ הֵיָה סְמוּךְ אֲבָל הַג' כו' הַרִי הוֹדָאָה בְּפִנְיָהֶם הוֹדָאָה ב"ב ד' וְכֵן הַכּוֹפֵר בְּפִנְיָהֶם וְאִת"כ בָּאוּ עֲדִים הַחֻזְקָה כְּפָרָן כו' וּבִשְׁנ"ע (ס' ג') כ' שְׂפָל שְׂאִינָם שְׁלִשָׁה אֶפְיָלוּ הֵם סְמוּכִים הַהוֹדָאָה כְּמוֹדָה חוּץ ל"ב ד' וּמִבְּנֹאֵר דֹּאִין חִילּוּק בֵּין אֶחָד לְשֵׁנִים.

וְהִנֵּה מְשַׁמַּע לְכַאוֹרָה מֵמָה שְׂכ' הַרְמַב"ם שֶׁהוּא דֵּן דִּינֵי מְמָנוֹת יְחִידֵי דְּדוֹקָא ד"מ אֲבָל דִּינֵי קְנָסוֹת אִף מְנוּחָה אֵינוֹ דֵּן יְחִידֵי וְאִף שֶׁהוּא סְמוּךְ וְכֵן מְשַׁמַּע מִפְּשֻׁטוֹת הַמְּתַנִּיתִין דְּרִישׁ סְנֵהֲדֵרִין דְּקַתְנֵי ד"מ בְּשִׁלְשָׁה גְּזִילוֹת וְחִבְלוֹת בְּשִׁלְשָׁה וּמְפָרֵשׁ בְּגִמְרָא דְּתַרְתֵּי קַתְנֵי ד"מ בַּג' הַדְּיוֹטוֹת גו"ח בַּג' מְנוּחָה וְכִמוֹ בְּדִינֵי מְמוֹנוֹ הוּא דוֹקָא בְּשִׁלְשָׁה דְּשָׁנִים שְׁדָנוּ קִי"ל דֹּאִין דִּינֵיהֶם דִּין כ"כ גזו"ח הוּא דוֹקָא בַּג' מְנוּחָה וְאִף דְּתַקְנוּ חז"ל דִּיְחִיד מְנוּחָה יְכוֹל לְדוֹן דִּינֵי מְמוֹנוֹת כְּמוֹ ג' הַדְּיוֹטוֹת מ"מ הוּא דוֹקָא בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת אֲבָל לֹא קְנָסוֹת וְאִף לר"א בְּרִיָּה דְּרַב אֵיקָא דְּאָמֵר מְדַאוּרֵייתָא חַד נְמִי כְּשֵׁר מ"מ הוּא דוֹקָא בַּד"מ אֲבָל לֹא בְּקְנָסוֹת דְּלָרוּב הַמְּפָרְשִׁים רֵאשׁוּנִים הוּא אִף דְּסוּכָר עִירוּב פְּרָשִׁיּוֹת כְּתִיב מ"מ מִדְּכ'

בצדק תשפוט גלי הקרא דחד נמי פשר היינו דיני ממונות אבל לא לבטל הא דכתיב בקרא אלקים וילפינו דבעינו תלתא ע"כ דקאי על דיני קנסות וכן בש"ס שם (דף ח') שלח ליה ר"נ בר ר"ח לר"נ בר יעקב ילמדנו רבינו דיני קנסות בכמה כו' יחיד מןמחה קמייבע' לי דאין דיני קנסות או לא אמר ליה תניתוה אלא מןמחין וקאמר ג' מבואר דאף דיחיד מןמחה דן ד"מ לא עבדו רבנן תקנתא שידון דיני קנסות ועיי"ש בר"ן בחידושי דאף מןמחה בצירוף ב' הדיוטו' א"י לדון וע"ז הנה עיקר השאלה דג' מבואר במתניתין.

אולם בחידושי הר"ן (דף ה') הביא שיטה דדוקא מןמחה לרבים בבבל שאינו סמוך והמןמחה הסמוך שבארץ ישראל חשיב כמו ג' סמוכים מדאורייתא וסמוך שהוא מןמחה לרבים חשוב כג' מןמחים לדון אפילו דיני קנסות ומתניתין אינו ראי' דאיירי בסמוכין שאינן מןמחין לרבים.

אולם העלה דהאמת פשיטה הראשונה: ומדברי רשב"א ב"ק (דף צ') מבואר ג"כ בהכרח דסובר דמןמחה לרבים הסמוך יכול לדון דיני קנסות דכ' שם בהא דאחד תקע ליה לחבריה אתא למפיה דר"י נשיאה אמר ליה הא אנא הא ר"י הגלילי ופריה למימרא דעד נעשה דיין כו' ומשני פי תניא הדין כגון שראו בליקה והקשה הרשב"א הא ר"י הנשיא עד המעיד הנה ועד המעיד שמעינן מר"ט דא"נ דיין וכתב באפילו את"ל דר"י הנשיא מןמחה הנה ודן יחידי וראוהו ביום ועפ"י ראיתו הנה דן לא מסתברא שיהיה דיין מןמחה מוציא ממון עפ"י ראיתו לבד דעפ"י ב' עדים יקום דבר אמר רחמנא ולא תהא שמיעה גדולה מראיה אבל אינו בדין שראיה של דיין מןמחה יחייב כשמיעה משני עדים מבואר מדבריו דרק מטעם דאינו בדין שידין עפ"י ראיתו לבד אבל לדון דיני קנסות הנה יכול ביחידי בשביל שר"י הנשיא הנה מןמחה לרבים וסמוך דהא הנה הנשיא ג"כ ונה הוא פשיטה שהביא הר"ן סנהדרין הנז': אף קשה א"כ אם שנים היו שראו לדבריו הנה יכול ר"י הנשיא לדון ע"י ראיתו וראיות האחר ונלמה מתרץ שם הש"ס כפי פירוש הרשב"א שם דר"י הנשיא ל"ה עד המעיד שאחרים היו שם שהעידו בו ועד היודע נעשה דיין למה צריך שהיו אחרים שהעידו בו הא סגי באם הנה עוד אחד שהעיד בפניו דהא הרשב"א סובר דמןמחה יכול לקבל עדות ג"כ ולדון רק עפ"י ראיתו א"י לדון דלא תהא ראיה גדולה משמיעה ועפ"י שנים יקום דבר אבל אם אחד מעיד בפניו ונתקבל עדותו בפני המןמחה וגם הוא בעצמו יודע מראיתו מהראוי שיהיה יכול לדון עפ"י צירוף ראיתו והגדות העד ונלמה צריך דוקא לומר שאחרים היו שם שהעידו ואולי י"ל דאף הרשב"א לא סבירא ליה דיחיד מןמחה יכול לדון דיני קנסות רק דכף הנה ס"ד ולא אליבא דאמת ולכף קאמר בש"ס דהא סהדי דמסהדי היינו שהיה תרי דאין זה כבודו של ר"י הנשיא שיעיד בפני אחרים והוא לבדו ל"ה יכול לדון בצירוף קבלות ע"א וראיתו ג"כ פיון דאינו מעיד ע"כ שהוא לבדו יהיה דן ונה אינו יכול בדיני קנסות ובצירוף דינינים אחרים ג"כ א"י לחייבו פיון שלא העיד ר"י הנשיא לכף קאמר דהי' תרי סהדי דמסהדי: וראיתי בקצוה"ח (סי' ז' ס"ק ה') שכ' דמןמחה ואיפא אחר עמו יכול לדון ע"י ראיתו וכ' ואע"ג דקבלות עדות לעולם בעינן שלשה ואפ"י מןמחין וכמ"ש הש"ס (סי' מ"ו) היינו משום דכל פחות מג' הני עד מפי עד אבל אם הוא בעצמו הראוה ל"ש עדמפי עד לכן יכול לדון מןמחה כשיש אחר עמו עפ"י ראיתו ולא אדע הא ברשב"א שם מבואר דמןמחה דן יחידי עפ"י עדים ומשמע דאף לקבל עדות יש לו רשות וא"כ ל"צ שידון דוקא כשיש

אחר עמו ולצדק עמו לדון רק לבדו ולקבל עדות של האחר ואף אם המומחה אינו יודע כולל אם האחר ראה פגון שלא ראה זה אתו זה יכול ג"כ המומחה לקבל עדותו של האחד ולדון רק בלבדו ע"י ראיתו אינו בדין שראיתו יהיה גדולה מהשמיעה דע"פ שנים עדים יקום דבר והבע"ד יכול להכחישו אבל כל שיש עוד עד המעיד יכול לדון המומחה לבדו ע"י ראיתו ולקבל עדות של האחר ג"כ וכן מבואר בתשובת רמב"ן (סי' קי"ב) דיחיד מומחה יכול לדון יחידי וראוי לקבל עדות ביחיד ואף לענין קיום שטר הוא לבדו חותם עיי"ש וכן מבואר בש"מ פתובות (דף כ"א) משם רמב"ן עיי"ש וענין תשב"ץ (ח"א סי' א' דף ו' ע"ד) דכ' דלרמב"ן רפויי מירפא בידיה אי קבלות עדות אפטר במומחה או לא עיי"ש: עוד יש להתבונן בדברי רש"י מאי קשיא ליה דלמא באמת ר"י הנשיא דן יחידי ע"י ראיתו ואף דראיתו לא עדיף משמיעה היינו שהבע"ד יכול להכחישו ואם אינו מכחישו למה לא יחייב אותו וגם אף אם מכחישו מ"מ במקומו יכול לחייב אותו שבועה וע"א קם לשבועה וממילא לא תהא שמיעה גדולה מראיה ויכול לחייבו שבועה וא"כ שפיר אמר ליה הא אנא דראה ביום וא"ל זיל הב ליה מנה צורי והאי גברא דתקע לא אכחיש ליה לר"י נשיאה ואולי סובר הרש"י דגם בקנס דרבנן מודה בקנס פטור וכדעת היש"ש ב"ק מובא בש"ס (סי' שפ"ח) דגם בקנס דרבנן פטור המודה וכן מבואר בש"מ ב"ק (דף צ"ח) משם ר' יהונתן וכבר הבאתי בח"ר דיני פסח (סי' י"ב) שפן מבואר בס' הראב"ן ועמ"ש לעיל (סי' ח') לסלק קושית פנ"י וקצוה"ח על שיטת היש"ש.

וא"כ פטור מטעם מודה בקנס ואף באיפא ע"א פטור ג"כ בכופר דאין נשבעין על הקנס כמבואר ירושלמי מס' שבועות ובתוס' ורש"י א"ב"ק (דף מ"א) משום דחשיב מרשיע א"ע כשמודה וא"ר לי'שבע א"ח שבועה ושפיר מתמה הרש"י א"א.

ולפי"ז משפחת לן דיחיד מומחה יכול לדון עפ"י ראיתו פגון אם תבע אחד לחבירו שהלנה לו מנה ביום פלוני וזה אומר איני יודע אם נתחייבתי לה ובאו לדון לפני היחיד מומחה והוא יודע שהלנה לו יכול לחייבו לשלם מטעם מתשאל"מ דהא אם היו באים לפני ב"ד והוא העיד שלנה חייב לשלם מטעם מתוך שאי"ל דמשלם א"כ שייך בזה לא תהיה שמיעה גדולה מראי' רק אם מכחיש שייחייבו יותר מפפי שבכח ע"א לחייבו בזה סובר רש"י א"דל"א שראי' יהיה יותר גדולה מן שמיעה וכן לגבי קנס א"י לחייבו אף אם מודה: והנה התנאים העלה בדברי רמב"ם דהא דהודאה ל"מ בפני מומחה רק בהודאה לפני יחיד מומחה משום דיכול להכחישו דע"א א"נ במקומו ואף באינו מכחישו מ"מ אין הודאה חשובה והוי רק פטומי מילי משא"כ בתרי פינן דיכולין לדון והכחשתו ל"מ הוי הודאה וכ"כ בתשוב' שבות יעקב (ח"א סי' קל"ז) לחלק בין חד לתרי.

ולא הבנתי הא דעת הרמב"ם דהודאה גמורה אף בפני ע"א מחייבו שבועה כמבואר (סי' פ"א) א"כ חזינו אף במקום דיכול להכחיש להע"א מ"מ הוי הודאה גמורה להצריכו שבועה א"כ למה כשהודאה בפני דין מומחה ל"ה הודאה פינן דהוא דין ובפני תרי הוי הודאה גמורה ובפני חד אם מכחיש יחייב ג"כ שבועה ול"ש לומר פטומי מילי פינן שהוא הדין ודן אותם וכיון שאינו מכחיש הודאתו מה לי חד מה לי תרי.

ובאמת כבר תמה המרי"ט (סי' מ"ו) בזה ע"ד הרמב"ם פינן דהם נדונים לפניו אין כאן אמתלא לחזור מהודאתו והעלה דרק לענין שתהא הודאה בפני חד או תרי כמלוג בשטר

להדף מילתא בעינן שלשה ובפחות אינו תורת ב"ד אבל לענין חוזר וטוען הודאה מקרי ואינו יכול לחזור ובנתיבות המשפט העלה ג"כ דרק לענין שיהא דין שטר ל"מ וגם אם פתב אחד מןמחה או שנים הודאתו אין לו דין שטר פנין שאין עליהן תורת ב"ד הוי פמפי פתבם פנין שנכתב שלא בצווי המתחייב ולזה דין עדים עליהו אבל הם בעצמם או אף יחיד יכול לכוף על קיום פס"ד עיי"ש.

וכמה מן הדוסק לומר בדברי הרמב"ם פן וכן בש"ע מבואר להדיא דלהחליף יכולין טענותיהם ועוד פנין דמןמחה יכול לדון למה לא יקובל פסק דינו אם ידענו שנכתב כשעמדו בע"ד בפניו דכמו דבשלשה פ"ד מהני ודנין אחריהם כל ב"ד לקיים פסקם ואף אם הבע"ד מכחיש ול"ה מפי פתבם אף דנכתב שלא בדעת המתחייב פן נמי בפני חד פנין שתורת ב"ד ע"ז.

ובאמת הא דב"ד של שלשה מהני פסקם ולא דנין בהו מפיהם ולא מפי כתבם צריך טעם הא הפ"ד לא נכתב ברצון שניהם וי"ל כמו שכתב רש"י סנהדרין (דף כ"ט) שלשה עשאן ב"ד והפקירן הפקר ויכולין לשנותו לעשות מלנה בשטר ולהיות במקום הלנה לעשות שליח לקותבה פן נמי מטעם הפקר ב"ד מהני פס"ד בכתב שידונו אח"כ ע"ז ואין תורת עדות עליהן וכן משמע קצת מדברי רשב"ם ב"ב(ד' מ') דמעשה ב"ד פת ב"ד יפה והפקירן הפקר לכתוב כל הנעשה בפניהן.

א"כ מןמחה הסמוך למה לא יהיה מועיל פס"ד שלו בכתב ומה לי תרי ומה לי תלת גם יש להבין הא מבואר מש"ס סנהדרין שם בשטר אודייתא אם פתוב ביה במוטב תלתא הוינא וחד ליתוהי מהני ואף אם לא פתיב בי' וחד ליתוהי רק בי דינא ואמר לנו רבנא אשי ג"כ דנין ע"פ ומי מעיד שהיה פן דהיה בפני שלשה פנין דלא חתמו רק תרי נימא דעליה תורת עדות והוי מפי פתבם וע"כ דכת ב"ד יפה מה שאמרו שנעשה בפניהם בתורת ב"ד לא איכפת לן במה שנתברר עפ"י פתבם א"כ כמו כן חד או תרי מןמחין אף דנכתב שלא ברצון המתחייב ג"כ מהראוי שיהיה דין פסק ב"ד עליהן: שוב ראיתי בח"ס אה"ע (סי' ק"ג) דעמד ע"ז מה מועיל כל פסק ב"ד או קיום הנפק הא ע"ז אינם רק עדים ומה שלא נעשה ברצון שניהם הוי מפי פתבם והעלה דמעיקרא שיעבד נפשו אדעתא דהכי שכתוב עליו ההנפק וכן פנין שבאו לדון או אפילו דנין הדין בכפייה ברשות התורה הו"ל ברצון שניהם אע"ג דבכתובת הפס"ד איננו מתרצה מ"מ יש לו דין שטר עיי"ש ואתי שפיר נמי דאף ע"ז נאמנים דהיה אתם עוד השלישי וליתהו דהוי פנעשה ברצון וכמו בכל שטר נאמנים ע"ז דנעשה מדעת המתחייב ול"א דעדותן ע"ז דנעשה ברצון המתחייב הוא מפי פתבם מטעם דחזקה על העדים דלא יחתמו בעולה פן נמי בתורת ב"ד נאמנים דהיה שם ב"ד עליהן.

וכמו כן אף תרי או חד פנין דרשות להם לדון בכפייה כמו שיכולין הם לפסוק ולכוף על פסק דינם ואין מדקדקין אחריהן כשהגידו בפה למה יגרע פתבם. וקצת יש לגמגם אם נאמר מטעם דמעיקרא שיעבד נפשו למה ל"מ כשצונח אח"כ דאינו רוצה הא אף בפני שנים וקנו מידו אם הלנה מוחה בעדים שלא יכתבו לו שטר י"א שאין כותבין פמבואר (סי' ל"ט) א"כ אם הבע"ד חוזר וצונח שלא התרצה לכתוב לו פס"ד הוי פנעשה שלא ברצון המתחייב ולמה יהיה תורת שטר על פס"ד מב"ד ול"ה עדותן שפך פסקו מפי

פְּתָבָם וְע"כ צָרִיף לומר דְּתוֹרַת ב"ד עֲדִיף וְהַח"ס שֵׁם (סי' צ"ד) כ' דָּרָף אַחַר דְּדוֹנָקָא דְּבַר הַמְּבֹרָר עַפ"י עֵדוּת דְּלֹא יִדְעֵנוּ אִם הָאָמֵת פֶּן רַק גִּזְה"כ הוּא לְדוֹן עַפ"י ב' עֵדִים בְּזֶה בְּעֵינֵי תוֹרַת עֵדוּת וְחַק הַתּוֹרָה ע"פ וְלֹא עַפ"י פְּתָבָם אֲבָל דְּבַר הַמְּבֹרָר לִב"ד אֵינְנוּ בְּגִדְרַת עֵדוּת וְכִמּוֹ שְׁטָרוֹת הָעוֹלָה בַּעַש"נ דְּכָשָׁרִים מְשׁוּם דְּקָמוּ בָּהוּ רַבְּנָן דְּלֹא מְשַׁקְרִי וְהוּי פְּאָנָן סְהָדֵי דְחֻזְקָה דְּלֹא מְרַע אֲמֻנְתֵיהוּ לְשַׁקֵּר וְהוּי פְּבִירוּר פֶּן נָמִי מַה שְׁנַעֲשֶׂה מַעֲשֶׂה ב"ד דְּכֹף נַעֲשֶׂה זֶה הוּי פְּבִירוּר וְאָנָן סְהָדֵי וְלֹא תוֹרַת עֵדוּת ע"ז: וְגַם בְּזֶה יֵשׁ לְגַמְגֵּם טוֹבָא הָא הִנְפֵּק פֶּשֶׁר אִם מְקַנְיָם מִתְּלַתָּא יְהִיָּה אֵיזָה תְּלַתָּא שְׂיִהִיָּה יֵשׁ תוֹרַת ב"ד ע"ז וְקִשְׁיָה לומר בָּהוּ דְּלֹא מְרַעֵי נְפְשֵׁיהוּ וְיִהְיֶה בְּיָרוּר יוֹתֵר מְשַׁאֵר עֵדִים וְא"ד לְעַרְפְּאוֹת שְׁהוּ קְבוּעִים וּמְמוֹנִים ע"ז.

וּבְאָמֵת בְּהִנְפֵּק בְּלֹא"ה ל"ק פִּינָן דְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן לֹא מִיְפְסֵל בָּהוּ מִפִּי פְּתָבָם כְּמִבְּנוֹרָא בְּרַמָּ"א (סי' מ"ו ס"ו) וְעֵינֵי רִיב"ש (סי' שפ"ב) פִּינָן דְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן וּמְקִיָּמִין אַף שְׁלֹא בְּפָנָיו וְאִף אִם עוֹמֵד וְצוֹת ל"ב דְּעֵתוֹ פֶּלֶל וְעֵינֵי מַה שְׁפִתְבִּיתִי בְּדַבְּרֵי חַיִּים דִּינֵי הַלְּוָאָה (סי' ה') בְּזֶה וִיבֹאֵר עוֹד אֵיזָה אוֹלָם שְׁטֵר הוֹדְאָה וְכְדוּמָה פֶּס"ד וְאִף אִם פְּתָבָהוּ וְחֵד לִיתְנָהוּ דְּכָשָׁר מְטַעַם ב"ד אַף דְּהוּי רַק עֵדוּת וּמְהַנִּי מִפִּי פְּתָבָם בְּזֶה קִשְׁיָה מַה מְהַנִּי פֶּס"ד שֶׁל שְׁלֵשָׁה הִדְיוֹטוֹת שְׂאִינָם נְמַנִּים לִב"ד קְבוּעַ וְדוֹחֵק גְּדוֹל לומר דְּבְאָמֵת ל"מ רַק מְדַרְבְּנָן.

וְרִאִיתִי ב"ש"מ ב"ב (דף מ') דְּכ' הַטַּעַם דְּאִף לְשִׁמוּאֵל דְּשָׁנִים שְׁדָנוּ דִּינֵיהֶם דִּין ה"מ בְּדַבְּרֵי שְׂיֵשׁ בּוּ מו"מ דְּמוֹכְחָא מִיְלַתָּא דְּדִינָא קָא עֲבָדֵי אֲבָל בְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת דְּסְהָדוּתָא בְּעֵלְמָא הוּא דְּקָא מְסַהֲדֵי לֹא מְחֻזִּי דְּדִינֵי נִיגְהוּ בְּפִחוֹת מַג' וּמְחֻזִּי דְּעַד מִפִּי עַד וְאִף אִם הֵם עֲצָמָם מְפִרִין חֲתִימַת יְדֵי הָעֵדִים אַפ"ה בְּעֵינֵי תְּלַתָּא מְטַעַם לֹא פְּלוּג וְעוֹד דְּאִי לִיפָא אֲלֵא תְּרֵי ל"מ סְהָדוּתֵיהוּ דְּמַפִּיָּהֶם וְלֹא מִפִּי פְּתָבָן וְאֵע"ג דְּבִשְׁטֵר שְׁהוּא זְכוּתוֹ שֶׁל אָדָם וְלִהְיוֹת בְּיָדוֹ לְרִאִיָּה אֵין אוֹמְרִים בּוּ מְפִיָּהֶם וְלֹא מִפ"כ פְּגוֹן שְׁטֵר מְכָר וּמְחָאָה וּמוֹדְעָא ה"מ בְּמַעֲשֶׂה הַנַּעֲשֶׂה בְּפָנֵי עֵדִים פְּדֵי שְׂיִתְקַנְיָם הַדְּבָר בְּפִנְיָהֶם בְּכָוֵן זֶה רִשְׁאִין לְהַעֲד בְּשְׁטֵר דְּגַמְרִינָן לֵה מְסַפֵּר הַמְּקַנָּה אֲבָל עֵדוּת שְׂאִין יוֹדְעִים מַעֲצָמָן כְּגוֹן שְׂמַכִּירִין חֲתִי עֵדִים אוֹ שְׂרָאוּ בְּאֲחָד שְׁהַלְוָה לְחַבְּרֵי שְׁלֹא נַעֲשֶׂה הַמַּעֲשֶׂה בְּפִנְיָהֶם פְּדֵי שְׂיִהָא שׁוּם קִיּוּם דְּבַר בְּפָנֵי עֵדִים בְּכַה"ג וְדֹאִי לֹא נִתְנָה עֵדוּת לְכַתּוּב דִּל"ד לְסַפֵּר הַמְּקַנָּה עֵי"ש עוֹד מְשֵׁם ר' יוֹנָה וְלְדַבְּרֵי א"ש פֶּסֶק דִּין דְּמַהַנִּי מִפ"כ דְּהוּי דוּמְיָא דְּמְחָאָה וּמוֹדְעָה דְּנַעֲשֶׂה בְּפִנְיָהֶם פְּדֵי שְׂיִתְקַנְיָם הַדְּבָר וְדוּמָה לְסַפֵּר הַמְּקַנָּה אוֹלָם לְהַסּוֹבְרִים דְּמְחָאָה וּמוֹדְעָה הוּא מִתְקַנּוֹת חֲכָמִים כְּמוֹ שְׁפָתְבוּ תוֹס' ב"ב (ד"מ) ע"כ דְּגַם פֶּס"ד דְּמַהַנִּי עֵדוּתָן הוּא מְטַעַם תְּקַנּוֹת חֲכָמִים וְכֵן לִמ"ש הַרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה (סי' אֶלְף רִי"א) דְּשְׁטֵר מְחָאָה וְכְדוּמָה מְהַנִּי מִן הַדִּין פִּינָן דְּאֵינּוּ מוֹצִיא מִתַּחַת יְדֵי חַבְּרֵי שׁוּם זְכוּת וְכֵן שְׁטֵר הוֹדְאוֹת קַרְקַע מְהַנִּי מַה"ד מִשְׁא"כ שְׁטֵר קִיְדוּשִׁין לְרִאִיָּה בְּעֵלְמָא ל"מ דְּהוּי מִפִּי פְּתָבָם הוֹאִיל דְּנַעֲשֶׂה שְׁלֹא בְּרִצּוֹן וְדַעַת הַמְתַּחֲסִיב א"כ לְדַבְּרֵי ל"מ תְּקַנּוֹת חֲכָמִים שְׂיִהֲנֵי עֵדוּת מִפִּי פְּתָבָם יְקִשְׁיָה עַל פֶּס"ד מַג' הִדְיוֹטוֹת בְּעֵלְמָא מְדוּעַ מְהַנִּי פֶּסֶקָם וְע"כ צ"ל דְּהוּא מְדַרְבְּנָן בְּנָן וְצ"ע וִיבֹאֵר עוֹד אֵיזָה לְקַמְן דִּינֵי הַלְּוָאָה.

א"כ לְמָה יִגְרַע שְׁנַיִם מִן שְׁלֵשָׁה בְּפֶס"ד וְכִמּוֹ דְּמַהַנִּי פֶּס"ד מַג' לְדוֹן ב"ד אַחַר ע"ז לְמָה לֹא יוֹעִיל אִם נִכְתָּב מִן שְׁנַיִם מִן מְחָמִים: אַף יֵשׁ לומר לִמ"ש בְּתַשׁב"ץ (ח"א סי' א') בְּב"ד

שְׁהִיחֵזְקוּהָ לְמַגֵּן רִשְׁתָּ בְּרֵאשִׁיתָם וּבְעֵדוּתָם אֵין כַּח בְּעֵדִים לְהַכְחִישׁ ב"ד בְּמָה שֶׁדָּנו עַפ"י רְאִינָתָם וַיִּדְעֶתָם וְהָרִי זֶה כַּב"ד שֶׁדָּנו שָׂרְאוּבֵן חֲזִיב לְשִׁמְעוֹן ק' מִפְּנֵי שֶׁהוֹדָה כֵּן בְּפָנֶיהֶם וּבָאוּ ב' עֵדִים וְאָמְרוּ בְּפָנֵי ב"ד אַחַר לֹא הוֹדָה שָׂאִין דָּנִין זֶה כְּשִׁפְתֵי פִתִּי עֵדִים הַמְכַחֲשׁוֹת זֹאת זֹאת אֵלָּא שֶׁאֲנִי פּוֹסְלִין אֵלָּו הָעֵדִים הַמְכַחֲשִׁין מַעֲשֵׂה ב"ד כָּאֵלּוּ ב"ד פָּסְלוּ אוֹתָם לְעֵדוּת שְׁהָרִי ב"ד יוֹדְעִין שֶׁאֵלּוּ שֶׁקָּר הַעֵדִי וְהָרִי הֵם פּוֹסְלִין לְאוֹתוֹ עֵדוּת שְׁהָרִי הַב"ד פָּסְלוּ לְעֵדוּת וַיִּפֶּה כַּח ב"ד בְּזֶה לְפָסוּל עֵדִים הַמְעִידִים לְפָנֶיהֶם אִם הֵם יוֹדְעִין מַחְמַת רְאִינָתָם וַיִּדְעֶתָם שֶׁעֵדוּת זֹאת שֶׁאֵלּוּ הָעֵדִים מְעִידִים הוּא שֶׁקָּר עַכ"ד וְהָרִי זֶה דָּבָר חֲדָשׁ דַּכַּח ב"ד יִפֶּה מִכַּח עֵדִים לְפָסוּל הָעֵדִים.

וְאִם כִּי לֹא הִבִּיא רְאִיָּה לְזֶה כַּתֵּב כֵּן בְּפִשְׁטוּת דְּעֵדִים א"י לְהַכְחִישׁ הַב"ד שֶׁיְהִי פִתְרִי וְתִרִי וְרֵאשִׁיתִי בְּהִגָּהוֹת הַנִּדְפָּס מִמֶּרְוֹן רַע"א ו"ל ח"מ (ס"א ל"א) שֶׁהִבִּיא דְבָרָיו בְּלִי שׁוּם חוֹלֵק וְכ' וְאֶדְרָבָא פּוֹסְלִים הָעֵדִים.

וּקְצַת נִרְאָה מִדְּבָרֵי הַתִּשְׁב"ץ מִדְּכ' וְהָרִי הֵם פּוֹסְלִים לְאוֹתוֹ עֵדוּת דְּלְעֵדוּת אַחֲרָת לֹא נִפְסְלוּ רַק לְאוֹתוֹ עֵדוּת שֶׁהַב"ד פָּסְלוּ אֶבֶל לְעֵדוּת אַחֲרָת צ"ע אִם נִפְסְלוּ. עַכ"פ ס"ל כַּח ב"ד יִפֶּה מִכַּח עֵדִים דְּעֵדִים א"י לְהַכְחִישׁ.

וְצָרִיךְ לִזְמַר אִף דְּמִבְּנֵי אֶרֶץ (ס"א כ"ג) דְּשָׁנִים נְאֻמָּנִים לְעוֹלָם וְהוּא מִתְּשׁוּבַת הָרֵא"ש וְשֵׁם כ' הַטַּעַם מִשׁוּם דֵּהֶם נְאֻמָּנִים יוֹתֵר מִן הַמְכַחֲשִׁין אוֹתָם דְּרַמּוֹ אֲנַפְשֵׁייהוּ וּמִדְּפָרִי טָפִי מִן הָעֵדִים שֶׁשִׁמְעוּ מִפִּיהֶם וְתַפ"ל דַּב"ד נְאֻמָּנִים יוֹתֵר י"ל הֵתָם הִזָּה שֶׁבִּרְרוּ רַק לְדוֹן בְּפָנֵי שָׁנִים לְכַף אֵין תּוֹרַת ב"ד עֲלֵיהֶם לְהַכְחִישׁ וְלְפָסוּל שְׁנֵי עֵדִים אַחֲרֵים וְלְכַף כ' רַק מִטַּעַם דֵּהֶם זוֹכְרִים יוֹתֵר מִן הָעֵדִים שֶׁבְּשִׁמּוּעָה אַחַת שִׁמְעוּ וְתַלְיֵנָה הַטַּעַם בְּעֵדִים אֶבֶל ב"ד שֶׁל שְׁלֵשָׁה דָּשֵׁם ב"ד עֲלֵיהֶם לְכָל דְּבָר פּוֹסְלִים הָעֵדִים.

וְא"כ פִּינֵן דַּכַּח ב"ד יִפֶּה דַּל"מ הַכְּחָשׁוֹת הָעֵדִים לְפָסוּל דִּינָם ע"כ דְּלָאוּ תּוֹרַת עֵדוּת עֲלֵיהֶם רַק בִּירוּר גָּמוּר לְכַף מִהֲנִי אִף מִפִּי כַּתֵּב. וְהַטַּעַם י"ל דְּדוֹנָא שְׁנֵי עֵדִים הַמְעִידִים דְּלֹא יִדְעוּ בִּירוּר הַדְּבָר א"כ הוּא כְּדִבְרֵיהֶם אִם אֶמֶת הַעֵדִי אוֹ שֶׁקָּר רַק גִּזְה"כ הוּא שֶׁצָּנְנוּ לְחַתּוּף הַדְּבָר עַפ"י ב' עֵדִים כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ (פ"ח ה"ב) מִיסֵה"ת וּיְבִנְאוּ אִי"ה הַדְּבָרִים בְּאוֹרֵךְ לְקַמֵּן דִּינֵי עֵדוּת וְלָכֵן אִם תִּרִי מְכַחֲשִׁין אוֹתָם אֶמְרִינֵן מֵאֵי חֲזִית דְּסַמָּה אֶהְיֵי סַמּוּף אֶהְיֵי וְלֹא אֶזְלִינֵן בְּתֵר רֹב דִּיעוּת דְּתִרִי כְּמֵאָה מִשָּׂא"כ ב"ד הַדָּנִין הוּי כְּדְבָר הַנֵּר וְיִדוּעַ לְכָל דְּאֶמְרִי בִּיש"ס יְבָמוֹת (דָּף פ"ח) אֶתָּא גְבָרָא וְקָאֵי וְאֶתָּא אֶמְרֵתָּ לֹא תִצָּא וְעֵי"ש בְּתוֹס' ה"נ מַעֲשֵׂה ב"ד הוּי כְּדְבָר הַנֵּר וְיִדוּעַ: וְרֵאשִׁיתִי בְּנו"ב מֵהַד"ק אֶה"ע (ס"א ס"ה) שֶׁהִבִּיא מִשָּׁם הַגָּאוֹן מִפְּרַעְמֶסְלָא ו"ל לְהַקְשׁוֹת עַל תּוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף כ"ב) דַּכ' פִּינֵן דַּב' אוֹמְרִים שֶׁהוּא עָבַד אֵין כָּל הָעוֹלָם יְכוֹלִין לְהַכְחִישׁ דְּתִרִי כְּמֵאָה וְהַנּו"ב כ' דְּדוֹנָא שֶׁם לְעַנְנֵן אִם נִשְׂאֵת תִּצָּא דְּמַרְע לְחֻזְקָה דִּיִּיקָא וּמִנְסָבָה וּמוֹקְמִינֵן עַל חֻזְקַת א"א אוֹ פִינֵן שֶׁהַב"ד וְכ"ע מִפִּרְיוֹן עַכ"פ הֵם חֲזִיבִין לְהַפְרִישׁ מֵאִסוּר דִּיּוֹדְעִים דְּהָעֵדִים מִשְׁקָרִים עֵי"ש אוֹלָם כְּבָר קִדְמוּהֶם הַשָּׁ"ף (ס"א מ"ו ס"ק ס"ה) לְתַרְץ בְּאֶמֶת שִׁטַּת רַש"י כְּתוּבוֹת שֶׁם עַפ"י דְּבָרֵי תּוֹס' יְבָמוֹת הַנָּ"ל דְּבְדָבָר הַגָּלוּי לְכָל ל"א תִּרִי כְּמֵאָה וְהִבִּיא דְּבָרֵי מֵהַר"ק דְּבַגְגִּילוּי מִיְלִתָּא בְּעַלְמָא סְבָרָא הוּא לְהַאֲמִין יוֹתֵר הַמְרַבִּים מִהַמְעֵטִים עֵי"ש וּמִצָּאֵתִי בְּהַלְכוֹ גְּדוּלוֹת הַלְכוֹת עֵדוּת וְז"ל עֵדִים שֶׁהַעֵדוּ וְשָׁנִים הַעֵדוּ עֲלֵיהֶם שֶׁהֵם כְּשִׁרִין אֶפְּלוּ כָּל יִשְׂרָאֵל

מעידין עליהם שהן פסולין עדותן קנימת דהו"ל תרי ותרי והעמיד ישראל על חוקתן עכ"ל.

מבואר דסובר דלעולם תרי עדים אינם מוכחשין לבטל עדותן אף אם כל ישראל מעידין להיפך. ומ"מ ב"ד שפסקו פס"ד עדיף ואין בכח העדים להכחישו ויש לתת קצת תבלין למ"ש הגאון מ' חיים יונה ז"ל בקונטרסו בטעם הדבר דהזמה חידוש היא אף דהאחרונים מעידין על הראשונים על גופן שהעידו בשקר וכמ"ש הטור (סי' ל"ח) מ"מ אטו אנן בתר השתא אזלינן בנגיעה שנוקדה אחר הגדות עדותן הא נדאי לא נהרי בשעה שהעידו שראו את הדבר במקום פלוני ל"ה נוגעין כלל בעדותן ובאותו שעה הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שנייה לומר מאי חזית סמיה אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותו שעה עדיין לא היו נוגעין כלל עיי"ש בדבריו ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סוף סי' ו') עפ"י דבריו ויבאר עוד א"ה לקמן בדיני עדות.

ובהזמה באמת חידוש הוא דהאחרונים נאמנים ובהכחשה הני תרי נגד תרי הואיל דהראשונים שהעידו הכחישו לכל מי שיעיד עליהם להיפך ומ"מ מאי חזית דסמיה אהני כיון דלא העידו אז בפירוש על האחרונים ובפניהם לפסול אותם משא"כ ב"ד שפסקו ובכחם לפסול מי שיכחישם לכה"א"נ שוב עדים להכחישם ול"ב לב"ד תורות עדות עליהם.

ולכה"פ אשר אף מפי פתבם. ובכנה"ג (סי' כ"ג ס"ק ל"ו) כ' אם נאמר שהדיינים נאמנים לגבי העדים הוא דוקא במזון או אפילו לגבי עדות אשה עיין במשפטי שמואל (סי' פ"ג) ועיינותי שם בדבריו ושם כ' על נידון דישבו ב"ד של שלשה וגבו עדי קידושין ולא נזכר במעשה ב"ד שאמר לי ומן העדים הכחישו שהעידו אח"כ שאמר לי וכתב דאין ממשות בהם שפאים להכחיש המעשה ב"ד פי ה"ב"ד דייקו ול"מ העדים להכחישם והביא ראיה מתשובת הרא"ש ה"ל וכו' נאפילו נימא דוקא לגבי מזון אומר מ"מ פשיטא דלאסור אשה ולאפוקי מחזקתה לא מפקינן לה בחששות רחוקות עיי"ש ושם היו יושבין ב"ד של שלשה ולדברי התשב"ץ ה"ל פ"ח ב"ד יפה ואין עדים יכולין להכחישו ובגידון דהתשב"ץ הי' אסור אשת איש להוציאה מחזקתה לדברי ה"ב"ד דהגט הנה בהכשר ולדברי העדים הי' הגט פסול ודן בפשיטות דהב"ד נאמנים יותר מן העדים.

ומ"מ נראה דדוקא בב"ד יפה שנתמנו מן הציבור אבל באם לא נתמנו לב"ד לדברים אחרים רק שבררו הבע"ד וקבלו עליהם אפשר גם התשב"ץ מודה דשנים עדים פשרין יכולין להכחישו ונגידון כתו"ת.

גם יש לומר דוקא כמו בגידון דהתשב"ץ דהעדים אינם מכחישין להב"ד לומר שלא ישובו יחד ולא שמעו הדברים רק מודים שהיו יושבים יחד ועיקר הכחשתם הוא בענין אחר אם הודה בפניהם או לא הודה בזה פ"ח ב"ד יפה ואין העדים יכולין להכחישו אבל אם מכחישין עיקר מעשה הב"ד שלא ישובו יחד ולא טענו בפניהם בזה הני כתו"ת.

ועיין ב"י אה"ע (סוף סי' קמ"ה) משם תשובת רשב"א דכ' ואם רצה ליזהר עוד יותר נתנו לה ע"י השליח בתנאי בפני ב"ד דמשמע לכאורה דמעשה ב"ד עדיף ונאמנים יותר מן העדים המעידים בחתימתם שנקתב ונקתם בלא תנאי.

אולם יש לזכור כי פנין דעדות אחר הוא שנתנו לה על תנאי ואף עדים נאמנים וכמו"ש שם בְּרִשְׁבָּ"א ובב"י שם ורק זהירות יתירה שיעשה עפ"י ב"ד או דהא דל"מ עדים אחרים על הנתונה שהיה בתנאי והוי כתו"ת הוא משום דאנו סהדי ומצד דתפיסתה מוכח ועיין נתיבות (סי' מ"ו ס"ק כ"ו) בזה לכן נגד אנו סהדי ונזקה ודאי פח ב"ד עדיף טפי אבל בהקצת עדים בבירור למעשה ב"ד י"ל דהוי כתו"ת וזה לשון הריטב"א קידושין (דף ע"ד) בדין חד כו' אבל שלשה והם ב"ד נאמנים הם לעולם פעדים דעלמא דנהי דאין עד נעשה דיין אבל דיין נעשה עד להעיד מה שנודון לפניו עכ"ל מבואר מדבריו דאף שלשה והם ב"ד נאמנים רק פעדים דעלמא ולא יש להם יותר פח רק פעדים וממילא אם עדים פשרים מכחישים אותם הוי פתרי נגד תרי דתרי פמאה ודלא כתשב"ץ וכן מבואר מדבריו ראב"ה מובא בש"ך (סי' כ"ג ס"ק ז') וז"ל דוקא דיין אחד א"נ אבל דייני' שנים ושלשה נאמנים פעדים דעלמא ומבואר דשלשה לא יש להם פח יותר משנים והמה רק פעדים דעלמא ודברי התשב"ץ צ"ע לדינא: ובגוף דברי הרמב"ם כ' הש"ך דמ"ש הטור דמדברי הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מןמחה לג' הדיוטת לכל דבר דליתא דלא השנה הרא"ש יחיד מןמחה לג' הדיוטות רק לענין דין ולא לענין הודאה.

אולם המעיין ברא"ש ריש סנהדרין יראה דלאו דוקא לענין דין רק לכ"ד וימצא פן מפכה הוכחת וכאשר כתב המרי"ט שם וכן ראיתי בתשובת הגאונים המכונה שערי צדק דפוס סאלוניק (ש"ז ח"ה סי' ל"ה) תשובת רב שרירא גאון ז"ל וז"ל ולא הא מילתא לקבולי סהדותיהו בלחודיה דאלו מודה בע"ד קמיה במדעים ואח"כ פפר ואמר להד"מ אפילו האי דינא ר"נ גופיה כע"א הוי חשיב אלא פדאמר בע"ד אין ודאי אמרית הכין אלא מיהו אית לן מידיאני שארא דמילאי ותנאי על מילאי דלא גליתונא דאמינא פנין דיין בלחוד הנה לא מושב ב"ד הוא ולא פליתנו לכלהו מילאי אי הנה ההוא דינא מןמחה לרבים דהו"ל למידן יחיד לא משגחינו בהדן ממרא ומשנוינן להו להנה מילי מחליפו קמי דיין פשימוש ב"ד מעליא ופסקינו דינא עלליהו דלית ליה לאוסיפו עלליהו פדאמרין לענין טוען וחוזר וטוען כו' יע"ש הרי מבואר דרק בהקצתה אין למןמחה תורת עד רק כע"א דעלמא אבל לשארי מילי דין ב"ד יש לו.

אף י"ל דהו' מלתא אם מהני הודאה בפני יחיד מןמח' תליא אם מדאורייתא פעינן שלשה או סגי בחד למ"ש הרבינו יונה מס' סנהדרין שם בהא דאמרין דלמא רבנן דבי רב אשי פשמואל ס"ל וז"ל איכא דבעי והא רבנן דבי ר"א מןמחין גינהו ובמןמחים אף ר"א מודה דאף יחיד דינו דין ותו למאן דמפרש דר"ה ור"א הם עצמם הנה והא מןמחה הנה ואמאי צריף ג' ונראה מכאן דלר' אבהו לא סגי בקיום ובהודאה בבציר מג' משום דליכא טענה או בפירה ואין הדבר נראה בשנים דין אלא פעדות הוא נראה פאלו הם עדים בדבר ולכך לא עשו בהם חכמים תקנה שיהא ביחיד אובב' משום דאתי למימר הודה בפני ב' אע"ג דל"א פתבו פותבין ואע"ג עד דקבעו נוכתא לא פתבינן אפ"ה חיישינן ולא עבדו בציר מג' וה"נ בקיום שטרות אתו למימר בקיום שטרות ב' אפי' אינם מןמחין ולהכי הקשה ודלמא רבנן דבי רב אשי פשמואל ס"ל ולשמואל פנין דאף יחיד הדיוט פשר מדאורייתא ליכא למגור דהא דינו דין בדיעבד אף מדברבנן.



הרי דס"ל דלשמואל הודאה בפני ב' הוי הודאה ולר' אבהו אף במומחה ל"ה הודאה וא"כ י"ל דהא הגאון פנראה דס"ל לפסוק פשמואל דב' שדנו דיניהם דין פמבואר שם בתשובתו (סי' ל"ו) לקה מהני הודאתו ג"כ בפני יחיד מומחה דל"ש למגור וכמו שכ' הרבינו יונה אבל לדין דפסקינו דלא פשמואל גזרינו לגבי הודאה ועיין תשב"ץ (ח"א סי' קס"א) דכתב ראי' הרמב"ם מהש"ס הנז' דאודיייתא לא סגי בלא תלתא ולדברי רבינו יונה יקשה לדעת רמב"ם דפוסק מדאורייתא חד פשר ולמה גזרינו אוילם י"ל פיון דהרמב"ם פסק דלא פשמואל וכבר כתבו הטעם דס"ל פיון דרבינו אצריכו שלשה פסול אף בדיעבד שפיר שייך למגור לגבי הודאה וכמו שכ' ר' יונה ואף דרמב"ם כ' דגם בסמוך לא מהני הודאתו ולדידיה חד סמוך פשר מד"ת מ"מ י"ל פיון דגזרו במומחה שאינו סמוך דל"מ הודאתו לא פליגי בין סמוך לאינו סמוך ולפ"ז י"ל דאף לדעת רמב"ם דל"מ הודאה היא רק מדרבנן פיון דל"ה רק מטעם גזירה ומדאורייתא מהני הודאה בפני חד מומחה וא"כ לענין איסור פמו לגבי קידושין וכדומה יש להחמיר ואף דהש"ך העלה שלא להחמיר אף לענין קידושין בשנים שדנו ודלא כב"ח כפר כ' שם התנאים להשיג עליו ולחוש לדעת רמב"ם דמד"ת חד גמי פשר וכן בתשובת ר"א מזרחי (סי' כ"ד) כ' במחלוקת השאלות ובה"ג דפסקו פשמואל ושא"ר כל הפוסקים פסקו פרבי אבהו ור"י דאמרו אין דיניהם דין אין לנו להכניס ראשנו בין החרים הללו וכ"ש באיסור א"א.

ובאמת פיון דדעת הבה"ג והשאלות ור"ש גאון לפסוק פשמואל בודאי יש להחמיר באיסור אשת איש ולענין ממון פיון דקיי"ל דלא פרב אחא א"כ יחיד מומחה דינו רק מדרבנן ול"מ דהוי ספק בתקנתא דרבנן ול"מ הודאתו בפניו ולא הוחזק פפרו: ואם קבלו עליו מבואר מדברי הרמ"א דמהני אף לענין הודאה וכפירה ומהרי"ט שם כ' דמוכחין דברי הרמב"ם דהיחיד אפילו קבלו עליהו אין לו תורת ב"ד דייחיד מומחה וסמיה דן בע"כ ואעפ"כ אין לו תורת ב"ד לענין הודאה וכ"כ ר' אלי' מזרחי מוכא בכנה"ג והוסיף דאף הרא"ש מודה באינו מומחה דל"מ לענין הודאה קבלה והדברים דברי תימא דהא מבואר מדברי הרא"ש והטור דקבלה מהני לכ"ע וכן העלה בתשובת שבות יעקב שם.

וכן מבואר ברדב"ז (ח"ג סי' תק"ט) ומבואר שם עוד דאף סתם קבלה מהני ודלא פמו שכ' הש"י שם. וכן מבואר ברדב"ז לענין לדון בליילה פשבאו מעצמם הוי פקבלה ועיין פ"ח בזה (סי' ד') ובמל"מ (פ"ג) מסנהדרין ולפנינו דעת רדב"ז כב"ח ויבואר עוד אג"ה בדברי תשובת רבינו אליהו מזרחי בדיני עדות אג"ה: סי' יב קיי"ל אין הדיינים יושבין לדון בדין פחות מש"פ פמבואר (סי' ו') וכ' הש"ך דלדעת רמב"ם וש"ע (סי' פ"ח) בכלים גזקין לפמש"פ וכ' ומיהו להחולקים שם דפמש"פ לא נחשב ממון אף בכלי גראה דהה"ד הקא והדברים מבוארים ברמב"ן שבועות (דף ל"ט) דהא דאמרינו פלים למה שהו בעינו עכ"פ שנה שני פרוטות דליכא למימר פל מה שהו ואפילו פחות מש"פ דהא אין ב"ד גזקין לפמש"פ וכ"כ שם הרשב"א והר"ן וריטב"א הרי מבואר דלדידהו אין גזקין לפמש"פ אף אם הוא פלי.

אולם בדברי הריטב"א קשה דכנראה הוסכם שם לדעת הרמב"ן והריטב"א ב"מ (דף נ"ה) מוכא שם בש"מ פתב דהא דאין גזקין לפחות מש"פ היינו פי תבע תשלומין אבל תבע דבר שהוא בעין אפילו על פמש"פ גזקין וכ' פן משם רבותיו ולדבריו אינו ראיה

נגד דעת רמב"ם דבכלים בעינן שיהיו ש"פ ממה דאין נזקקין על פמש"פ דהא אף בליפא חשיבות פלי אם הוא דבר בעין נזקקין וכדברי רמב"ם בטענו פלים איירי ע"כ באם הוא בדבר בעין דאם טוענו התמורה ליפא חשיבות ועיין קצוה"ח (סי' פ"ח) דהקשה במו"ד במקצת הא הוי הילף וכבר כ' שם הנתיבות דבגזל דהוי אינו ברשותו ל"ה הילף ועיי"ש באורים דל"ש בזה לומר פיון דבא מפח פלי דומה לדמי קרקע ודלא כמ"ש שם הנתיבות וכיון דאיירי בטוענו דבר בעין מה ראיה מהא דאין נזקקין על פמש"פ א"ו דעתם דאף בדבר בעין וחשיבת פלי ג"כ אין נזקקין ותמהני על הברכי יוסף שהביא דברי ריטב"א בש"מ ב"מ הג"ל ולא כ' שפותר לדבריו במס' שבועות ושהוא נגד פל הני רבנותא: וראיתי שם בברכי יוסף דכ' להסתפק אם שני שותפין תבע לאחד דחייב להם מן שותפות פרוטה אם נזקקין פיון דא"ח לכ"א רק ח"פ אין נזקקין א"ד פיון דמזון אחד הוא העסק השותפות פחד גברא חשיבי ונזקקין להם ופשיט ליה מדברי מהרי"ט בתשובה בשותפים שטענו נגד שותף אחד טענות שתי שותפין תבע לאחד דחייב להם מן שותפות פי נמי דליתנהו קמן כתובעים פולם דמו דשליחותיהו קעביד רק די"ל דלמא חבירי אינו חושד אותו בב' פספ"ה וה"ה היכא דאיפא בין שניהם תביעת ש"פ נזקקין כמו דסגי בין פולם ב' פספ"ה דטענה אחת הוא ולגבי הנטען איפא טענות שתי פספ"ה עיי"ש.

ולענ"ד א"ד לשם דשם עכ"פ שבועה אחת הוא דנשבע וכיון דיש טענות שתי פספ"ה מעסק שותפות אף דהתובעים הם שנים ולגבי פל חד ליפא ב' פספ"ה מ"מ חשיב טענה והב"ד פשמיחייבו שבועה מחייבין רק שבועה אחת על שתי פספ"ה מה שא"כ ביהא דאין נזקקין על פמש"פ הטעם הוא דליפא ביה דין גזילה וכמבואר בש"ס ב"מ שם דמה"ט לא קתני ישיבת הדיינים משום דבכלל גזל בפרוטה הוא וכמ"ש הסמ"ע וא"כ י"ל אף אם שני שותפים תובעין פרוטה שונוין הם לשאר שני אנשים התובעים כ"א חצי פרוטה פיון דגם הב"ד לא יחייבו לשלם לאחד מן השותפין רק לכל אחד ח"פ ועל חצי פרוטה אין נזקקין משא"כ לענגן שבועה דתובעין רק שבועה אחת והב"ד לא יחייבו לישבע רק שבועה אחת בזה י"ל דסגי בשתי פספ"ה לכל התובעים נגד נתבע אחד וז"פ ובה מיושב פמעט פל מה שהעיר שם הברכי יוסף על המרי"ט מש"ס פתובות (דף מ"ו) שניהם בפרוטה מהו דשם עכ"פ פל אחד לא קבל פרוטה מסתפק שפיר ר' ירמיה משא"כ לענגן שבועה פיון דעכ"פ נשבע על דבר חשוב שבועה אחת לכולם וכן מש"ס ב"מ (דף כ"ו) דכי ליפא ש"פ לכל חד א"ח להחזיר שם ג"כ החיוב הוא להחזיר לכ"א חלקו משא"כ חיוב שבועה אחת הוא וכן מה שהביא משם בעל ספר דברי אמת מש"ס קידושין (דף ז') בעי רבא שתי בנותיה לשני בני בפרוטה הרי אף דאיפא ממונא לגבי נותן ומקבל מ"מ פיון דלגבי דידהו ליפא ל"מ ואיך פשיט' לי' דתנהי בדאיפא שתי פספ"ה לגבי נתבע לחוד למ"ש אינו דומה פלל דשם עכ"פ גופין מחולקים הם לחלות הקידושין בעד פמש"פ משא"כ בנידן דמרי"ט ובלא"ה יש לחלק משם ובפרט לדברי מהרי"ט עצמו בקידושיו לקידושין שם בבאור האיפעיא דרבא ואין להאריך בזה: וקצת יש לחקור להיפך היכא דאחד תובע מן שנים שהן שותפין ש"פ אם נזקקין אם אזלינן בתר התובע ויש תביעות ש"פ ונזקקין א"ד פיון דהנתבעים הם שנים ואיכות ההתחייבות אם יהי' לכל אחד רק חצי פרוטה י"ל דאין נזקקין.

ובבאמת אם שנתפין נ"ח פרוטה י"ל פיון דהוי ערבאן זה לזה פמבואר (סי' ע"ז) י"ל דהוי הנדון על כ"א בחיובו פרוטה ויש להתבונן א"כ בגזל וגניבה אם שנים גזלו פרוטה או גנבו דדעת החות יאיר בתשובה דאין כ"א חייב רק החצי ואינו ערבאין זה לזה א"כ אם שנים גזלו או גנבו ש"פ דבזה ליפא מחילה פיון דאפסידו לי פרוטה ומ"מ אין הב"ד נזקקין להו פיון דאין לו לתפוע מכ"א רק חצי פרוטה ואין הב"ד נזקקין לו לדון על כ"א בח"פ ובש"ס קאמר ותנא דידן מ"ע לא קתני ישיבת הדיינין תנא ליה גזל ולמ"ש יש נ"מ דלפעמים מה דאין מזדקקין לגזל פגון אם שנתפין גזלו פנ"ל ובהלואה מזדקקין מטע' דהוי אחראין וערבאין זה לזה פנ"ל ובגזל לא מזדקקין ובאמת בתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ב) כתב בפשיטות דאף שנתפין שגנבו אחראין וערבאין זה לזה והשיג על החות יאיר ותמהני על מאור הגולה מהרמ"ס ז"ל בתשובת חתם סופר ח"מ (סי' קל"ג) דכ' בפשיטות בשנתפין שגנבו ושניהם פאחד הגביהו או הוציאו מרשות בעלים שניהם קנאו בשותפות כמו שנים או חזין בטלית פמבואר בקל ראשונים ב"מ (דף ח') דלא כפירוש רש"י שם ואינו אחראין וערבאין זה לזה וכ"א ישלם חלקו עיי"ש ולא הביא שפן דעת החות יאיר אבל השבות יעקב סובר דאחראין וערבאין זה לזה.

ובתוספתא ב"ק (ספ"י) גנבים שנכנסו במחמת ועשו תשובה פולן חייבין להחזיר עשה אחד מהן תשובה א"ח לשלם אלא על חלקו בלבד ובבבאור אשר לרבינו בעל מג"א כ' צ"ע במדרש פ' מקץ עשרה שנמצאו בגניבה אחד מהם נתפס ע"י פולן.

משמע דסובר דכ"א חייב לשלם הכל. ואולי י"ל פיון דהתוספתא איירי שהיו במחמת דבדמים קנאו וכשאינו בעין א"ח להחזיר רק לצאת ידי שמים לקח א"ח רק על חלקו גם זה צ"ע וראיתי בשבות יעקב ח"ב במהד"ב שהרגיש מן תוספתא ומדרש הנז': ובלא"ה יש לדון באם הגביהו שניהם דעכ"פ צריף לומר מגו דזכה לנפשיה רק דעת התוס' דאם אחד לבד מגביה פיון דאף אם לא ינפה חבירו יתחייב הוא בזה לא מהני המיגו מה שא"כ אם שניהם הגביהו דצריף לו לזכית חבירו דאם לא ינפה חבירו לא ינפה גם הוא בזה מהני ועיין אחרונים (סי' ק"ה) וכמ"ש בזה בארנפה בהגהותי לדברי חיים דיני מכירה (סי' א') א"כ להמבואר תוס' רי"ד רפ"ב דקידושין לס"ד דמקשי שילח ביז פיקח פיקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם פמותו אין הפירוש דהשליחיה פטור לגמרי פיון דגם הוא מצע הוי מזיק ממש רק דפריף דהמשלם יהיה חייב ג"כ אבל השליח ודאי לא יעלה על הדעת שלא יתחייב פיון דמ"מ הוא עשה ההיזק ועיין ש"ך ח"מ (סי' שמ"ח ורצ"ב) א"כ בשנים שהגביהו פיון דעכ"פ צריף לשליחות מצד מיגו דזכי לנפשיה אף לדעת תוס' וכל אחד מגביה החצי בעדו והחצי בעד חבירו שוב י"ל דשניהם חייבין ואם לית לי' לאחד לשלם חייב האחר לשלם הכל.

גם למ"ש בש"מ מס' פתובות (דף ל') דבשנים שהגביהו מציאה זה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה לפיכך יחלקו וזה פירוש מיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבירו היינו דכ"א זוכה בכולה ולהכי יחלקו ועיין בחידושי אאמ"ו ז"ל על ח"מ שנדפס סוף ספר דברי משפט (סי' ק"ה) דדעתו שפן ג"כ דעת תוס' וא"כ י"ל בגניבה אם שנים הגביהו פל אחד חייב על הכל.

וממילא י"ל באם שניהם הגביהו אף רק ש"פ כ"א חייב בהשבה. וקצת יש לומר פיון דכתיב בקרא לא תגנבו בלשון רבים י"ל דמרבין אף לשותפין וכמ"ש רש"י מכות (דף ד') לגבי לאו דלא תקיפו דמחייבין לשניהם פיון דכתיב בלשון רבים פן נמי בגניבה.

אולם בש"ס ב"מ ר"פ א"נ דפריד ל"ל דכתב רחמנא לא תגנבו הא ילפינן מריבית ואונאה ויקשה דלמא גלי קרא לא תגנבו בלשון רבים על שותפין דחייבין אף על ש"פ ולא למילף מריבית ואונאה.

וצ"ל דזה ידענו מסברא ול"צ לקרא להורות ע"ז פיון דע"כ פל אַחַד אַתִּי עֲלֵה מִטַּעַם מיגו דזכה לנפשיה זוכה נמי לחבירו או כמו"ש הש"מ הנ"ל ממילא חייב פל אַחַד על הפל והוי שיעור לכ"א ואַחַד ועיין מס' שבת (דף צ"ג ע"ב) בשותפין שטבחו דסגי בשיעור אַחַד לשניהם וכ' תוס' ומשותפין שגנבו ל"מ למיפרד דהתם לא בעי שיעור דתשלומי כפל נוהג בכ"ד ובכ"ש וע"כ אין הפוננה בכל שהוא דהא שיעורו הוא בפרוט' עכ"פ וי"ל דשם הוי השיעור אַחַד לְכָל אַחַד ואַחַד פנ"ל פיון דמטעם מיגו אַתִּינן עֲלֵה עכ"פ פנרא' נדאי אם שנים גזלו פרוטה נדאי ג"כ הב"ד נזקקין להם וכמו כן בשני שותפין שנ"ח פרוטה דנזקקין אף מ"מ אם אין פל אַחַד ערב בעד חבירו י"ל דאין נזקקין ולא אַזְלִינן בְּתַר הַתּוֹבֵעַ פִּינּוֹן דְּהַנִּתְבָּעִין הֵן שְׁנַיִם וצ"ע עדיין בזה.

ועיין ירושלמי (פ"ד דב"מ) א"ר אַחַד פְּתַב כִּי מְלֵאָה הָאֲרִיז חָמֵס מִפְּנֵיהֶם וּמָה הָיָה חָמֵסוֹ הָיָה ב"נ נפיק טעון קנפה מליאה תורמוסין והיו מתכוננין וניטלין פמש"פ דבר שאינו יוצא בדינין וכן הוא במדר"ר בראשית (ו') ועי"ש ביד"מ דמקשה הא פן נח נהרג על פמש"פ ע"ש עכ"פ משמע אף דבכה"ג שפל אַחַד נוטל פמש"פ בנדאי אינו מוחל ובכ"ז פיון דאין כ"א חייב רק חצי פרוטה אין נזקקין ואין יוצא בדינין: ועיין שער משפט שהקש' דא"ר יוחנן שבוועו' (דף ל"ח) פרוטה מכולם מצטרפת וכ"כ רמב"ם הל' שבועות א"ל תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה כו' אפילו הנה לו פ"א מכולן מצטרפין וחייב ואמאי הא מבואר ש"ס מס' סנהדרין דפמש"פ מחלי ישראל וכיון דכבר מחל אמאי מצטרפין וגם לענין אבידה באין בו ש"פ א"ח להחזירה משום דקנה אבידה לגמרי במציאתה עיי"ש וזה אינו דגם פמש"פ אם אינו מוחל הנגזל אף דאינו חייב בהשבה כמ"ש רש"י סנהדרין (דף נ"ז) דאמידי דהשבון קרי גזל ואיך לא מ"מ איננו שלו אם אין הבעלים מחלי ואף באבידת כותי דאסור להחזיר מ"מ דעת הב"ח מובא בש"ף יו"ד (סי' קמ"ו) דל"ה שלו ודומה לזה גזל עפ"ם למ"ש ספר יראים.

וכן בגזל פמש"פ נדאי אם גזל וחזר וגזל אינו מוחל דבזה אין ישראל מעבירין על מידתו דאינו דבר קל כמ"ש רש"י סנהדרין (דף נ"ט) פיון דמצטרף לפרוטה. ובס' מח"א דיני גזילה (סי' א') כתב אם לא ידעו הבעלים שגזל ממנו פמש"פ חייב להחזיר ואף לדעת בנו שם בהגהה וכן הוכיח אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גזילה (סי' ב') וגם אני הבאתי שם דברי רש"י סנהדרין הנ"ל דל"נ קרא דלא תגזול על פמש"פ מ"מ שלו ל"ה ויכולין הבעלים ליחזק מהם כ"ז שלא מחלו.

ועיין מ"ש בחלק ראשון בהשמות בדיני יו"ט (סי' כ"א) והבאתי שם דברי תוס' רי"ד דמה"ט אינו יוצא בערבה גזולה אף שאינו ש"פ ואין מוציאין בדינין מ"מ לא קרינן ביה לכם דלגבי הקב"ה חשיב גזילה פיון דלא קנאו וכתבתי שם ג"כ לדון מדברי רש"י

הנ"ל ובא שם בדפוס קצת משונבש דסברת התוס' רי"ד דעכ"פ לךם לא הוי אם אינו מוחל לו רק תקרתי שם דמ"מ פנין דא"ח בנהשיב מניין לנו לומר דקונה בשינוי מעשה דיילפינו בגזלן רק מקרא דכתוב ונהשיב את הגזילה אשר גזל פנין שגזל יחזיר ואם לאו דמים פני שילומי וכיין דעכ"פ א"ח בנהשיב על פמש"פ ולכם ל"ה מה מועיל השינוי מעשה דל"ה קנין רק בגזלן שחייב בנהשיב ויבואר עוד בזה א"ה במ"א עכ"פ כ"ז דאינו מוחל ודאי אינו שילו ומצטרף לחשבון פרוטה לחייבו בקרבן שבועה על כפירתו.

ובכה"ג איירי ר' יוחנן והרמב"ם ונשמע מזה דאם ידענו שלא מחל לו ומצטרף לפרוטה אז נזקקין ומוציאין בדיינים: סי' יג דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה וקבלות עדות הוי פתחילת דין ואין מקבלין בלילה ודעת רשב"ם ב"ב דבדיעבד מהני קבלות עדות ורוב הפוסקים חולקים ע"ז כמבוא' (סי' ה') ובג' של שלמה מס' יבמות (פ"ב סי' כ"א) העלה פ"ש"ם דהא דבעינן יום אינו לעיכוב והא דהביא הרמב"ן ראי' מג' שגכנסו לבקר אינו ראיה פנין של"ה ראויים לדון באותו לילה דבעינן יום לכתחילה א"כ לא שמעו בתורת קבלת עדות אבל פשמקבלין להדיא בתורת דין יכולין שפיר למידן למחר וראיינו מן חליצה כ' דשאני גבי חליצה דכתוב פכה לעיכובא וכן גבי חליצה מעומד אם היינו דורשין מקרא ועמד ואמר הוי מעכב משום דכתיב פכה אלמא אף אם גבי דין לא מעכב ה"נ לענין יום וקידוש החודש נמי דכתיב פי חוק לישראל הוא ומזה הקרא אנו לומדין יום גבי קידוש החודש ודין הוא ששמעב דכתיב חק וכל היכא דכתיב חוקה או חק מעכב וכ' ומש"ה לא הביא הטור דעת הרא"ש שאם דנו בלילה או קבלו עדות ל"ה דין.

והנה מ"ש דמחליצה פכה לעכוב אינו מוכן הא כל מה דמקשינן חליצה לדין הוא מטעם שכ' רש"י ונ"י פ' הנז' דחליצה דין הוא דגובה פתובתה וע"כ דזה ל"ה אלא מדרבנן וראיה דהא מד"ת אדרבה ד"מ חמור דבעינן ג' מןמחין סמוכין לרוב הפוסקים דקיי"ל עירוב פ"שיות פתיב ולגבי חליצה סגי בשלשה שיודעין להקרות אף דלענין ד"מ הן הדיוטות ופסולין אף בדיעבד מ"מ פשרין לגבי חליצה והטעם כמבואר ר"פ מצות חליצה זקני מבועי ליה לרבוניי אפילו ג' הדיוטות וע"ש פריטב"א דכתב זקני העיר והזקנים תרי זמני הו"ל מיעוט אחר מיעוט לרבות הדיוטות הרי דאקיל ביה רחמנא בגוף מעשה החליצה אף דדין הוא דגובה פתובה ואף אם פתובה דאורייתא מ"מ אין זה עיקר הדין וא"כ הא דמחמרינן שיהיה ביום מטעם פתובה ודאי הוא רק דרבנן ואם בד"מ בדיעבד הוא פשר למה נחמיר לגבי חליצה יותר וכן משמע מדקתני חליצה פסולה ומבואר ברמב"ם (פ"ד ה' כ"ו) מיבום וחליצה כ"מ שצאמר חליצה פסולה נאסרה על האחין ואף דכ' שם המ"מ דבמקצת מקומות מה"ת אינו כלום מ"מ פנראה ה' פסולה דחליצה בלילה ל"ה אלא פסול דרבנן ובדאי לא שייך למידרש ביה פכה לעכובא אם בדיעבד תחילת דין בלילה פשר לגבי ד"מ וראיות רמב"ן ורא"ש נגד רשב"ם פראי מוצקים: ומ"ש דבקה"ח מעכב מדכתיב חק ודאי דעת הרמב"ן ור"ן ורא"ש דמדילפינו ביום מדכ' משפט אף דבזה פתיב חק מ"מ שוב ילפינו משפט בדיינים ממשפט דכתיב ביה חק דמעכב ג"כ בלילה ואף דגמ"ד פשר בלילה הוא מדכתב ונשפטו העם בכל עת גלי קרא לילה לגמ"ד וע"כ הא דיילפינו בהקישא לגבי קדה"ח הוא אף לתחילת דין מ"מ פנין דגלי קרא לעכב אף בדיעבד שוב מעכב גם בדין ומה"ט לא ניחא להו לומר דלכך בקה"ח אף בדיעבד

אינו מקנודש דמקשינו למשפט דקנסות ושהוא כמו דנ"פ ובהו ל"מ אף בדיעבד משא"כ בד"מ וילחומרא דדיני קנסות מקשינו כמ"ש תוס' קידושין (דף ס"ג) דלכך אף למ"ד מד"ת חד פשר בד"מ מ"מ ממשפט דגבי גר דצריף ג' ילפינו דלחומרא מקשינו וה"נ נימא גבי קה"ח די"ל פוננתם דילפינו משפט דד"מ ממשפט דקה"ח דל"מ אף בדיעבד ועיין טורי אבן (רפ"ג) לדבריו א"ש בלא"ה דלגבי קה"ח ל"ש ביה לומר לחומרא מקשינו דאיכא בכל צד קולא וחומרא.

ועוד אם נאמר מדכ' כי חק לקף מעפב אף בדיעבד ילפינו נמי לדינינים דכתיב גבי פרשת נחלות והיתה לב"י לחוקת משפט אנרעה כל הפרשה פולה להיות דין פמבואר מס' ב"ב (דף קי"ג) ומדכ' ביום הנחילו את בניו ילפינו דדין הוא ביום וכמבואר שם וברשב"ם א"כ נימא דמעפב אף בדיעבד א"ו דמזה לשיתת הרשב"ם לא ילפינו לעפב א"כ לענין קידוש החודש נמי לא לעפב או דבכ"מ אף בדיעבד מעפב: וראיתי דבר תימא בספר אור זרוע (סי' תשמ"ה) שם כ' ואשר פתבת על המביא גט במדה"י אם צריף לינהר שלא תננו בלילה פינו דהוי דין לקיום הגט וקיום שטרות הוי מעשה ב"ד או שמה פינו דקיום שטרות דרבנו יכול ליתנו לה גם בלילה אע"ג דגבי ג' שנקנסו לבקר את החולה בלילה אין עושין דין אלמא כל מעשה ב"ד אף מדרבנן אין עושין בלילה דמתנות שכיב מרע מדרבנן כר"נ פ' מי שמת יש להעמידה במתנות שכיב מרע במקצת שיש בה קנין וכמ"ד מתנות שכ"מ דאורייתא אבל קיום שטרות דרבנן אפשר דכשר בלילה דהוי כגמר דין עכ"ל והוא השיב נפלאתי על חכם פמותה שאמה מביא מקיום הגט ושהוא דרבנן על נתינת גט לינה והאריף שם הרבה דגוף נתינת גט צריף להיות ביום.

ומאד תמהני דשמתק ליה דהוצרף לדחוק דאי קיום שטרות פשר בלילה לאוקמי הך דשלישה שנקנסו לבקר את החולה בלילה דאורייתא במקצת ובקנין הא בכולה בלא קנין ס"ל אם קיום שטרות פשר בלילה דין דשכ"מ ג"כ פשר בלילה הא ל"ד זה לזה פלל בקיום שטרות הטעם הוא הואיל דמדאורייתא ל"צ לקיים דל"חזיופא רק מדרבנן לכך הקילו כמו שפצינו לענין אין עד נעשה דיין ולכמה דברים (סי' מ"ו) פן י"ל דג"כ הקילו דמקיימין אף בלילה אבל במתנות שכ"מ דמד"ת ל"מ פלל בלא קנין ומעשיו דאין קנין לאחר מיתה רק מדרבנן תקנו דמתנתו פכתובה ומסורה דמי מטעם שלא תטרון דעתו ומ"מ פינו דהוי דין א"י לעשות בלילה דלא יש לזה עדיפות מקנין ממש המועיל מד"ת וכל מה דמהני בדיבור פיו הוא מדרבנן לכך בלילה אין עושין דין אבל במה שא"צ לשום דין מה"ת רק מדרבנן י"ל דכשר בלילה.

ומ"מ אנו קיי"ל (סי' מ"ו) דאין מקיימין שטרות בלילה וכ' שם באורים דאם עבר וקיימוה תלי במחלוקת הפוסקים אם עבר ודנו בלילה אי דיניהם דין. ולכאורה י"ל דקבלות עדות גרע מדין וכמו שכ' הקצוה"ח (סי' ה') דאף לדעת רשב"ם י"ל דקבלות עדות ל"מ בלילה אף בדיעבד אף י"ל להיפך פינו דקיום שטרות דרבנן בזה לכ"ע בעבר וקיימוה בלילה דמהני ועיין אה"ע (סי' קמ"ב): עוד ראיתי שם בא"ז דהעלה דגוף נתינת הגט פסול בלילה דלכ"ע פתחילת דין הוא וכ' וז"ל ותו נראה בעיני אף למ"ד חליצה כגמ"ד מודה בנתינת גט דהוא תחילת דין שאני אומר הא דפליגי לענין חליצה לאו מטעם פתובה אלא מפני שבימה לשוק בלאו והשתא דמתחיל להתיירא ולתקן הוא כגמ"ד מפני

שְׁבַחֲיִי בַעֲלֵה הִיָּה בְּאִסּוּר מִיָּתֵה מֵת בַּעֲלֵה פִקְעָה מִיָּתֵה חֲלִיץ לְהַפְקַע אִסּוּר לְאוּ וְדָמִי  
לְגַמֵּר דִּין אֲבָל נְתִיבַת גֵּט מִפִּי יְהִיב לָהּ גִּיטָה פִקְעָה לָהּ כָּל אִסּוּר וְלֹד"ה פְּתֻחֵילַת דִּין  
הַלְפָּה בְּלִילָה לְאוּ פְלוּם הוּא אֲפִילוּ מִיָּדוּ לִיָּדָה וְכִבֵּר הָאֲרִיכוּ אַחֲרוֹנִים בְּזֶה דְהֶגֶט לֵב ב"ד  
וּבִימֵי חֲנוּכָּה פְתֻחֵי בְּזֶה הֶרְבֵּה בְּתַשׁוּבָה וְאַפְסֵי קִצְהוּ מְבֹנָאָר בּוֹד"ח דִּינֵי גִיטִין.

רַק נִתְעוֹרְרָתִי עִתָּה בְּדִבְרֵי דִס"ל דְּהָא דְחֻלְצָה בְּלִילָה פְּסוּל לְאוּ מִטַּעַם פְּתֻחָה הוּא רַק  
הוּאִיל דְּמִתִּיר' לְשׁוּק וּמִמִּילָא אַף בְּאַרוּסָה דְלִית לָהּ פְּתֻחָה ג"כ פְּסוּלָה וְדִלָּא כְּמוֹ שְׁהַעִיר  
הַנּוֹ"ב מֵהַד"ת אַה"ע (ס"א ק"ד) לֹמֵר דְּאַף דְּפִסְקִינָן בַּאֲה"ע דְּחֻלְצָה בְּלִילָה חֻלְצָתָה  
פְּסוּלָה הוּא דְּנֻקָּא בְּנִשְׁוָאָה דְּמִיחְשָׁב דִּין אֲבָל בְּאַרוּסָה יֵשׁ לְהַקְל וּלְפָנֵינוּ מְבֹנָאָר דְּלֹא כֹן  
הוּא.

וּמַה"ט דַּא"ז דְּלִכְּהָ הָיִי פְּדִין הוּאִיל דְּמִתִּירָה לְשׁוּק וְכֹן בְּגִט א"ש דְּהָא אַף דְּאִין דְּנִין בְּלִילָה  
מ"מ אִם קְבֻלוּהוּ עֲלֵיהֶם מְהֵי א"כ אִם בְּחֻלְצָה דְּהָיִי דִין יְהִיָּה עֵיקַר הַטַּעַם מִשׁוּם פְּתֻחָה  
וּשְׁאָר חִיּוּבוֹ שָׁל בַּעַל יְהֵי בְּלִילָה אִם קְבֻלוּ שְׁנֵיהֶם וְלִהְדִּיא מְבֹנָאָר בְּרַא"ש פ' מַצּוֹת  
חֻלְצָה דִל"מ אִם קְבֻלוּ עֲלֵיהוּ ב"ד שָׁל גָּרִים אַף דְּכָשֵׁר לִד"מ ל"מ קְבֻלָּה וְאַף דְּשָׁם הוּא  
מְדַכְתִּיב בְּיִשְׂרָאֵל וְלֹא בְּגָרִים הוּא מְגוּזָה כ"מ מ"מ מְסַתִּימוֹת הַמְּשֻׁנָּה וּפּוֹסְקִים דְּחֻלְצָה  
בְּלִילָה פְּסוּלָה מִשְׁמַע אַף בְּקְבֻלוּ עֲלֵיהוּ וְכֹאֵן לְפָנֵיהֶם לְחֲלוּץ בְּלִילָה דְּזֶה הָיִי קְבֻלָּה בּוֹד"מ  
וּמְהֵי וּבְחֻלְצָה ל"מ וְאַמַּי פִּינֹן דְּעֵיקְרוּ דְּבַעֲי בְּיוֹם הוּא מִשׁוּם ד"מ וְלִדְבָרֵי הַא"ז א"ש  
דְּלַעֲצֵם הַתְּרוֹת הַחֲלוּץ' בְּעֵינֵן ב"ד וּבְיוֹם: וְעֵינֵן רִדְב"ז (ח"א ס"א פ"ד) שְׁכ' לְהַתִּיר לְגֵרֵשׁ  
בְּלִילָה וְדִלָּא כַּא"ז וְאַחַד מְרַאֲיוֹתָיו דְּאִי הָיִי פְּתֻחֵילַת דִּין פְּחֻלְצָה לִיְבַעֲי תִלְתָּא דְּלִיָּהוּ  
ב"ד בְּשַׁעַת נְתִיבָה א"ו דִל"ד לְחֻלְצָה עֵי"ש בְּדִבְרֵי וְכֹנְרָאָה ל"ה לְפָנֵינוּ דְּבָרֵי הַא"ז דְּכ'  
לְהִדְיא דְּבַעֲי ב"ד וּבְשָׁנִים סְגִי וְכ' עוֹד וְתוֹ אִיפָּא טַעְמָא אַחֲרֵינָא דְּהָא אִם קְבֻלוּ עֲלֵיהֶם  
דִּין לִילָה פְּשָׁר אַף בְּגִט נְמִי אַע"ג דְּכְתִיב בִּיהַּ מִשְׁפָּט אִם קְבֻלוּהוּ עֲלֵיהֶם בְּלִילָה פְּשָׁר  
דִּמ"ש גֵּט מִפְּלֵ הַדִּינִים וְהַעֲדוּת עֵי"ש וְלִדְבָרֵי א"כ בְּחֻלְצָה נְמִי נִימָא כֹן דִּיּוֹעִיל קְבֻלָּה  
לְחֲלוּץ לְפָנֵיהֶם בְּלִילָה וְזֶה נְדָאִי לָא נְהִירָא כְּמִבְּנָאָר מְחַתִּימַת הַפּוֹסְקִים וְעֵינֵן תַּה"ד (ס"א  
רַכ"ז) וְלִמ"ש הַא"ז א"ש דְּעַצְמָם הַתְּרָה לְשׁוּק הוּא כְּמוֹ דִּין וּבְזֶה ל"מ קְבֻלָּה אַף בְּקִנְיָן  
דְּבִמְמוֹן הוּא עֵינֵן אַחַר וְיִכּוֹל לְמַחְנֹל וּלְהַקְנוֹת וְחֻז"ל יֵשׁ לָהֶם כֹּחַ לְתַמְנֹן וּלְעֲשׂוֹת הַפְּקָר  
ב"ד מִשָּׂא"כ בְּאִסּוּר בְּפִרְט לְהַקְל וְאַף לִמ"ש רַש"י וְנ"י דְּמִטַּעַם דִּין מְמוֹן הָיִי כְּמוֹ דִּין  
פְּסוּל בְּלִילָה אַף אִם קְבֻלוּהוּ עֲלֵיהוּ פִּינֹן דְּפִתְיָהּ בִּיהַּ אִסּוּר ל"מ הַקְּבֻלָּה.

וּקִצְתָּ י"ל דְּהָא דְּדַעַת רַשְׁבָּ"ם דְּבְדִיעֵבַד אִם עָבְרוּ וְדָנוּ בְּלִילָה דְּדִינָם דִּין הוּא מַה"ט הוּאִיל  
דְּגַם קְבֻלָּתָם מְהֵי לְדוֹן וְכִינֹן דְּתִלְיָא בְּבַע"ד לְכָה סוּבֵר דְּבְדִיעֵבַד מְהֵי מִשָּׂא"כ בְּקִדּוּשׁ  
הַחוּדָשׁ וְכֹן בְּחֻלְצָ' דְּלֹא תִלְיָא בְּרַצוֹנ' וְאַף בְּקְבֻלוּ עֲלֵיהֶן הִיבָּם וְהִיבָּם ל"מ וּפְסוּלָה  
הַחֻלְצָ' בְּלִילָ' לְכַתְּחִיל' לְכָה אַף בְּדִיעֵבַד ל"מ.

וְעֵינֵן תְּשׁוּבַת מַהר"מ אֲלִשְׁקָר (ס"א ט"ו) דְּכ' אַחַר שְׁהַעֲלָה דְּגַם הַרְשָׁפ"ם חֲזַר בּוֹ וְסוּבֵר  
דְּאַף בְּדִיעֵבַד ל"מ אִם קְבֻלוּ עֲדוּת בְּלִילָה וְכ' וְכ"ש עֲדֵי נָשִׁים דַּאֲע"ג דְּקָא מְדַמֵּין לָהּ  
לִד"מ לְעַנְיָן דּו"ח לְעַנְיָן קְבֻלוֹת עֲדוּת בְּיוֹם אֲפֻשָׁר דְּמְדַמֵּינָן לָהּ לִדְנ"פ דְּאִין גּוֹמְרִין בְּהוֹן  
אַלָּא בְּיוֹם ע"ש דְּמִשְׁמַע דִּס"ל דְּאַף גַּמ"ד צָרִיף שְׁיָהִיָּה דְּנֻקָּא בְּיוֹם בְּעַדֵי נִשְׁוֹאִין וְקִדּוּשִׁין  
וְגִיטִין וְזֶה צ"ע דְּלֹא רִאִיתִי נוֹהֲגִין כֹּן וְאַדְרָבָּא קְבֻלוֹת עֲדוּת אַף בְּלִיפָּא בְּהוֹ אַף חַד דְּגַמֵּר  
מְהֵי כַּמ"ש רַשְׁבָּ"א בְּתַשׁוּבָה וְכֹן הַעֲלָה הַמְרִיב"ל (ח"א כָּלֵל ג' ס"א ח"י) וְעֵינֵן תְּשׁוּבַת

מהריק"ש באַהלי יַעקב (סי' כ"ז): ויש להסתפק בעדי קידושין שרצו להעיד על פלונית שנתקדשה והתרצה לקבל עדותן בלידה אם מהני הקבלה ולכאור' לאסר' לכ"ע שידונו בפאו עליה פכאו על א"א י"ל דל"מ פינון דמן הדין עדותן לאו עדות הוא פשקבלו בלידה ובנדאי פל שהעידו בלידה יכולין לחזור ולהגיד ועיין תשובת מהרח"ש (סי' ח"י) דכ' לחלק בין אם נתקבל עדות שלא בפני בע"ד והעידו עכ"פ בפני ב"ד לכן דעת רמ"ה שאין חוזרין ומגידין בפני בע"ד ול"מ לחזור ולהגיד בפני בע"ד דאם העידו שקר לא יחזרו בהם ובעידי לאחזוקי שקרייהו פדי שלא יחשבו אותם שהעידו שקר תחילה לפי של"ה שם בע"ד או שמעידים עכשיו שקר להחניף לבע"ד משא"כ בעדות לילה שאם טעו גורעין ומוסיפים בעדותם שאין חשד בדבר דמה לי יום מה לי לילה לומר שבשביל כך שקרו תחילה לכף לא כתבו פן הפוסקים בעדות לילה דהגדה בלידה הוי לגמרי פחוז לב"ד דאינם דיגינים.

וכן מבואר מתשובת רשפ"א בת"א (סי' שכ"ז) דלילה גרע משלא בפני בע"ד ואף בעדים רדופין לילה למדה"י אין מקבלין בלידה. וא"כ אף אם קבלה האשה לב"ד שיקבלו בלידה עדותן מ"מ לגבי כ"ע י"ל דלא תורת ב"ד עליהו והוי פלא נתקבל עדות פלל.

אולם לגבי האשה יש לומר דמהני הקבלה באסורה מטעם שניה נפשה ח"ד פינון שהתרצה לקבל עדותן ואף דל"ש קנין בזה ובנדאי לכ"ע קודם שהעידו יכולה לחזור מ"מ אחר שנתקבלה עדותן י"ל דשוב א"י לחזור מטעם שניה אנפשה ח"ד ואף דהיא אומרת לא נתקדשתי מ"מ פינון שהתרצה שהב"ד יקבלו עדות וידונו עפ"י עדותן אף דל"ש בזה שום קנין מ"מ י"ל דהוי כהודה שעדותן עדות עפ"י חק התורה וממילא הוי פשוטה אנפשה ח"ד ודומה קצת לדברי ראב"ד בהא דחקם שאסר דא"ח רשאי להתיר וכ' דהוא מטעם דשניה אנפשה חד"א והיינו דבעלים שוין נפשי' חתיכה דאיסורה לאסור מה שהחקם יאמר לו ועיין תנאים (סי' כ"ה ס"ק י"ג) ואף דלא קבל עליו בשום דבר רק ששואל ממנו להורות לו אמרינן דחל הוראתו והוי פקבל ע"ע אף אם ידענו שטעה כמו כן י"ל אף אם האשה מכחשת וטוענ' ברי שלא קבלה קידושין מ"מ אם קבלה עליה לקבל העדות אף בלידה שוי' נפשה חתיכה דאיסורא ואף דיש לחלק דשם שואל את הדין להורות לו הספק הנופל ואף אם השואל יודע הדין מ"מ יש לומר דשוין אנפשי' חתיכה דאיסורא להורות פפי אשר תשיג יד החכם משא"כ אם היא יודעת בברי שלא נתקדשה יש לומר דדעתה הנה שבנדאי העד יגיד אמת ולא ישקר מ"מ י"ל פינון דהספימ' לקבל עדותן שניה נפשה ח"ד כפי אשר יעיד העד: וראיתי בתשובת ר' אלי' מזרחי (סי' כ"ד) שדן בעד קידושין שהלכו הדיינים בבית אבי הנצורה ואמר להם הוא נחתנו שיבררו הענין וישאלו להעדים והיו רק שני דיינים וקבלו עדותו ואחר ימים חזר מעדותו וכתב אף דע"י קבלה לכ"ע דיניהם דין מ"מ העדים יכולין לחזור בהם וא"ב משום חוזר ומגיד וכתב דאם קבלו רועה בקר אחד לדנין שדינו דין היתכן בזה לומר שגם קבלות עדות שלו היא הגדת עדות בב"ד שלא יוכלו לחזור זה רחוק מן השכל דנהי דהתובע והנתבע קבלוהו עליהם כב"ד של ג' מ"מ העדים לא קבלוהו עליהם ול"ש בזה א"ח ומגיד עי"ש מבואר בדברינו דנוקא אם העדים חזרו מדבריהם אבל אם לא חזרו מהני הקבלה שקבלוהו עליהו לדון בעדותן אף שעפ"י חקי התורה אין שם ב"ד עליהו לקבל עדות



מ"מ מהני הקבלה אף לעגנו לאסרה כמקודשת וע"כ דאתי עלה מטעם שויה אנפשה חתיקא דאיסורא.

כרם שם בנדונו כ' דאבי הנערה נחתנו קבלו עליהו דאמרו להו שיבררו זה העגנו וישאלו להעדים ולא נזכר שם כלל שהמתקדשת בקשה מהם שיבררו ואינו מוכן מה מהני קבלות אביה פינו שפבר יצאה מרשות אביה כמבואר שם שכל השאלה הנה שקודשה א"ע וצריף לומר דס"ל דמסתמא התרצה בתו לכל מה שיעשה אביה ודין קבלתו כמו אם קבלה היא עליה רק שסובר דהעדים יכולין לחזור ולהגיד דקבלתם ל"מ לגבי העדים.

וא"כ כמו כן נמי אם התרצה שיקבלו העדות בליה י"ל נמי דאסורה לשוק ומהני קבלתה מטע' שוי' אנפשה ח"ד. ובס' כנה"ג (סי' ה' אות ט') פתב דקבלת הבצעלי דינים מהני.

ומיהו דוקא בד"מ אבל בדיני נפשות אין שומעין להם והה"ד לדיני גיטין וקידושין וכל דיני נשים דדמי לדיני נפשות בזה אפילו למ"ד דדמו לד"מ בדברים אחרים מהר"ם ז"ל בתשובותיו (סי' כ"ח) עכ"ל ונחפשי בתשובת מהר"ם ול"מ רק שם (סי' כ"ט) כ' כשפאו לדון בליה ואמרו אנו מקבלים עלינו דין שלכם כ"ד שפמון והם מקבלי עליהם הרשות בידם כמו נאמן עלי אבא ע"ש ואולי דן מזה הכנה"ג מדכ' כל דבר שפמון הרשות בידם דמשמע בעניני קידושין דל"מ ומ"מ צ"ע אם ל"ש בזה לומר שוי' נפשי חתיקה דאיסורא אם קבלוהו עליהו הדין די"ל דלהחמיר מהני וצ"ע: וראיתי בתשובת מהר"ם די בוטון (סי' י') שכ' בפטר קידושין ונהעד צנה לאחר וחתם במהס"ק דאינו פלום כמו שכ' הרשב"א מובא ב"י (סי' מ"ה) וכ' דאף דהרשב"א פתב במקום שנוהגי שהסופ' חותם ע"פ העד במ"ק דאם קבלו עליה בני העיר לעשות עדותו פעדות העד פשר דהו"ל פנאמן עלי אבא דלא אמרו הרב זולת בד"מ וטעמו דהו"ל פנאמן עלי דכיון שקבלו עליהם בני העיר פתיבת הסופר פתימת העד מחלו ממונם זה לזה בקבלות פסול לעדות אבל בדיני גיטין וקידושין דל"ש טעם זה דאם קבלו פסולים לעדות עליהם האיש והאשה לא מהני ודאי דל"מ מנהג העיר לזה עכ"ל ויש לדקדק בדבריו דאם קבלו האיש והאשה עליהם פסולים לעדות ודאי על גוף הקידושין שצריף עדים דאין דבר שבערנה פחות מב' ל"מ דצריף שיהיו פשרים לגבי עלמא אבל אם האשה קבלה בפירוש פסולי עדות שיעידו על גוף מעשה קידושין שהיה בפני עדים פשרים י"ל דמהני עדותן מטעם דשוני נפשיה חתיקה דאיסורא וכמו שפראה מדברי רבינו אלי' המזרחי ה"ל והמענין בתשובת מהר"ם די בוטון יראה שהביא שם דברים מן תשובה הנז' שבס' תשובת רבינו אליהו מזרחי ומהתימא שלא הרגיש בה"ל: והנה הא דל"מ אם דנו בליה הוא דוקא כשדנו בכפיה אבל אם פאו לפנינו הוי פקבלו עליהו וכמו שפתיבתי לעיל (סוף סי' י"א) משם הרדב"ז כשיטת הב"ח ולכאורה יש לדון דבכפיה לכ"ע אף בדיעבד אין דיניהם דין דהא לרוב הפוסקים אף בד"מ הודאות והלואות צריף מה"ת לדון בסמוכין נאנן הדיוטות אנו רק אנו שליחותיהו דקמאי עבדינו וכבר פתב הר"ן דגם להדיוטות אסור שישתמשו בכתר מןמחין וכשם שפאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות חל האיסור ג"כ על דיני הדיוטות רק מפני נע"ד הקילו וגם אינם משתמשין בכתר של סמוכין פינו דלא פאו בכח עצמן רק שליחותיהו דקמאי ועיין תוס' גיטין (דף פ"ח) דאף דעכשוו אין מןמחין בא"י מ"מ שליחו דקמאי עבדינו ובתשובת גו"ר או"ח (פ"ל ג' סי'

ט"ו) העיר היא פניו שְׁכָבָר מְתוּ פְסָקָה שְׁלִיחוּתֵיהוּ וּע"כ צָרִיף לומר דעכ"פ מִפְּנֵי תִיקוּן עוֹלָם יְכוּלִין לְדוֹן בְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקַמְאֵי אַף אִם כָּבָר מְתוּ אָבָל מ"מ כָּל פַּח הַדִּין הוּא בְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ א"כ י"ל דְלָזָה לֹא נִתְּנוּ הַסְמוּכִין פַּח לְהַדְיוּטוֹת שְׂיֵהִיו כְּשִׁלּוּחִין אִם יַעֲשׂוּ שְׂלֵא פְדִין וְיִדְוֹנוּ בְּכַפֵּיהּ בְּלִילָהּ וּבַס' שַׁעַר הַמְּשַׁפֵּט כ' דלכ"ע יְכוּלִין לְחַזֵּר מִטְעָנוֹתֵיהֶם כִּינּוּן דְמִירֵי שְׁדָנוּ בְּכַפֵּיהּ וַעֲשׂוּ שְׂלֵא פְדִין יְכוּלִין לומר מְשַׁטָּה הֵינּוּ בְּהֶם וּלמ"ש אַף בָּאִם א"ח מִטְעָנוֹתֵיהֶם מ"מ נִתְּבַטַּל הַדִּין כִּינּוּן דְטָעוּ וְעוֹתוּ וַעֲשׂוּ שְׂלֵא פְדִין לְדוֹן בְּכַפֵּיהּ בְּלִילָהּ לָזָה לֹא נִתְּמַנּוּ לְשִׁלּוּחִין.

ואולי י"ל דְלָקַל עֲנִינִים נִתְּנוּ לָהֶם חז"ל הַסְמוּכִין הַפַּח לְדוֹן בּוֹזָה"ז בְּמִלְתָּא דְשְׁכִיחָא וְכָל מַה דְתַהֲנִי בְּסְמוּכִין בְּדִיעֵבַד וְעָבְרוּ כֵן נָמִי מְהֵנִי בְּהַדְיוּטוֹת. וְכֵן מוֹכַח מִפְּמָה דְוָכְתִי בַש"ע כְּמוֹ בְּשַׁבַּת וּי"ט דְאָסוּר לְדוֹן וְאִם עָבְרוּ וְדָנוּ דִּינֵיהֶם דִּין כְּמַבְנָאָר (סי' ה') וְכֵן (סי' ז') בְּאוֹהֵב וְשׂוֹנֵא דכ' הַרְמ"א אִם דָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין וְעִי"ש בְּתוֹמַי' (ס"ק ח') מִתְּשׁוּב' חוֹת יְאִיר דִּי"ל אַף דְדָנוּ בְּכַפֵּיהּ וְעוֹד מְצִינּוּ בְּכַמָּה דְבָרִים מַה דְאָסוּר לְדוֹן לְכַתְּחִילָהּ וְאֵעִי"כ בְּדִיעֵבַד דִּינֵיהֶם דִּין וְע"כ צָרִיף לומר דְכָף תִּקְנּוּ חז"ל כָּל דְנִתְּנוּ רז"ל רְשׁוּת לְהַדְיוּטוֹת לְדוֹן בְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ מְהֵנִי אַף אִם עָבְרוּ כְּמוֹ דְמַהֲנִי בְּדִיעֵבַד לְגַבֵּי סְמוּכִין וְאַף דִּי"ל דְאִין שְׁלִיחַ לְדַבֵּר עֲבִירָה וּל"מ שְׁלִיחוֹת לְד"ע הֵגַם דְהִיכָא דְלִיכָא עֲבִירָה גַבֵּי הַמְּשַׁלְחִים וְלִיכָא צִוּוּי שְׁלָהֶם וְדוּמָה לְעוֹשֶׂה שְׁלִיחַ לְשַׁחוּט וְשַׁחַט בְּשַׁבַּת וְהִלָּף הַשְׁלִיחַ וְטַבַּח בְּשַׁבַּת כִּינּוּן דְלֹא עֲשָׂאוּ שְׁלִיחַ לָזָה גוּף הַשְׁלִיחוֹת לֹא בְּטַל כְּמַבְנָאָר בַּמ"מ (פ"ג) מְגַנְיָבָה וְה"נ הֵמָּה נַעֲשׂוּ שְׁלִיחוֹת בְּסִתְּמָם לְדוֹן עַפ"י אֹפְנִים הֶרְאוּ עַפ"י הַתּוֹרָה אַף לְכַתְּחִילָהּ מ"מ אִם עָבְרוּ וְדָנוּ בְּשַׁבַּת וְכַדוּמָה מ"מ לֹא נִתְּבַטַּל גוּף הַשְׁלִיחוֹת וּמַהֲנִי הַדִּין מ"מ הֵיךָ מְקוּם לומר כִּינּוּן דְכָל תּוֹקֵף הַדִּין הוּא מְשׁוּם דְעֵבְדוּ שְׁלִיחוֹת דְקַמְאֵי וְכַשְׁמַשְׁנוּ מִדְעַת מְשַׁלְחָם לֹא הֶרְשׁוּהוּ הַחֲכָמִים לְדוֹן כ"א עַפ"י דְעַת חז"ל וְשְׂלֵא לְעַבְרוֹר עַל תִּקְנָתָם וְכַשְׁעָבְרוּ עַל דְבַרֵּיהֶם בְּטַל הַשְׁלִיחוֹת וְהֶרְשָׂאָה מֵהֶם מ"מ מְוָכְרַח לומר מִן מְקוּמוֹת הַנָּ"ל דְלֹא נִתְּבַטַּל.

שוב ראיתי בתומים (סי' ג' סק"א) שפכת שם סברא הזאת ליישב דברי רמב"ם דמה"ט השתא שנים שדנו אין דיניהם דין אף אי מד"ת חד פשר מ"מ כִּינּוּן דְלְכַתְּחִילָהּ צָרִיף ג' כְּתִקְנָת חֲכָמִים מ"מ שְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקַמְאֵי ל"ש כְּשִׁעָבְרוּ דל"ש שְׁלִיחוֹת דְקַמְאֵי הַסְמוּכִים דַּע"ז לֹא עֲשׂוּהוּ לְשִׁלּוּחִין לְדוֹן פְּחוֹת מַג'.

ולמ"ש מוֹכַח דְאִף הִיכָא דְלֹא עֲשׂוּ כְּתִקְנָתָם מ"מ מַה שֶׁהֵנָּה מְהֵנִי אִם עָבְרוּ הַסְמוּכִין מְהֵנִי ג"כ לְגַבֵּי הַדְיוּטוֹת הַבָּאִים בְּשְׁלִיחוֹתָם וַיֵּשׁ לִיִּשְׁב שָׁם דְבָרָיו עַפ"י דְרַכּוּ: [וי"ל הָא דְנִשְׂאֵל מְהֵרִיב"ל (ח"ד ס"א) בְּעַד שְׁרָצָה לְהַעֲיֵד עַל קְדוּשֵׁי אִשָּׁה וְהַב"ד לֹא רָצוּ לְקַבֵּל עֲדוּתוֹ כִּי ל"ה נֶאֱמַן אֶצְלָם וְאִיִּמוּ עָלָיו שִׁשְׁבַע עַל עֲדוּתוֹ וְהַעֲיֵד שְׂלֵא בְּרָצוֹן ב"ד וְשְׂלֵא בְּפָנֵי אִשָּׁה וְאַחַר יָמִים חָזַר מְעֲדוּתוֹ וְדָן שָׁם הַמְרִיב"ל אִם הֵנִי עֲדוּת כִּינּוּן שֶׁהַב"ד לֹא רָצוּ לְקַבֵּל מִמֶּנּוּ י"ל דְיָכוֹל לְחַזֵּר וְהַעֲלָה דְבַכָּה"ג כִּינּוּן שֶׁהַעֲיֵדוּ שְׂלֵא בְּפָנֵי בַע"ד יְכוּלִין לְחַזֵּר מוֹבָא בְּכַנָּה"ג (סי' כ"ח אוֹת צ"ה) בְּהַגְהוֹת ב"י וְשׁוּב (סי' כ"ט אוֹת ה') וְלְכַאוּרָה מַה סִּפְק יֵשׁ בְּדָבָר וְכִי הַב"ד צָרִיף דוֹקָא לְכוּנֵן לְקַבֵּל עֲדוּתוֹ וּלמ"ש י"ל כִּינּוּן דְעַכְשָׁיו אֲנִי לָאו ב"ד נִיגְהוּ רַק בְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקַמְאֵי וְכִינּוּן דְלֹא רָצוּ לְקַבֵּל עֲדוּתוֹ בְּלַעֲדֵי ע"י שְׁבוּעָה ל"מ עֲדוּתוֹ בַּע"כ דְלֹא יְכוּל לְכוּף אוֹתָן בַּע"כ שִׁיעֲשׂוּ שְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקַמְאֵי וְהֵנִי כְּמַעֲיֵד שְׂלֵא בְּפָנֵי ב"ד דְלָאוּ שָׁם ב"ד עֲלִיָּהוּ מַד"ת וְלִקְמָן דִּינֵי עֲדוּת יְבִנְאוּר אִי"ה בְּזָה עוֹד מְטַעַם

אחר פינו דהא דא"ח ומגיד כ' הריטב"א הטעם דיקום דבר פתיב ואם יכול לחזור פיצד נאמר יקום דבר ולכך י"ל דוקא כשהב"ד האמינו לו וקבלו עדותו אז יקום דבר וא"ח ומגיד אבל אם מיד איתרע לגבי ב"ד דברי עדותו וקששו שלא להאמין בו עד שישבע פי לפי אומד דעתו ראו שהיא דין מרומה פמבואר שם א"כ לא נתקבלו דבריו ולא קרינו ביה יקום דבר ויכול לחזור ולהגיד] סי' יד אם קבלו עדות בליקלה כ' הסמ"ע דלכ"ע אין דנין באותו עדות דהוי פלכתחילה וכ"כ האורים ומשמע דס"ל דבזה גם הרשב"ם מודה.

ולכאורה המעיין ברשב"ם ב"ב משמע להיפך ויש ללמוד בדבריו דאם דנו בליקלה מודה דל"מ אף בדיעבד רק אם קבלו עדות בליקלה בזה סובר דאף לכתחילה יכולין לדון ביום עפ"י קבלות עדות שבליקלה דז"ל שם (דף קי"ד) אם ביום ראו דמצי לדון את הדין אז דלא תהא שמיעה גדולה מראיה מה לי אם ידונו עכשיו אם למחר ובליקלה א"י להיות דנין והו"ל עדים בראיית ליקלה דל"מ למימר לא תהא שמיעה גדולה מראיה דהיא ראיה ל"ח לה פעדות שהועד בפניהן אלא היכא דראו בפעיה שיכולין לעשות הדין אבל היכא דראו בפעיה שאין יכולין להיות דנינין כגון בליקלה ההיא ראיות עדים הוא שרואין בדבר ולא להיות דנינין היא והלכך עפ"י ראייתו דהיינו פאלו הם עדים א"י הן עצמן להיות דנינין עפ"י ראית עצמן דאין עד נעשה דנין ומיהו ב"ד שהעידו לפניהם עדות בליקלה עדות גמורה הוא ויכולין לדון למחר ביום אבל ראיה דידהו שרואין בליקלה ל"ח פאלו הועד לפניהם בליקלה דכיון דל"ח בההיא שעמא לדינא ראיה דידהו אינה כשמיעה ממש ששמעו מפי עדים בליקלה אלא הן עצמן נעשו עדים ושוב לא יהיו דנינין בעדות עצמן אא"כ יעידו אחרים בפניהם עכ"ל הרי מבואר דסובר פינו דאין יכולין לדון בליקלה חל עליהן תורת עדות ואין עד נעשה דנין אבל ע"י קבלות עדותן אף שא"י אז לדון מהני הקבלה שידונו למחר אף לכתחילה וראיתי בתשב"ץ (ח"א סי' א' דף ו' ע"ד) שכ' דקבלות עדות בג' פעינן שהרי דין גמור הוא ואיכא למימר דלתחילת דין דמי ולא מקבלינן בליקלה וכ"כ הרמב"ם ז"ל ואם קבלו עדות בליקלה לאו פלום וכמ"ש הרמב"ן ז"ל אעפ"י שלא כ"כ הרמב"ן ז"ל [וט"ס הוא פנראה וצ"ל הרשב"ם ז"ל] ולא משום דס"ל דלאו דין הוא אלא דס"ל שהיא פגמר דין דבליקלה פשר עכ"ל הרי דס"ל ג"כ בדעת רשב"ם דרק קבלות עדות בליקלה מהני אבל לדון בליקלה י"ל דגם לדעת רשב"ם אף בדיעבד ל"מ ומ"מ דעת כל הראשונים דקבלת עדות ל"מ אף בדיעבד ובקצוה"ח (סי' ז') כ' להוכיח מדברי רשב"ם פשיטת הב"ח דאם ראו בשבת ויו"ט אף דפסילי לדון אז הוא רק מדרבנן מ"מ אין נעשין דנינים ולמ"ש אינו ראיה פלל וכן מה דכתב דלשיטת תוס' רמב"ן ורא"ש דיש להקל פבר השיג עליו אמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים (סי' ד') בדברים נכונים: עוד פתב הקצוה"ח להוכיח פשיטת הב"ח מהא דשנים אין עושין דין אף דלדעת רמב"ם מד"ת חד פשר ובדרבנן עד נעשה דנין א"ו דל"א מדרבנן עד נעשה דנין רק היכא דגוף העדות א"צ מד"ת אבל היכא דצריף מד"ת וראו בפעיה שאין דנין מדרבנן ג"כ אינו נעשה דנין לפי שנעשה' עד.

וכדבריו משמע מדברי ריטב"א גיטין (דף ה') דכתב והא דבדרבנן עד נעשה דנין לא פכל מילי דרבנן קאמר אלא בקיום שטר לבד. אולם ברמב"ם (ספ"ה) מעדות כ' בד"א דבר שצריף עדים מה"ת וצריף דנינים לדון באותו דבר מה"ת אבל בשל דבריהם עד נעשה דנין פיצד אחד שהביא גט כו' וכן פל פיוצא בזה מבואר דבכל דרבנן עד נעשה

דיין וכן בקל דבר שא"צ ב"ד רק מדרבנן ומ"מ בשנים שראו בלילה לו יהא דמד"ת א"צ רק אהד לדיין מ"מ עד א"נ דיין ועל כ"א תורת עדות: והנה דעת הב"ח דגיטין וקידושין מדמינן ליה לדיני נפשות ולגבי דנ"פ קיי"ל כר"ע דסובר מס' מפות (נ"ב) סנהדרין שראו באהד שרג את הנפש צריכין להעיד בפני ב"ד ול"א בהו ל"ת שמיעה גדולה מראה.

והתומים משיג עליו וכתב דלא מצא פוסקים לפסוק כר"ע ואדרבה מש"ס סנהדרין (נ"ב ע"ח) דאמר רבא בסנהדרין שראו בטריפה שרג את הנפש מקיימין ובערת הרעה מקרבה ושם איירי דראו ביום דבלילה הוי עדים והוי עדות שאי אתה יכול להזימן וכתב דדברי הב"ח אין לו קיום במשפט.

אולם ברמב"ן וריטב"א מכות שם כתבו והלקתא כר"ע והקשו מדברי רבא סנהדרין הנז' וכ' דשאני התם שאי אפשר לדונו בפני עדה אחרת הלכך דיינו לי' אינהו משום ובערת הרעה עי' שפרטב"א דכ' הא דפרישנא טעמא דר"ע מס' סנהדרין משום דכ' והצילו העדה וכינן דחזו דקטיל נפשא תו ל"ח ליה זכותא עיקר מלתא הוא דעיקר דרשא הוא מדכתיב עד עומדו לפני העדה למשפט ובמס' סנהדרין טעמא לקרא גינהו עיי"ש.

ובזה יש מקום לדברי הב"ח דלמה נחמיר השתא בדיני גיטין וקידושין דלא דינינן דיני נפשות וכמו דדינינן השתא דינא גו"ק אף דשייכי בדיני נפשות ול"ב ב"ד של כ"ג וע"כ משום דהא דבעי דיני נפשות כ"ג משום עדה שופטת ועדה מצלת ואין ב"ד שקול וה"ט ל"ש השתא ולכך סגי בב"ד של ג' ומה"ט נמי אמאי אין עד הרואה נעשה דיין וכן השיג בס' מחנה יהודא על הב"ח.

ולדברי ריטב"א י"ל דעיקר הטעם הוא גזה"כ דעד הרואה א"נ דיין בדנ"פ ובסנהדרין לא קאמר רק טעמא דקרא אבל מ"מ אף במקום דל"ש הטעם הוא גזה"כ בדיני נפשות וכן משמע קצת בתוס' מפות (נ"ב ו') דכ' האיה מציינו דינו ורגלינו בגיטין וקידושין שהוא במעמד קרובים ואפילו לר' יוסי דאינו פוסל רק בדנ"פ מ"מ גיטין וקידושין לדנ"פ דמאי והיינו ע"כ אף דכל מאי דצריף עדים הוא מגז"ש דדבר דבר ממזון וכינן דלר"י פשר בד"מ למה נפסל בגו"ק וע"כ דסברי דבמקום הכחשה ילפינן מדכתיב לא יקום עד אהד ובעינן בהו שני עדים הפשרים לדנ"פ כינן דבא לידי דיני נפשות ועכ"פ מאי קשיא להו לדידן השתא דל"ש דנ"פ ושם ג"כ עיקר הטעם לר"י דכשר בד"מ או מטעם ושפטו עדה פוסל בד"נ כמ"ש רש"י או כמ"ש תוס' שם מגזה"כ עכ"פ השתא דל"ש דנ"פ ל"ק א"ו דמ"מ כינן דגזה"כ הוא לגבי דנ"פ לא פלוג וכל דשייף לגבי דנ"פ צריף שיועיל עדות המועיל בדנ"פ אמנם בתשובת ריב"ש (סי' שפ"ט) מבואר להדיא דדבר שבפירוה דיני ממונות ואמרינן בהו עד נעשה דיין ועמ"ש בד"ח סוף דיני גיטין: ודע די"ל הא דאין עד נעשה דיין בד"מ הוא דוקא לדון בכפייה אבל אם באו מעצמם לדון והדיינים יודעים בדבר י"ל דרשאין לפסוק ולחייב דלא גרע ממה שכ' הרמב"ם (פכ"ד) מסנהדרין דיש לדיין לדון בד"מ עפ"י הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא פן אעפ"י שאין שם ראיה ברורה ואין צ"ל אם הנה יודע בנדאי שהדבר פן הוא שהוא פן כפי מה שידע ע"ש דמשמע שדיין עפ"י אומדנות אף להוציא ממון מעיקר הדין רק משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואינם חכמים פראוי ובעלי בינה אין דיין בסמיכות דעתו

ועפ"י ידיעתו וא"כ עדים הרואים בליילה ונדעו בעליל מן החיוב של זה למה לא ידונו ואמאי אין עד נעשה דיין א"ו דרב לחייבו ולכוף אותו שיזון לפניו ושיחייבו עפ"י ידיעתו בזה א"י לזון בכפייה אבל אם באו מעצמם לזון לפני ב"ד והב"ד יודעין מאותו דבר בבירור גמור יכולין לזון ולחייב את החייב.

שוב ראיתי בנתיבות (סי' ט"ו) דעמד ע"ז אמאי אין עד הרואה נעשה דיין הא אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה וכ' דל"מ אומדנא רק לענין ארעי שטרא ולא להוציא ממון והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים הוא דוקא אומדנא שהוא לכל העולם כגון ידענא ב'י בחסא דלא אמיד דיזוע לכל העולם ואין זה בגדר עדות אבל בדבר שהוא רק ידוע לדיין פסלו רחמנא מגזה"כ אלו דבריו ולא משמע פן מדברי הרמב"ם דסתם אם הדבר חזק בלבבו שהוא פן וכן ממשכ"ש אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאין מן היורשין כו' כל פיוצ' בזה שאין הדבר מסו' ללבבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת מבואר מדבריו דלא תליא אם ידוע האומדנא לכל העולם וע"כ צריך לחלק כמו שכתבתי דהא דאין עד נעשה דיין הוא רק לזון בכפייה שיכוף הדיין שיעמוד לפניו לזון וידין עפ"י ראיתו זה אין לו לזון אבל אם באו מעצמם לזון י"ל דל"ג מה שידוע בבירור בראיתו מאומדנא דמוכח ועיין תשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' י"ב) וסמ"ע שם (ס"ק י"ב) דנתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שא"י להתברר בראיות עיי"ש דאף בלא טעם ובלא אומדן הדעת.

וי"ל דהיא הנותנת דע"כ לא כתב הרמב"ם דדין עפ"י אומדנא של הדיין וידעתו וסמיכת דעתו הוא ג"כ רק פנין דלא יכול להתברר יותר אבל היכא דהדיין הוא עד הרואה יכול להתברר שיעיד בפני ב"ד אחר אולם נ"מ דאם יעיד בפני ב"ד אחר לא יתקבל עדותו רק בע"א ונ"מ בייחוד מומחה דיכול לזון עפ"י ידיעתו וראיתו היינו אם באו מעצמם לזון לפניו.

עוד יש מקום לומר דהא מצינו דל"א מגו דחשיד אמון חשיד על השבועה מטעם דתליין במלנה ושינה ואף דהכופר בפקדון פסול לעדות במקום דלא שייך לומר אשתמוטי וכתבו הראשונים דבנדאי חשוד שיש עדי' אין ספק מוציא מידי נדאי משא"כ בספק סמכינן שישבע לתלות בס' מלנה ושינה א"כ י"ל דהיכא דהלא כופר בפני הדיין אף שידוע בעצמו ששקר אומר מ"מ א"י לזון לחייבו דתליין במלנה ושינה משא"כ בדין דרמב"ם דלא טענינן עבור תומים זאת לכך מוציאין ממון ועיין או"ח (סי' י"ב ס"ק ה') בכה"ג וצ"ע בזה.

ועיין ברא"ש פתובות פ' הפותב דמלתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי. אולם מדעת הרי"ף דטענינן עבור תומים אף מלתא דל"ש כמו שהוכיח לדעתו הרמב"ן מלחמות פ' הגוזל ומאכיל משמע דדין באומדנא אף נגד טענות ברי ועיין מ"ש לקמן (סי' כ"ב): סי' טו בש"ע (סי' ז') וגר דן את חבריו גר אעפ"י שאין אמו מישראל ובסמ"ע הביא משם הד"מ שכ' משם המרדכי דהיינו דוקא בלא כפייה והקצוה"ח כתב שכן מבואר בהגהות מרדכי פ' מצנת חליצה לדעת הש"ע שהוא דעת תוס' והרא"ש דבלא כפייה מותר לזון אף לישראל וכן הביא הש"ך דעת הב"ח.

ובקצוה"ח פתב ראיה לדעת המרדכי דמיירי בלא כפיה דהא רבא אמר ביבמות שם גר דן את חבירו ד"ת שנאמר שום תשים עליה כו' ואם היתה אמו מישראל דן אפילו לישראל ומשמע דאף מד"ת יכול לדון לישראל פשאמו מישראל כמו גר שדן חבירו דרש מקרא והא רבא ס"ל ריש סנהדרין דמה"ת בעינן סמוכין אפילו בהודאות והלואות וכיון דלדיני נפשות בעינן אביו ואמו מישראל ותנאי הסמיכה הוא שיהיה ראוי לכל הדברים כמבואר ברמב"ם א"כ היכא משפחת דבר תורה הא אינו סמוך ואף לחבירו גר לא חלקה התורה בין אגרת לגר וכיצד דן מה"ת א"ו דרבא איירי בלי כפיה דל"ב סמוכין אלא לדון בע"כ ואפי"ה לישראל אסור משום דכתיב מקרב אחיה ואסור אף בלא כפיה כמו דן מי שאינו גמיר דל"מ קבלתו כמ"ש בעה"מ רפ"ג דסנהדרין דאשרה הוא דמיקרי כן בזה אסרה התורה לדון בפני גר שאינו אחיו.

ולדבריו אף בקבלה יהי אסור ולא מציינו בזה דלא מהני קבלה רק בעכו"ם מטעם דלפניהם ולא לפני עכו"ם וע"ד הבעה"מ שם פבר השיג הרמב"ן במלחמות דהא יכול לקבל עליו אף ג' רועי בקר ולדעת הר"ן מה"ת כמו דא"י לקבל עליו לבא לפני עכו"ם כמו כן אסור לבא לדון לפני הדיוטות מה"ת בזמן שיש סמוכין א"כ אף בלא כפיה היכא משפחת שגר ידון לחבירו גר וכשאמו מישראל יכול לדון אף לישראל מה"ת הא אף בלא כפיה אסור לבא לפני שאינו סמוך ולהדיוט אסור לדון שלא יתלבש בכתר מןמחין כמבואר מדבריו ריש מס' סנהדרין.

אף יש לומר אף דאינו סמוך אסור לו לדון מ"מ משפחת שיהיה מועיל מה"ת אם הוא גמיר וסביר כגון דנקט רשותא מריש גלותא דדרשינן מקרא לא יסור שבת מיהודא אלו ראשי גליות שפבבל שרודין את ישראל במקל ומבואר ברמ"ה סנהדרין (דף ה') דש"מ דמדאורייתא אית ליה לריש גלותא רשותא למנוי מאן דבעי והו"ל כהפקר ב"ד עיי"ש ברמב"ם (פ"ד) מסנהדרין ומי שאינו ראוי לדון אי מפני שאינו הגון אין רשות מועיל שהמקדיש בעל מום למזבח אין הקדושה חלה עליו.

א"כ אתי שפיר דברי רבא אף מה"ת גר דן חבירו גר אבל לא לישראל דלישראל אף אם נקט רשותא מריש גלותא לא מהני דאין בכחו למנות רק מקרב אחיה אבל לגר חבירו מהני ויכול לדון אף בכפיה ולישראל אם אמו מישראל קרינן ביה מקרב אחיה ומהני רשותא אף דאינו ראוי לסמיכה ויכול לדון אף בכפיה ולמ"ש לעיל (סי' א') דיש לדון בדין המפורש בתורה או דנשנית בין סמוכין ונקבע הלכה דבזה י"ל דשליחותיהו דקמאי מהני מה"ת בלא"ה אתי שפיר דכמו כן יכול לדון מה"ת גר לגר חבירו ואם אמו מישראל אף לישראל חבירו היינו בשליחותיהו דסמוכין ואם אין אמו מישראל אסור לדון בין ישראלים היינו להתמנ' לזה דכל המנוי צריף להיות מקרב אחיה ואף בזמן שהיה הדין דצריף מןמחין לרבא מ"מ למ"ש לעיל (סי' ב') דאף בזמן הסמוכין היו ביז הסמוכין למנות לגמיר וסביר שידון בשליחותם בא"י אתי שפיר דברי רבא דדן חבירו גר מה"ת מטעם שום תשים עליה כתי' ולישראל חבירו אסור להתמנות לשפוט אף בשליחותיהו דסמוכין עד שיהיה אמו מישראל דכל שימה שאמה משים צריף להיות מקרב אחיה: אולם על שיטת רשי"ל ז"ל דפירוש גר דן את חבירו גר דבר תורה דקאי על דיני נפשות קשה הא אי אפשר שיהיה סמוך לישוב בסנהדרין של כ"ג פיון דאינו ראוי לזה.

ואף בלא כפי' אסור לו לדון אולם זה נכלל בקונשית התוס' ויתר הראשונים דהא כתיב ונשא אמה בדומה לה. ועיין חידושי הר"ן סנהדרין (דף ל"ט) לתרץ שיטת רש"י דכל ב"ד של כ"ג מב"י בעינן מיוחסים מיהו אפשר שיהו כל הב"ד של כ"ג מגרים ודנין דיני נפשות את חבריהם ובכה"ג אמר גר דן את חברו גר דיני נפשות עיי"ש ויקשה איך ראוי לסמיכה הא אין סומכין עד שיהיה ראוי לסמוך לכל הדברים ובהכרח צ"ל דסובר דלדון בין גרים יכולים לסמוך ומשפחת ב"ד של כ"ג מגרים שידונו אף דיני נפשות מה"ת: והנה דעת הש"ע מבואר ביו"ד דבלא פניה מותר לדון אפילו לישראל אולם מדברי הרשב"א והריטב"א והר"ן מבואר דבלא פניה ג"כ לדעת הרי"ף והרמב"ם הדין בטל כיון שדחקו ע"א בהא דתנן יש פשרה לעיד ואינו פשר לדון לימא לאתווי גר שפשר להעיד ואינו פשר לדון וכ' הואיל דשם גר פשר לדון פשאו מישראל או לדון חברו גר לא אמרינן ביה שאינו פשר לדון ואם בלא פניה מותר אף לישראל אין לנו לומר דאינו פשר לדון דרק לכפיה פסול מטעם כל השמימו צריף להיות מקרב אחיף אכל לדון פשר הוא א"ו דדעתם פדעת הרי"ף והרמב"ם דאף בלא פניה אין דינו דין.

וכן פסק הים של שלמה יבמות ריש פרק החולץ דלעולם הדין בטל עד שיקבלו עליו בפירוש ואם הבע"ד לא הפיר בו שהוא גר ואח"כ נודע להם יכולין לחזור שדינן כפסולים או אף אם הפירו בו ואמרו דיינות לנו כעין דיינים של תורה שזהו לא נקרא קבלה כה"ג דיניהם אינו דין דסוף סוף מידי דשררה הוא שיהא פשר לדון לישראל בלא פניה והתורה ריבתה כל שימה שאמה שם לא יהא אלא מישראל ואם אמה מכשירו בכף נקרא אלקי' והוכיח שפן דעת הרא"ש בסנהדרין שהביא פירוש הרי"ף דרק באמו מישראל פשר ואף הטו' ח"מ לא הביא דברי הרא"ש וכן דעת רב אחא משבחה בשאלות עיי"ש עוד באורף ומדבריו נראה דאף לדעת הרא"ש דכשר לדון בלא פניה מ"מ יכול לחזור קודם גמ"ד ועיין באורף דעמד ע"ד הרא"ש הא פשבאין לדון מרצונם בלא פניה הו"ל כקבלוהו ומה קמ"ל המשנה דגר פשר בקבלוהו אף פסולין פשר וכ' דבקבל פסולין יכול לחזור קודם גמ"ד משא"כ בגר דכשר בעצמותו רק דאין לו פניה על ישראל ובקבלוהו תו לא יכול לחזור אף קודם גמ"ד ואינו מוכרח דהא לרנ"ק סנהדרין (דף כ"ד) דאמר מחלוקת לפני גמ"ד ולאחר גמ"ד לכ"ע א"י לחזור וא"כ לתכמים אף קודם גמ"ד בקבל קרוב או פסול שוב א"י לחזור יקשה שוב מה קמ"ל מתניתין דגר פשר לדון אם איירי בקבלוהו.

אולם למ"ש היש"ש י"ל דנ"מ דבעצם הוא פשר ואם דן אף בקבלה בטעות שלא נודע דינו דין אף שנודע אח"כ דגר הוא מ"מ בדיעבד פשלא נודע אחר גמ"ד דינו דין וכ"כ אא"ז מ"ו ז"ל ליישב קונשית האורים בספר דברי משפט.

אבל אם חוזר קודם גמ"ד י"ל כיון דלדין בפסול יכול לחזור כמו כן בגר יכול לחזור דקבלה ל"מ קודם גמ"ד ועיקר השפירות הוא שדינו ינה דין היינו הגמר דין וכשחוזר וזה כופיהו לדון ביניהם הוי כמו שפרות ובהו אף לדעת הרא"ש אין דינו דין דנתבטל הקבלה מכאן ולהבא.

ולדינא נראה דאחרי שדעת כל הנה הראשונים דאם אין אמו מישראל פסול לדון אף בלא פניה וכן דעת ר"א גאון וכן הכריע הים של שלמה יכול המוחזק לומר קים לי דלא

פדעת הרא"ש והכרעת הש"ע והסמ"ע: סי' טז פתב הרמב"ם (פכ"ג) מסנהדרין לא תקח שחד כו' ותייב להחזיר השחד פשיטתבוענו הנותן וכ"כ הטוש"ע (סי' ט') ובקרית ספר מן מבי"ט כ' שם ותייב להחזירו דהוי פגול וכ"כ הב"ח דאי עביד ל"מ ובועי למיהדר דגזל הוא וקא דמשמע אם אינו תובעו א"צ להחזירו דכיון דהנותן אינו תובעו א"כ מוחל לו ויכול למחול פדריה שמוחל הגזל.

ולכאורה א"כ אם מת הנותן לא יהיה חייב להחזיר ליורשיו פיון דלא תבעו בחייו מחול לו. אף זה אינו דקא אף בהלואה דעת הש"ג סוף ב"ק דאם אין המלוה תובעהו א"ח הלנה לשלם לו מאליו הואיל ואינו תובעו במתנה בקש ליתן לו מובא בש"ך ח"מ (סי' רל"ב) ואפי"ה פשמת גובין היורשים ממנו פיון דהוי כא"י אם פרעתיה וגם הוא בעצמו אף אם נתאחר זמנים טובא מזמן פרעון ולא תבעו יכול אח"כ לתבוע ונאמן לומר שלא מחל פן נמי היתומין שלו גובין אף דלא טענין טענות ברי להוציא מ"מ בזה דמחילה טענה גרוע הוא חייב לשלם רק כ"ז שחי ואינו תובע אותו א"ח לשלם דאמרינן דלא נתחייב לשלם רק אם יתבענו פן נמי בשחד אף דא"ח להחזיר הואיל ונתן מדעתו אמרינן דלא מחל לו אח"כ מ"מ היורשים יכולין לגבות.

ולפי"ז ודאי אין הב"ד יכולין לכוף להנותן שיתבע אם חייב לאחרים פיון דעיקר הטעם דמדלא תבע מחל לו רק פשיטתבועו אח"כ איגלאי מלתא למפרע דלא מחל והיינו פשיטתבועו מדעתו אבל אם תבעו ע"י פפיית ב"ד תו אמרינן מסתמא מחול וזה דלא כמ"ש הכנה"ג יו"ד (סי' קס"א) ועיין קצוה"ח בזה וכבר פתבתי בהגהותי לדברי חיים דיני דינינים (סי' ב') דאף לדעת הגאונים דבריבית ל"מ מחילה הוא משום דקא נתן מדעתו ולית ליה שום שיעבוד עליו דגלי קרא אהדיר לי' כי היכא דנחיל' ולדידך' אזהיר ולא לבריה ודאי רק חייב מצוה דאין ביז הלנה למחול וכמו שכתב בש"מ ר"פ א"נ אבל בשחד דחייב להחזיר מטעם גזל דאי עביד ל"מ וכמו שכתב הב"ח מהני המחילה של אח"כ לכ"ע פיון שיש להנותן שיעבוד על המקבל וגם צריף להחזיר אף הדבר שקבל וגם ליורשיו יורשין זכותו שפיר מהני מחילה וממילא כ"ז שלא תבעו אין בע"ח של הנותן יכול לתבוע ממנו.

וכמ"ש הטו"ז: עוד פתב הקצוה"ח די"ל פפייה לתבן' ל"מ אף דתלוהו וזבין זבונגיה זביני ויקריב אותו מלמד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני דמה דמחניב לעשות מצד המצוה הוי פזוזי מ"מ לזכות בדבר דהוי כמו לקנות ל"מ לדעת בעל העיטור המובא ברמ"א (סי' ר"ה) אם אנסוהו לקנות דאינו קונה ולקנות הוי אונס ולא רצון ומיישב בזה קושניית הראשונים דלמה חייבי חטאות אין ממשכנין פיון דלכפרה קא אתי נימא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני וכ' דבעולה דל"צ דעת רק להקדיש הוי כמו לקנות אבל בחטאות ואשמות בעינן רצון בעלים בכפרה אין לכוף אותו ע"ז דהוי כמו לקנות ועיין מ"ש ע"ד הנתיבות ומה שהשיב עליו במשובב הקצוה"ח ולענ"ד ע"כ לדעת בעל העיטור דלקנות ל"מ באונס מוכרח דמצד מצוה לשמוע דברי חכמים עדיף מתוליהו לקנות ומנהי אף בע"כ ומטעם שכ' הרמב"ם סוף פ"ב מגירושין דהוי רצון גמור במה שמתישין פח יצרו דקא מדכתוב יקריב אותו דרשינן דכופין אותו הכי נאמר דוקא אם יש לו בהמה אז כופין אותו להקדישה ואם אין לו וצריף לקנות לא נכוף אותו שיקנה זה ודאי לא נראה ועיין מזרחי ר"פ ויקרא יקריב אותו מלמד שכופין אותו והכי פירושא שכופין לבעל הגזח



לקנות קרָבָן שְׁנֵדָר אִם עֲדִינָן לֹא קָנָה אוֹתוֹ אוֹ לְהִבִּיאַ לְמִקְדָּשׁ עֵינֵינוּ וּמִבְּנֵי דְאָרְךָ  
לקנות קרָבָן כּוֹפֵין אוֹתוֹ עַד שְׂיִקְנֶה וַיֹּאמֶר רוּצָה אֲנִי וְעַכְשָׁנָה דְכִינָן דִּישׁ לֹא חַיִּיב וְנִיחָא לִיה  
בְּכַפְרָה עֲדִיף טוֹבָא וְאַנְן סְהַדֵי דְרוּצָה בְּכָף אַחַר שְׂכּוֹפֵין אוֹתוֹ וְלִסְדֵי דְשׂ"ס ב"ב (דף  
מ"ח) אַף אִם תְּלִוּהוּ וְזַבִּין ל"מ מ"מ נִיחָא לִיה בְּכַפְרָה עֲדִיף וְכֹן לִסְדֵי דְשׂ"ס קִידוּשֵׁין  
(דף נ') אַף אִם בְּעֵלְמָא דְבָרִים שְׂבַלְב הֲוֵי דְבָרִים מ"מ נִיחָא לִיה בְּכַפְרָה עֲדִיף וְאַמְרִינָן  
דְאָרְךָ בְּלַבּוֹ מְתַרְצָה לְכֹן כְּמוֹ כֹן אַף אִם תְּלִוּהוּ וְקָנָה ל"מ אִם כּוֹפֵין אוֹתוֹ שְׂיִתְרַצָּה לְזַכּוֹת  
בְּכַפְרָה עֲדִיף וּמְהַנִּי וְכֹן נִמִּי אִם כּוֹפֵין שְׂיִתְבַּע מִן הַדִּינָן הַשְּׁחָד אוֹ הַרְיִבִית מִן הַמְלִיָּה  
שְׂפִיר מְתַרְצָה כְּדִי שְׂלֵא יִהְיֶה לְוָה לְרִשְׁעָא וְשִׂיפְרַע לְבַע"ח: וְרִאִיתִי בְּאַבְנֵי מִילּוּאִיִּם ה'ֵ  
קִידוּשֵׁין (ס' מ"ב) דְהַקְשָׁה אִם תְּלִוּהוּ לְמִקְדָּשׁ ל"מ כְּמוֹ אֲנִסוּהוּ לְקִנּוּת א"כ אִיךָ מִשְׁפַּחַת  
בְּאוּנְסָא דְשׁוֹתָה בְּעֵצִיצוֹ וְכּוֹפֵין אוֹתוֹ לְכַנּוּס וְכַמְבּוֹאֵר רַמְבַּ"ם מִתּוֹסְפֵתָא וְכֹן מִשְׁמַע מְרַמָּ"א  
אֵה"ע (ס' קע"ז) דְעַל חֲשָׁד אִין כּוֹפֵין וּמִשְׁמַע הָא בְּיַדוּעַ כּוֹפֵין לְכַנּוּס וְהָא הֲוֵי תְלִוּהוּ  
וְקִדְשׁ וְכ' דְאָרְךָ דִּי"ל מִטַּעַם מְצֻנָה לְשִׁמּוּעַ דְבָרֵי חֲכָמִים אֲמַרִינָן דְגָמַר וְקָנָה מ"מ מְדַבְּרֵי  
פּוֹסְקִים מִשְׁמַע דְּזָה ל"ה אֲלֵא דִיחֻי בְּעֵלְמָא וְלִדְיָדוֹן כָּל הַפְּפִיּוֹת דְמְהַנִּי הוּא מִטַּעַם דְּהֲוֵי  
כְּמוֹ מְכָר.

וְלִדְעֵתִי הָא מוֹכַח מְהָא דְכּוֹפֵין לְקָנּוֹ קְרָבָן דַּע"כ מַה דְנִיחָא לִיה בְּכַפְיָה עֲדִיף וְכְמוֹ  
שְׂפַתְבַּתִּי וְכְמוֹ כֹן מְצֻנָה לְשִׁמּוּעַ דְבָרֵי חֲכָמִים מְהַנִּי אַף לְקִנּוּת וְשֵׁם י"ל בְּלֵא"ה פִּינּוֹן דִּיּוֹדַעַ  
כְּמוֹ שְׂכּוֹפֵין אוֹתוֹ לְמִקְדָּשׁ יְכּוֹפּוֹ אוֹתוֹ לְכַנּוּס וְאִין אֲדָם עוֹשֶׂה בְּעִילְתּוֹ בְּעִילְת זְנוּת לְכֹן  
גָּמַר וּמִקְדָּשׁ בְּרַצּוֹן וְאִכ"מ בְּזָה וְכֹן מוֹכַח מִגָּט מְעוֹשָׂה דְבִישְׂרָאֵל כְּשֶׁר אִם אוֹמֵר רוּצָה  
אֲנִי אַף דְצָרִיךָ שְׂיִקְנֶה הַבַּעַל אַח"כ הַנְּיָיר דְבַעֲיָנּוֹ לְקַיָּים וְנִתְּנָן בְּיַדָּהּ וְאִם אִינוּ רוּצָה לְקִנּוּת  
אֵת גּוֹף הַגָּט וְתְלִוּהוּ וְקָנּוֹ ל"מ בְּמַה מְגָרְשָׁה אַח"כ א"ו דְמַה דְעוֹשֶׂה לְעֵשׂוֹת חוֹב הַמְנוּטֵל  
עָלָיו לְעֵשׂוֹת מְהַנִּי אַף לְקִנּוּת בְּאוּנְסָא דְהַתְרַצָּה אַח"כ כְּשִׁתַּשׁ כְּחוֹ ע"י הַכַּפְיָה וְדוּחַק לֹאמַר  
דְבַקְרָבָן כּוֹפֵין אוֹתוֹ לְקַיָּים וְאַח"כ אִם קוֹנֶה קְרָבָן מְעַצְמוֹ וּמְבִיאֵא אֲזַי מְקַרִיבֵן דְלֵא מִשְׁמַע  
כֹּן רַק אַף אִם א"ר לְקִנּוּת כּוֹפֵין אוֹתוֹ לְקִנּוּת וְכֹן לְנִיָּיר הַגָּט אַף אִם אוֹמֵר שֶׁא"ר לְזַכּוֹת  
כּוֹפֵין אוֹתוֹ שְׂיִקְנֶה הַנְּיָיר וְשִׂיִצְנָה לְכַתּוּב וּלְמִסְנֵר א"ו מִטַּעַם מְצֻנָה לְשִׁמּוּעַ דְבָרֵי חֲכָמִים  
מְהַנִּי אַף לְקִנּוּת וְכֹן בְּלוּלָב וְאִינוּ נוֹטֵל דְמַכִּין אוֹתוֹ מִשְׁמַע דְכּוֹפֵין אוֹתוֹ אַף לְקִנּוּת וְעֵינָן  
שְׂ"ף יו"ד (ס' רס"ז ס"ק צ"א) מִשֵׁם הַב"ח בְּמִקְנֶה חֲצִי עֲבָדוֹ לְבָנוֹ הַקְטָן דְהָאֵב צָרִיךָ  
לְקִנּוּת הָעֶבֶד מִן הַבֵּן מִפְּעוּתָיו וְאַח"כ כּוֹתֵב הָאֵב גִּיטָא דְחִירוּתָא מִשְׁמַע ג"כ דְכּוֹפֵין לְקִנּוּת  
אַף דְלִדְעֵת רַמְבַּ"א ח"מ הַנְּיָ"ל תְּלִוּהוּ וְקָנָה לֹא מְהַנִּי ע"כ צָרִיךָ לֹאמַר דְמִטַּעַם מְצֻנָה לְשִׁמּוּעַ  
דְבָרֵי חֲכָמִים מְהַנִּי.

אוּלָם כְּבָר כְּתִבְתִּי פִינּוֹן דְכ"ז שְׂלֵא תְבַע אֲמַרִינָן דְמַחֲל גַבֵּי שְׁחָד וְרִיבִית פִּינּוֹן דִּיהִיב מִדְּעֵתוֹ  
ל"ש לֹאמַר לְכּוֹנֵף אוֹתוֹ וְעֵינָי מ"ש אֲמַמ"ו ו"ל שֵׁם בְּסִפְרוֹ: וְהִיָּה לִי וּיִכְפּוֹחַ בְּזָה אֵת הַרְב  
מ' דוֹד יְהוּדָא ד"ש נ"י מְאוּנְגְרִין בַּעֲמַה"ח סִפְרָא ש"ד דִּיִצְאָ לְדוֹן דְאִם קַבֵּל שְׁחָד וְנֶאֱבַד  
מִמֶּנּוּ דֵא"ח בְּהַשְׁבָּה וְא"ד לְגִזְלָן דְנִטְלָב ע"כ שְׁל חֲבִירוֹ אֲבָל בְּלִקְחָא מִדְּעֵת הַבְּעֵלִים אַף  
דְאִסוּר לְקַח מ"מ א"ח בְּאוּנְסִין אוּלָם מַמַּה דְלֵא מִשְׁפַּחַת בִּיטְלוֹ וְלֹא בִיטְלוֹ לְלִקּוֹת בְּלִקְחָא  
שְׁחָד וְאִיבְדוּ בְּיָדֵים ע"כ דִּישׁ עָלָיו חַיִּיב מִטַּעַם גִּזְלָן וְטַעֲמָא בְּעִי וּבְאַמַּת מְדֵלָא מְנָה  
הַרְמַב"ם הַלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין לְלִקּוֹת עַל לֹא דְשְׁחָד וְע"כ דְחֵיבֵי בְּהַשְׁבָּה דֵאל"כ אִם נֶאֱבַד  
אוֹ נִשְׂרַף אִם יְהִיָּה הַדִּין דְפְטוּר לְשֵׁלֵם א"כ מִשְׁפַּחַת לְחֵיבּוֹ בְּמִלְקוֹת א"ו דְחֵיבֵי בְּהַשְׁבָּה  
וְאִדְרָבָא פִינּוֹן דְנִתְּנָן לֹא מִדְּעֵתוֹ וּמְרַצּוֹנוֹ וְסִלְקָא נְפִשׁוֹ מְזָה לֹא מְבַעֵי דְחֵיבֵי בְּשִׁמְרָה דְלֵא

גָּרַע מִן אֲבִידָה דְחֵיב בְּשִׁמְרָה וְעֵינֵי רַמ"א (סי' שמ"ח ס"ז) בְּבֹא לִיד אֶחָד גְּנוּבָה שְׁגָנַב מִחֲבִירוֹ אִם הִחְזִיר לִיד הַגָּנֵב חֵיב לְשַׁלֵּם דְּהוּ"ל לְהַשְׁיב אֲבִידָה לְבַעֲלִים וְהוּ"נ דְּכֹונֶתֶיהָ פִּינֵן דְּלֹא יֵשׁ בְּיַד הַנּוֹתֵן לְשִׁמְרוֹ אִם לֹא מָחַל לוֹ אִם ח"פ חֵיב בְּשִׁמְרָה וְאִף דַּכ' תּוֹס' פ' הַפּוֹנֵס וְרֹא"ש פ' מְרוֹנָה דְּגִזְלוֹ אֵינוֹ שׁוֹמֵר דְּלֹא קִבֵּל עָלָיו שְׁמִירָתוֹ כְּכֹר בְּיָאֵר בְּזוּהַב ש"מ (סי' שנ"ד) ע"נ דְּמִטְעֵם שׁוֹמֵר אֲבִידָה עַכ"פ הָיִי כְּש"ח.

אֵלָּא נִרְאֶה דְּאִף בְּאֹנְסִין חֵיב הוֹאִיל דְּלֹא גָּרַע מִשׁוֹאֵל דְּכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ דְּרוּצָה לְקִנּוֹת וְכִמוֹ גִּזְלוֹ דְּעֵלְמָא כְּמַבְנוֹאֵר סְנֵהֲדָרִין (דָּף ע"א וכו"כ זַה אִף שְׁקִבְלוֹ בְּרִצּוֹן הַבַּעֲלִים מ"מ פִּינֵן דַּל"מ קִנְיָנוֹ מִטְעֵם דְּאִי עֵבֵד ל"מ וְאִף דְּגִלִי לֵן רַחֲמָנָא דְּבַגְזוּלָה אִי עֵבֵד מִהֵנִי וְנִקְנָה בְּשִׁנּוּי וְהִמ"מ (פ"א) מְגִזְלָה יְלִיף מִזֶּה לְעֵנֵן לֹא דְלֹא תַחֲמוֹד דְּאִי עֵבֵד מִהֵנִי כְּכֹר כְּתַב הַשְׁעָה מ' שֵׁם דְּהֵינּוּ הֵיכָא דְּעֵבֵר מִקְוֹדֵם עַל הַלְּאָו אֲבָל אִם עֵבֵר בְּשַׁעַת הַקְּנִיָן עַל הַלְּאָו לֹא גִלִי וְאִי עֵבֵד ל"מ א"כ כְּמוֹ כֵּן בְּשׁוֹחַד הוֹאִיל דְּעֵבֵר עַל לֹא בְּקִנְיָנוֹ ל"מ מ"מ כְּכֹר יֵצֵא הַדְּבָר מִרְשׁוֹת הַבַּעֲלִים שְׁנִתְּנוּ לוֹ מִדְּעֵתוֹ וְהוֹאִיל דְּכִינּוֹן לְקִנּוֹת וְלִזְכוּת בּוֹ וְכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ י"ל דְּחֵיב אִף בְּאֹנְסִין וְלֹא מִשְׁכַּחַת לְלִקּוֹת עָלָיו וְאִף דִּי"ל דְּאֵינוֹ חֵיב בְּהַשְׁבָּה כְּמוֹ גִּזְלוֹ רַק כְּמוֹ פְּקוּדוֹן מ"מ לְעֵנֵן אֹנְסִין מִשְׁמַע דְּחֵיב הוֹאִיל דְּרִצָּה לְקִנּוֹת וְכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ: וְעֵינֵי תּוֹס' ב"ק (דָּף י"א) ד"ה אֵין שְׁמִין דַּכ' דְּגָנֵב וְגִזְלוֹ קִנּוֹ מִיַּד כְּשֶׁהוֹצִיאֻ מִרְשׁוֹת בַּעֲלִים אֲבָל מִזִּיק לֹא מִתְחֵיב אֵלָּא כְּמוֹ שְׁהִזִּיק.

וּמִצִּינּוֹ בְּמִזִּיק שֶׁהִגְבִּיהַ לְהִזִּיק אִף דְּלֹא נִתְּכַנֵּן לְקִנּוֹת מ"מ חֵיב בְּאֹנְסִין וְכִמוֹ כֵּן מִצִּינּוֹ בְּאוֹמֵר לְשִׁלּוּחוֹ צֵא וְגָנוּב לִי דְּהַמְשַׁלַּח לֹא קָנָה דֹאשְׁלֵד"ע מ"מ הַשְׁלִיחַ חֵיב בְּאֹנְסִין הוֹאִיל שְׁנִתְּכַנֵּן לְהוֹצִיא מִרְשׁוֹת בַּעֲלִים אִף דְּלֹא נִתְּכַנֵּן לְקִנּוֹת לְעִצְמוֹ כְּלָל מ"מ פִּינֵן דְּנִתְּכַנֵּן לְהִזִּיקוֹ נַעֲשֶׂה גִזְלוֹ וְהִטְעֵם כַּמ"ש בְּנִתְּיבוֹת (סי' רצ"ב ס"ק ה') כְּמַבְנוֹאֵר בְּש"ס ב"ק בְּזוֹרֵק מִטְבַּע ש"ח לִים דְּאִם הִגְבִּיהַ הַשְׁבָּה בְּעֵי לְמִיעֵבֵד.

וְהוּ"נ בְּלִיקַח שׁוֹחַד אִף דְּהַבַּעֲלִים נִתְּנוּ לוֹ מִדְּעֵתָם מ"מ פִּינֵן שִׁישׁ סִיבָה שְׁנוֹתָן לוֹ בְּשִׁבִיל שְׁיָדִין לוֹ וְהַתּוֹרָה הַקְּפִידָה ע"ז שְׁלֹא לִיקַח שׁוֹחַד כְּדִי לְדוֹן לוֹ הָיִי רִצּוֹן זֶה כְּאֹנְסִין וְהָיִי כְּלוּקַח שְׁלֹא מִדְּעֵתוֹ וְהָיִי כְּגִזְלוֹ מִמֶּשׁ וְחֵיב בְּאֹנְסִין וְאִף דִּי"ל דַּמ"מ אִם נַעֲשֶׂה שִׁנּוּי בְּהַחֲפִץ שְׁנִתְּנוּ לוֹ ל"מ דְּבַגְזוֹן שְׁלֵמ"ד גִּלִי רַחֲמָנָא כְּעֵין שְׁגִזַל יְחִזִּיר וְאִם לֹא דְמִים בְּעֵי לְשִׁלְמֵי דְשֵׁם הוּא דְּגִלִי פִינֵן שְׁהֵי הַכָּל שְׁלֵמ"ד וּבְשַׁעַת קִנְיָן עֲשֶׂה הַעֲבִירָה כְּמוֹ שְׁכַתַּב הַשְׁעָה מ' אֲבָל בְּשׁוֹחַד י"ל דְּהַלְקִיחָה אִם לֹא יִהְיֶה דִּינֵן וְלֹא יָדִין אֵינוֹ עוֹבֵר וְעִיקָר הַלְּאָו הוּא נִגְמַר כְּשִׁדּוֹן אִם כ' בִּינִיָּהֶם י"ל דְּכֹזָה לֹא גִלִי קָרָא דִּיקְנָה בְּשִׁנּוּי וְצ"ע בְּזוּהַב וּמ"מ גִּיהוֹ דְּאִפְשָׁר דְּלֹא קָנָה בְּשִׁנּוּי כְּמוֹ גִּזְלוֹ מִמֶּשׁ מ"מ בְּאֹנְסִין נִרְאֶה דְּחֵיב הוֹאִיל דְּנִתְּכַנֵּן לְקִנּוֹת וְכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ.

וְרִאִיתִי אִם ח"פ בְּסִפֵּר מִן צֵל מֵאֵשׁ (סי' ב') שֶׁכִּי לְחַקוֹר דִּינֵן שְׁלֵקַח שׁוֹחַד וְהִתְרוּ בּוֹ לְמָה לֹא יִלְקָה וְלֹא מִצִּינּוֹ מִלְּקוֹת בְּזוּהַב וְלֹא מִנְּהַרְמַב"ם ז"ל וְכֵן דִּינֵן שְׁהִטָּה אֵת הַדִּין וְהִתְרוּ בּוֹ וְכַתֵּב וְלִזֶּה י"ל דַּא"ב מִעֲשֶׂה וְגַם בְּלִקַּח שׁוֹחַד בְּשַׁעַת שְׁלֵקַח עֲדִינֵן הוּא הַתְּרֵאת סִפֵּק דְּשִׁמָּא לֹא יָדוֹן וּבְשַׁעַת גְּמַר דִּין הָיִי א"ב מִעֲשֶׂה אֲבָל בְּדִינֵן הַמְטָה דִּין אִם נו"נ בְּיַד וְהִתְרוּ בּוֹ לְמָה לֹא יִלְקָה וְאֵע"ג דִּאֵין בְּמַעֲשָׂיו כְּלוֹם דְּחִזּוֹר הַדִּין אִפִּי"ה לְרַבָּא יִלְקָה דְּעֵבֵר אִמְיָרָא דְּרַחֲמָנָא עַכ"ד.

ולא אדע לכלפל דברי קדשו הא אם הטא במזיד ונו"נ ביז הוי גזלן וממון משלם ולא לקי ואף דהדין ג"כ חוזר מ"מ פבר נתחייב לשלם ממון אם אין לו להבע"ד להחזיר א"כ החיוב תשלומין פוטר אותו ממלקות וכן בעבר ולקח שוחד אף אם התראת ספק שמיה התראה מ"מ פיון דחייב להחזיר הממון אין בו מלקות דהוי לאו הנחתן לתשלומין ועיין בדברי חיים דיני דיינים (סי' ב') מ"ש שם אאמ"ו ו"ל בזה ומ"ש בעניי שם בהגהות: ויש לחקור אם קבלו עליהם לדון קרובים או פסולין אם חייבין ג"כ בלאו דלא תקח שוחד די"ל דוקא הני דמצוין לדון חייבין בלאו דלא תקח שוחד אבל הנה דלא רמיא עליהן החיוב לשפוט י"ל דליכא לאו לגביהו וראיתי בספר החינוך פ' משפטים בל"ת שלא יקח הדיין שוחד דסיים ונוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים שהם דנים והעובר עליה כו' לוקה לפי שניתן להשבון מדכתב דוקא בזכרים שהם דנים משמע דבנקבות אף שקבלו עליהן מ"מ פיון דהם אינם בכלל דיינים ופסולין לעולם אם קבלו שוחד לא עברו על לאו ואינם באזהרה הזאת וממילא א"ח להחזיר ומ"מ י"ל דוקא נקבות דאינם לעולם בכלל דיינים אבל קרובים או פסולין ישנו ג"כ באזהרה הזאת ואם קבלו עליהן דהדין קיים ישנו בחיוב דלא תקח שוחד ואם קבלו חייבין להחזיר.

וראיתי בשער משפט שחקר לענין בע"ד שקבלו עליהם קאו"פ ונטל שכר לדון אם דינו בטל די"ל פיון דליכא חיוב עליו לדון ומה"ת פסול רק שהם קבלוהו עליהן מותר ליטול שכר אף לכתחילה עיי"ש ולא נהירא לענ"ד דאטו אם יש בעיר ב"ד קבוע ובא לדון בפני אחר דיכול למנוע א"ע לדון ביניהם יתנה רשאי ליטול שכר זה ודאי אינו פיון דמ"מ מקבל אותם ודן ביניהם עובר שמלמד חקים ומשפטים וצריף ללמד בחנם וא"כ כמו כן קאו"פ פיון דעכ"פ מקבל אותם לדון ביניהם אף שאינו מחויב בדבר ויכול לסלק א"ע מזה מ"מ כשדן ביניהם דין תורה צריף לדון בחנם ואם דן בשכר דינו בטל מטעם קנס כמו פל דיין הדן בשכר דדינו בטל.

ומ"מ י"ל אף דודאי אינו רשאי לקבל שוחד אף לחייב את החייב מ"מ בלאו אינו עובר וכשקבל א"ח להחזיר וצ"ע: וכן יש לחקור אם עובר בלאו כשקבל שוחד מן פשרה או לא וי"ל דהא מבואר בטוש"ע (סי' י"ב) דכמו דמנוהר שלא להטות את הדין כף מנוהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו ובש"ס סנהדרין (דף ל"ב) גלף מדכתיב צדק צדק תרדוף אחד לדון ואחד לפשרה ופירש"י צדק דין שלף וצדק פשרה שלף לפי ראות עיניו ולא תרדוף את האחד יותר מחבירו א"כ הקרא דלא תקח שוחד קאי הו על דין הו על פשרה דאזהרה דצדק צדק קאי אדלעיל מיני' לא תטה משפט כו' ולא תקח שוחד רק צדק צדק תרדוף פיון דבהנה קראי קאי על דין ועל פשרה.

הו אמת דרמ"ה שם מפרש דקרא בצדק תשפוט לישנא דתשפוט גבי דינא קאי ואחד לפשרה צדק צדק תרדוף ומדלא פתיב בה הלשון משפט ש"מ גבי פשרה קאי והאי דכתיב חד צדק גבי דין ותרי גבי פשרה משום דדין לא בעי עיונא וצילותא פולי האי אלא למפסקיה אליבא דהלכתא וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי וינקה את החייב אבל פשרה צריכא עיונא טפי ולענין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהו אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר עיי"ש.

ולדבריו י"ל פינון דבקרא פתיב לא תטה משפט וגו' ולא תקח שחד קאי על משפט שהוא דין וקרא דלאח"כ צדק צדק דקאי על פשרה ע"ז לא קאי הלאו דלא תקח שחד. אף מ"מ י"ל דאפרונייהו קאי ועובר בלאו דלא תקח שחד אף בפשרה פינון דמונהר ע"ז לעשות בצדק ועוד פתיב ב' פעמים וגבי לאו דשחד פתיב ויסלף דברי צדיקים י"ל דקאי גם על פשרה דהוא בלאו וממילא אם קבל חייב בהשבה וכן מסתבר: סי' יז והנה אף דבקבל שחד חייב להחזיר ולמ"ש הב"ח הוא מטעם דאי עבד ל"מ כ' בספר נתיבות בשוכר עדי שקר והעידו לו א"ח להחזיר פינון דלא כ' רחמנא ללאו על הלקיחה רק שלא להעיד שקר דומה לאתנו בעד ביאה אסורה דא"צ להחזיר והביא דברי רש"י ר"ה (דף כ"ב) דאם השלים התנאי דא"צ להחזיר.

ונראה מטעם הנ"ל אם עדיין לא נתן ג"כ חייב ליתן ומוציאין בדיינים דדומה למי ששוכר פועל לעשות לו מלאכה באיסור דנראה ג"כ דחייב לשלם לו שכר מלאכתו וכמו באתנו זונה דחייב ליתן מה שהבטיח ומבואר בר"ן ורא"ש ע"ז (דף ס"ב) בהא דפריה הש"ס והא קמחסרא משיכה דהקשו הא שכר פעולה ל"ב משיכה וקנין דפועל העושה עם בעה"ב קנה שפרו וביאה דבר שנותנין עליו שכר וכתבו דמ"מ גוף החפץ לא קנה אף דחייב בדמיו עכ"פ מבואר דשכר חייב ליתן כמו שפסק וכמבואר ב"ק (דע"א וב"מ דצ"א) אתנו אסר' תור' אפי' בא על אמו מטעם אף דקלב"ד מ"מ פינון דלצאת י"ש חייב חל עליו איסור אתנו ועכ"פ היכא דל"ש קלבד"מ מוציאין ממנו אף בדיינין הרי אף דפעולת עבירה ה"ה מ"מ שפרו חייב ליתן ולשלם כמו שפסק א"כ בשוכר עדי שקר אף שלא נתן מהראוי לומר שיהי' חייב ליתן פינון שעשו פעולתם חייב כמו שהבטיח שכר פעולה ואף דכ' הרא"ש ונהר"ן דביאה דבר שנותן עליה שכר מ"מ להעיד עדות שקר ג"כ דבר שנותנין ע"ז שכר.

וראיתי בתשובת ר"י באסן (סי' ע"ד) שכתב בפשיטות וז"ל דהאומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לה כה כה וכה ועשה חייב ליתן לו מה שאמר אעפ"י שיש דבר עבירה בדבר ההוא שעשה חבירו ע"פ ויש ע"ז פמה ראיות אחת מהנה אתנו הזולה עכ"ל הרי כמ"ש ועיין ש"ך (סי' פ"ז ס"ק נ"ח) וברמ"א שם מי שתובעתו אשה שהתנה לה דבר באתנה חייב לישבע היסת: ובס' חתם סופר חח"מ (סי' פ"ז) כתב דלמאי דקיי"ל מקח שנעשה באיסור אינו קונה משום דאי עביד ל"מ א"כ באתנו במאי יקנה וכתב הואיל דגלי קרא דיקנה וכינון דכל חיובו הוא חידוש דיקנה במה דאמר רחמנא ל"ת אין לה בו אלא חידוש דקרא איירי אפילו בא על אמו והתם ליכא חיובא אלא בבא לצאת ידי שמים ולא להוציא בדיינין והה"ד לכל אתנו אף דליכא קלבד"מ לא מתחייב אלא לציד"ש ולא להוציא בדיינין דל"מ מאי דאמר רחמנא ל"ת אלא מה דגלי קרא ולא יותר ולדבריו הי' נ"מ גדולה בין אביי ורבא דאי עביד מהני הדין דחייב לשלם האתנו ומוציאין אף בדיינין ולרבא דל"מ אינו חייב רק בד"ש ונה דבר תימא ולא משמע פן רק היכא דשייך קלבד"מ אין מוציאין בדיינין אבל חיוב רמיא עליו וכמו שכתב רש"י ז"ל דאף תפיסה מהני רק הב"ד אין דנין רק משום רשעה אחת אבל היכא דליכא רק רשעה אחת מוציאין אף בדיינין גם אם נאמר דחידוש הוא מניין לנו לומר דאף האומר לחבירו הא לה טלה זה ותליו שפחתה אצל עבדי דהוי אתנו כמבואר מתניתין דמס' תמורה ומבואר אף אם נתן בעד אחר ג"כ קנה נימא הא סתמא דקרא איירי שהפועל הוא הנותן האתנו וכמו שכתבו

תוס' ב"ק וב"מ שם וכיון דזה הוי חידוש דבכ"מ אי עביד ל"מ רק באתנו דגלי נימא דוקא אם הבועל הוא המתחייב ולא פשאחר נותן ונאמר דל"מ ולא קנה כלל ולאו תורת אתנו ע"ז.

א"ו דאין זה ענין לאי עביד ל"מ ולאו חידוש הוא פינו דגוף הקנין וההתחייבו' אינו העביר' רק התנאי שתמלא הזונה היא העבירה וכיון דנתקנים התנאי קנתה וכמו שכתב הנתיבות והה"ד ממילא אף אם לא נתן רק שהתחייב א"ע ליתן סייב לתת השכר פעולה וא"ל שהוא דוקא כשפבר נתן דליפא עבירה רק התנאי ולכן כשנתקנים התנאי שוב א"י להוציא אבל אם צוה לו לעשות עבירה שיהיה סייב לשלם כמו שהתנה י"ל דבזה יהי העבירה גרם ההתחייבות וי"ל דאי עביד ל"מ ז"א למ"ש המרי"ט והספימו כו"כ גדולים לדבריו דהיכא דלא יתקן כלל האיסור במה דל"מ והעבירה פבר נעשה בזה ל"א דל"מ וכיון דנעשה רצונו במצותו למה לא יתחייב שכר פעולה ועיין ספר בית מאיר (סי' קע"ו): אף יש להתבונן מדברי ש"ע (סוף סי' קע"ז) בשותף שאמר לחבירו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם פטור אעפ"י שגננה מאותה גניבה והוא מתשובת רש"ב"א בב"י שם דאמרין אשולד"ע ובמה נתחייב לו ועיי"ש בסמ"ע ולכאורה למה לא יתחייב מצד דעשה פעולתו ויש לומר פינו דכל פנונתו היה שיקנה ויהיה עמו שותף בקנינו וזה ל"מ מטעם דאשולד"ע ולכך פטור גם מטעם שכירות הואיל דלא עשה ע"ד חבירו רק על דעתו לתועלתו פינו דלא מועיל מה שעשה בשביל המצוה לו דל"מ ממילא ע"ד דנפשו עשה דהגנוב זכה וקנה הגניבה לעצמו וי"ל דבאמת אם לא נשתתף עמו כלל רק צוה לו שיזיק לחבירו ואני אשלם י"ל דחייב מטעם שכירות: וראיתי בס' המקנה קידושין (דף ט') דכתב דלשיטת הרמב"ן וריטב"א דס"ל באומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דחייב דכ"ש אם אמר קרע פסות חבירי ואני אשלם דחייב לשלם אף דקיי"ל בלך וגנוב דאשולד"ע מ"מ היכא דאמר ואני משלם מתחייב עפ"י דיבורו.

ולכאורה למ"ש ריטב"א בטעמא דאשולד"ע דהוי שליחות בטעות דסבר שלא ישמע לו דדברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין א"כ י"ל גם בזה דאמר ואתחייב אני לך פטומי מילא בעלמא הוא ובטעות נעשה דקסבר שלא ישמע לו.

אלא אף להסוברים דאשולד"ע הוא אף בלא ידע משום דל"מ שליחות לד"ע מצד דדברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ואין בלח שיחול השליחות לחייבו מ"מ י"ל דבכה"ג לא מתחייב מטעם ערב אף דאמר ואני אשלם דערב א"ח רק היכא שהוציא מעות עפ"י וילדעת רמב"ן אף דלא בא הנאה לבן דעת מ"מ הוציא ממון עפ"י דבריו או שאמר לו שיחייב א"ע לחבירו.

אבל היכא שצוה לו להזיק לחבירו שהוא לא הוציא דבר עפ"י ואף לא אמר לו שיחייב א"ע לחבירו רק ממילא אם הזיק לחבירו חייבו רחמנא לשלם אבל מ"מ הוא ל"ח א"ע עפ"י בכה"ג י"ל דאף הרמב"ן מודה דלא נתחייב מטעם ערב.

ועוד י"ל דהא מבואר רש"ב"ם ב"ב (דף קע"ג) דקאמר בש"ס דערב גמר ומשעבד נפשיה בכה"ג הנאה דקאי מהימן ליה וז"ל גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלנה פאלו הוא עצמו הלנה.

מבואר דגוף החיוב דהערב הוא מצד דהני כעשה בשליחותו ועינין קצוה"ח (סי' קכ"ט) דמה"ט בכ"מ דל"ה שליחו פגון באומר כל מי שילנה אני ערב לא נשתעבד. ולפי"ז פיון דכל חיוב דערבות הוא דחזינו הלואת הלנה פאלו הערב לקח המעות והלנה אם אין הלנה משלם נעשה המלנה למפרע שלוחו של הערב א"כ היכא דהוא לד"ע דל"ש בנה לומר שלוחו של אדם כמותו פטור אף כשאמר ואני אשלם: ברם אם נאמר פן א"כ אם הני ערב לנכרי מדינא ל"מ הערבות פיון דאין שליחות לנכרי וכן נמי אם הני ערב לקטן ג"כ נימא דל"מ ועינין רמב"ם (פכ"ו) ממכירה דקטן שערב לאחרים דאינו חייב לשלם וכ' שם המ"מ אף דמתנתן קנים במטלטלין מ"מ אין לקטן דעת להשתעבד א"ע בנה.

ולמ"ש י"ל הטעם בפשיטות דאין שליחות לקטן וכן כ' בספר שער משפט. אף אי אפשיך לומר פן דהא מבואר בש"ס ב"מ פ"ק א"נ ובתוס' וראשונים שם דגם נכרי שהוא ערב או ישראל ערב בעדו חייב לשלם מה"ד אף דאין שליחות לנכרי.

ועוד א"כ ערב דכתובה דמבואר בש"ס דלא משתעבד מטעם דמצוה קעבד ולא מידי חסרה ולמה לן בנה הא אף אם בדעתו לפרוע מ"מ שם לא נוכל לומר דהמעשה הנה בשליחות של הערב ועינין אה"ע (סי' ק"ב) דלפעמים משתעבד ואמאי הא אף לו יהא פאלו נעשה הדבר בספקו מ"מ לא עדיף משאר גרמות דפטור וה"נ פיון דלא נעשה בשליחותו אמאי יתחייב.

לקד ע"כ צריף לומר הא דכתב הרשב"ם דשליחותא דערב קא עביד לאו שליחות ממש שיהא כמותו רק היינו דעביד על ידו כמו אם שלח למי שאינו בר שליחות שיעשה לו פעולה בנדאי חייב לשלם מטעם שכר פעולה וזוהי מדאורייתא כמבואר בתוספות ר"פ בן סורר ומורה כמו כן ערב משתעבד לשלם דמה שהלנה הני פאלו עשה במצות הערב ובשליחותו ועינין ש"ס ר"פ המדיר דפריף ופרנס לאו שליחותא עביד ובמל"מ הל' מלנה והמח"א הקשו הא אין שליח לדבר עבירה ומפרישי דמ"מ פיון שהוציא ממון על פיו חייב לשלם ודחזינו דקרי ליה הש"ס בשם שליחו פן נמי פוונת רשב"ם בנה וממילא גם ערב דנכרי וקטן וכתובה אי לאו דמצוה קעביד ולא חסרה חייבין לשלם כמו שאר שכר פעולה.

ונה דלא כמ"ש בש"מ הנ"ל ודלא כקצוה"ח הנז' דכיון דלדעת הש"ף והפרישה חייב לשלם באומר כל הון כמו כן נמי האומר כל מי שיתנדב ללוות אני ערב בעדו אף דלא שייף שליחות מ"מ חייב לשלם: ומ"מ באומר גנוב ואני אשלם פיון דכל פעולתו הוא עבור עצמו בנה פטור הן מטעם ערב הן מטעם שכירות כדמוכח נמי מדברי רשב"א (סי' קע"ז) דאף די"ל דרשב"א לשיטתו דסובר דלגבי חיוב מטעם ערב בעינין שגייע הנאה לבן דעת ובזרוק מנה לים פטור מ"מ הא הרמ"א בח"מ (סי' ש"פ) מביא שני דיעות בנה והי' לו לומר (סי' קע"ז) דלהף דיעה חייב לשלם א"ו דלכ"ע פטור פיון דלא עשה פעולה למענו אולם באומר קרע פסות של חבירף ואני אשלם בנה י"ל אף אם אינו מחוייב מטעם ערב וכמו"ש מ"מ חייב לשלם מטעם שכירות וצ"ע: סי' יח הנוטל שכר לדון כל דיניו שדן בטליו כמבואר מתניתין דבכורות ובטוש"ע (סי' ט') וברמב"ן (סוף פ"ב) דקידושין מבואר דאף אם נוטל משניהם וליכא חשש נגיעה בדבר ועינין מהריב"ל (ח"א סי' ח"י).

ובג"פ סימן ק"כ (ס"ק ט') כ' אף אם קבל משניהם להעיד עדות מ"מ הוי נוגע דדלמא א"י פלל להעד וצ"ל דאיירי ששניהם נותנים ש"כר ויודעין ש"יודע להעד וכן בדין צ"ל אף שנותנים לו ש"י אמר ד"ת והוי נוגע דדלמא א"י פלל לחתונה הדין איירי אף אם נותנים לו ש"י דין כפי ידיעתו.

ועיין בספר בית מאיר (סי' י"ז) והדברים מבוארים ברמב"ן להדיא וכ' ונראה שאינו בכלל הפסולין מדבריהם שיהא צריף הכרזה אלא מעצמן הם בטליו שפיון שהיה יודע לו עדות ולא רצה לומר אלא מחמת ש"כר אין זה עדות והחשוד בכך עדיפותו בטליו עד ש"יודע לה שלא נטל ש"כר בעדות זו ובכך הוא עדות כשרה אעפ"י שלא עשה תשובה וכן אם החזיר ממון לבעלים וחסור והעיד באותו עדות עצמה מקבלין הימנו שא"ז פסול לא מתחילתו ולא בסופו אלא שכ"ז שהוא נוטל בו ש"כר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקעבר על מה אני בחנם אף אתם בחנם אעפ"י שנטל משניהם עכ"ל.

ולכאורה מה זה קנס לדין ולעדים לבטל מעשיהם מה מפסידים בזה ואולי י"ל דכיון דנתבטל מעשיהם ממילא חייב להחזיר וכמו שהוכיח המל"מ מדברי ריטב"א קידושין שם דכיון דנתבטל המעשה חייבין להחזיר ודלא כמ"ש הב"ח דא"ח להחזיר הש"כר בדין ואף דיש לדון בראייתו מהריטב"א וכמו שכתב המח"א הלכות שכירות (סי' י"ו) דהתם שאני כיון דלא אהניא ליה מידי במאי מקדשה ומ"מ גם המח"א מסכים דחייבין להחזיר דהוי נתינה בטעות וכן יש להוכיח קצת מדברי רמב"ן ור"ן דכתבו אם החזיר ממון לבעלים וחסור והעיד ולמה צריף להחזיר זה סגי אם מקבל עליו שלא יעשה כן עוד א"ו דחייב להחזיר ויש לדחות דהרמב"ן נקט רבותא אף בלא עשה תשובה במקלה על העתיד מ"מ אף עדות זו פשיגה אם מעיד מחדש ול"א להחזיק דברים הראשונים ולעולם דמן הדין י"ל דא"ח להחזיר כיון דעשה את שלו.

אף מ"מ כפר הספימו כל האחרונים דחייבין להחזיר וא"כ הוי שפיר קנס שלא יועיל עדותו והדין יתבטל ואז חייבין להחזיר והא דכל דיניו ועדותו נתבטל מזמן שקבל ונעשה חשוד וכמו שכ' ר"ן מדקתני עדותו היינו דנודון כמו חשוד לאותו דבר וכדקתני בתוספתא מובא ברמב"ן ור"ן החשוד להיות נוטל ש"כרו כל דיניו וכל העדות שהעיד בטליו.

[ובאמת לכאורה לדעת רמב"ם ה' מעשה קרבנות דחשוד בעינן שיהיה רגיל בכך ולא מן פעם אחד ג"כ הדין כן בנוטל פעם אחד ש"כר לדון אין שאר דיניו בטליו אולם כפר כ' הח"ש יו"ד (סי' ב' ס"ק ו') דסוגיא דעלמא דחשיד לאותו דבר דאינו מעיד הוא אף על פעם אחד עיי"ש וה"נ לענין זה] אבל לעולם כל הקנס הוא שיתבטל ולא יתקנים מעשיו דאז חייב להחזיר מה שקבל: ובזה נדחים כל ראיותיו שהביא בספר שער משפט להוכיח פדעת הב"ח דאינו חייב להחזיר מח"מ (סי' רס"ז) דאם נתן א"י להוציא מידו דשם אהני מעשיו ולא נוכל לחזור שיתבטל מעשיו לכך א"ח להחזיר וכן בחליצה אף במקום דחייב מן הדין לחלוץ מ"מ מה שקבל אין מוציאים מידו כיון דאהני מעשה החליצה ולא ראו חכז"ל לבטל מעשיו לומר שלא יחזיר החליצה דלא קנסינו לה ליבמה שמתעגן משא"כ גבי דין ידונו לפני דין אחר ואף בעדותו אף אם לא יעיד ליכא רק הפסד ממון לכן קנסינו לתרונוהו משא"כ בחליצה וכיון דאהני מעשיו לכך א"ח להחזיר

ומה שְׁהִיבֵי רֵאִיָּה מֵהָא דְכ' לִפְהֵן חֵיבֵי אֲנִי לְתַת לָהּ ה' סְלַעִים דְּדָבָר תּוֹרָה בְּנוּ פְּדוּיִרְק מִשׁוּם גְּזִירָה שְׁלֵא יֵאמְרוּ פּוֹדִין בְּשִׁטְרוֹת אֵין בְּנוּ פְּדוּי וְאָף עַפ"כ חֵיבֵי לִתְּנֵן וּל"ה נְתִינָה בְּטַעוֹת פְּכָר פְּתַבְתִּי בְּהַגְהוֹתִי בַד"ח דִּינֵי דִּינֵי ג' (ס' א') דְּשָׁם עַכ"פ קִיָּים מִצְוָה מֵה"ת אֲבָל כָּאֵן אִם הֵדִין לֹא מְהֵי אָף שֶׁהוּא מְטַעַם קִנְס מְה אֲהֵי לִיָּה וְלֹא עֲשֵׂה שׁוּם פְּעוֹלָה אָף מֵה"ת.

גַּם הָא אֲנִי הִדְיוֹטוֹת אֲנִי וְכָל קִיּוּם הֵדִין הוּא מִצַּד דְּתַקְנֵנוּ פִּן וְעַבְדִּינֵן שְׁלִיחוֹתֵינֵיהוּ דְקַמְאִי וּבְקַבְלוֹת שְׁכָר לֹא עַבְדוּ שְׁלִיחוֹתִים לְכֵן אֵין קִיּוּם כָּלֵל לְהֵדִין דְּהֵם אֲמָרוּ וְהֵם אֲמָרוּ לְכָף חֵיבֵי לְהַחְזִיר מֵה שְׁקַבְל דְּהֵי נְתִינָה בְּטַעוֹת וְאָף דִּיש לֹא מְרָא פִּינֵן דְּלֹא נֹלֵד דְּבָר חֲדָשׁ מֵה שְׁנַתְּנֵן נִתְּנֵן וְעֵינֵן מ"ש בַּח"ר דִּינֵי תו"מ (ס' א') בְּזֵה מ"מ פִּאן גְּרַע דְּכָל מֵה שְׁנַתְּנֵן הֵיָה שְׁיָדוֹן דִּין וְכִינֵן דְּחַז"ל אֲמָרוּ דְּדִינוּ אֵינוּ דִּין הֵיָה פְּאֵלוּ לֹא עֲשֵׂה לוֹ כָּלֵל וְקִנְסִינֵן לִיָּה שְׁיִתְּבַטֵּל הֵדִין וְשִׁתְּחֵיב לְהַחְזִיר מֵה שְׁקַבְל: וְעֵינֵן סְפָר הַמְּקַנָּה (סוֹפ"ב) דְּקִנְדוּשִׁין דְּכ' ע"ד הַרִיטְב"א דְּדָמִי לְנוּטֵל שְׁכָר לְדוֹן דְּצָרִיף לְהַחְזִיר כְּשִׁתְּבַעְנוּ פְּדֵאִיתָא ח"מ (ס' ט') וְכַתְּב דְּתַלְיָא בְּפִלְגָא דְּאֲבֵי וְרָבָא אִי כָל מְלִתָא דְּאָמַר רַחֲמָנָא לֹא תַעֲבִיד אִם עַבְיָד אִי מְהֵי.

וְלֹא הִבְנֵתִי דְּבָרֵי בַש"ע אֵינוּ מְבֹנְאָר רַק בְּלִקְחָ שְׁחֹד שֶׁהוּא בְּלֹא וְרַחֲמָנָא אָמַר לֹא תִקַּח וְהִלָּאוּ הוּא עַל עֵינֵן פְּרִטִי דְּמִפְרָשִׁינֵן לְקָרָא שְׁלֵא יְהִיָּה לוֹ פַּח לִיקַח שְׁחֹד אֲבָל בְּנוּטֵל שְׁכָר דְּלִיתָא בְּלֹא מְפֹרֵשׁ רַק יְלִפִּינֵן מְדַכְתִּיב רֵאִיָּה לְמַדְתִּי אֲתָכֶם כּו' מֵה אֲנִי בְּחֻמֵּי אָף אֲתָם בְּחֻמֵּי לֹא תִלְיָא בְּאִי עַבְיָד ל"מ וְגַם אָף אִם בְּאִסּוּר עֲשֵׂה ג"כ יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִש"ס תְּמוּרָה דְּל"מ לְרָבָא הֵיָנוּ בַעֲשֵׂה מְפֹרֵשֶׁת וְעֵינֵן תְּשׁוּבַת רַע"א ו"ל (ס' כ"ט) דְּדוֹן אָף בְּלֹא שְׁנַתְּנֵן דְּרָף כָּלֵלִי דְּאִי אֲפָשֶׁר לְפָרֵשׁ שְׁלֵא יְהִיָּה לוֹ פַּח לְעֲשׂוֹת ל"ש בְּיָה לֹא מְרָא עַבְיָד ל"מ וְכ"ש בְּלִימּוּד זֵה דְּמָה אֲנִי בְּחֻמֵּי יֵשׁ לְגַמְגֵּם אִם נֹאמַר בּוֹ אִי עַבְיָד ל"מ וְהַבְּרוּר הָא דְּצָרִיף לְהַחְזִיר הַשְׁכָּר הוּא מְטַעַם קִנְס דְּקִנְסִינֵן שְׁלֵא יְהֵנוּ דִּינוּ וְעַדוֹתוֹ וּמִמִּיל' חֵיבֵי לְהַחְזִיר וְכִמוּ שְׁפַתְּבַתִּי: וּמֵה"ט דְּקִנְסִינֵן לִיָּה שְׁלֵא יְהֵיָ מַעֲשִׂיו פְּדֵי שְׁיִצְטָרֵף לְהַחְזִיר הַשְׁכָּר יֵשׁ לְדוֹן בְּמֵה דְּכַתְּבוּ דְּלַעֲנִין עַדוֹת לְאִשָּׁה שְׁמַת בַּעֲלָהּ הוּאִיל דְּפְסוּלִי דְּרַבְּנֵן כְּשִׁרִין לְהַעֲיֵד וְנוּטֵל שְׁכָר לְהַעֲיֵד דְּעַדוֹתוֹ בְּטִלָּה שֶׁהוּא רַק מְדַרְבְּנֵן כְּשִׁר לְעַדוֹת אִשָּׁה וְכַמְבֹּנְאָר בְּתַשׁוּ' נו"ב קַמָּא וּבְמַרְח"ש וּבַס' תְּשׁוּבַת פְּנ"י ח"ב (ס' ס"ג) בְּתַשׁוּבַת בְּנוּ שְׁל הַמ"ב הַגָּאוֹן מ' אֲבָרְהָם ו"ל וְכ' שָׁם שֶׁהִסְפִּימוּ הַשְּׁלֵשָׁה גָּאוֹנֵי זְמַנּוֹ וּבְתוֹכֶם הַגָּאוֹן בַּעַל וּבַעַל פְּנ"י שָׁם הִסְפִּים ג"כ לְזֵה דְּמְטַעַם נוּטֵל שְׁכָר לְהַעֲד אֵין עַדוֹתוֹ בְּטֵל דְּהֵיָ כְּכָל פְּסוּלִי דְּרַבְּנֵן דְּכְשִׁרִין לְעַדוֹת אִשָּׁה רַק שְׁפּוֹסֵל מְטַעַם נוֹגַע כְּמוֹ דְּמְבֹנְאָר שָׁם דְּזֵה פְּסוּל דְּאֹרְיִת' וְלִמ"ש רַמְב"ן שְׁאֵין זֵה פְּסוּל כָּלֵל רַק קִנְס שְׁעַדוֹתוֹ לֹא יוֹעִיל וְשְׁלֵא יְהִיָּה קִיּוּם לְמַעֲשִׂיו וְלִמ"ש הוּא פְּדֵי שְׁיִצְטָרֵף אִז לְהַחְזִיר מֵה שְׁקַבְל א"כ מְנִינֵן לְנוּ לֹא מְרָא דְּבַעַדוֹת אִשָּׁה לֹא קִנְסוּהוּ פִּינֵן שְׁלֵא מְצִינוּ מְבֹנְאָר רַק לְהַכְשִׁיר פְּסוּלִי דְּרַבְּנֵן הוּאִיל דְּמְדֹאֹרְיִתָא לֹא חֲשַׁדִּינֵן לְשִׁקְרָא וְאֵתוּ רַבְּנֵן וּפְסוּלוֹהוּ וּבְעֵיגוֹנָא אֹקְמָא אֲדֹאֹרְיִתָא שְׁיִהִיָּה נֶאֱמָן אֲבָל בְּנוּטֵל שְׁכָר דְּעַד כְּשִׁר הוּא דְּלֹא עֵבֵר רַק עַל עֲשֵׂה דְּמָה אֲנִי בְּחֻמֵּי רַק מְטַעַם קִנְס קִנְסוּהוּ רַבְּנֵן דְּכָל עַדוֹתוֹ מְזַמֵּן הוּא וְהִלָּאָה יִתְּבַטֵּל אֲפָשֶׁר מְדַקְתֵּי עַדוֹתוֹ בְּטֵלִין וּבְתוֹסְפַת' קַתְּנֵי וְכָל הַעַדוֹת י"ל דְּאָף לְהַתִּיר עֲגוּנָה לֹא מְקַבְּלִין עַדוֹתוֹ.



אף פּינן דְּכָל הַגְּאוּנִי זי"ע לֹא נִחְתִּי לְזֶה ע"כ דְּסָבְרוּ דְּמַפְחֵ כ"ש פְּשֵׁר עֵדוּתוֹ לְעֵדוּת אִשָּׁה מִמָּה דְּהִכְשִׁירוּ אֶף פְּסוּלִין דְּרַבְּנָן מִכ"ש זֶה שְׂאִין עָלָיו שֵׁם פְּסוּל רַק מִטַּעַם קָנָס. וְרֵאִיתִי בְּתַנּוּמִים (ס' ל"ד ס"ק י"ז) שֶׁכ' דָּאָם רְאוּבֵן נָתַן שְׁכָר לְהַעֲד לְהַעֲד לֹא בְּדַבְּרֵי רִיבּוּת שְׂיֵישׁ לֹא עִם שְׂמֵעוֹן וְהַעֲדִיד הָעֵד לְטוֹבַת שְׂמֵעוֹן וְלַחֻבַּת רְאוּבֵן דְּעֵדוּתוֹ פְּשִׁירָה דְּהֵאֵי אֵינִי חוּבוֹ לְנַפְשׁוֹ וְהַפְּסִיד שְׁכָרוֹ וְלֹא יִהְיֶה חוּטֵא נְשָׁכָר וְגַם אֵל"כ אֲתִי לְעָרוּמִי.

וְלֹא יִדְעָתִי מִנֵּינָן לֹא זֶה פּינן דְּעֵיקָר הַפְּסוּל הוּא מִטַּעַם דְּקָנְסִינָן לִיה וְלִמ"ש הוּא פְּדִי שְׂיֵיצֵטְרָף לְהַחְזִיר מַה שְׂקַבֵּל א"כ מַה נ"מ אִם מְעִיד חוּבְתוֹ אוֹ זְכוּתוֹ שֶׁל הַנּוֹתֵן שְׁכָר הָאֵל לְאוֹ מִטַּעַם רְשָׁע אוֹ מְשַׁקֵּר פְּסִלִינָן לְעֵדוּתוֹ רַק מִטַּעַם קָנָס.

גַּם י"ל דְּמִטַּעַם זֶה הָיָה נִוְגַע דְּמְעִיד חוּבוֹ פְּדִי שְׂלֵא יִצְטָרָף לְהַחְזִיר מַה שְׂקַבֵּל. וְעוֹד הָאֵל בְּקַבֵּל שְׁכָר מִצַּד אֶחָד הָיָה פְּנוּגַע כְּמוֹ שְׂפַתְבְּתִי לְעֵיל וּבְנוּגַע הַעֲלָה הַתַּנּוּמִים (ס' ל"ז) בְּסַפֵּק אִם נֶאֱמַן לְחוּב לְכֹן דִּין זֶה צ"ע לְהִכְשִׁיר עֵדוּתוֹ בְּגוּנֵי שֶׁכ' הַתַּנּוּמִים: וְהִנֵּה הַתַּנּוּמִים וְהַנְּתִיבוֹת הִבִּיאוּ דְּבָרֵי מַהֲרִי"ט שְׂהִבִּיא הַכְּנַה"ג דְּהָא דְּדִינּוּ פְּסוּל הֵינּוּ פְּשָׁדָן דִּין הַתְּלוּי בְּב"ד וְהַתַּנּוּמִים הוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי רַמ"א אֵה"ע דְּלֹא כֵן הוּא רַק אֶף מַה שְׁפָדָן עַפ"י הַתּוֹרָה וְהֶאֱמַת ג"כ בְּטוֹל וְאַחֲרָיו הַנְּתִיבוֹ כ' ג"כ דְּבִטְלוּ מִמֶּנּוּ שֵׁם דֵּינָן וְהָיָה כְּטוֹעֵן חוּץ לְב"ד וְיָכוֹל לְהַחֲלִיף טַעֲנוּתוֹ וְהַהוֹדָאָה בְּפָנָיו ל"ה הוֹדָאָה דְּלֹא דֵּינָא הוּא וְתַמְהֵנִי שְׂהַדְּבָרִים מְבֻנְאָרִים בְּאֵר הַיֵּטֵב בְּמַהֲרִי"ט (ח"א ס' ס"ט) וּמַתְחִיל' כֶּף עָלָה ע"ד לְהַעֲמִיד בְּשׂוֹדָא דְּדֵינָא וְאַח"כ פְּתַב דְּל"מ הוֹדָאָה בְּפָנָיו וְעוֹד הוֹסִיף דְּהַעֲדִים שְׂהַעֲיָדוּ בְּפָנָיו חוֹזְרִים וּמַגִּידִים.

וְכֹן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִתּוֹסְפָתָא הַנּוֹ דְּקַתְּנִי כָּל דֵּינָיו שְׁפָדָן בְּטִלִין מְדַקְתְּנִי כָּל מְבֻנְאָר דְּלֹא קָאֵי דְּנִקָּא עַל דִּין הַתְּלוּי בְּב"ד. אֶף מַה שֶׁכ' מַהֲרִי"ט דְּהַעֲדִים יְכוּלִין לְהִיּוֹת חוֹזֵר וּמַגִּיד קָשָׁה אִם הַעֲדִים לֹא יִדְעוּ כָּלֵל מַזֶּה שְׂלֵא יִתְקַנְיִים הַדִּין וְלֹא יִדְעוּ שְׂהַדְּיָן קַבֵּל שְׁכָר א"כ עֲבָרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה וְאִם חוֹזֵר וּמַגִּיד מְשִׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע.

וּמְבֻנְאָר בְּרַמְבַּ"ם (פ"ב) מְעֵדוֹת דָּאָם הֵיזָה בֵּין הַעֲדִים קְרוּב אוֹ פְּסוּל וְהוֹזְמוּ אֶף דָּאִין נְעֻנְשִׁין מ"מ נְפִסְלוּ לְכָל עֵדוּת שְׂפַתְוֵיהּ וְע"כ מְשׁוּם דְּעֲבָרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה אֶף דְּנִתְבַּטְּל עֵדוּתוֹ וְהֵינּוּ פּינן שְׂהַב"ד לֹא יִדְעוּ מִהַפְּסוּל וְהֵיזָה יְכוּל לְהִיּוֹת שְׂיֵיתְקַנְיִים הַגְּדָתוֹ וְעֵינָן מ"ש אַאמ"ו ז' ל' בְּחִידוּשָׁיו ל'ח"מ שְׂבָסוּף סָפֵר דְּבָרֵי מְשַׁפֵּט (ס' ל"ו ס"ק ב' וס"ק ו) וּבְנִתְיָבוֹת (ס' ל"ג ס"ק א') א"כ ה"נ פּינן דְּלֹא יִדְעוּ מִהַפְּסוּל שֶׁל הַדֵּינָן וּמַד"ת מְהַנִּי עֵדוּתוֹ רַק חו"ל פְּסִלוּ מִטַּעַם קָנָס דִּינּוּ שֶׁל הַדֵּינָן א"כ עֲבָרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה וּכְשִׁחֻזְרִין וּמַגִּידִין מְשִׁימִים עֲצָמָן לְרְשָׁעִים וְאוּלַי פְּנוּנְתוֹ אִם נִתְּנוּ אֲמַתְלָא לְדְּבָרֵיהֶם דְּבַכ"מ אֲמָרִינָן יָקִים דְּבָר וְשׁוּב א"ח וּמַגִּידִין אֶף אִם נִתְּנוּ אֲמַתְלָא לְדְּבָרֵיהֶם כְּמְבֻנְאָר (ס' כ"ט) וּיְבֻנְאָר אֵי"ה בְּזֶה בְּדֵינִי עֵדוּת וּבְזֶה פּינן דֵּינָיו שֶׁל הַדֵּינָן אֵינּוּ דִּין וְאֵין לֹא תֵּאָר דֵּינָן יְכוּלִין לְחֻזֵר וְלַהֲגִיד כְּשִׁתְּנוּ אֲמַתְלָא עַל דְּבָרֵיהֶם הָרֵאשׁוֹנִים.

אֶף יֵשׁ לְהַסְתַּמֵּק אִם הַחְזִיר הַדֵּינָן מַה שְׂקַבֵּל אִם דֵּינָיו דִּין וְאֵינוּ צָרִיף לְדוֹן מְחַדָּשׁ וּבְאֲמַת בְּרַמְבַּ"ן וְר"ן לֹא כְּתָבוּ דָּאָם הַחְזִיר וְחֻזֵר וְהַעֲדִיד רַק לְעַנְּנָן עֵדוּת וְלֹא הַזְכִּירוּ כָּלֵל לְעַנְּנָן הַדִּין וּבְרַמ"א לְקַמָּן (ס' ל"ד) כ' וְאִם הַחְזִיר הַמְּמוֹן דֵּינָיו וְעֵדוּתוֹ קִינְיָן וּבְנִתְבוּת שֵׁם (ס"ק י') כ' דְּאֶפִּילוּ לֹא הַעֲדִיד מְחַדָּשׁ מְדַסְתָּם הָרַמ"א.

וכן דעת הנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' כ"ז) וכבר השיגו בס' בית מאיר מדברי הרמב"ן ור"ן דצריף לחזור ולהעיד ואתריו בעל נתיבות בעצמו בספרו קה"י אה"ע (סי' י"ז) ואולי י"ל קא דסתם הרמ"א משום דכ"ג דינו ועדותיו קיימין ובדין אפשר דא"צ לפסוק מחדש אף למ"ש מהרי"ט דהעדים יכולין לחזור ולהגיד י"ל דצריף לקבל עדותו מחדש דדילמא יחזרו מעדותו הואיל דלא היתה קיום להדין עד שיקח חזיר הדגין.

שוב ראיתי במהריב"ל (ח"ג סי' צ"ז) שפכת דעות ודיינות הפל אקד דאם הקח חזיר ודן ע"ש ועיין כנה"ג (סי' ט' אות ט"ו) דעלה ע"ד דיין פסיפא לי' מלתא לחזור ושוב הביא דברי מהריב"ל ודברי הרמ"א (סי' ל"ד) דשניהם שוין ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ע"ט) דכ"ל לגבי דיין הוי נוגע דכסיפא ליה מילתא למיהדר ומ"מ מסיק דכשר אכ"פ אף לאותו דין והביא דברי מהריב"ל ומהרשד"ם שיהספיו פן ומ"מ י"ל שא"צ לומר פ"ד מחדש וסגי אם אינו חוזר מדינו: ויש להתבונן על הטור ומחבר דלא הזכירו בהלכות עדות כלל הדין דנוטל שקר להעיד עדותו בטליון רק הרמ"א הזכירו וכלל אותו בנוטל שקר לדון.

וראיתי רדב"ז (ח"ג סי' תק"ז) דתמה פן על הרמב"ם שלא הזכירו בהל' עדות וכ' דאם נותן לו אם יועיל עדותו זה פסול מצד נוגע ושחייב להעיד בחנם זה כ' (פ"א) מעדות ואם לא רצה להעיד בחנם ועבר על עשה מה יעשה זה ואין לו עד אחר עי"ש ודבריו נגד כל הפוסקים גם הוא הרמב"ם (פ' כ"ג) מסנהדרין כ' הנוטל שקר לדון דינו בטליון ומדכ' דינו משמע כל הדינים שידון אח"כ וכמו שהוכיח מזה הר"ן וכן הביא שם הכ"מ ע"ז דברי הר"ן וא"כ הנה לו להזכיר פן בהלכות עדות ג"כ דעדותו בטליון דהא יש ג"כ נ"מ אם יש לו עדים אחרים וגם כיצד יהיה חולק על הסתם משנה.

וי"ל דהטור ומחבר שלא כתבו דסמכו עצמם על מה שכתב (סי' ל"ג) לכל הפסולים לדון פסולים להעיד ונקלל בזה ג"כ נטיל' שקר דכמו שפ' דינו בטליון פן עדות' וכן הרמב"ם י"ל דסמך עצמו על מה דכ' (פי"ו ה"ו) מעדות כל הכש' לדון פשר להעיד ויש פשר להעיד ואינו פשר לדון כמו שפורט שם וממילא ידענו דיתר הפסולים לדון פסולין להעיד ונקלל בזה הנוטל שקר שוב ראיתי בס' שאילת שלום מן הה"ג מ' ישע' פיק ז"ל על שאילתות פ' דברים שכ' מצנה ליתן טעם נכון על השמטות רמב"ם וטור ומחבר עי"ש ולדעת הענינה כמו"ש דכללו בכל הפסול לדון פסול להעיד ויגיד עליו רעהו.

ומה"ט נראה דאין שום חילוק בין פסול לדון לפסול להעיד. וראיתי בשער משפט שחקר בבע"ד שקבלו עליהם לדון קאו"פ ונטל שקר אם דינו בטל די"ל פיון דפסול מה"ת לדון ביניהם לא שייך לומר אף אתם בחנם וכ' דמסתבר פיון דפסול לדון יכול להמנע לדון בחנם אמנם לענין עדות אם קבלו עליהם קאו"פ אף דאינם באיסור אם לא יגיד מ"מ חייבין להעיד מטעם השבת אבידה ואסור ליטול שקר.

ולמ"ש דינים שוין מסתימת הטור ומחבר א"כ י"ל או דבתרנייהו איפא איסור או דבתרנייהו שרי לקבל שקר. ומ"מ י"ל אם קבלו עליהם הפסולים לדון או להעיד לא איכפת לן במה דנתוסף עוד פסול אחר וי"ל דבכה"ג לא קנסינן להו שיהיה דינם ועדותן בטל וממילא כל דיניהם ועדותן מכאן ואילף לאחרים אשר כשרים להם ג"כ פשר דאף דלקח עתה שקר הנה לפי שפסל מה"ד לדון ביניהם ולא נעשה חשוד בשביל זה שלא

לדון לאחרים: וכ"כ נראה ממה דהשוו הרמב"ם והטור ומחבר דין עדות לדינין דאין לחלק ביניהם ודלא כמ"ש בתשובת בית יעקב מובא בהגהות מל"מ סוף הלכות סנהדרין דלגבי דיין אם הבטיחו לתת לו שְׂכָר אַח"כ פְּשֻׁתָּן לוֹ דינו בְּטַל לְמַפְרַע וּלְגַבֵּי עֵדוּת לֹא נִתְבַטַּל עֵדוּתוֹ לְמַפְרַע וְהוּא כ' שֵׁם דַּמְנָ"ל לְחֻלְק בֵּין עַד לְדִיִּין אֱלָא דְבַתְרֻנְיָהוּ אִין הַמַּעֲשֵׂה בְּטַל לְמַפְרַע וְכֵן נִרְאֶה בִּינּוֹן דַּא"ח לִיתָן לוֹ דִּיכּוּל לֹמַר מְשֻׁטָּה הָיִיתִי בָּהּ אִם נוֹתֵן לוֹ אַח"כ מִתְּנָה הוּא אַף דְאִיסוּר יֵשׁ הוּאִיל דְּבִשְׁבִיל שְׁהַבְטִיחוֹ נוֹתֵן לוֹ מ"מ בְּשִׁבִיל זֶה לֹא יִתְבַטַּל דִּינוֹ וְעֵדוּתוֹ לְמַפְרַע וּלְמַש"כ מוֹכַח כֵּן מְדַבְּרֵי רַמְבַּ"ם וְטוֹש"ע דְאִין חִילוּק בֵּין דִּיִּין לְעֵדוּת וְכַנ"ל: וְשָׂכָר בְּטִילָה דְמוֹכַח מִן תַּרְסָה לִיקּוּחַ וְאִם לֹא הִתְנָה פְּתַב הַסַּמ"ע דַּא"נ לִיתָן אֱלָא פְּשִׁיעוֹר שְׂרוּצָה אָדָם לִישָׁב בְּטַל מְאוּתָה מְלֹאכָה שְׁנִיתְבַּטַּל מִמֶּנָּה וְכִמוֹ גַּבֵּי מְשִׁיב אֲבִידָה.

ואינו כן דעת הט"ז דהוי פפורע חובו ש"ח ועיין תוס' פתובות (דף ק"ח) דמטעם תקנה הוא באבידה עיי"ש וי"ל דבדיין ג"כ כן הוא ובלא"ה פתבו בשבות יעקב ובקצוה"ח דכינן שפאו לפניו והדיין סילק עצמו ממלאכתו ונזקק לדון עפ"י דעת בעלי הדינים הוי פמדעתם וחיבין לשלם וכמבואר בטיו"ד לענין התרת בכור דבלא התנה צריף לשלם שְׂכָרוֹ כְּפוּעֵל בְּטַל.

ומזה השיג הקצוה"ח על הסמ"ע דא"ח לשלם רק כפועל בטל לגמרי דדין דומה לראיית בכור דל"ה מלאכה פלל משא"כ גבי אבידה צריף לשלם כפועל בטל שפועל רוצה לישב בטל מאותו מלאכה והביא דברי הדרישה יו"ד שם.

ותמהני הן על הדרישה שם הן על קצוה"ח הא לפנינו מבואר בטור ח"מ (סי' רס"ה) דגם באבידה אם היה יכול להתנות ולא התנה דא"ח לשלם רק כפועל בטל לגמרי ואינו מקבל שום שכר טורח מהשבת אבידה וכן פוסק הרמ"א שם ודוקא פשאין בעל האבידה שם אז שמין בכמה יגזח מלאכתו ויתעסק בהשבתה וכוונת הסמ"ע שכתב כמו במשיב אבידה ודאי ג"כ הוא רק כפועל בטל ממש הואיל ולא התנה ועיין סמ"ע (סי' רס"ד ס"ק ד'): וראיתי בש"מ ב"מ (דף ל"א) שכתב משם ר"פ דכפועל בטל באבידה ל"ה כפועל בטל דמסכ' בכורות דשם הוא כפ"ב לגמרי וכ' דהתם משום דמיחייב בקל ענין אפילו היכא דבטל ממלאכתו דדרשינן אג"י ד' מה אג"י בחנם שאין לו ליטול שכר טורחו פלל מש"ה לא שקל אלא כפועל לגמרי אבל באבידה פשהוא בטל ממלאכה אי בעי לא משיב דכתיב אפס פי לא יתנה בה אביון הלכך שרי ליקח שכר בטילה דאותו מלאכה דבטל מינה עכ"ל ולכאורה צריף ביאור הא גם בדיין פטור פשעוסק במלאכתו והף קרא דל"י בה אביון שדרשו הוי זהיר אמה שלא תהנה אביון קאי על כל מצות שחייב לעשות בחנם ואינו רשאי לקבל שכר מ"מ א"ח לבטל ממלאכתו וכמבוא' בש"ס בכורו' שם דאפי' בטילה דלא מוכח אינו רק מכוון הדיין וכבר ראיתי למי שכתב שדברי הר"פ תמוהים.

ברם דבריו נכונים למאד דבאמת פשעוסק ממלאכתו ודאי ליכא מצנת השבת אבידה עליו וכשמישבי אינו עושה רק לפני משורת הדין כמבואר בראשונים שם דאומדן דעתו דרוצה לעשות לפמשה"ד ועושין פשרה לשלם שכר בטילה ממלאכתו לעסוק במלאכה קלה ומותר לו ליקח שכר טורח הנשכה עכ"פ פינן דאינו מצוה ועושה משא"כ בהוראות היתר בכור או דין אף דא"ח בדבר לעשות עכשיו הואיל וטרוד במלאכתו מ"מ התורה אסרה ליקח שכר על לימוד חוקים ומשפטי' וסוף פל סוף פשעון והורה לומד חוקי ה'

והתורה גזרה לאמר מה אני בחנם אף אתה בחנם ושלל יקח שכר עבור לימוד חקים ומשפטי ואין פנונת ר"פ לומר דמחייב בכל ענין אפילו היכא דבטל ממלאכתו דחייב לדון ולהורות דזה נדאי אינו דלא חייבו התורה ליבטל ממלאכתו מדכ' ל"י בך אביון רק החיוב הוא שלא ליקח שכר בכל ענין אם לומד חקים ומשפטים פנין דסוף סוף פשדן והורה להם לומד אותם חקי ד' ועבור טורח זה אסור לקבל דהא נדאי אף אם יש ב"ד גדול ממנו בעירו פשפאו הבע"ד וקבלו עליהם לדון ביניהם אף שאינו חייב בדבר ואין החוב מוטל עליו מ"מ פשדן ביניהם אסור לו לקחת שכר דין והוראה משום מה אני בחנם פנין דסוף כל סוף לומד חוקי ד' ומשפטי וכמו כן אם מבטל ממלאכתו ועושה לפנים משה"ד אינו רשאי לקבל שכר דין ושהיא מלאכה קלה רק שכר בטילה ממש משא"כ בהשבת אבידה אם אינו מצוה ועושה אף דעושה לפמשה"ד יכול לתבוע שכר טרחו מהשבת אבידה פנין דא"ח בדבר הוי רק פטורח במלאכה וז"פ וברור ועי"ש עוד בלשון הריטב"א דכ' נמי פנין דשורת הדין יש לו לדון וללמוד בחנם משום מה אני בחנם די לו פשנותן לו כפועל בטל ממש וכשומר קישואין משא"כ בזו דפטור לגמרי משום אפס כי לא יהיה בך אביון ע"ש והפנונה ג"כ פנ"ל דלדון וללמוד אף אם אינו מחויב בדבר מ"מ אסור לו לקחת שכר משום דעכ"פ לומד חקי ד' ומשפטי משא"כ באבידה.

ובנדאי אם לא התנה אף שיש שכר בטילה הנזכר אינו לוקח רק כפועל בטל ממש ואם מקבל יותר יש לדון דהוי פנוטל שכר לדון דדינו בטל אם לא דנאמר דאם מקבל אח"כ לא יתבטל למפרע אבל מ"מ אסור לו ליקח יותר מן שכר בטילה ממש: והנה אף דקנסו חכז"ל בפועל שכר לדון דדינו בטליו ומטעם זה צריף להחזיר הדמים שקבל מ"מ במצוה דרמ"א אכ"ע אם נזדמנה לאחד ולא רצה לקיימה אלא בממון אין מוציאין ממון מידו ואין מפקיעין ממנו חיוב ש'לו כמבואר ביו"ד (סי' של"ו) דרופא אף דאסור ליטול שכר החקמה והלימוד דאבידת גופו הוא ורחמנא אמר ונהשבותו לו ואמרין גם בזה מה אני בחנם אף אתה בחנם כמו דמבואר ברמב"ן בתורת אדם [ובס' בן יוחאי (דף פ"ג) כתב פליאה נשגבה על רבינו הב"י דפסק שם ביו"ד דרופא אסור ליטול שכר החקמה ומדמה רופא לדיין וסותר לש"ס סנהדרין (דף צ"א) א"ל אם אתה עושה כן רופא אומן תקרא ושכר הרבה תטול הרי בשביל שיקרא רופא אומן יטול שכר הרבה על הפלגתו בחקמת אומנתו ולא כפועל בטל כדק"ן.

ולא אדע מה עשה לו הב"י הא מוספם מפל הפוסקים והרמב"ן הנ"ל דאסור ליטול שכר על חקמתו שמלמדו שחייב מטעם השבת אבידה רק שכר בטילה והרמב"ן שם מדמה רופא לדיין ממש בכמה פרטים.

ומה שאמר גביהא בן פסיסא למהו צדוקי דא"ל אי קאימנא בעיטנא בך ופשיטנא לעקמותך מינך אם אתה עושה כן רופא אומן תקרא ושכר הרבה תטול מלבד די"ל דאמר לו בדרך צחות ושחוק שינוותר לו בשכר טרחתו לפשט מגבו העקמומיות שהיה לו וזה טורח גדול ושכר טורח מותר בלא"ה הא אמר כן להצדוקי והם אין דורשין מה אני בחנם אף אתם בחנם וכשאינו רוצה הרופא לרפאות בחנם רשאי ליתן לו שכר הרבה ושחק על האי צדוקי בזה] מ"מ אם לא רצה לקיימו אין מוציאין מידו ומבואר ברמב"ן בת"א דשכר הרופא ששונה כל כסף חייב ליתן כל מה שהתנה לו ועיי"ש בב"ח ובסמ"ג

עשין (סי' ע"ד) ובס' אגודה סוף ב"ק ובבבנימין זאב (סי' ר"פ) ולא מצינו שם דקנסין ליה.

ומזה ראיה למ"ש דעיקר הקנס הוא דמעשיו בטלין וממילא חייב להחזיר משא"כ ברפואה וכדומה דל"ש לבטל המעשה חייב ליתן לו כמו שפסק ואף מוציאין מידו ואין מפקיעין מידו ואין מפקיעין ממנו חיוב שלו דשכר הרופא שנה כל הפסד ועיין בתשובת בעי חיי חיו"ד (סי' רל"ז) דכ' דהמחזיק יכול לומר קים לו כ"א שפרמב"ן וריטב"א בכמות דאינו נותן לו אלא שפרו.

ואולם דעת רוב הפוסקים דחייב ליתן כמו שהתנה ועיין יש"ש ב"ק (פ"י סי' ל"ח) דכן דעת רוב הגאונים ועיקר ומזה מוכח ג"כ כמו שפתבתי לעיל דחייב לתת שכר פעולתו אף דאסור לו לעשות הפעולה בשכר מ"מ מוציאין מידו ועיין (סי' רס"ד) ובקצוה"ח ונתיבות שם כמה שיש מקום עיון בדבריהם מדברי רמב"ן בת"א הנ"ל וגם דיש לחקור דלמא דוקא אם החולה או מי שמנטל עליו פוסק לו לרופא דמים הרבה דחייב ליתן לו שחכמתו מכר לו ואין לה דמים וא"י לומר משטה אני בה כמו בלוקח סממנין ביותר מפדי דמיהן מפני דוסק החולי דלא מתחייב אלא בדמיהן דשכר הרופא בחכמתו חייב ליתן כמו שהתנה והיינו משום דהצלת נפשו עדיף וגמר ומתחייב מה שא"כ אם אחר פוסק עם הרופא שכר הרבה בעד חכמתו והלמוד י"ל פיון דאינו מחוייב יותר מן הרופא ורמ"א אפולי עלמא דיכול לומר משטה אני בה ועיין קידושין (דף ח') התקדשי לי בדינר תנהו לעני כו' אמרה לו כי היכא דמחייבנא ביה אנא הכי מחייבת ביה את וברשב"א וריטב"א שם ובמח"א הלכות צדקה (סי' א') ויש בכ"ז אריכות דברים ואי"ה יבואר במ"א: סי' יט בש"ע (סי' י"ב ס"א) אבל משתשמע דבריהם ותדע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר אינו נזקק לכם וכ' הב"ח דהיכא דאיכא סכנה יכול להסתלק וזריז ואינו נענש דלאו דלא תגורו אינו אלא שלא להכניס דבריה מפני בעל מריבה אבל בחשש סכ"נ והיזק ממון לא איירי קרא ובהא דהביא הרמ"א דברי מהרי"ו דמ"מ נוהגין עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו למלכות הקשה הב"ח דבספרי מפורש דאפילו איכא חשש הריגה והפסד כל ממון חייב להזדקק להם וכתב דהאי דספרי אינו אלא בדין שבין אדם לחבירו ה"מ חייב לשפוט בצדק ואפי' איכא חשש סכנות נפשות וכתוב לא תגורו אבל בעוברי עבירה שבין אדם למקום שהוא ממצות הוכיח תוכיח יש להקל פיון דאיכא סכנה דגלוי לפנינו של"ה מקבלים א"נ דאין חילוק רק דקרא לא מדבר אלא בדאיכא חשש סכנה מבר ישראל גופיה אבל בחשש סכנה ממלכות ע"י מסירה דבריא היזקו כפר למדנו וחי בהם ולא שימות בהם.

ובתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קמ"ג) העלה דבשביל היזק ממון אין לו לדין להסתלק מן הדין ולעבור על ל"ת דלא תגורו ומהרי"ו ורמ"א קאי רק על מ"ע דתוכחה פיון שהוא בשוא"ת א"צ לקיימו משא"כ במצות עשה דלא תגורו וכמבואר חילוק זה פיו"ד (סי' קנ"ז) ובמרי"ו ועי' תומים (סק"ב) ולכאורה למ"ש האחרונים ובתשובת ח"י ובפ"מ או"ח בכ"מ דהא דצריך לבזבז כל ממון שלא לעבן על ל"ת ולקיי' העשה א"צ לא תליא בחומר עשה ול"ת רק אם עובר בקום ועשה או בשב ואל תעשה ואם מפסיד ממון כמה שלא יקיים העשה דתשביתו בחמץ דא"ח אף דעובר על ב"י מ"מ פיון דהוא בשב ואל

תעשה אינו מחויב לבזבז הון רב עיין פ"מ בא"א (סי' תרנ"ו ס"ק ה') וממילא י"ל היכא דעובר אף על עשה בקום ועשה חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור ועיין בפ"מ במ"ז (סי' רס"ו) א"כ פאן היכא דמפסיד ממון בבירור פיון דאינו עובר בקום ועשה אינו חייב בדבר אף דעובר על ל"ת פיון דהוא בשוא"ת.

ובר"ן מס' סופה כ' משם הר"ב ד"ד דה"ט דאינו חייב לתת אף שליש ממנו למצוה עוברת כדי שלא יבוא לידי עוני ויפיל עצמו על הציבור ומשום דהוא בשוא"ת אבל במצות ל"ת כל הון ביתו יתן קודם שלא יעבור עליה ומשמע ג"כ קצת לכאורה דהוא רק אם עובר על ל"ת בקום ועשה אבל שלא לעבור בשוא"ת אין חמור ל"ת מן שלא לקיים העשה ועיין ב"ח או"ח שם דהקשה מהא דקאמר בש"ס אם נאמר בכל נפשך למה נאמר בכל מאנדה לפי שיש לה אדם כו' והתם בע"ז קאמר ומשמע דבשאר ל"ת אין לו להפסיד כל ממונו וכ' דאדרבה משם ראי' דאל"כ מאי קשיא למה נאמר בכל מאנדה הא איצטריכ' ליה ללמד דדוקא משום ע"ז יפסיד כל ממונו ולא יעבור אבל שאר מצות ל"ת יעבור ולא יפסיד א"ו דאין חילוק וצ"ע לעיין בדברי ריב"ש (סי' שפ"ז).

והנה מדברי ריב"ש מבואר דלא תליא בקום עשה או בשוא"ת רק בלאו ועשה וכל שיהא לעבור על לאו אף שא"כ מעשה חייב לבזבז כל אשר לו ולא יעבור ועיין ב"ח יו"ד (סי' רל"ב) ובש"ע ובש"ע שם (סי"ב) ובטו"ז שם (ס"ק י"ז) ובכ"ף שם (ס"ק כ"ג) ומדבריהם מוכח ג"כ דאף היכא דהוא בשוא"ת לעבור על שבועתו כל היכא דלא נתבטל השבועה מעיקרא לומר ע"ד זה לא נשבע חייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור אף בשוא"ת.

ועיין בפ"מ (סי' תרנ"ו) שם דמסתפק בל"ת דרבנן שלא לעבור אם חייב לבזבז כל ממונו ע"ש וברדב"ז (ח"ד סי' קמ"ה) מבואר דחייב לבזבז כל הונו ונשלא לעבור. וי"ל דתליא זה בזה דאם אף שלא לעבור בקום ועשה איסור דרבנן חייב לבזבז כל הונו ממילא י"ל דבלאו דשוא"ת חייב ג"כ לבזבז כל הונו דהא מבואר במהרי"ק (סי' קל"ז) וז"ל דלא אמר הסמ"ק דמדת חסידות שיהרג אלא דוקא באיסורי תורה דומיא דשליש עבירות אבל באיסורי דרבנן אפילו מדת חסידות ליכא דלהרוג עליו בצנעא במתכוון להנאת עצמו דאי בתר פונת הא"י אזלת הא לא מכונן ואי משום עיקר המעשה הא ליכא איסורי דאורייתא ופשיטא דלא עדיף איסור דרבנן אף פי עביד מעשה מאיסור דאורייתא בדלא עביד מעשה דהתם אפי' מדת חסידות ליכא מדלא מסרה אסתר משום מדת חסידות דפשיטא דחסידה גמורה היתה אלא משום דקרע עולם היתה ואין כ"כ איסור כ"ש באיסור דרבנן ואפילו עבד מעשה עכ"ל הרי דפשיטא ליה דלא עדיף איסור דרבנן אף דעבד מעשה מאיסור דאורייתא בלא עבד מעשה.

וא"כ אם שלא לעבור איסור דרבנן בקום ועשה דדעת רדב"ז דחייב לבזבז כל הונו ע"כ דסובר דגם שלא לעבור בל"ת אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו. ואף שיש קצת לחלק משם מ"מ מבואר להמעין דכנראה גם דעתו שלא לעבור בלאו אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו וכסתמא דנאמר בכל מאנדה וכדעת ריב"ש וכבר ראיתי בגליון רע"א זללה"ה יו"ד (סי' קנ"ז) שהביא דברי ריב"ש הנז' נגד דעת הפ"מ והחזות יאיר: וקצת י"ל דאף שלא לעבור על דרבנן בקו"ע דדעת רדב"ז דחייב לבזבז כל הונו מ"מ ודאי נראה דעכ"פ

היכא שאינו עובר בקו"ע רק בשוא"ת על חיוב דרבנן בזה כ"ע מודים דאינו חייב לבזבז הון רב וא"כ השתא דליפא לנו סמוכין ובעוה"ר פל מצות שופטים המה רק מדרבנן ושליחותיהו דקמאי עבדינן אם פן אם מסלק ידו אף לאחר שיודע וגמר הדין מ"מ הא אינו עובר על הלאו דלא תגורו מפני איש רק מדרבנן דמה"ת אין תורות ב"ד ושופטים עלינו רק מתקנתא דרבנן ואף בקבלו עליהם ל"ה רק מדרבנן א"כ בזה י"ל היכא דיש היזק ממון אינו חייב בדבר ויש לומר דמ"מ פיון דגוף הלאו דלא תגורו הוא מה"ת עדיף והוי פעיקרו מה"ת פן יש לצדד: והנה ז"ל מהרי"ו (סי' קנ"ז) ומ"ש אם חייב להוציא ממון נראה דאינו חייב וראיה מדאמרינן פ' בן סוטר ומורה דילפינו מלא תעמוד על דם רעיך דחייב להציל חבירו ופריף האי מהכא נפקא מהתם נפקא והשבות לו אבדת גופו מניין ומשני אי מהתם הוי אמינא ה"מ בנפשיה אכל למטרח ואגורי לא קמ"ל אלמא אי ליפא קרא יתירא לא הו' אמרינן שמתחייב להוציא ממון אפילו להציל נפש חבירו וכ"ש גבי עשה דתוכיח דא"ח להוציא ממון ועוד מדאצטרף קרא לכתוב בכל מאנדה שחייב אדם למסור ממנו בשביל קדה"ש ואם הנה חייב להוציא ממון להציל חבירו מן עבירה א"כ כ"ש עצמו וא"כ מאי אצטרף בכל מאנדה ודווקא לומר דהתם חייב למסור כל ממנו אבל גבי עשה דתוכיח דא"ח למסור כל ממנו רק מקצת דא"כ מה שיעור יש בדבר בשלמא גבי הפאה עד שיפנו כ"ד א"צ יותר עכ"ל.

ולכאורה נראה מדבריו דבכל מאנדה הוא רק בע"ז ולא שלא לעבור על ל"ת וזה נגד דעת ראב"ד ורשב"א ור"ן גם מ"ש מה שיעור יש בדבר אינו מוכן הא בכל מ"ע לקיימן פתבו הראב"ד והר"ן אף דא"ח לבזבז כל הון מ"מ כל חד וחד מחייב ליתן פסום ממנוא כדי לקיים מ"ע ומה גרעון מצא במ"ע דתוכחה.

ורבינו ירוחם פתב מוכא בב"י אור"ח שם דעל מצנה עוברת חייב להוציא ע"ז עישור נכסיו וכ"הב"י לא ידעתי מניין לו וע"ש מג"א (סק"ה) ומצאתי ב"ד (סי' קנ"ז סק"ה) בבבאור הגר"א זצ"ל דכ' דמשמ' מדברי מהרי"ו דעל כל מנות ל"ת אינו מחייב להוציא ממנו וקרא דבכל מאנדה הוא בע"ז וחולק על הר"ן.

אולם מדברי הרמ"א שם שפוסק דבברי הר"ן וראב"ד וגם מביא דברי מהרי"ו משמע קצת דאין חילוק. וי"ל דהא באמת ראיתו של מהרי"ו נכונה מש"ס דסנהדרין (דף ע"ג) דאצטרף קרא דלא תעמוד על הצלת גופו של חבירו אף דבלא"ה איפא קרא דנהשבתו לו ומדכתיב ויו יתירא דרשינן לאבנית גופו כמ"ש רמ"ה שם וגם שם פתיב לאו דלא תוכל להתעלם ובכ"ז לא היינו מחייבים אותו להוציא ממנו ע"ז רק גלי קרא לא תעמוד אלא חזור על כל הצדדין וכמ"ש רש"י שם ומשם לא נוכל ללמוד לשאר ל"ת שלא לעבור דהצלת נפש שניתן אף לדחות שבת ודאי עדיף ואין ללמוד משם לכל המצות א"כ מוכח דע"כ יש חילוק בדבר דהא ודאי א"ל דאי משום לאו דלא תוכל להתעלם הא אדרבה חזינו באבנית ממון דא"ח להפסיד את שלו בשביל להציל ממון חבירו אף אם הפסידו הוא דבר מיעוט והפסיד אבנית חבירו הוא הון רב בכ"ז א"ח ע"ז פמבואר ב"מ (ע"ב) מ"מ זה בממון דניתן למחול שפיר אמרינן דרכיה דרכי נועם וא"ח להפסיד את שלו בשביל ממון חבירו דמאי חזית פמבואר שם בראשונים אבל להציל גופו למטרח ולאוגרי מה"ת נאמר דא"ח בדבר דהא אף אחר דגלי קרא דלא תעמוד אינו מפסיד משלו

דשקיל מיניה אח"כ כמו"ש הרמ"ה והרא"ש מדלא אמרינן אכל בממונא לא קמ"ל מבואר דלא חייבו רחמנא רק למטרח ולהשתדל ולא להפסיד ממון ולמה צריף לזה קרא דלא תעמוד הא פינו דידענו דקרא דוהשבותו קאי על אבידת גופו ממילא הל"ת דלא תוכל להתעלם קאי ג"כ ע"ז ומה"ת לא יטריח בממונו להצי' גופו ושלא יעבור על הלאו.

מזה יליף מהרי"ו דאף אם חייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור על ל"ת היינו במה שמוטל על גופו והוא חובת הגוף אבל מה שסייבב לו אחר שאין קץ וסוף לזה לכל המקראות והתדמנות בזה א"צ לבזבז ממונו להציל לחבירו פינו שיהא לא גרם לזה ולא בא עליו הסייבה דוקא רק על חבירו בזה אינו חייב להוציא ממונו מקרא דבכל מאודף.

ורק להציל גופו ממנת בזה גלי קרא דלא תעמוד. [ועיין חזת יאיר (סוף סי' קמ"ז) דמלשון למיטרח דנקט מבואר דגם זה לולי דאתרבי ממ"ש לא תעמוד ה"א אם אין בידו להצילו בעצמו אינו מחוייב לטרוח ולולי שפכתו כל הפוסקים שחייב לשפוך ממונו להציל חבירו רק שחבירו יחזור לו הנה אפשר לומר אם יודע שאין לחבירו להחזיר לו לא רבחה התורה רק לטרוח עבורו ומ"מ ר"ל משל חבירו ואינו חייב להשפיר משלו.

ואפשר שזה כוונת רש"י במ"ש לא תעמוד על עצמה משמע אלא חזור על כל הצדדין שלא יאבד דם רעה וע"ש במהר"מ לופלין דכתב דעיקר מה דדייק הוא מדכתיב והשבות לו ובלא"ה הנה דרשינן מלא תעמוד מלהצילו בנפשיה אבל לא למטרח למיגר אגורי ולמ"ש צריף ללמוד מלא תעמוד לכל דברים אף באם אין לו ממון שיחזור ויגבה ממנו.

וקושית המר"ם יש לישב להמענין. גם יש לדון דבברייתא לא נקט רק להציל חבירו מסייבת הפא עליו ממ"א פגון טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באו עליו שפכל אלה לא גרם לעצמו ובאמת פנאיה אף אם גרם לו לעצמו ורוצה לאבד עצמו לדעת ג"כ מחוייב להצילו מדכתיב לא תעמוד ובאמת ע"ז ל"ה קשה כ"כ קושית הש"ס מהתם נפקא אבידת גופו מניין ת"ל והשבותו דהא התם קרא קאי גם על אבידת ממון ובאבידת ממון מדעת א"ח להצילו כמבואר (סי' רס"ד) דאין נזקקין לו ואם מוהשבותו לבד גילף אבידת הגוף אפתי ל"ה ידענן באם בא ע"י פשיעתו ומדעתו דחייב להצילו.

ואולי אף אם גרם לעצמו ממ"מ ע"כ ידענו שהוא בלא דעת ורוח שטות אחרתו לאבד עצמו לדעת ובכה"ג גם אבידת ממונו חייב להציל כמבואר יו"ד (סי' שמ"ט ס"ג). עכ"פ מקרא דלא תעמוד ודאי חייב להציל בכל הצדדין אבל להצילו מן עבירה ולקיים מצות תוכחה בזה פינו שיהא מצות שאין להם זמן קבוע ויכול לבא עליו בכל פעם ובכל עת א"ח במקו' הפסד ממונו אבל בלא לעבור על ל"ת המוטל עליו ובא עליו בזה י"ל דגם מהרי"ו מודה דחייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור וכשיטת הר"ן וכדעת הריב"ש אף שהוא בשב ואל תעשה: ויש להבין בהא דמבואר בריטב"א ובנ"י יבמות (דף צ') במת מצנה דרשאי הפהו ליטמא א"ע ואיזהו מת מצנה דכהן הפא ליטמא קורא לאחרים לקוברו ואין עונין אותו ואפילו היה מוצא אנשים לקוברו בשכר אין צריף לשפוך אלא הוא בעצמו מטמא אם ירצה וכן פסק הרמ"א יו"ד (סי' שע"ד) ולכאורה הא שם עובר ומטמא א"ע בידים ולמה אינו חייב לישפיר אחרים מן ממונו ולקיים בכל מאודף ושלא יטמא א"ע.



ואף דכתב רש"י ברכות (נ"ד ר') דמעיקרא פשנכתב הל"ת דטומאה לא על מת מצוה נכתב פשם שלא נכתב על הקרובים פבר הקשה שם תוס' ע"ז דנימא פן בכל ל"ת דדוחה אותה עשה נימא שאינו דחיה דהתם ל"נ הלאו ואף למה שמינישב הרמב"ן בת"א דשם יכול להתקיים העשה משא"כ בכהן דלגבייהו ליפא אופן לקיים העשה בלא דחיה ללאו דטומא' לא מקרי דחיה מ"מ ע"כ צ"ל כמו"ש בס' ח"ש לבאר דבריו דכיון דמ"ע נאמרו בכלל לכל ישראל ואף פהנים בכלל ואם לא יטמאו פהנים למ"מ אזי נעקור מהם פל המצוה לקח ל"ה דחיה וכ"ז א"ש באם קורא ואין אחרין עונין אחריו היינו דלא יש אופן אחר לקברו אבל אם עונין אותו ורוצין לקברו בשכר באנו לידי דחיה נימא דחייב לבזבז פל ממונו שלא יעבור על הלאו בקום ועשה.

ואין לומר למ"ש תוס' שם דלאו שאינו שנה בפל קיל ונימא גם לענין זה דאינו חייב בממונו שלא לעבור דמניין לנו לחלק בזה ולומר דע"ז לא נאמר הקרא דבכל מאודה. ועוד הא התוס' פתבו שם דמה לנזיר שפן ישנו בשאלה ונדחה מפני כה"ב א"כ נימא ג"כ דזה קיל ולא נאמר בכל מאודה על לאו שישנו בשאלה ומבואר בריב"ש הנ"ל דאף שלא לעבור על ל"ת בשוא"ת דשבועה אף שהוא קיל ג"כ דישנו בשאלה מ"מ חייב לבזבז פל ממונו שלא יעבור ק"ו בלאו דכהן אף שאינו שנה בכל למה לא נאמר דחייב לשפך אחרים לקברו ולא יטמא בעצמו: ובפ"מ במ"ז שם פשדן דבשוא"ת א"ח לבזבז פל ממונו כד' שלא יעבור כ' וז"ל וממילא אם אנסו עכו"מ לעבור על פל יראה בחמץ בפסח י"ל דא"ח לבזבז הון רב עד"מ שלא לבער חמצו שנתחמץ בפסח ואפשר התם פל שאנוס אינו עובר וצ"ע עכ"ל ולא אדע הא בשבועה שלא לעבור אף בשוא"ת אף דאנסוהו ובא האנוס על גוף קיום השבועה מ"מ מדמה הריב"ש לשאר איסורין דחייב להפסיד פל הון ושא לא לעבור על שבועתו אף שהוא דבר שאינו שנה בכל ולמה יגרע איסור אחר הן אמת שראיתי במל"מ ספ"ג משבועות) שהקשה מדברי ריב"ש עצמו (סי' ת"ס) וכתב דש"ה שאונסין אותו במה שנושבע שלא לקיים וכן בנידון דרשב"א שהביא שם ולכן אף שהוא אנוס ממון פטור מטעם אומדנא דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע ובההיא דסי' (שפ"ז) הסוכן לא עפכו פדי שיעבור על שבועתו אלא עפכו משום תכלית אחר אלא דממילא א"י לקיים שבועתו כ"א ע"י ממון לכן פתב דחייב לפזר ממון פדי לקיים ושא לא יעבור על שבועתו.

ולפי"ז י"ל ג"כ באם בא האנוס על קיום הדבר פנידון דהפ"מ גם אנוס ממון חשיב אנוס. אוכל מלבד דכן י"ל לקיים שבועתו לפטרו מטעם אומדנא דאדעת' דהכי לא נשבע כמו"ש בעצמו וא"כ זה הוא דוקא באיסור הבא ע"י עצמו אבל במקרה אחרת כמו חמץ שנתחמץ אף דאנוסו שלא יבער מ"מ אם יכול לסלק האנוס בכל הון חייב בדבר ושא לא לעבור אם נאמר דגם שלא לעבור בשוא"ת נאמר בכל מאודה.

וגוף החולק שמחלק המל"מ ל"נ להמענין בדברי ריב"ש רק עיקר סברתו דבמקו' שפאמר דאדעתא דהכי לא נשבע בזה ממעטינן אף אנוס ממון מאדם בשבועה וזה רק היכא דלא חל עדיין עליו השבועה וכמבוא' בריטב"א נדרים (נ"ד כ"ז) לחלק בין קום ועשה לשוא"ת דבנדר לעשות ואירעו אנוס שלא היה בדעתו בשעת נדרו ואפילו הפסד פלל ממונו דלא אסיק אדעתיה פלל שייפסיד ואף אנוס כ"ד המעפכו לקיים להכי כ' רחמנא

האדם בשבועה פרט לאנוס וכל שמעפבו שום הפסיד בממונו ה"ז פטור משום שאין חלות שבועתו עד שעת מעשה אבל בנשבע או נודר שלא לעשות חלות השבועה מעכשיו ואם בא לעבור צריך מעשה בידים וכיון שכן הדין פשאר איסורין של תורה דלא משתרי אלא במקום ספנת גופו כי היכא דשריא בנבילה או פשאר איסור תורה עכ"ל רק דמדברי ריטב"א נראה דתליא העיקר אם הוא בקום ועשה דלא חל רק בשעת מעשה ונשאל לעשות הוא בשוא"ת חל דעכשיו הני פבא אח"כ האונס וריב"ש ס"ל דעיקר תליא אם פא האונס אח"כ במקום דל"ש לומר אדעת' דהכי לא נשבע אז חייב בכל אופן לבזבז כל הון (ועיין ש"ף יו"ד שם ס"ק כ"ג) שהביא משם פסקי מהר"י דתנית ממון חשיב אונסא ומשמע דוקא הון רב פמבואר שם אבל דבר מיעוט לסלק האונס לא נכנס בכלל אונס ומדברי ריטב"א וריב"ש לא נראה כן.

דעיקר תליא אם אדעתא דהכי לא נשבע בזה הוא האדם בשבועה [וביו"ד בגליון רע"א ז"ל שם תמה ע"ד ריב"ש מש"ס נדרים שם דמיתמי ראיה מהך מתניתן להא דאתפוס זכיותיה ומה ראיה ומנ"ל דטעמא דמתניתין דאדעתא דהכי לא אדרי דלמא מטעם האדם בשבועה והגית בצ"ע והמעין פריטב"א הנ"ל יראה דעמד ע"ז ומפרש היטב עיי"ש אולם לדברי הריב"ש יקשה ויש ליישב ויבואר עוד לקמן סי' כ"ו) בבבאור דברי הריב"ש.

עכ"פ מבואר דפסקינן אף בשבועה אם פבר חל עליו שלא יעבור אף בשוא"ת חייב לבזבז כל ממונו ול"ח אונס וממילא גם בשלא יעבור על ב"י חייב לבזבז כל ממונו ודברי הפ"מ מוקשים לענ"ד: ובהא דטומאת פהגים למת מצוה דאינו חייב לשפוך מן ממונו ורשאי לטמא א"ע דמשום פבוד הבריות אתי עלה וכמו שכ' הנ"י והרמב"ן בת"א לענין קבורת בעל אף שיש לה יורשין וקרובין פיון שקבורתה בספק וביאוש הטליוה חכמים עליו ואף פשימצא אחרים פדי שתהא קבורה מזומנת ול"ת קבורתה מוטלת על המחלוקת ועל הקטטה שגדול כה"ב שדוחה ל"ת זה בכ"מ ועד"ז התירה טומאת קרובים עיי"ש ולכך אף פכחול לשפוך בממון הקילה התורה בזה משום כה"ב והתירה טומאת מ"מ ואינו חייב לבזבז הון ע"ז ולהוציא פכיסו שלא יטמא א"ע אף שהוא בקו"ע.

ובפשאר מצות שלא לעבור על ל"ת אף בשוא"ת חייב לקיים בכל מאוזה. ולכאורה יש פדמות ראיה לזה מהא דדרשו חכז"ל על פסוק דלפני עור לא תתן מכשול שלא יושיט אדם אבר מן הסי לב"ג ויין לנזיר ולמה לן לזה הא לענין מלקות ליכא נ"מ דהוי לאו שבפלות ולענין איסור בלא"ה ידענו מק"ו מן העשה דהוכח תוכיח א"ו דנ"מ לענין לבזבז ממון.

אולם אינו ראיה מ"מ היכא דהוא בשוא"ת גם שם נקט בש"ס לכן נח ובהא ליכא מ"ע דתוכחה דאת עמיתך פתוב את שהוא עמות במצות וגם לנזיר מבואר שם ברש"י אף דהוא רק ספק שפא פא לשותותו ועיי"ש בתוס' ועוד יש פמה נ"מ פמוכן גם י"ל להיפך דעבור שלא יעבור על לאו דלפ"ע דהוא לאו שבפלות קיל פיון דלא נאמר על דבר מיוחד בזה א"ח לבזבז כל ממונו ועיין ריטב"א קידושין (דף ל"ב) בהא דפריה הש"ס ודלמא רתח ואיכא משום ולפני עור ומשני דמחל ליקריה והקשה הא מ"מ פריה לא ידע דמחיל והוי פמו נתפנין לבשר חזיר ועלה פידו פכש ומתרץ ואפ"ש דבלאו דלפ"ע פיון

שהו' לאו כולל לא מחמרינו בי' פולי האי ושרינו בהכי פדי לנסותו ולהדריכו בדרך  
ישרה.

וה"נ אפשר לומר דבזה לא מחמרינו פולי האי לבזבז כל ממונו פיון שהוא אנוס. ועי'  
מ"ש בח"ר דיני טריפות(סי' ז'): ובאמת יש להבין קצת דהא הא דנאמר בכל מאנדה לא  
קאי על כל ל"ת רק על ע"ז אם יש לה אדם שממונו חביב עליו מגופו כמאמר ר"א וכמו  
דפסק הרי"ף מס' ע"ז פ"ב ומסקת סנהדרין וע"כ הא דחייב לבזבז כל ממונו הוא ממקום  
אחר וכמ"ש ה"פ"ח והיינו מדכתיב ושמרתם את חקתי ואת משפטי אשר יעשה אותם  
האדם וחי בהם ועיין ר"ן ע"ז שם דמקרא אחד מיקל דהיינו וחי בהם ולא שיעשות בהם  
ומקרא אחד מחמיר דהיינו ואהבת מסתברא לאוקמי קרא דוחי בהם בכל המצוות פולן  
וקרא דואהבת בע"ז בלבד שכל הכופר בה פמודה בכה"ת פולה ובה תלוי עיקר אהבתו  
של הקב"ה עכ"ל וא"כ הו' דבכל נפש ומואדה אם יש אדם שממונו חביב מגופו קאי  
רק על ע"ז ועיין בס' תוספות יוהכ"פ מהמר"ם חביב ז"ל דכ' לדון באמת אם יש אדם  
שממונו חביב מגופו אינו חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור על ל"ת והוא דבר פלא  
באמת.

עכ"פ ע"כ הא דידענו דחייב לבזבז כל הונו שלא יעבור על ל"ת הוא מדכתיב וחי בהם  
שא"ח לאבד את נפשו אבל כל הונו מחוייב לבזבז וא"כ מניין לנו דקאי דוקא על שלא  
יעבור על ל"ת הא מדכתיב אשר יעשה אותם האדם וחי בהם קאי על עשייה ואם מרבינו  
מדכתב וחי בהם שחייב לבזבז כל הונו נימא שגם בשביל לקיים מצוות עשה חייב לבזבז  
כל הונו רק את נפשו א"ח.

ועיין לבוש יו"ד (סי' קנ"ז) שכתב פן להדיא דחייב לתת כל אשר לו ולא יעבור דוחי  
בהם אמרה תורה שא"ח למסור חיותו אבל ממונו חייב למסור כל אשר לו אפילו מצוה  
קלה שבתורה אם יכול להציל עצמו בממון ולא יעבור א"כ למה לקיים העשה א"ח  
וראיתי בלבוש או"ח שם דהביא דשלא לעבור על ל"ת הוא מדכתיב בכל מאנדה ומחוייב  
לתת כל ממונו שלא יעבור בקום ועשה אבל במצוות עשה שלא יעבור עליה א"ח לתת  
כל ממונו בשבילה להביא א"ע לידי עוני ולהפיל עצמו על הציבור שהעני חשיב כמת  
וטוב לו לישב בשוא"ת ותבטל המצוה ויקיים הרבה מצוות פנגדה משכיבא עצמו לידי עוני  
החשוב כמת וכנראה עיקר הטעם דכל ממונו הוי כמסור חיותו דעני חשוב כמת וע"ז  
א"ח א"כ מניין לנו פדי שלא יעבור על ל"ת חייב לתת כל ממונו נימא ג"כ וחי בהם  
פתיב ועני חשיב כמת.

וע"כ צ"ל דכף קבלו הראשונים לחלק בין עשה לל"ת או מדכתיב אפס פי לא יהיה בך  
אביון ודרשו רז"ל הוי זהיר אתה שלא תהא אביון פמבנאר ש"ס ב"מ ומס' סנהדרין אף  
דשם דרשו על השבת אבידה שהוא ענין של ממון חבירו ובזה אף דהוא בל"ת דלא תוכל  
להתעלם מ"מ פטור וע"כ לדעת ריב"ש דתל' בין איסור עשה לל"ת אף שהוא בשוא"ת  
ואין תלוי בקו"ע צריף לומר דדוקא לגבי ממון חבירו א"ח לאבד מן ממונו משא"כ לגבי  
כבוד שמים אם יתן איש כל הון ביתו חייב מ"מ מחלקין בין קיום עשה לל"ת ואף שהוא  
בשוא"ת וצ"ע: והנה מעט מדברי אלה הנפרתי בח"ר דיני שבת (סי' א') והבאתי דברי  
הריב"ש הג"ל.

והגיעני בזה פלפול ארון מפורד ידידי הרב הגאון וכו' מ' פרוף צבי נ"י אבד"ק פיעטרקוב יע"א ונדעתו לעיקר בזה לענון לבזבז כל ממונו תליא בשוא"ת או בקו"ע והרבה להביא ראיות לזה פאשר יבואר לפנינו.

ואני לא פאתי לידי מדה הזאת להכריע מן משמעות לשון הראשונים נגד דעת הריב"ש ובפרט פינון שהביאו הגר"ע ז"ל בגליון יו"ד שם מבלי חולק קשה להכרי' בזה ואפא על סדר ראיותיו.

ראי' הראשונ' דהא פן כ' ג"כ רשב"א ב"ק לחלק בין לקנים מ"ע ושלא לעבנר על ל"ת והרשב"א מס' ר"ה (דף ט"ז) סובר דכל המבטל בקיום מ"ע עובר על ל"ת דבל תגרע והט"א שם הקשה א"כ למ"ד לוקין על לאו שאב"מ יתנה לוקה על כל ביטול מ"ע משום לאו דל"ת.

ואולם ל"ק למ"ש רש"י נרמב"ן פ' משפטים ע"פ וכל אשר אמרתי אליכם ואם נאמר דעל שלא לעבנר על ל"ת אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו מעתה בכ"מ פדי לקנים מ"ע יתחייב ג"כ פדי שלא לעבנר על לא תגרע ודוחק לחלק בין בשוא"ת לל"ת בשוא"ת ושהוא לאו שבפלות א"ו דבשוא"ת א"ח.

ולדעתי אין להכריע מזה מלבד מ"ש ג"כ לעיל לחלק בין לאו שבפלות י"ל דאף אם אמרינו דלאו דלא תגרעו נאמר אם אינו מקנים העשה מ"מ פינון שעיקר הוא קיום העשה ולא בא הלאו רק לחזק בכה"ג אין חומר ללאו יותר מן העשה דוגמא לזה כ' רמב"ן וריטב"א קידושין (דף ל"ג) בהא דאיצטריך לחייב נשים באבידה ומעקה ושילוח הקן אף דיש בכולן ל"ת ונשים חייבות בל"ת משום דהנהו אין העיקר אלא העשה שבהם ולא אתי ל"ת אלא לקיומה דעשה עיי"ש וכבר פתבתי בח"ר באו"ח (סי' י"ג אות ג') דמה"ט עוסק במצוה פטור למיתב ריפתא לעניא אף דצדקה הוא בל"ת מ"מ פינון שעיקר הוא העשה לקנים וכינון דהעוסק במצוה פטור מן העשה ממילא ליכא לאו וה"נ דכונתיה פינון שהוא אונס שלא לקנים העשה ולא חייבו התורה בזה לבזבז כל ממונו ממילא ליכא לאו משא"כ בנידון דריב"ש שהוא לאו מיוחד לקנים שבועתו והעוב' ואינו מקנים עובר בלא יחל דבריו ושם אין הלאו נאמר רק לקנים העשה דהא הוא לאו גמור שלא יחל דבריו בפטרות על נדר ושבוע' ולא לבד לחזק קיום העשה.

עוד כ' לראיה ממה דתקנו חז"ל המבזבז אל יבזבז יותר מחומש אף דבצדקה איכא ג"כ ל"ת דלא תקפנין וההעלם הוא פשפיכת דמים ואם על ל"ת חייב לבזבז יבזבז ויבזבז כל ממונו וכבר כ' הרמב"ם שאין אדם נעשה עני מן הצדקה והאריף בזה.

וא"ר פלל חזא דלגבי עניני ממון לגבי חבירו פבר הנהירה התורה אפס פי לא יתנה בך אביון הוי זהיר אתה כו' וגם פי דרכיה דרכי נועם ומה חזית דדמך דחבירך יקדים ואם הוא נוגע לפ"נ ודאי חייב רק חייף קדמה לחיי חבירו ובלא"ה חייב לתת כל אשר לו ובאינו נוגע לפ"נ רק לתת די מחסירו אשר יחסר לו נתנו חכז"ל קצבה פי דרכיה דרכי נועם וגם פבר פתבתי דאף שלא לעבנר על ל"ת הפא בספיבת אחרים ובמקרה שזה אין לו זמן וחזק קבוע בזה א"ח לבזבז כל אשר לו: עוד הביא ראיה מהא דחייבה התורה

למודה במקצת שישבע אף שישבע התובע שישבע ועובר על לפני עור והביא שפבר העיר בזה בס' מןצל מאש א"ו דא"ח לפזר כל ממונו כדי שלא יעבור על שוא"ת.

וראני זאת איני מפיר כלל דהא עכ"פ לפי ממונו חייב לבזבז שלא יעבור ולא גרע מעל עשה וכמ"ש הרמב"ד והר"ן וזה לא שמענו דאף עשיר גדול אינו חייב לפטור את החייב לו שבועה אף אם יודע שישבע לשקר וכן רשאי להפוך על התובעו שבועה דרבנן אף שישבע שחבירו ישבע לשקר ועיין ריטב"א שבועה ר"פ שה"ד שפירש הא דשבועה חלה על שניהם ממש אם חבירו מהפך עליו שבועה יודע שישבע שלא כדין עיי"ש ובזה עובר על לפני עור בקום ועשה מה שמהפך השבועה ע"ח ולא מציינו שיבזבז ממונו ע"ז או שישבע הוא כפי האמת עמו או אם א"ר לישבע ישלם ולא יתפוך על התובע השבועה.

ברם עיקר גושית המוצל מאש לא קשה דהא גלי קרא בזה דחייב לברר הדבר בשבועתו וא"ח למחול לו ועונש יש לו מדכ' שבועות ד' תהיה בין שניהם שחלה על שניהם אכל להשביעו גלי קרא.

וראיתי בש"מ ב"מ (דף ה' ע"ב) משם ריטב"א וז"ל בד"ה הולך ותקף כו' ונימא מגו דחשיד אממוני כו' ולא נרמי עליה שבועה דהא איכא משום ולפני טור ופרקינן דל"א האי מגו באשר דבעי למגזל ול"ב למגזל ולאשתבועי בשקרא ומשום שבועה מודה עכ"ל הרי מבואר דאם ל"א מגו דחשיד אממונא שיהיה חשיד על שבועה לא איכפת לן ואינו עובר על לפני עור דלא מחזקינן שיעבור על השבועה בשטאט נפש.

ואולי מ"ש הריטב"א קידושין שהבאתי לעיל דבלאו דלפני עור שהוא לאו כולל לא מחזקינן כ"כ ומותר לנסותו כדי להדריכו בדרך ישרה למד מפאן ממה דנתנה התורה רשות להתובע שישביע להנתבע אף אם יודע שישבע לשקר: ומה שהביא מדברי החינוך פ' כי תצא בשכר שכיר אם א"י לפורעו באותו יום אא"כ יאבד ש"ל"ח הכתוב בזה והביא מ"ש בזה בס' מןצל מאש ואינו פעת ת"י והוכיח מזה קצת פיון שלא יעבור בקום ועשה א"צ להפסיד וגם זה אינו ראיה כלל חזק דא"כ עכ"פ אם אין לו וצריף שיפסיד לפי ממונו ועשו לו לקיים העשה בזמנו ושללא יעבור על ל"ת ועוד הא בטוש"ע (סי' של"ט) כתבו סתם אם לא היה לו מעות ליתן לו דאינו עובר.

וראיתי בגליון רע"א ו"ל בח"מ דעמד ע"ז וציינן לעיין בחינוך ובפ' מןצל מאש ובמ"ש בגליון יו"ד ה"ל. וצריף לומר אף דבכל לאו חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור מ"מ בדבר הנוגע לחבירו דרכי דרכי נועם לא חייבו התורה שיפסיד הרבה והפל ממה דהזהירה התורה לא יהיה בה אביון וכיון דעיקר העשה והל"ת הוא לתועלת ממון של השכיר לא חייבו התורה בכך ודרכיה דרכי נועם משא"כ ל"ת הנוגע לשמים שלא יעבור י"ל דחייב לבזבז אף שהוא רק בשב ואל תעשה ומראיות אלה וכאלה אין להכריע לענ"ד נגד הריב"ש: גם מה שהביא ראיה מהא דכתובות (דף כ"ז ע"ב) תרתי לא עבדו ופירוש רש"י חזק דשתקי מלהעד אמת וחזק דמסהדי שקרא והביא משם מחבר אחד דכ' דעל כבישת עדות דל"ה רק עשה יוכלו להשטמ מפני יראת האלמות שלא יפסידו ממונם אכל שלא יעבור על לא תענה אף אם יפסידו כל ממונם אינם רשאי ליעבור ותמה ע"ז דהא אף שלא יכפוש עדותו איכא ג"כ לאו דלא תעמוד על דם רעיף וכמ"ש בתו"כ פ' ויקרא

והרמב"ם בס' המצוות והחינוך א"ו פיון שלא יעבור בקו"ע רק בשוא"ת אינו מחוייב לבזבז כל ממונו.

וכבר פתבתי לחלק בעניני הפסד ממון חבירו ללא הנוגע לשמים ובלא"ה פתבתי במ"א דהך דתו"כ אף שהביאו הרמב"ם במגן המצוות והחינוך דעל פיבש עדותו נאמר ג"כ קרא דלא תעמוד הוא רק אסמכתא בעלמא וכבר האריך בזה בס' שער משפט (סי' כ"ח) ומקומו הוא מוכרע מדדרישינו הך קרא דלא תעמוד על דם רעיך לרואה חבירו טובע בנהר דחייב לאגורי ולאטרוחי ופירש"י ממה דכתיב לא תעמוד על עצמה אלא חזר על כל הצדדין ולהעד עדות לחבירו לא עדיף מהשבת אבידה דא"ח להפסיד משלו פלום וכמ"ש לעיל ובנדאי לגבי עדות ממון אינו חייב להפסיד את שלו פלל וא"כ ע"כ דלא נכלל בכלל הלאו דלא תעמוד על דם רעיך ומה"ת ליכא אלא קיום מצנת השבת אבידה ושא לא חייבו התורה להפסיד בשביל זה ממון פיון שגם לחבירו ליכא אלא הפסד ממון באם לא יגיד.

אבל להעד שקר בזה אסור להציל עצמו בממון חבירו ושיעבור על ל"ת וא"ש דברי רש"י פתובו ה"ל וז"פ וברור ואינו ראיה פלל מכל ה"ל נגד דעת ריב"ש. ומה שהביא ראיה מדברי ר"ש מתניתין דפ"ז פלאים האנס שזרע את הפרם ויצא מלפניו קוצרו אפילו במועד עד כמה כו' יתר מפאן קוצר פדרכו והולך אף לאחר המועד ופירש הר"ש עד שלישי כמו ב"ק (ד' ט') במצנה עד שלישי והא שלא לעבור על לאו דמקנים בכלאים ליכא שיעור לגבול שלישי א"ו פיון דהוי בשוא"ת.

ונה ג"כ אינו ראיה דהא אם לא ניחא ליה אינו עובר פלל רק אם מקנים ברצונו שלא בהכרח ועיין תוס' ריש ב"ב משום דכתיב לא תזרע פרמה פלאים דומיא דזריעה דניחא ליה והא דחייבו שם אף דל"נ ליה כ' הרא"ש שם משום מראית עין ולכך סגי בשליש ולא חייבו לבזבז כל ממון משום דלא ניחא ליה לקיימה ואינו עובר מה"ת ועיימ"ש שם רע"א ז"ל בתוספות משניות ובמ"ש בעזה"י בח"ר בקונטרס התשובות (סוף סי' יוד): ומה שהקשה מהא דאין פודין את השבויים יותר מקדי דמיהן מפני תיקון העולם והא שבי פוליהו איתניהו ביה ובכלל ס"נ ולמה לא יהיה בכלל לא תעמוד וציינן לעיין בח"ס חה"מ (סי' קע"ז) עינתתי בדבריו וראיתי שם שהשואל הגאון ז"ל הקשה דלמה לא יבזבז כל הונו ובעל ח"ס ז"ל מדחיק עצמו.

ולמ"ש לעיל לחלק בין חיוב הגוף לחיוב שמסבב לו אחר דאין קץ וסוף לזה ודרכיה דרכי נועם דאיזה שיעור יתן לזה לדבר המזדמן בכל עת א"ש ע"נ דבלא"ה א"ח לפדות רק פדי דמיהן חייבו חז"ל והם אמרו שאין פודין יותר מקדי דמיהן עכ"פ לא ראיתי שום ראיה נוצחת נגד דעת הריב"ש ומאן ספן להכריע נגדו וצע"ג לדינא: [אמר המספר יען בסימן הלזה יבא כמה ענינים בלולים בענין מחילה ופשרה אמרתי לנתף ההערות באותיות נפרדות] א) סי' כ' בש"ע (סי' י"ב ס"ח) מחילה א"צ קנין והאחרוני הביאו דעת מהרש"ל דאף אם אמר התובע שהנה בדעתו ולבו למחול רק עתה תובעו שרוצה להנקה ממנו דא"י לתבוע דמחילה במחשבה הוי מחילה וראי' דאשה שמחלה פתופתה אם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה.

ובקצוה"ח הביא דברי מהרי"ט דלא אָזלינו בְּתַר מַחְשָׁבָה רַק הֵיכָא דְהוּא אָנְמִדְנָא הַמּוֹכַח לְכָל הָעוֹלָם וְכִבָּר קַדְמוּהוּ בְּחִידוּשֵׁי הַגְרָשׁוֹנֵי דְמַהְרֵי"ט בְּתַשׁוּבָה חוֹלֵק ע"ד הַרְש"ל וְכוּנְנָתוֹ ע"ד מַהְרֵי"ט (ס' מ"ה) וְכִבָּר פְּתִיבֵי בַח"ר דִּינֵי נְדָרִים (ס' ז"ך) דְּהַדְבָר תְּלוּי בְּמַחְלֻקַת רִשְׁבִּי"א וְר"ן קִידוּשֵׁין (נ"ב) דְּדַעַת רִשְׁבִּי"א שֶׁם דְּהֵיכָא דְּאִינוּ סוּתֵר הַדְּיָבוֹר וְגַם אִינוּ נוֹגַע לְאַחֲרִים רַק לֹו הֵוֵי דְבָרִים וְדַעַת הָר"ן דְּבַכָּה"ג ג"כ ל"ה דְבָרִים וְשָׁמָּה הִבְאֵתִי לְבָאֵר דְבָרֵי הַרִשְׁבִּי"א ע"נ מִמָּה דְקָשָׁה לְכָל מַעֲיִין עָלָיו מִש"ס שְׁבוּעוֹת (ד"ב כ"ו) וְכִמוֹ שְׁעָמַד ע"ז בַּס' ש"מ (ס' צ"ז) וְיִשְׁבְּתֵי ע"נ גַּם הִבְאֵתִי דְבָרֵי תוּי"ט (פ"ד) מִמַּעֲשֵׂר שְׁנֵי דְכ' בְּדַעַת רַמְבַּ"ם דְּהַפּוּדָה מַעֲשֵׂר שְׁנֵי וְלֹא קָרָא שֶׁם דְּדָיו דָּא"צ שְׁיִדְבֵר פְּלֵל פִּינוֹן דְּלֹא תְלוּי רַק בְּדַעַת עֲצֻמוֹ שֶׁל הַפּוּדָה.

וְרֵאִיתִי בַס' חַק"ל (ס' ו') שֶׁהִבְיָא מִדְּבָרֵי רִיטְבִי"א ב"מ (נ"ד ל"ד) דְכ' וְהֵאִיף נֹאמֵר דְּמִסְתַּמָּא הֵוֵי מַחֲלָה וְאִם לֹא מַחֲלָה בְּפִירוּשׁ וְהָא קִי"ל דְבָרִים שְׁבַלְב אִינוּ דְבָרִים ע"ש הַרֵי דְבָרִים שְׁבַלְב ל"מ לְגַבֵּי מַחֲלָה.

וְלֹא אֲדַע וְדָאֵי כ"ז דְּלֹא הוּדָה דְּמַחֲלָה בְּלַב ל"מ וְכ' שֶׁם הַרִיטְבִי"א וְהֵאִיף יָצָא זֶה מִס' גְּזוּל בְּאִנְמִדְנָא זֹו מִשְׁמַע קֶצֶת דְּהֵוֵי סִפְקָא אִם מַחֲלָה אוֹ לֹא אֲבָל אִם הוּדָה דְּמַחֲלָה בְּלַב בְּבִירוֹר י"ל דְּסוּבֵר דְּמַהְיֵי מַחֲלָה בְּלַב.

וְע' רַדְבַּ"ז (ח"ב ס' תרע"ח) וְנ"ל שֶׁאֲפִילוּ תִימָא שְׁהֵינָה בְּדַעַתָּה לְמַחֲוֹל אִינָה מַחֲלָה עַד שְׁתֵּאמֵר בְּהִדְיָא אֲנִי מוֹחֲלָת מִשְׁמַע מְדַבְּרֵי דל"מ מַחֲלָה בְּלַב וְאֲפֹשֶׁר פְּנוּנְתוֹ שְׁהֵינָה בְּדַעַתָּה לְהוֹצִיא מִפִּיָּה מַחֲלָה אֲבָל אִם גַּמֵּר וּמַחֲלָה בְּלַב וְלֹא רָצָה לְהוֹצִיא בְּשִׁפְתָיו מְהֵינָה: (ב) אִף בְּאֵמַת י"ל דְּהַדְבָר תִּלְיָא בְּמַחְלֻקַת הַתּוֹס' וְרִיטְבִי"א קִידוּשֵׁין (נ"ב י"ט) דְּדַעַת הַתּוֹס' שֶׁם דְּמַחֲלָה לֹא הֵוֵי הַקְּנָאָה רַק סִילּוּק בְּעֵלְמָא וּמְהֵינָה אִף לְקִטּוֹן וְדַעַת הַרִיטְבִי"א שֶׁם מִשְׁם רַבּוֹ דְּמַחֲלָה כְּמוֹ מַתְנָה וְלְגַבֵּי עֶבֶד כְּשֶׁם שְׁאִין לוֹ יָד לְזַכּוֹת בְּמַתְנָה מִיַּד רַבּוֹ כִּף אִין לוֹ יָד לְזַכּוֹת בְּמַחֲלָה מִשָּׂא"כ הֶפְקֵר מְהֵינָה לְהוֹצִיא לְחִירוֹת דְּכִינוּן דְּאֲפִקְרֵיהּ סִלְיָה יָדוֹ וְרִשׁוּתוֹ מְמַנּוֹ וְיֵשׁ לוֹ יָד לְזַכּוֹת עֵי"ש דְּמַבְרָאֵר מְדַבְּרֵי דְּהֶפְקֵר עֲדִיף מְמַחֲלָה וְכִשְׁאִין לוֹ יָד לְזַכּוֹת בְּמַתְנָה אִינוּ זֹכָה בְּמַחֲלָה וְכִן קִטּוֹן דָּאִין לוֹ יָד לְזַכּוֹת בְּמַתְנָה אִינוּ זֹכָה בְּמַחֲלָה.

וּבַס' מַח"א הִלְכוֹת זְכִיָּה מְהֶפְקֵר (ס' י"א) כ' בְּמוֹחֲל לְחַבְרֵי מַה שְׁחִיב לוֹ וְהֵלֵא אִינוּ רוֹצָה בְּמַחֲלָתוֹ מִפִּי נְסַתְלַק שְׁיַעֲבֹדוּ וְלַדַּעַת רִיטְבִי"א לֹא זְכָה וּמ"מ כ' דִּי"ל כָּל כַּה"ג הֵוֵי הַקְּנָאָה דְּמַמִּילָא אִף בַּע"כ שֶׁל לֹוּה מְהֵינָה וְהֵוֵי כְּאוֹתָהּ שְׁאֲמָרוּ גַבֵּי עֶבֶד פְּסָף קַבְלוֹת רַבּוֹ גְּרָמוֹ לוֹ.

וְכִן נִרְאֵה בְּאֵמַת דְּהָא רַבּוֹ שֶׁל הַרִיטְבִי"א הוּא הָרָא"ה וּבְהָרָא"ה פְּתוּבּוֹת פ' נַעֲרָה וּמוֹבָא בְּר"ן שֶׁם בְּהָא דְּמוֹחֲלָת פְּתוּבָתָה יֵשׁ לָהּ מְזוֹנוֹת וְכ' הָרָא"ה דָּאֵי נִימָא מוֹחֲלָת יֵשׁ לָהּ מְזוֹנוֹת כָּל אַחַת תְּמַחֲוֹל וְכִן כְּתִב שֶׁם הַרִיטְבִי"א (נ"ב ג') וּבְסִפְרָה הַפְּלָאָה שֶׁם כְּתִב דְּסִבְרַתְּם אִינוּ מוֹבָן דְּהָא בְּוֹדָאֵי א"י לְמַחֲוֹל בַּע"כ דְּהַבְרִירָה בְּיַד הַיּוֹרְשִׁים דְּאִינָם רוֹצִים לְקַבֵּל מַחֲלָתָה פִּינוֹן דְּהוּא רִיעֲתָא לְהֵם.

אוּלָּם דְּבָרֵיהֶם מוֹבָנִים הֵיטֵב דְּמַחֲלָה ל"ה אֲלֵא סִילּוּק בְּעֵלְמָא וּמְהֵינָה אִף בַּע"כ וְל"ב צַד קִנְיָן וְאִף פְּשָׁאִין הַיּוֹרְשִׁים רוֹצִים מ"מ נְסַתְלַק הַשְׁיַעֲבֹד. וְעֵינֵין הַפְּלָאָה אַה"ע (ס' צ"ו) ס"ק כ"ד) מ"ש בְּאִם מוֹחֲל שְׁיַעֲבֹד קַרְקַעוֹת וִי"ל מִטְלִטְלִין אִף דְּהֵוֵי א"י לְכַפּוֹר מ"מ תוֹ

ל"ה כמו הילף וחיוב שבועת התורה משום שיעבוד גופו ומישיב בזה שם דברי רמב"ם  
בהיא אומרת בתולה הייתי והבעל אומר אלמנה דיש לה להשביעו שבועת התורה היינו  
דיכולה למחול השיעבוד ולכה כ' הרמב"ם יש לה היינו דהבריך' ביד' שתמחול השיעבוד'  
ע"ש מבאר משם דעתו דהבריך בידה בלבד ואף אם הבעל א"ר במחילתה מהני ג"כ  
מחילה אף בע"כ של החיוב ואולי י"ל דלמחול שיעבוד נכסים הן של קרקע הן של  
מטלטלין ושישאר החוב רק על גופו בזה לכ"ע ל"ה רק סילק שיעבוד ומהני אף שלא  
לרצון החיוב ובע"כ: ג) ועיין תשובת מהר"ם לופלין (סי' מ"ז) בלנה שחיוב לשלם  
לזמנים והפציר בהמלנה שישח פעת מעט והמותר ישלם כל שבוע זהב והמלנה רצה  
שיתחילו לתת כל שבוע בר"ח ניסן והלנה רצה שיתחילו מר"ח אייר ומחמת זה לא נגמר  
ביניהם ורוצה המלנה לחזור מקל הפשרה וכתב באם לא רצה המתחייב לקבל המחילה  
והמלנה נתן זמן עד ר"ח ניסן באם שיתרצו דמהני המחיל' ובס' שער משפט (סי' כ"ב)  
כתב דהמלנה יכול לחזור עד ר"ח ניסן קודם שהודיע המתחייב שרוצה בהמחילה דכיון  
דלא התרצה בשעת המחילה נאמרת המלנה לא זכה בהמתנה ומחילה בע"כ עיי"ש  
בדבריו ודברי המר"ם לופלין נכונים דכיון דהמחילה היתה בתנאי אם יתן מר"ח ניסן אף  
שבקש הלנה מר"ח אייר ולא התרצה מ"מ ממילא חל המחילה ואף בע"כ של הלנה דכמו  
דמהני מחילה לגמרי בע"כ שהני בכה"ג הקנאה ממילא כמו כן מהני הרחבת הזמן דהני  
מחילה במקצת ושוב א"י לחזור [ומ"ש שם הש"מ דכ"ז שלא נגמר הדבר ביניהם הני  
פקודם גמ"ד ויכול לחזור הוא הנכון ועיין תשוב' רדב"ז (ח"ה סי' שאס"ג) בכתן שקבל  
קנין על התנאים וקנס וכשפאו אצל הפלה לא נתרצת ולמחר שלחה אחר העדים ונתרצת  
וקנו מידה והתתן אמר כיון שלא רצתה באותה שעה אינו חפץ בה וכו' דנתפרדה החבילה  
ופטור מקנס ואפילו היתה שם שבועה פטור של"ה בדעתו אלא שתתרצה באותה שעה  
וה"נ דכונתיה].

ולדעת התוס' דהני רק סילוק בעלמא ומהני אף לקטן י"ל כמו כן דמחילה בלב מהני אף  
שזה הנמחל א"י כלל ממחילתו ולא נתפנון לזכות אבל לדעת הריטב"א דהמחילה הני  
הקנאה י"ל אף דגם בע"כ מהני מ"מ עכ"פ צריך שידע זה שסילק רשותו וזכותו  
ושיעבודו וכ"ז שלא ידע יכול המוחל לחזור בו: ד) וראיתי בס' בית מאיר (סי' ל"ח  
סל"ה) שכתב וכבר נסתפקתי בהא דמחילה א"צ קנין אם הוא דוקא פלשון הפונזפר  
בש"ע (סי' רמ"א) מחל לחבירו דמשמע בפניו או לאו דוקא ואפילו שלא בפניו ובינו  
לב"ע שוב אינו רשאי לתבוע פי כבר זכה במה שבידו דמסתמא ניחא ליה או י"ל שאינו  
זוכה טרם ששומע זכותו ודקדק בדברי הש"ע שם שכ' בביתול התנאי אעפ"י שביטלו  
בינו לבינה דמשמע דצריך דוקא בפניו.

והנה אף לדעת מהרי"ט משמע דרק בלב ל"מ המחילה אבל אם מוחל בפיו אף שלא  
בפניו מהני ועיין ב"ח ח"מ (סי' קמ"ו) ובתנאי שאינו של ממון אף אם נאמר דמחילה  
הני כמו הקנאה מ"מ היינו דוקא מחילה של ממון והיא שיש לו חיוב על חבירו אבל  
בתנאי אף של ממון מ"מ חיוב ליכא דא"ח לקיים התנאי רק המעשה תלוי בתנאי וגם  
תנאי שאינו של ממון הא דמהני מחילה הוא דאמרינן דהתנאי היתה אם יקפיד על קיום  
התנאי כמ"ש הר"ן מס' פתובות פ' המדיר ומס' נדרים א"כ לא הותנה על שפנגדו רק על  
עצמו אם יקפיד ודאי אף אם יאמר בינו לבין עצמו שאינו מקפיד דיו או אף אם חישיב



בלב שאינו מקפיד סגי ושוב אינו מועיל אם יקפיד ובזה נראה דכ"ע מודים ואף בחיוב גמור של ממוז כנראה דמהני המחילה אף שלא בפניו ומלשון הש"ע (סי' רמ"א) אף שכ' שם מחל לתבירו אין לדקדק דדוקא בפניו דהא (סי' י"ב) כ' סתם מחילה א"צ קננו ומשמע אף שלא בפניו ועיין הגה"א המובא ב"י יו"ד (סי' קע"ג) באם מוכר חוב בע"פ שיש לו על נכרי לישראל פשמוחל לנכרי בלא הודיע אליו מהני לסלק איסור ריבית עיי"ש דמשמע נמי דמהני מחילה שלא בפניו.

שוב ראיתי בס' קרמ"ר (ח"ב סי' י"א) שהעלה ג"כ דמהני מחילה שלא בפניו והביא רא' מדברי הגה"א הנז' עיי"ש. ולמ"ש שם בחנת דעת (סי' קס"ח ס"ק מ') דאף אם הלנה חזר בו והוציא הפעות בעצמו שחייב להחזיר להישאל מטעם פיון דבדיניהם יכול למפור ג"כ חוב של אשראי ופוטר להעכו"ם רק מן הזכות שיש לו בדיניהם וזה קונה מה שיכול להוציא בדיניהם והמוציא ממנו הני גזל.

א"כ בזה דאינו מוחל לו גוף החוב רק שהוא פוטר ומסלק הזכות שיש לו בדיני ישראל שלא יועיל המכירה ושיקנה הישראל הזכות של דיניהם זה מהני אף שלא בפניו שהוא כדי להתיר איסור ריבית ואינו ראיה שיועיל בכ"מ מחילה לגמרי שלא בפניו וע"ד הח"ד יש לגמגם הרבה אכ"מ.

ועיין תוס' פתובות (דף פ"ט ע"ב) ד"ה יכול דהקשו אמאי האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ובאה ואמרה גירשני בעלי מתפרנסת עד כדי פתובתה ניהוש שמה בעלה הנה אומר לא גרשתיך והני טענו חזטין והודה לו בשעורין ופטור.

ואם נאמר דמחילה שלא בפניו ל"ה מחילה ל"ק דכיון דהבעל אינו בפניו לא מיפטר מן מזונות במה שאמרה גירשני דל"ש מחילה והודאה שלא בפניו א"ו משמע דמהני מחילה שלא בפניו ואפשר לומר דשאני פשמחלה בפני ב"ד דזה עדיף טפי ומנהי אף שלא בפניו ועיין ש"ע אה"ע (סי' ק"ו ס"א) בכותב פל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ"ש ושתקם פשנדע לה ולא מיחתה איבדה עיקר פתובתה וכ' שם הבית מאיר דאפשר לפשוט מהכא דמועיל מחילה שלא בפני הנמחל וכן עיקר עכ"ל ויש לחלק משם דשם כ' לה קרקע כ"ש והוי כמו דמקבלה על פרעון פתובתה ומתמצית בזה וראיה דהא משמע אף דשטר פתובה בידה מהני לכ"ע אף הסוברים דבנקט שטרך ל"מ מחילה א"ו דשם עגנו אחר הוא ומ"מ הכריע הב"מ דמהני מחילה שלא בפניו: ה) היכא דמתוך כעסו מחל לתבירו ואח"כ חזר י"ל דל"מ המחילה כמבואר ברמ"א ח"מ (סי' של"ג) דאם אמר לפועל לך מעמדי דרך כעס שאינו פטור וי"ל דאף מחילה בפירוש ג"כ ל"מ וכן אם בדרך כעס התרצה על הפשר י"ל דל"מ ובס' תו"ח ב"ב ר"פ גט פשוט דמהא דאיתא בש"ס אתרא דכהני הנהוקפדי טובא ומגרשי נשייהו משמע דקננו או מתנה ומחילה שאדם עושה ע"י כעסו מהניא ול"א פיון דאין דעתו שונה אין במעשיו פלום והקשה מזה על הרמ"א הנ"ל.

ולא אדע מלבד דיש לומר דרק דיבור דהוא דבר קל עביד בכעס ול"מ אבל מעשה לא עביד וי"ל דרבינו ירוחם מודה כשעשה מעשה וקננו מהני אף בכעס לכן בגט דהוא ע"י מעשה מהני בכעס בלא"ה א"ש בגט דחששי משום דכהנים קפדנין ומגרשי דלעגנו גרושה לכהן לא גרע מריח הגט דג"כ פסלה לפהנה לכהן חששו אבל לעגנו קיום הדבר

י"ל דל"מ ועיין מהראנ"ח ח"ח (סי' קי"ב) דכתב במחילה בכעס לחבירו שבינה וחרף אותו ואמר אף אם חטא כנגדו מחול לו.

לא הוי מחילה פנין דאמר בדרה פ'עס ופטומי מילי בעלמא הוא ומשמע דכ"ש מחילת ממון ל"מ פשאמר בכעס וכן מהרי"ט (ח"ג סי' קח"י) כ' במשכיר שאמר לשוכר שייריק הבית אף אם תאמר דהוי כפוטרו משכירות הבית מ"מ פנין שלא אמר דברים אלו מתוך חפץ וישוב הדעת אלא מתוך הפעס ומריבה בהא אמרינו דלא גמר ומחל והוכיח פן מדברי רמב"ם (פ"ה) ממכירה עיי"ש ועיין תשובת הר"י מגח"ש (סי' ח"נ) באם קרע קרע השטר מתוך פעסו אם אמר שפחל לו ח"י לחזור ואם לא אמר לו אינו נפטר בקריעת השטר מן החוב עיי"ש מבואר דאם אמר מהני המחילה אף שעשה בדרה פעס וע"כ הטעם פנין שעשה מעשה ועיין ספר מטה שמעון (סי' י"ב) ולכאורה לא מצאנו חולק ע"ז שישפור דמהני מחילה מתוך פעס אף מ"מ פנין שהרמ"א (סי' של"ג) כתב בלשון י"א משמע דיש חולק ע"ז ועיין כנה"ג בהגהות ב"י אות (י"ב סי' של"ד) ומשמע דמספק אין מוציאין מיד המןחוק: ו) כתב הרמ"ה בחידושו לסנהדרין (דף ו') והלכתא פשרה צריכה קנין ואעפ"י שנעשה בג' ודוקא במטלטלי דליתנהו ברשותיה אבל איתנהו ברשותיה ואמר ליה מחול לה ל"ב קנין דברשות לוקח פנין שקבל עליו מוכר קנה לוקח. וקשה מה מועיל כשאמר ליה מחול לה פנין דהוי דבר בעין וכמו פקדון ל"מ לשון מחילה כמבואר במרי"ק מובא ברמ"א (סי' רמ"א) דלשון מחילה לא שייך אלא במעות שחייב לו אבל אם הנה חפץ ביד חבירו ואמר ליה מחול לה אינו פלום ועיי"ש בסמ"ע.

ואולי פוננת הרמ"ה פנין דהנה להם דו"ד זה עם זה בדבר זה דאיתננייהו ברשותיה והוי כמו גזילה דנראה דכיון דיצא מרשות בעלים ורק חיוב הגוף עליו להחזיר בזה מהני מחילה ועיין שם בש"ך (ס"ק ה') ובנתיבות שם פשיטא ליה בגזול חפץ דאינו מועיל לשון מחילה ובאמת מפשטות סוגית הש"ס ב"ק סו"פ הגזול עצים משמע דמהני מחילה אף בגזילה בעינא ועיין ב"ק (דף ק"ז) ובנתיבות (סי' שד"מ) דיכול לעשות מגזול מלנה עיי"ש והטעם דכל גזלן יש לו קנין בדבר שגזול לענין דקונה אף בשינוי ממילא וכן אם נשתמש בו דפטור מלשלם דמי שכירות דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ורק חיוב השבה על הגזלן לכן מהני לשון מחילה ע"ז וכן י"ל אף בדבר בעין שיש להם דו"ד זע"ז כשפחל לו מהני אף לשון מחילה דאינו דומה לפקדון דכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא ואין חיוב השבה על הנפקד וכיון דליכא חיוב הגוף ל"ש לשון מחילה דהוא סילוק בלבד ונלא זוכה ממילא אבל במקום דיש חיוב הגוף עליו לחבירו מהני אף לשון מחילה: (ז) ואם מוחל חובו שיש לו שטר כ' הרמ"א שם דמחילתו מחילה ובש"ך שם כ' דהוי ספיקא דדינא והב"ח פ' הטעם של הסוכרים דל"מ מחילה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי.

והש"ך השיג עליו דלא קיי"ל כב"ש וכבר כתבו האחרונים דרק לענין ספק ל"ה כגבוי ובשטר ברור הוי כגבוי. וטעם אחר כתבו הא דל"מ מחילה כשלא מחזיר השטר דמסתמא מדלא החזיר אינו מוחל בלב שלם ועיין ש"ך (סי' ס"ו ס"ק ע"ד) משם בעל העטור דמה"ט במוכר שט"ח לחבירו וחרף ומחלו דמחול אף דלא החזיר השטר פנין דאינו בידו

ועיין קצוה"ח דאף לטעם דהוי פגבוי מ"מ ל"ה פגבוי ביז המוכר ומנהי מחילה ועיין בתנאים.

ולכאורה יש נ"מ בין הטעמים במקום דצריך לישבע על השטר שיגבה פגון באם פכר טוען עליו אישטבע לי דלא פרתיה או בפוגם שטרא או פכא לגבות מיתומים דבזה ל"א דהוי פגבוי א"כ מהני המחילה לכ"ע אף אם לא התזיר השטר ולהטעם פיון דלא התזיר השטר לא מחל בלב שלם י"ל דגם בזה ל"מ המחילה ויכול לחזור וכן ביתומים מן היתומים דמת לנה בחיי מלנה דפסקינן פרב ושמואל דא"א מורש שבועה לבניו ואם תפס לא מפקינן מיניה בזה נדאי ל"ה פגבוי והיה מהני מחילה אף פשלא התזיר השטר ולטעם דלא היה לבבו שלם למחול מדלא התזיר גם בזה ל"מ מחילתו ואולי בזה פיון דבלא"ה אינו גובה וליכא נ"מ רק לקרוע השטר דלא מהני תפיסה לא מרעינן המחילה המבנרת לפנינו בשביל זה דלא קרע והתזיר השער: ח) עוד נ"מ באם מחל על תנאי פשיקיים התנאי יחול המחילה מעכשיו או אף מאז פשיקיים התנאי יתחיל המחילה דמהני ג"כ ולא אמרינן דכבר פלטה אמירה כמו דמציינו דמהני הפקר לאחר למד פאשר כתב בזה אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ת דיני הפקר בטעם הדבר ומשם נידון דגם במחילה הדין כן דחל המחיל מאז.

ובכה"ג אינו ראיה ממה דלא התזיר השטר פיון די"ל דתפס שטרא עד שיקיים התנאי וא"כ מהני המחילה וכשיקיים התנאי שוב א"י לחזור אבל להטעם דשטר העומד לגבות פגבוי דמי י"ל דגם בכה"ג ל"מ המחילה פשתפס השטר.

ועיין מל"מ ר"פ (ט"ז) ממלנה דכ' ממה דכ' תוס' מס' סנהדרין והרא"ש פ' המקבל להוכיח דמחילה א"צ קנין מהא דהאומר זרוק לי חובי והפטר דפטור אף דל"ה קנין ממילא להסוברים דבמליה בשטר בעי קנין לא מפטר במלנה בשטר אף באומר זרוק והפטר.

ולמ"ש י"ל דבכה"ג דליכא הוכחה ממה דלא התזיר השטר פיון דצריך עכ"פ לקיים דבריו שיזרוק מהני המחילה אף אם תפס השטר ביזו ובלא"ה פכר פכת המעדני יו"ט בפלפולא חריפתא שם דשם לאו מטעם מחילה נגעו בה רק פיון שע"י מעשה שיעשה מה שאומר לו המלנה לעשות רוצה לפטרו פיון שעשה מצותו וקיים דבריו נפטר.

והא דבאומר זרוק לי חובי ולא אמר והפטר דאינו פטור הוא משום דזרוק ושמוך קאמר פמבואר ברש"י גיטין (דף ע"ח) ובסמ"ע (סי' ק"כ) ולהסוברים באומר זרוק מנה לים וחיוב חצי לה דחיוב מטעם ערב אף דלא מטי הנאה לאדם פמבואר ברמ"א (סי' ש"פ) שני שיטות בזה בלא"ה פטור פשאמר והפטר מטעם ערב והרא"ש אגיל לשיטתו פסובר דבזרוק מנה לים לא מתחייב מטעם ערב ולכך בזרוק והפטר אתי עלה מטעם מחילה ועוד יבואר א"ה בזה לקמן דיני גביות חוב: ט) וראיתי בנו"ב תנינא חח"מ (סי' ל"ב) שכתב לישב דעת הב"ח דרק גבי פתובה במתו בעליהן עד שלא שיתו שפכר נולד הספק בחיי בעלה בזה סברו ב"ה דלאו פגבוי דל"ה עומד לגבות פודאי דשמא תמות וכן בנפל הבית עליו ועל מורישו אינו עומד לגבות מנכסים הללו פודאי וכן במת לנה בחיי מלנה ל"ה עומד לגבות פודאי דשמא לא ישבע אבל שטר שביז המלנה לגבי נכסי לנה עצמו דעומד פודאי לגבות הוי פהם פרשות המלנה וגם ב"ה מודה דכגבוי דמי ול"מ מחילה

בלא קנינו ודן מזה דאם אין ללנה אז פלום ל"ש לומר דכאלו הם בראשותו דמלנה שאין פאן נכסים וליפא רק שעבוד הגוף מהני המחילה אף דנקט שפרא ושוב אף אם נתעשר הלנה אח"כ פבר הוא מחול אלו דבריו והנה סברתו לחלק בין פתובה לחוב ברור מבואר בתוס' סוטה (דף כ"ה) ומדברי תוס' שם דכתבו דהשעבוד עצמו של פתובה עומד בספק לא קיימא ארעא לגוביינא אמרו ב"ה דלא פגבוי דמי משא"כ בחוב ברור אף ב"ה יודו משמע דכל פתובה א"ד לחוב דברור היא וסברו גם ב"ה פגבוי ובתשובת דרכי נועם חח"מ (סי' כ"ז) שם תשובת מהר"ם גלאנטי ז"ל פתב פן בדעת הב"ח עפ"י דברי תוס' הנ"ל דכיון דלגוביינא עומד והשטר בידי ופגבוי דמי אף לב"ה המחילה רפויה ומשטה ביה ולהכי צריכה קנינו: אף יש להבין הא בש"ס ר"פ א"נ קאמר מאי קסבר אי קסבר שטר העומד לגבות פגבוי דמי והא עבדי איסורייהו ואי לאו פגבוי דמי הא לא עבד ולא פלום וברש"י שם פגבוי דמי שהרי שיעבד לו קרקעותיו על הקרן ועל הריבית ומאי תלוי ליה הש"ס בפלוגתא הזאת הא בחוב ברור דליפא ספיקא לכ"ע פגבוי דמי וצ"ל פנין דעכ"פ אסור לו לגבות הריבית בזה אמרו שם בש"ס לעולם קסבר שטר העומד לגבות לאו פגבוי משא"כ בחוב דהתיירא והוא חוב ברור דלית ביה ספק אם יבא לידי גוביינא בזה לכ"ע פגבוי דמי: אולם מה שהוליד מזה הנו"ב דכלית ליה להלנה נכסים לאו פגבוי ואתי עלה מטעם דרק ביש לו דהוי פהם בראשות המלנה זה דוחק גדול דהא קי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדש מלנה ל"מ.

גם הא נכסי דבר נש הן רק ערבון ואם ליפא שיעבוד הגוף ליפא שיעבוד נכסי ומה"ט כ' ר"ת דהמזכר שט"ח לתבירו ונחזור ומחלו מחול משום דשיעבוד הגוף אינו במכירה רק שיעבוד נכסי וכיון דמחל השיעבוד הגוף נפקע ממילא השיעבוד נכסי א"כ אם נאמר דלענין שעבוד הגוף אינו פגבוי רק לענין שיעבוד נכסי דהוי פברשות המלנה נימא דמ"מ פנין דמהני המחילה לשיעבוד הגוף נפקע ממילא השיעבוד נכסי א"ו דמ"מ פנין דיש שטר ברור לפנינו הוי פגבוי אף לענין השיעבוד הגוף א"כ ממילא אף אם לית ליה ללנה נכסים לגבות עכשיו מ"מ הוי פגבוי לענין זה דל"מ המחילה בלא קנינו עד דמחזיר לו השטר לדעת רבינו ישע"י ז"ל וז"ב.

וראיתי בתשב"ץ (ח"ב סי' ב') וז"ל ובספר עיטור סופרים נראה דבמחילת זכות בעי קנינו פנין דבשפרא איפא קנינו וכוונאי קשיא עליה מהא דאמרינו משכוננו של ישראל בידי הגר שאם מת הגר פקע שיעבודיה ואע"פ שקנה משכונן נמחל בלא קנינו כ"ש שאם מחל לופפירוש דא"צ קנינו עכ"ל וכנראה עיקר טעמו דדבר שהיה בקנינו לא נפקע בלא קנינו א"כ אין חילוק בין אם יש לו ללנה נכסים או לא ומה דקשיא ליה ממשכנו של גר לאו כ"ש הוא כמו שכ' שם בשט"מ ב"ק ויבואר לקמן: י) וילדעת הסופרים דמהני מחילה אף דתפס שפרא מבואר בסמ"ע (סי' רמ"א ס"ק ז') דאם מחל חייב הנותן להחזיר להמקבל השטר.

וראיתי בתשובת דרכי נועם (סי' ג') שדקדק מדכ' הטור ע"ד ר' ישע"י וא"א הרא"ש לא חילק היינו שלא גילה דעתו בזה ואפשר דסבר כהר"י ז"ל והביא דברי הסמ"ע הנ"ל שכ' ע"ד הרמ"א וצריך הנותן להחזיר וכו' וכת' משמע שאם לא החזיר השט"ח צדיק לא נמחול החוב אם לא שקנו מידו על אותו מחילה ונהרי זה כמ"ש הטור משם הר"י

עיי"ש ודבריו תמוהין הא הסמ"ע קאי ע"ד הרמ"א שהוא דעת המרדכי דמהני המחילה  
אף בלא קנין וע"ז כ' דכיון דמהני המחילה שוב צריך להחזיר השטר והינינו אף בלא קנין  
מ"מ כיון שפבר חל המחילה משעבוד הגוף והנכסים חייב להחזיר מן הדין אח"כ השטר  
וכפינו ליה ואתי לאשמועינו דל"ת דעכ"פ נגד חזרות השטר ל"מ מחילה קמ"ל דלא כן  
הוא כיון דכבר נפקע החיוב צריך להחזיר את השטר ובנתיבות שם כ' דאף מאן דס"ל  
דל"מ מחילה מודה דמ"מ אינו יכול לתבעו דשעבוד הגוף ודאי דנפקע ע"י מחילה רק  
דס"ל דיכול להחזיק בהשטר עד שיפרע לו דנגד זה ל"מ מחילה ולא משמע פן מפל  
הפוסקים והאחרונים וגם פשוטות דברי הירושלמי סופ"א דגיטין דפליגא בזה ר"ח ור"מ  
דין דמחל שטר לחברה חז אומר מחל וחרנה אומר לא מחל עד דמסר ליה שטרא משמע  
דמאן דס"ל דלא מחל עד דמסר ליה שטרא הוא אף לענין גוף החוב ל"מ המחילה ומאן  
דס"ל דמהני ממילא חייב להחזיר אח"כ השטר ומוציאין ממנו בדינינו.

וכן משמע מדברי בעל העיטור שהביא הש"ך דפסק לקולא והינינו דהממע"ה וא"י לגבות  
בו דאי קאי על השטר וגוף החוב כבר נמחל הוי ליה לפרש. ובאמת יש להתבונן דהא  
הוי כספק פירעון ונוקי השטר על חזקתו ותליא במחלוקות הראשונים בכמה מקומות  
ומהן ב"ב (דף קל"ב) גבי כותב נכסיו לבניו ולאשתו ושייר קרקע בבניו האיה דיש  
סוברים כיון דליפא ראיה דמחלה מוקמינו לכתובה על חזקתה ולדעת רמב"ם אבדה  
כתובה מספק ויש לחלק משם דהוי ספק אם היה מחילה או לא משא"כ כאן המחילה  
ברור לפנינו רק דהוי ספק בדין אם מהני או לא י"ל דלכ"ע אין מוציאין בהשטר ויש  
בזה להאריך מפמה מקומות ואכ"מ בזה ועיין מהרי"ט (סי' קי"ט): ונראה כמו דכתב  
בעל העיטור דאם קנו מידו לכ"ע מהני מחילה כמו כן אם כתב להלוה שובר כיון דעשה  
מעשה וצוה להעדים שיכתבו שובר חזינו דמוחל בלב שלם ומהני לכ"ע מחילתו אף דלא  
החזיר השטר ועיין ריב"ש (סי' ת"ד) בנידון שטר חוב ושובר דנעשה ביום אחד אם  
החוב קדום ואח"כ המחילה המחילה כוללת גם החוב ויחזור לו שטרו ולא הביא דעת  
הסוברים דל"מ כלל המחילה כשתפס שטרא והיה לו עכ"פ להביא ולהכריע א"ו דסובר  
כיון דנעשה ע"י שובר עדיף אף י"ל דשם בררו והם דינינים ופסקו שיעשו מחילה זה  
לזה ועדיף ממוחל מעצמו וכותב שובר: יא) והיא דמוחל רק שעבוד משדה אחד י"ל  
דמהני אף בנשאר השטר בידו לכ"ע הן לטעם הסוברים דל"מ מחילה כשתפס שטרו  
דמדלא החזיר השטר אינו מוחל בלב שלם ל"ש כשמוחל רק שעבוד וזכות לגבות  
מקרקע אחת דא"י להחזיר השטר דצריך לו לגבות מנכסים אחרים גם להטעם דבחוב  
ברור הוי כגבוי י"ל גם כן דזה ל"ש רק כשמוחל גוף החוב לגמרי דל"מ הואיל דהוי  
כגבוי וכ"ז שהשטר בידו הוי כאלו החוב בידו ורשותו אבל אם אינו מוחל גוף החוב רק  
משדה אחת י"ל דל"ה כגבוי כשיגבה מקרקע הזאת.

וכן נ"מ במוחל מקצת החוב דלטעם דכיון דאינו מחזיר השטר אינו מוחל בלב שלם מהני  
מחילה במקצת ולטעם דהוי כגבוי המחילה רפויה ומשטה ביה ל"מ אף במקצת החוב  
אולם למחול שעבוד מן קרקע אחת י"ל לכ"ע מהני.

וראיתי בס' בית מאיר (סוף סי' ק"ה) שכ' במוכר שט"ח לחבירו דמהני מחילת המלוה  
המוכר דיש' ב' טעמים או מטעם דמכירת שטרות דרבנן או מטעם דשעבוד הגוף נשאר

בְּיַד הַמַּלְוֶה דַּנִּי"מ אִם לֹא מְחַל הַחֹב אֲלֵא וְשִׁלַּק בְּקִנְיָן וּמְחִילָה שְׁעֵבוּד מִקְרָקַע הַלְוָה הַיְדוּעָה דְמַהְגִּי לְטַעֲמָא דְמְכִירַת שְׁטָרוֹת דְרַבְּנָן וְכַמְבֹּאֵר בְּתַשׁוּבָ' רַא"ש מוֹבָא בְּטוֹר (ס"י צ') אֲבָל לְטַעֲמוֹ דַּר"ת אִם לֹא מְחַל גּוֹף הַחֹב הָרִי שְׁעֵבַד גּוֹפּוֹ עֲדִינָן בְּיָדוֹ הֵנִי פְּנוּמֵן דְּבָר שְׁאִינוֹ שְׁלוֹ דְהָא כְּבָר מְכַר שְׁעֵבוּד זֶה וַא"ד לְהָא דְמְבֹאֵר(ס"י ס"ו) דִּיכּוּל לְהֶאֱרִיךְ ז"פ כִּי זֶה נְמִי מוֹחַל עַכ"פ שְׁעֵבוּד הַגּוֹף כ"ז.

וְהִנֵּה דְקָדַק וְכ' שְׁסִלַק בְּקִנְיָן וּבְמְחִילָה וְלֹא אֲדַע הָא מְחִילָה א"צ קִנְיָן. וּבְקִצוּה"ח (ס"י ס"ו ס"ק ל"ו) מְסַתְּפַק בְּזֶה וְהִבִּיא דְבָרֵי הָרִיטְבָ' אֵל מְפֹת דְכָמוֹ דְמַהְגִּי הַרְחַבַת הַזְּמַן כ"כ מְהִי מְחִילָה מִקְרָקַע אַחַת וְדְבָרֵי תַשׁוּבַת הָרַא"ש וְכ' ג"כ דְלִדְעַת ר"ת דְכָל מַה דְמַהְגִּי מְחִילַת הַמוֹכֵר הַשְּׁט"ח הוּא מְשׁוּם דְנִשְׁאָר בְּיָדוֹ שְׁעֵבוּד הַגּוֹף וְכ"ז דְאִינוֹ מוֹחַל הַשְּׁעֵבוּד הַגּוֹף ל"מ מְחִילַתוֹ מִקְרָקַע אַחַת דְהֵנִי כְּמוֹחַל דְבָר שְׁאִינוֹ שְׁלוֹ: וַי"ל דְהָא נִכְסֵי דְבָר נִשְׁ אִינוֹן עֲרַבִין בְּיָה וְגַם שְׁעֵבוּד הַגּוֹף וְשְׁעֵבוּד הַגּוֹף הוּא לָאו דְנִקָּא דְהָא א"י לְעֵבוּד עִם הַלְוָה רַק חֵיב הַגּוֹף וְשְׁעֵבוּד נִכְסֵי כְּמְבֹאֵר בַּשְּׁמ"ב וְהַנִּכְסִין הֵן עֲרַבְאִין וְקִי"ל דְלֹא יִתְבַּע אֶת הָעֵרַב תְּחִילָה כְּמְבֹאֵר ב"ב(ד' קע"ד) א"כ יֵשׁ לוֹ שְׁעֵבוּד הַגּוֹף לְתַבְּנֹעַ תְּחִילָה מִן הַלְוָה קוֹדֵם שְׁיִפְרַע מִן הַנִּכְסֵי וְשִׁפִּיר יָכוֹל לְמַחֵל לוֹ אִף שְׁעֵבוּד קְרָקַע אַחַת וְלִסְלַק מִזֶּה שְׁעֵבוּדוֹ הֵינֵנוֹ שְׁלֵא יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ מִמֶּנּוּ לְשִׁלְמָה לוֹ מִקְרָקַע הַזֹּאת וְחֵיב הַגּוֹף מְלַבֵּד שְׁיֵשׁ לוֹ עַל הַלְוָה שְׁיִשְׁלַם לוֹ מְאִינָה מְקוֹם שְׁיִהְיֶה יֵשׁ עוֹד חֵיב הַגּוֹף שְׁיִשְׁלַם לוֹ מִנִּכְסֵים שְׁיֵשׁ לוֹ וְאִינוֹ יָכוֹל לִירֵד לְנִכְסֵיו עַד שְׁיִתְבַּעֲנוֹ א"כ יָכוֹל לְמַחֵל לוֹ שְׁמִקְרָקַע הַזֹּאת לֹא יִהְיֶה יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ אוֹתוֹ שְׁיִשְׁלַם לוֹ.

וּמַהְגִּי אִף דְשְׁעֵבוּד הַקְרָקַע אִינוֹ שְׁלוֹ ל"ה כְּמוֹחַל דְבָר שְׁאִינוֹ שְׁלוֹ דְמוֹחַל רַק חֵיב הַגּוֹף שְׁלֵא יִתְבַּע אוֹתוֹ לְשִׁלְמָה מִקְרָקַע הַזֹּאת: וְעִינָן בַּס' אַבְגִּי מִיְלּוּאִים (ח"ב ס"י ק' ס"ק ז') דְכַתְּבַת בְּהָא דְסו"פ מִי שְׁהִיָּה נְשׁוּי בְּכַתְּבָה הָרַאשׁוֹנָה לְלוֹקַח דו"ד אִין לִי עֲמָךְ פְּרִיָּה הַשְּׁ"ס וְכִי כְּתָבָה לִיָּה מְאִי הֵנִי וְהַתְּנִיָּה הָאוֹמֵר לְחַבְּרֵי דו"ד אִין לִי עַל שְׁדָה זֹו כו' לֹא אֲמַר כְּלוּם הַב"ע בְּשִׁקְנוֹ מִדְּהָ וְהַק' הָא מְחִילָה א"צ קִנְיָן וְכ' כִּינּוּן דְאִינוֹ מוֹחַל גּוֹף הַחֹב דְלִכ"ע ל"מ מְחִילָה כְּשְׁאִינוֹ מְחִזִּיר הַשְּׁטָר.

וְלִמ"ש נִהְפֹּךְ הוּא דְבָנָה לִכ"ע מְהִי הַמְּחִיל' אִף כְּשִׁתְּפַס בְּהַשְּׁטָר מְטַעֲמִי שְׁכַתְּבַתִּי וּבְקוֹשְׁיָא הַנְּ"ל כְּבָר עָמַד שָׁם ע"ז בַּמְהַרִּי"ט בְּחִידוּשָׁיו כִּינּוּן דְאִין לֵה קִנְיָן בְּגוֹפָה שְׁל קְרָקַע אֲלֵא שְׁעֵבוּדָא בְּעֵלְמָא הָא קִי"ל מְחִילָה א"צ קִנְיָן אֲפִילוֹ מוֹחַלַת כְּתוּבָתָה עֲצָמָה כ"ש מוֹחַלַת הַשְּׁעֵבוּד וְכַתְּבַת לְתַרְצַ דְלִשׁוֹן דִּין וְדְבָרֵי לְשׁוֹן גְּרוּעַ הוּא וְל"מ בְּתוֹרַת מְחִילָה שְׁכָל שְׁלֵא מְחִילָה עֵיקַר הַחֹב יֵשׁ לֵה שְׁעֵבוּד עַל הַנִּכְסִים וְהִיא לֹא מְחִילָה הַשְּׁעֵבוּד אֲלֵא מִדִּין וְדְבָרִים בְּעֵלְמָא עִי"ש וּמְבֹאֵר ג"כ מְדְבָרֵיו דְאִף מִקְרָקַע א' וְלְמַחֵל שְׁעֵבוּד הַנִּכְסִים מְהִי וְדִלָּא כַּמ"ש הַקִּצוּה"ח בְּסִפְרוֹ אַבְגִּי מִיְלּוּאִים.

וְעִינָן סַמ"ע (ס"י קח"י ס"ק א') שְׁכַתְּבַת וְקִנּוּ מִיָּדוֹ דְבִלָּא קִנְיָן אִין סִילּוּקוֹ בַּכַּה"ג סִילּוּק וְכַמ"ש לְעֵיל רַס"י ל"ז וּבְתַנּוּמ' שָׁם כ' דְבִלָּא קִנְיָן אִין סִילּוּקוֹ מוֹעִיל הוּאִיל וְשְׁעֵבְדוֹ עֲלֵיָה דְקְרָקַע וּבְאֲמַת עֵיקַר הַטַּעֲם מְשׁוּם דְדִין וְדְבָרִים הֵנִי לְשׁוֹן גְּרוּעַ אֲבָל מְחִילַת הַשְּׁעֵבוּד מְשֻׁדָּה הַזֹּאת מְהִי דְמְחִילָה א"צ קִנְיָן.

אוּלָּם בְּדְרִישָׁה (ס"י קי"א) כ' עַמ"ש הַטוֹר שָׁם שְׁסִילַק שְׁעֵבוּדוֹ מְהֵם וְלִקַּח מִהַמְּלָוָה בְּקִנְיָן שְׁלֵא יִגְבֶּה מְהֵם וְגוֹף הַחֹב נִשְׁאָר עֲדִינָן עֲלָיו לְפָרוּעַ דַּל"כ לְמַה צְרִיךְ שְׁיִקְנָה מִהַמְּלָוָה

בְּקִנְיָו הָא מְחִילָה א"צ קִנְיָו אֲבָל מְחִילַת הַשְּׁעִבּוּד צָרִיף קִנְיָו דְּהוּ"ל פְּאֵלוּ חֲזַר וּמְכַר לוֹ הַשְּׁעִבּוּד עֵי"ש וְזֶה שְׁנִיף שָׁם שְׁפֶתֶב לְהִלְנָה הַסִּילּוּק בְּזֶה שְׁפִיר צָרִיף קִנְיָו וְאִינוּ מוֹעִיל מְחִילָה בְּלֹא קִנְיָו דְּשׁוּב חַל פִּינּוּן שְׁהַחֹב נִשְׁאַר אֲבָל בְּכַתֵּב לְלוֹקֵס שְׁנֵי דו"ד אֵין לִי אִם מוֹחַל הַשְּׁעִבּוּד נִפְקַע מִן הַשְּׁעִדָה הַזֶּה וְאִי לְגַבּוֹת מִמֶּנּוּ רַק הָא דְצָרִיף לְקִנּוֹת מִיָּדוּ הוֹאִיל דְאָמַר דו"ד אֲבָל מְחִילַת שְׁעִבּוּד מְהֵנִי כַּמ"ש מֵהֵרִי"ט וְעֵינִן ש"מ פְּתוּבוֹת (דָּף מ"ד) רַב אֲחָא אָמַר אַחֲוִילִי אַחֲוִיל לְשְׁעִבּוּדָּהּ דְכַתֵּב מִשָּׁם הֵרִיטְב"א אַחֲוִילָה לְאַחֲרִיוֹת דְּהוּ"ל עֲלֵיהָ דְאֵלוּ לְגוֹפָא דְאָרְעָא לֹא מְהֵנִי מְחִילָה אֲלֵא כְּשִׁקְנוּ מִיָּדוּ דְמַגּוּפ' דְקַרְקַע קְנוּ מִיָּדוּ עֵי"ש וְעֵינִן סַמ"ע (ס' ר"ט ס"ק כ"א) וּבִנְתִיבוֹת שָׁם (ס"ק ו').

וּלְדַעֲתִי הָעֲנִיָה לַכ"ע מְהֵנִי אִף בְּתַפְס. בְּשִׁטְרָא כְּשִׁמוּחַל מְקַצֵּת הַחֹב אוּ הֶרְחִיב הַזְמַן דְּבָזֶה ל"ש לֹאִם אִתָּא דְהֵיָה לְבָבוּ שְׁלָם לְמַחְוֹל הֵיָה מְחֲזִיר לוֹ שְׁטֵרוּ פִינּוּן דְצָרִיף לוֹ וְעֵינִן תּוֹמִים (ס' י"ב ס"ק ח') דְנִרְאָה מְדַבְרִיו דְזֶה עֵיקַר הַטַּעַם דַּל"מ מְחִילָה כְּשִׁאִינוּ מְחֲזִיר הַשְּׁטֵר וְעֵינִן ח"מ וּב"ש (ס' ק"ה ס"ק י"ב) דְהוֹכִיחוּ מִמוּחַל' פְּתוּבוֹת' דְמְהֵנִי אִף כְּשִׁלֹּא הִחְזִירָה הַפְּתוּב' וּבְהַפְלָאָה שָׁם פְּתַב דְמַקְוִילִי פְּתוּבָה הוּא וְאִינוּ רְאָיָה דְבַחֹב בְּרוּר שְׁיֵשׁ ת"י שְׁטֵר דְמְהֵנִי: יב) וְהֵיכָא דִישׁ בְּיָדוּ מְשָׁפוֹן וּמוֹחַל הַחֹב וְאִינוּ מְחֲזִיר לוֹ הַמְשָׁפוֹן כ' הֶרְמ"א (ס' רמ"א) לְכַלּוֹל בִּיחַד וִי"א אִפִּיל' הֵיָה לוֹ שְׁטֵר אוּ מְשָׁפוֹן עֲלֵי אַפ"ה הָנִי מְחִילָתוּ מְחִילָה אֲפִילוּ בְּדַבְרִים בְּעֵלְמָא וְכ' שָׁם הַסַּמ"ע דְחֲזִיב הַנּוֹתֵן לְהַחְזִיר לְהַמְקַבֵּל הַשְּׁטֵר אוּ הַמְשָׁפוֹן אַחַר שְׁמַחַל לוֹ חוּבוֹ וְהוּא מְמַרְדְּכִי רִישׁ סְנֵהֲדָרִין וְהִבִּיא רְאָיָה מִמַּס' קִידוּשִׁין (דָּף ט"ו) גְּבִי ע"ע דְאֵי לָאו דְגוּפוֹ קְנוּ לִימָא לִיָּה בְּאַפִּי תִרִי זִיל.

וּבְאַמַּת לְפִי הַטַּעַם לְגַבִּי שְׁטֵר דְאִם אִתָּא דְהִי לְבָבוּ שְׁלָם לְמַחְוֹל הֵיָה מְחֲזִיר לוֹ שְׁטֵרוּ פִן י"ל טַעַם זֶה גְּבִי מְשָׁפוֹן דְמַדְלָא הַחְזִיר לוֹ הַמְשָׁפוֹן הָא רְאָיָה דְאֵין לְבָבוּ שְׁלָם. וּמַטַּעַם זֶה אִינוּ רְאָיָה מַה דְמַבְנֹאָר בְּרֵא"ש קִידוּשִׁין (דָּף י"ט) דְבַמְקַדְשָׁה בְּמִלְנָה שְׁלָה שְׁיֵשׁ עֲלֵיהָ מְשָׁפוֹן דְאֲפִילוּ לֹא הַחְזִיר לָהּ, הַמְשָׁפוֹן מְקוֹדְשֵׁת וּמוּבָא דַּעֲתוֹ בְּטוֹר וּש"ע אַה"ע (ס' כ"ח ס' א) וְכַתֵּב שָׁם הַב"ש דְמַכָּאן מוּכַח כְּשִׁמוּחַל חוּב שְׁיֵשׁ בְּיָדוּ מְשָׁפוֹן דַּא"י לְחֲזוֹר דַּא"ל כ' דוּמְהֵלֵמְקַדְשָׁה בְּמִלְנָה דְאַחֲרִים בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן דְלֹא סְמָכָה דַּעֲתָה שְׁמָא יְחֲזוֹר א"כ אִם הִי יְכוּל לְחֲזוֹר אַחַר שְׁמַחַל לֹא הָנִי סְמָכָה דַּעֲתָה וְדוּחַק לֹאִמַר דְהָכָא עֲדִיף טְפִי מְשׁוּם דְהָנִי כְּאֵלוּ קִיבֵל מַעוֹתָיו פִּינּוּן שְׁמַקְדָּשׁ אוֹתָהּ בְּמַעוֹתָיו עַכ"ל וְדַבְרִיו אֵינָם מוּבָנִים לְכַאוּרָה כְּאִשְׁרַע עֲמַד ע"ד בְּסִפְרָא אֲבָנֵי מִילּוּאִים שָׁם (ס"ק כ"ו) דְוַדַּאי זֶה גֵרַע מִמַּע"ג דְאֲפִילוּ לְמ"ד סְמָכָה דַּעֲתָה דְלֹא שְׁבִיק דִּידִי וּמְחִיל לְאַחֲרֵינִי הָכָא אִם נֶאֱמַר דַּל"מ מְחִילָה מְשׁוּם דְתוֹפְס לְמְשָׁפוֹן לֹא זְכָתָה עֲדִינִן בְּכֶסֶף קִידוּשִׁין גַּם מ"ש וְדוּחַק לֹאִמַר אִינוּ מוּבָן דְאִם כְּסָף אֵין כָּאן וּמְשׁוּם דְתַפְס מְשָׁפוֹן קִידוּשִׁין אֵין כָּאן.

וּלְמ"ש י"ל בְּכַוְנַת הַב"ש דְסִבֵּר אִף לְהַסּוּבְרִים דַּל"מ מְחִילָה כְּשִׁתּוֹפְס מְשָׁפוֹן הוּא מְשׁוּם דְיְכוּל לְחֲזוֹר וְלֹאִמַר דְלֹא מְחַל בְּלָב שְׁלָם מְדַלָּא הַחְזִיר הַמְשָׁפוֹן וְאִף בְּמְשָׁפוֹן בְּשַׁעַת הַלְוָאָה לְדַעַת הַסּוּבְרִים דְאִינוּ קוֹנֵה הַמְשָׁפוֹן וְא"כ כְּשִׁמוּחַל הַחֹב מְשַׁעֲבּוּד הַגּוּף נִפְקַע מִמִּילָא הַשְּׁעִבּוּד נְכָסֵי מ"מ אֵין הַב"ד יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִיָּדוּ הַמְשָׁפוֹן דְיְכוּל לֹאִמַר מְדַלָּא הַחְזִיר לוֹ הַמְשָׁפוֹן הָא רֵאִי דְלֹא מְחַל בְּלָב שְׁלָם.

אוּלָם מ"מ צָרִיף שְׁיִטְעוֹן כִּן וִי"ל אִם מוּחַל הַחֹב וְלֹא חֲזַר בּוּ וּמַת וּבָא הַלְוָה לְהוֹצִיא הַמְשָׁפוֹן מִן הַיּוֹרְשִׁין אִף דַּבְכ"מ טְעֵנִין בְּעַד הַיּוֹרְשִׁים לְהַחְזִיק מ"מ לְהוֹצִיא לֹא טְעֵנִין

ואם באו לב"ד להגבות אותם מן המשפון לא טענינו בעדם דמחילה ל"ה בלב שלם דזה הוי כבאו להוציא להחליט להם המשפון בתורת גבויה ולא טענינו דאביהו היה חוזר.

וא"כ אם מקדשה במלנה שיש לו אצלה על המשפון פשלא החזיר לה המשפון שפיר מקודשת כ"ז שאינו חוזר בו ובזה שפיר כ' הב"ש דאם נאמר דיכול לחזור לא סמכה דעתה דדלמא יחזיר בו כיון דלא החזיר לה המשפון ומ"מ בבירור לא נוכל לומר דבאמת לא תהיה מקודשת ותהי' ספק מקודשת וכסף קידושין לא יהיה לה.

וכ' ודחוק לומר דהכא עדיף טפי משום דהוי פאלו קבל מעותיו כיון שמקדש אותה במעותיו והיינו דכאן יש סברא לומר דהמחילה היה בלב שלם אף דלא החזיר לה המשפון בשלמא בסתם מחילה זה הוכחה דלא מחל בלב שלם מדלא החזיר אכל כשקדשה באותה מלנה ונחית לקדשה בפני עדים ודאי אין פוננתו להשטות רק מחל בלב שלם וממילא חייב להחזיר לה המשפון ומהני הקידושין בהנאות מחילה דמ"מ י"ל כיון דלדעת הרא"ש א"צ לומר בהנאת מחילה אלא מקדש אותה סתם וכמ"ש שם הב"ש א"כ לא סמכה דעתה דאולי פוננתו על מחילת החוב ומ"מ המשפון רוצה להחזיק בידו אף שלא יגבה החוב וא"כ ממילא לא סמכה דעתה או דמחילת החוב מהני דממילא צריף להחזיר המשפון: יג) ועיין בנתיבות המשפט (סי' רמ"א) שכ' לדינא דמחילה מהני לענין זה דאחר שמחל א"י לגבוי' חובו עפ"י ב"ד מהמשפון אכל לענין שיהיה צריף להחזיר לו המשפון לזה צריף קנין דבכל משפון אף במקום דלא קני מדר' יצחק קנו ליה מדאורייתא לענין שא"צ להחזיר המשפון עד שיחזור לו מעותיו וזכות זה יכול למפור מה"ת ומה דקני מה"ת בגוף המשפון ל"מ מחילה בלא קנין עיי"ש ומהא דמתקדשה במלנה שלא שיש בידו משפון דלדעת הרא"ש אף בלא החזיר המשפון מתקדשת מבואר דלא דבכריו דלדבריו ודאי לא סמכה דעתה כיון דיש בידו לעכב המשפון ואף לדעת תוס' המובא בב"ש שם דצריף שייאמר בהנאות מחילה רק דה"א הואיל דהמשפון בידו גרע טפי קמ"ל אכל באמת צריף לומר דוקא בהנאת מחילה מ"מ ודאי אם הדין הוא אף דמוחל שעבוד הגוף וא"י לגבות גם מהמשפון דאינו רק מטעם שעבוד נכסים שהיא מטעם ערבות וכל דנפקע שעבוד הגוף נפקע גם השעבוד נכסים מ"מ דעתה ג"כ שתקבל בחזרה המשפון לא שישאר בידו המשפון א"כ למה תהיה מקודשת א"ו דכשמוחל השעבוד וחיוב הגוף וא"י לגבות עוד מן המשפון בגוביינא דב"ד שוב חייב להחזיר המשפון להבעלים ובלא"ה יש פמה גמגומים ע"ד הנתיבו' שם ובמ"ש (סי' ס"ו וסי' ע"ב) ליסוד מוסד דבלעדי הקנין שיש בגוף המשפון מדרגתו צ"ש קנין מה"ת לענין שא"צ להחזיר ויבואר אי"ה לקמן בדיני הלואה: וראיתי בקצוה"ח (סי' רמ"א) דברים תמוהין שכ' דדעת הרשב"א קידושין (דף ח') דל"מ מחילה במשפון מדכתב הלכף מלנה שיש עליה משפון כיון דאית ליה בגווה קצת קנין וא"י למוחלו אחר שנתנה לידה וסמכה דעתה מקודשת ואף דכתב פן בנתנו לאחר ובזה כ"ע מודים דל"מ למחול וא"ד למוכר שט"ח לחבריו וחזר ומחלו דמחל הוא משום דאנן ס"ל דמשפון נמכר בלא כומ"ס פמבואר (סי' ס"ו) אכל הרשב"א שם ס"ל דמשפון ליתא במכירה ומשום דבע"ח מפאן ולהבא גובה ומקודשת מחמת סמכה דעתה עיי"ש בדבריו ולא אדע לכלפל דבריו הא להדיא מבואר מדברי רשב"א גיטין (דף י"ג) ורשב"א פתובות (דף כ"ו) דרק בשמכר לאחר ל"מ המחילה כיון דהמשפון קנוי ליה וזכות שיש לו בגוף המשפון מוכר לו אכל כשלא מוכר



מהני המחילה אף פשלא החזיר עדיין המשפון וכמבואר בתשובותיו (ח"ג סי' י"ד וסי' שנ"ד) שכ' במוחל שטר משפונה באתרא דלא מסלקי דמהני מחילה וכ' ותדע לה שיהי המלנה על משפון דמטלטלין שאין השביעית משמטת תאמר שא"י למחול עי"ש בדבריו דדוקא פשמכר לאחר ל"מ המחילה אבל פשלא מכר לאחר חוב הוא שיש לו עליו ומחילתו על המעות הרי אף דסובר דבע"ח קונה משפון אף בשעת הלואה מ"מ כ"ז דלא מכר לאחר מהני המחילה בלא קנין אף פשלא החזיר המשפון ומ"ש הרשב"א חידושי קידושין שם אע"ג דגופו אינו קנוי ואי אקדיש מלנה או זבין מלנה לא עביד פלום היינו אם מוכר או מקדיש גוף המשפון אבל פשאינו מקדיש רק השעבוד שיש לו עליו מהני ובמכירה ג"כ מהני [שוב ראיתי באבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק כ"ח) דמפרש ג"כ בעצמו כן דברי רשב"א רק כ' דלפי"ז אין חילוק בין מכירה לקידושין דבתרנייהו לחלוטין ל"מ ולמשפון מהני גם בזבני ובהקדש והא דאמרנו מס' פסחים אקדיש מלנה או זבין לא מהני היינו בקרקעות המשועבדים אבל במטלטלין הממושפן מהני ולא ידעתי מאי קא קשיא ליה על הרשב"א דנדאי מ"ש מתחילת דבריו אע"ג דגופו אינו קנוי לו ממש ואי אקדיש מלנה או זבין לא עביד פלום מ"מ לענין קידושין כיון שיש לו מקצת קנין מעכשיו ה"ל פדידה לענין קידושין ומתקדשת בה הפנונה דאי אקדיש או זבין גוף הדבר לחלוטין ל"מ ולענין קידושין מתקדשת בה דלא גרע ממקדש במלנה שיש לו על אחרים אבל נדאי גם אי אקדיש וזבין הזכות שיש לו והמקצת הקנין שיש לו לגבות החוב מהני.

וכן מ"ש שם בדברי הריטב"א דבאשה מקודשת מעתה אפילו פדאו לנה בזמנו דשאני קידושין מזבני והקדש דכל היכא דבשעת קידושין איכא הנאה מהני אין הפנונה פשמוכר הזכות או מקדיש הזכות שיש לו בהמשפון דזה נדאי מהני כמו בקידושין דאם ליטא בזבני והקדש היכי מצי ליתנו לאשה בהקנאה א"ו דגם אם מכר או מקדיש הקנין והזכות שיש לו בו מהני.

ולא עוד דהא דעת ריטב"א בעצמו במס' קידושין מובא בש"ף (סי' ס"ו ס"ק ב') במקדש שט"ח ואומר שטר זה וכל שעבודו יהיה לעניים וכו' לגמרי דאמירה הוי פכתיבה ומסירה רק דצריף שיאמר וכל שעבודו דאף דהקנאה דהדיוט ל"ב אמירה דהדיו' פעי ומכ"ש דמהני פשאומר שמשפון זה וכל שעבודו יהיה הקדש אבל פשמקדי' בסתם המשפון או פשמוכר כ"ז שאינו אומר וכל שעבודו לא קנה זה השעבוד אף דינדע שהוא משפון אבל בקדשה במשפון דאחרים פשהודיע שהוא משפון מהני ומתקדשת בהנאה הואיל דנותן לה מה שיש לו בו מקצת קנין ודעתה על ההנאה והקנין שתזכה משא"כ בזבני י"ל דדעתו למכור גוף החפץ וכשלא יפדנו יחול למפרע הקנין כמ"ש הריטב"א שם וכן בהקדש די"ל כ"ז שלא אומר וכל שעבודו דאינו מבנרר דעתו דמקדיש השעבוד ג"כ אבל באשה דרוצה לקדשה בבירור נדאי דעתם על הזכות ומקצת קנין שיש לו:] (יד) אף דעת הריטב"א שהבי' הקצוה"ח שם מבואר להדא דלא סגי ללנה במחילת החוב עד שיתחזר לו משפון וכן מבואר עוד ביתר ביאור בדבריו (דף י"ט) דכיון דבע"ח קונה משפון אפילו בשעת הלואה פשנתף הוא בו וצריף בר זכיה לזכות בו ואם יש בידו משפון ומת הלנה א"י למוחלו לבניו פשהם קטנים ואעפ"י שהחזיר להם לא זכו אם ל"מ לזכות לקטן בד"א מקנה עיי"ש וכן כ' במס' גיטין (דף ל"ז) ובחידושי הר"ן שם דקנין אינו נפקע

במחילה וכ' אכל משפנת' באתרא דלא מסלקי אם מחלו מחול דמשפון קרקע אינו קנוי עיי"ש.

וניש להבין בדברי הריטב"א דכ' שם במס' קידושין דאפילו לכשת"ל דמשפנו בשעת הלואה אין בע"ח קונה משפון ול"א רי"צ רק שלא בשעת הלואה בכל פי האי משפון דאמה העבריה שהמלנה הולך ואוכל פירות דכ"ע בע"ח קונה משפון דלא אפשר למיכל פרי בלא קנין הגוף לפירות ואפילו למ"ד ק"פ לאו כקה"ג דמי ומבואר מדבריו דלא אתי עלה מטעם אלם שעבודו הואיל דקונה שלא בשעת הלואה מדרנ"צ אלם גם בשעת הלואה רק פנין דאוכל פירות הני קה"ג לפירות א"כ אמאי במשפנתא באתרא דלא מסלקי מהני המחילה הואיל דאינו קנוי למה יגרע מקנין משפון שלא בשעת הלואה ויבואר לקמן ישוב לזה.

ועיין מ"ש בספרי א"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות י"ג) להקשות ע"ד הריטב"א הנ"ל דכ' דצריך הקנאה בהחזרה במשפון מש"ס דב"ק (מ"ט) במשפון של ישראל ביד הגר ומת הגר דפקע לי' שעבודיה והבאתי שם דברי המח"א עיי"ש מ"ש בזה אולם ראיתי בש"מ ב"ק שם כ' משם הרב המאירי ז"ל והרא"ה ז' ל דכתבו אף דבמחילה בשיש בידו משפון לא סגי במחילה באמירה בעלמא מ"מ אפילו אחזיק ביה מחיים דגר שלמ"ד הגר ובשעת מיתת הגר הרי הוא בידו לא זכי ביה אע"ג דבע"ח קונה משפון שהפקעו' השעבוד של מי שהעיקר שלו מוקדם לזכיה של זה שעיקרו נדאי לבעלים אע"ג דבע"ח קונה משפון הא מצי לסלוקי בזווי ועומד לכה נדאי הפקעות הזכות והשעבוד מוקדמת לזכות אחרים עיי"ש א"כ אף דמחילה לא מהני בשיש לו קנין בהמשפון באמירה בעלמא ואף לדברי ריטב"א דבעיני קנין מ"מ במיתת הגר זוכה זה ממילא ונפקע השעבוד לגמרי ועוד יש לדבר בזה ועיין ש"ך (סי' ע"ב ס"ק קכ"א) שהביא דברי הש"ג דמשפנתא באתרא דלא מסלקי דל"מ לסלוקי עד מישראל ימי המשפנתא כי מת הגר לא פקע שעבודא וכל הקודם זכה והב"ח חולק ע"ז עיי"ש וכיון דלדעת הריטב"א והר"ן מהני מחילה באמירה נדאי לא עדיף משפון אף דבע"ח קונה משפון וצריך הקנאה בהחזרה לדעת הריטב"א ומ"מ פשמת הגר נפקע השעבוד והקנין נדאי לא גרע משפון קרקע.

ומ"מ לענין מחילה אף דדעת המרדכי המובא ברמ"א (סי' רמ"א) לאו סברא יחידאה היא שפן דעת גדול הראשונים הרשב"א ז"ל דמהני מחילה כ"ז דלא מכר לאחרים וכי פתב שם בשיטה מראשונים לא נודע למי וז"ל ומבעיא לן מלוה שיש עליה משפון ומחל לו הלואתו אם יכול לחזור בו כ"ז דתפס ליה למשפון מי אמרי' גוף המשפון קנוי למעותיו א"ד ל"ד דעבד זכו ביה בתורת מכירה ומשתמש בגופו משא"כ במשפון שאינו אלא ערבון על מעותיו ואם מחל מעותיו פקע ליה שעבוד מהאי טעמא בתרא מסתברא ליה למורי שאין יכול לחזור בו עכ"ל מ"מ פנין שבעל העיטור והריטב"א והר"ן והרא"ה והרב המאירי ס"ל דל"מ מחילה באמירה בלבד פשתפס המשפון בידו נדאי ד יכול המוחזק לומר קים לי שלא להוציא ממנו.

אולם אם נאבד המשפון באונס באופן דהיה פטור מלשלם אם בא להוציא אח"כ מיד הלנה נדאי דאינו מוציא ואף אם תפס מן הלנה י"ל דמוציאן מידו דע"כ לא סברו הנהך פוסקים דל"מ המחילה רק מה שיש לו פח וקנין בהמשפון אבל גוף החיוב הגוף כ"ע

מוזים דנפקע במחילתו: ודע דראיות המרדכי מט"ע דאי לאו דגופו קנוי הנה מהני מחיל' מבואר בדברי הריטב"א קידושין (דף י"ט) דבאמה עבר' סגי באמת במחילה אף דיש לו בה קנין לפירות וכ' ואי משום דיש פאן משפון ומחילה במלנה שיש עליה משפון ל"מ בלא חזרת משפון הכא שהמשפון בינה מפיון שמוחל לה שעבודו חזרת משפון איפא ובעבד עברי דיש לו בו קנין איסור למסור לו שפחה כנעני' לקד' ל"מ מחילה אבל באמה עבריה דלית ליה בה קנין איסור אף דקני במשכונ מ"מ פיון שבינה הוא חזרת משפון איפא והקצוה"ח שם בסוף דבריו פתב פו לסלק ראיות המרדכי והדברים מבוארים בדברי ריטב"א.

ולפי"ז מיושב דברי הריטב"א גיטין דסובר במשפנתא באתרא דלא מסלקי מהני מחילה והקשתי לעיל הא פיון דאוכל פירות יש לו קה"ג לפירות למה יגרע ממשפון שלא בשעת הלואה ולמ"ש הריטב"א א"ש דקרקע פל היכא דאיתא ברשותו דמריא אית' דל"ש לאוקמי ברשותו רק לקנין הגוף לפירות וכיון שהגוף הוא של בעל הקרקע פשמוחל נפקע הקנין פירות משא"כ משפון מטלטלין כ"ז דנשא ביד המלנה ל"מ המחילה ואף דכמו במשכונ מטלטלין יצא מרשות הלנה ונכנס לרשות המלנה ולגבי הלנה הני פאינו ברשותו וכמבואר ברמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) דהלנה א"י להקדיש משפון שביד המלנה ואף מה שישנה יותר על חובו סברו קצת פוסקים דא"י להקדיש ואף לאחר הפירעון ל"מ ההפקר והמכירה ועיין מרדכי ב"ב פ' המוכר ובש"מ פתובות (דף נ"ט) וברבינו ירוחם (ני"ט ח"א) דאף בקרקע הממושפון ת"י המלנה ל"מ ההקדש דהוי כמכירה ועיימ"ש א"א מ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' י"א) ודיני מכירה (סי' ל"א) מ"מ יש לחלק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין כ"ז שהמשכונ ת"י ל"מ מחילה דהוי פשנתא ממש וכמ"ש הריטב"א משא"כ בקרקע אף דיש לו קה"ג להפירות מ"מ פשמואל חיובו עומד ברשות הלנה והוי פחזרה ועיין בתשוב' ריב"ש (סי' תק"י) מובא בסמ"ע (סי' שט"ו) בשו"כר בית באומר למשכיר דאינו רוצה בו ומסלק עצמו ממנו דא"י להסתלק ממנו בדבור בלבד כ"א בקנין דשכירות מכירה ליומא הוא ובספר מח"א דיני שכירות (סי' ט') משיג ע"ד ויבואר א"ה בייקומו ליישב פל השגיתיו: טו) ואם אמר לשלוחו שימחול החוב שלו כ' המל"מ (פ' ט"ז) ממלנה ולנה בפשיטו' דמהני המחילה דשלוחו של אדם פמותו רק חקר שם אם דומה לאומר קרע פסותי או לא.

ולכאורה יש לדמותו להפקר דדעת כמה פוסקים דל"מ הפקר ע"י שליח פמבואר ר"ן רפ"א דפסחים והיינו משום דאינו מוסר לו שום דבר והוי כמילי ואף דשם פתבו כמה פוסקים דהטעם משום דהפקר הוא מטעם נדר וכמו דל"מ נדר ע"י שליח כמו כן ל"מ הפקר מ"מ פנרא' עיקר הטעם משום דהני מילי ולא מימסרי לשליח ובפרט לדעת מהרי"ט בתשובה דל"מ הקדש ע"י שליח ועיין ספר בית מאיר אה"ע (סי' ק"כ) ובחידושי אאמ"ו ז"ל שבסוף ס' דברי משפט (סי' רמ"א ס"ק ד') ובמ"ש ע"ד מהרי"ט בספרי הקטן (ח"ר סי' כ"ו) דיני נדרי' ולדבריו מחילה על ידי שליח נדאי דלא מהני ואף דמצינו דמהני מחילה על תנאי ול"א פיון דאי אפטר להתקנים על ידי שליח לא מהני התנאי פבר פתבתי שם ליישב ע"נ דברי מהרי"ט וכן להסוברים דבדבור ל"ב דיני תנאים א"ש עכ"פ יש לדון בזה טובא אם מהני מחילה ע"י שליח לדעת הר"ן הנ"ל דהפקר ל"מ ע"י שליח.

נראיתי בתשובה מהר"א ששון (סי' קמ"ה) דפשיטא לי דמהני מחילה ע"י שליח וכן בשטר מחילה בב' עדים ובאו שנים ואמרו עמנו הנה המלוה במ"א תלינן דמחל ע"י שליח והשליח מחל ביום הכתוב בשטר מחילה משמע מדבריו דפשיט' לי דמהני המחיל' אף אם לא הקנה לו החוב.

וע' תשובת הר"י מיגאש (סי' קל"ו) שכ' למה שטען שמחל לו אבי הנצורה ל"ה מחילתו מועל' פלום אעפ"י שהרשית אותו שיכולה לומר לא הרשתי אותה אלא לתבוע לא למחול אא"כ נזכר בהרשאה שהרשית אותו למחול וליתן ולעשות פרצונו שמחילתו מחילה עיי"ש משמע קצת דצריף הרשאה לעשות פרצונו ושליחות ל"מ: טז) והיכא דמוחל לתבירו על תנאי פגון באומר אם לא אבא עד זמן פלוני מחול לה החוב ראיתי בנו"ב מהד"ק ח"מ (סי' ל"א) שכ' אף אם במחילה ל"ש אסמכתא לדעת רמב"ם היינו דל"ב קנן בבד"ח אבל מ"מ קנן בעי ורק בפשוטל להדיא ל"ב קנן ודינו כמו אם התרצו בפשרה בב"ד דיכולין לחזור אם לא קנו מידם ואף התובע יכול לחזור דהוי כמו מחילה בטעות של"ה יודע שיאמרו הפשרנים כף וה"נ דומה לפשרה וכו' וסמיכת ש'לו מדברי הסמ"ע (סי' כ"א ס"ק ו') שכ' בסיפא שאם לא יבא שיפטור תבירו אפילו קנן בבד"ח א"צ אלא קנן לחוד הרי אף לדע' רמב"ם מ"מ קנן בעי וא"ד למחילה דעלמא עכ"ד ועיין לח"מ (ספי"א) ממכירה ובס' בני יעקב (דף ק"י ע"א) כ' ע"ד ואפ"ל דל"א א"צ קנן אלא במחל מעכשיו במחולט אבל באומר אם לא באתי צריף קנן דאי לא במאי ליקני תבירו דומיא דמ"ש ה"ר"ן גבי הודאה וכוננתו ע"ד ה"ר"ן גדרים (דף כ"ז ע"ב) דכ' אף דאמר אם לא באתי לבטלן זכותיה שמודה שאם לא יבא לאותו זמן ראיותיו בטילות מ"מ צריף קנן דאם הודה פן בלא שום תנאי ה"נ אבל פיון שתלה באם אין פאן הודאה גמורה הלפ"ה אפילו אמר מעכשיו ל"מ דאף דליכא אסמכתא אפ"ה במה יקנה הלה שיבטלו זכיותיו הלפ"ה בעי קנן פי היכא דלקני חברי' עיי"ש ומדמה לזה הבני יעקב מחילת חוב ג"כ ובאמת יש לגמגם דשם דלא מחל רק דאמר לבטלן זכותיה ואתינו עלה מטעם הודאה בפני ב"ד שפיר פיון שתלה באם אין פאן הודאה כמו"ש ה"ר"ן במה יקנה הלה אבל במחילה דא"צ קנן הוא משו' דמיד זוכה זה בדיבורו במה שבידו פיון שמסלק ממנו זכותו י"ל דגם באם מהני המחילה.

אולם הנו"ב אתי עלה מטעם דדומה לפשרה. ובאמת כדבריו מצאתי בתשובת מהר"מ רויטנבורג (סי' תשח"י) שכ' אם אדם קובע זמן לתבירו לדין שאם לא יזמינו לדין עד אותו יום שלא יזמינו עוד ועבר הזמן יכול לחזור מאחר דל"ה קנן וכתב אף דמחילה א"צ קנן זהו כשמוחל לו מיד מה שבידו ומה שתופס משלו וזה פשוט וידוע אם אדם מוחל לתבירו מה שיש לו משלו שא"צ קנן אבל הכא שלא מחל לו מיד אלא שאמר אם אבא אח"כ עד אותו זמן לדין שלא אערער עליכם ובדעתו הנה לעשות כדבריו נראה דצריף קנן דקיי"ל פשרה צריכה קנן ה"נ ל"ש עכ"ל הרי דמדמה זה לפשרה דהוי כמו מחילה בטעות ה"נ הוי בטעות דדעתו הנה לעשות כדבריו.

אף אם מוחל על תנאי שביד תבירו לקיימו ונתקיים התנאי בזה י"ל דל"ה כמחילה בטעות פיון דא"ד לפשרה דכאן יודע דתבירו ישתדל בכל ענין לקיים התנאי יודע ומחל: וקצת יש להבין בדברי מהר"מ ז"ל דהא (סי' תל"ה) כתב במלמד שאמר לבעה"ב אחר מימת

בנו שלא יתבענו עוד שאין בלשון זה לשון מחילה כיון דלא אמר לו מחול לך או היפטר או אהד מלשון מחילה אין זה אלא פטומי מילי ולא גתרצה למחול דלא אמר אלא שלא אתבענו ואם הוא לא תבע חייב בד"ש כיון דלא פטר אותו לגמרי וא"כ ל"ה מחילה וחיוב ליתן לו כל שקרו ויכול לתבעו דמה שאמר לא אתבעה אין פאן מחילת ממון ולא זכה הלה במה שפידו דאין פאן אלא דברים בעלמא עכ"ל הרי דסובר דבעינו דוקא לשון מחילה או פטור ובמה שאמר שלא יתבע אותו ל"ה כמחילה וא"כ שם (סי' תשח"י) דהשאלה הנה שקבע לו זמן לתבירו לדין שאם לא יזמינו לדין עד אותו יום שלא יזמינו עוד הא ג"כ ל"ה לשון מחילה והא אף אם אמר לו מיד שלא יזמין אותו לדין יכול לחזור ולתבעו דמ"ש זה ממה שאמר שלא אתבעה ואולי שם הנה הקביעה זמן בפני ב"ד ועדיף טפי ועיין במבי"ט (סי' שי"ד) בסופו שכ' ונ"ל וקרוב אני לומר כי לשון מחילת תביעה אפילו על חוב או שעבוד לא יועיל כיון שאינו מוחל החוב או השעבוד בפירוש אלא התביעה שיש לו על ראובן בחו' בשעבוד עכ"ל וכנראה דספוקי מספקי ליה ולהר"מ פשיטא ליה דל"מ וע' מהרי"ט (סי' כ"א) בפסק מהר"ם די בוטון ונ"ל שכ' באומר אין לי עליך שום תביעה גדולה וקטנה דדי לשון זה למחול וא"צ שיאמר בפירוש אני מוחל לך מה שאתה חייב והביא ראיה ממס' קידושין גבי עבד עברי דאם לאו דגופו קנה הנה סגי באומר לו זיל ולית לך עלי סגי למחילת חובו הרי משמע שאם אמר דברים המוכיחים שמחל מהני והמרי"ט שם הסכים ע"י ולכאורה לדברי המר"מ בר ברוך ונ"ל והמבי"ט מחילת תביעה ל"מ והא דקאמר בש"ס קידושין לימא באפי בי תרי זיל כפר כתב המרי"ט בחידושו סוף פ' מי שהי' נשוי דלאו דוקא נקט לשון זה אלא שיאמר לו לשון טוב ועיקר הקושא הוא דאמאי צריך שטר מה שקתב בשטר יאמר לו בע"פ עיי"ש א"כ אינו ראיה באם אינו אומר לשון מחילת החוב והשעבוד רק אין לי עליך שום תביעה מניין לנו לומר דמהני ואולי יש לחלק בין נדונים שם דהי' הוכחת הרבה דהכוננה הנה שמחל לו החוב ממזנות וצ"ע ועיין טור (סי' ע"ד) מתשובת הרא"ש שכ' ומחל שמעון לראובן כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר כל החוב מחול.

צריך לומר ג"כ דהני הוכחה שמחל גוף החוב: ועיין תשובת הרשב"ש (סי' תקע"ב) במלנה שיש לו שטרות על הלנה וטוען הלנה שהמלנה אמר לו שאם תתן לי כף וכף מהחוב הנזכר אמחול לך השאר וכ' שזו אסמכתא הוא שקל האומר אם תעשה כף וכף אתן לך או אמחול לך לא קנה כלום ומשמע דוקא כיון שאמר אמחול לך אבל באומר מחול לך אם תעשה כף מהני ובאמת באומר אמחול לך אף בלי אסמכתא יכול לחזור בו כ"ז שלא נתן.

וראיתי בתשובת דרכי נועם ח"מ (סי' ג') במשפיר שתובע מהשוכר שכירות שעבר מדינת הבית ואמר לו או צא מביתי ואני מוחל לך כל מה שנשאר עליך מזמן השכירות וכ' דבזה ל"מ המחילה כיון דשכירות כממכר הוא ואין השוכר יכול להסתלק בדיבור בעלמא כמו שכ' הריב"ש פי אם בקנין א"כ אין במחילה זו ממש וחיוב השוכר לפרוע כל דמי השכירות הפתוב בשטר ובס' מטה שמעון תמה עליו הא כיון שמחל בהדיא הני מחילה והביא מדברי רשב"ש (סי' ק"א) ודברי הדרכי נועם נכונים ודאי אם מוחל להדיא מחילה מוחלטת מהני מחילה בחוב שכירות דמ"ש מפל חוב דעלמא וכן בגידון דרשב"ש שם לא הוטל שום חיוב על השוכר ודאי אם מוחל מעכשיו מחילה מוחלטת הני מחילה

אבל בגידון דהדרכי נועם דאמר לו צא מביתי ואני מוחל פינן דכ"ז שלא הקנה לו בהחזר הבית תוך ימי השכירות לא נסתלק השוכר בדבור בלבד כמו שכ' הריב"ש א"כ לא נגמר הדבר בהחלט עד שיצא מן הבית שפיר ל"ה מחילה בהחלט ודומה לפשרה דצריכה קנין כנ"ל: וראיתי בתשובת מהרי"ט צאהלן (סי' פ"ט) שכ' אם המשפיר אומר לשוכר הנח לי ביתי ולה נאמה פטור מהשכירות א"י לחזור בו אף בלא קנין וא"ד לדברי הריב"ש דשם השוכר אומר למשפיר יכול לחזור משום שהם דברים בעלמא אבל אם המשפיר פוטר משכירות מחילה א"צ קנין וכנראה סובר אף דהמשפיר עדיין לא זכה בהדירה כמה שיצא מן הבית מ"מ כל שנה קיים דבריו ועשה מצותיו חל המחילה למפרע ונמר ומחל פינן שביד השוכר לצאת מן הבית ואינו תלוי בדעתו וגם אסמכתא ליכא במחילה ועיין ש"מ ב"מ ר"פ הבית והעליה משם הרמ"ך בהא דאם נפל פותלו שפמוה לגינת חבירו וא"ל שיפנה אותם ולא רצה ואמר לו הגיעוה ונהרי הן שלח דלא זכה באבנים עד שיתחיל לפנותן וכתב ונראה לומר דאע"ג דמרי פותלא מצי הדר ביה כל כמה דלא פנינהו מרי גינתא אפי"ה מארי גינתא ל"מ הדר ביה דכיון דאינצו מחילה להזיקא ומחילה ל"ב קנין וצ"ע עכ"ל והנה ספוקי מספקי לי בזה היכא דחבירו יכול לחזור אם גם הוא יכול לחזור ובאמ' הדברים נפלאים פינן דזה לא מחל הזיקא בחינם רק אם זכה בהאבנים וכיון דיש ביד בעל הפותל לחזור למה לא יהיה ביד בעל הגינה לחזור וכן בגידון דמהרי"ט צאהלן ועיין תוס' ב"מ (דף ס"ו) ד"ה ומינומי וכן מצינו בכמה מקומות היכא דלא נגמר הדבר מב' הצדדים ואחד יכול לחזור יכול גם השני לחזור ול"ה רק פטומי מילי וצ"ע ועוד יבואר א"ה במ"א.

ועיין רדב"ז (סי' ש"ז) בשנים שקנו סחורה בהקפה מגוי בשותפות וטען אחד שאמר לחבירו אם תביא חלקך בדמי הסחורה יש לה שותפות ואם לא תביא המעות ביום פלוני אין לה שותפות וכ' פינן שכל הסחורה היתה ת"י וחזקתו א"צ קנין למחילת שותפות לא יהיה אלא שהיה לו חוב ומחלו דמחילה א"צ קנין וכיון שהוא מודה שפך התנה עמו שאם לא יביא חלקו במעות לא יהיה לו חלק בהסחורה ולא קיים תנאו הרי מחל ומשמע מדבריו אף דהתנאי ל"ה בפעם שקנו הסחורה רק אח"כ ואז פשקנו קנו שניהם הסחורה פי שניהם התחייבו והשטר מכר על שניהם בשונה בערפותיהם ורק אח"כ התנו תנאי זה שאם לא יביא המעות ליום פלוני שלא יהיה שותף וא"כ מבואר דאף מחילה שאינה מוחלטת רק בספק גם כן מהני וזה דלא כמבואר בתשובת מהר"ם רויטנבורג הנז'.

ברם לא אבין דברי רדב"ז כיצד דן זה למחילה דא"צ קנין כמה שאמר שאם לא יביא המעות ליום פלוני לא יהיה שותף הא אין זה לשון מחילה. וגם הא דפשיטא ליה דמחיל' מהני בשותפות היינו באם הטילו שניהם לכיס אחד דחלק של כל אחד משועבד לחבירו בזה מהני מחילה וכמו שכתב שם (סי' ש"ג) דמחיל' שותפות ממון מהני וא"צ קנין אבל אם קנו הסחורה בשותפו' וזכו שניהם כל אחד במחצית הסחורה ונתחייבו שניהם להמוכר הוי כמוחל דבר בעין ופקדון דל"מ מחילה רק צריף לשון הקנאה: (טז) היכא דמחייב אחד לחבירו בקנין בסוף מסוים באופן המועיל נפום דינא ומתחייב א"ע שחייב זה לא יפקע מעול' ואף אם מחול לו יחול שוב שנית החיוב מעכשיו וכן עד עולם אם מהני מחילה אעפ"כ או לא מהני המחילה פינן דשוב נתחייב שנית ואי אפשר שיפקע חיובו במחילה.

ראיתי בספר מוהריק"ש הנקרא ערוך לחם בח"מ (סוף סי' ס') שכ' וז"ל המתייב עצמו  
ממון לאשתו ונתתייב בלשון מעכשיו שכל פנים שתמחול לו יחזור ויתתייב מעכשיו עד  
עולם וקנו ממנו נ"ל דמהני ונ"ד להוטר נדרים שמתירין תנאי זה דבתייב ממון לא שייכא  
התרה וכן נראה בבירור בדברי הפוסקי' בר"ן נדרים (דף כ"ט) ועיין ריב"ל (ח"ב סי'  
מ"ז) עכ"ל.

ולכאור' יש לדון דאינו דומה לדברי הר"ן ורשב"א נדרים שם דהם הוכיחו מש"ס שם  
באומר לחבירו שדי מכורה לה עד שאעלה לירושלם דאם חזר וקנה המוכר מן הלוקח  
דחל שוב שנית המכירה כמו שם באומר נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו פדאן חוזרות  
וקדשן וכמו כן בקרקע ע"י הפספ וישטר חל קנן השני מעכשיו הואיל דבידו עכשיו  
למפור ול"ה דשלב"ע דשם אין באפשרית רק שהלוקח חוזר ומוכר הקרקע להמוכר  
לכן חל שוב שנית המכירה השניה שמכר לו אז וכן לעולם אבל לענין מחילה י"ל דאם  
מחלה האשה כל החיובים אף החיובים האחרים עד עולם אזלינן בתר מחילה האחרונה  
ונפקע החיוב הו הראשון הו כל החיובים ע"ע דמחילה אינה צריכ' קנן ואינה בגדר  
הקנאה משא"כ בשדה דצריכ' קנן מן הלוקח להמוכר ואז שוב חל על השדה הזאת קנן  
השני וכן עד עולם ובאמת אם מוכר הלוקח להמוכר השדה עם כל הזכויות שיש לו  
בהשדה עד זמן הנ"ל או אף באומר פן עד עולם מהני המכירה דהא כמו שמהני מכירת  
המוכר על אופן זה ע"ע שיחול מכירה אחרת וכן לעולם כמו כן מהני מכירת הלוקח  
שוב להמוכר בהחזרה ג"כ על אופן זה ויש לומר דבזה שוב לא חזרה השדה להלוקח  
פינן שמכר לו אף זכות זה מה שיחול תמיד מכירה שניה וכן עד עולם: ברם ראיתי שם  
בלשון הנמוקי יוסף בנדרים שהביא מדברי הרשב"א וז"ל בלשון הזה וכן הדין באומר  
קרקע זה לעניים עד שאעשה דבר פלוני או עד שאבא ממקום פלוני אם בתוך כך חזר  
וקנה מהם זכותם הרי הם חוזרין וזוכין באותו קרקע לאלתר דה"ק לעניים יהיה מעתה  
וכן לאחר שאקנה מהם תחזור להם כ"ז שלא אעשה דבר פלוני או שאבא ממקום פלוני  
וכ' ומיהו הסכימו המפרשים וז"ל שאין דין זה אלא בהקדש או בקונמות משום חומרא  
דידהו אבל האומר שדי נתינה לה מעכשיו עד שאלה לירושלם או עד זמן פלוני אם קנה  
זכותו תוך זמן זה אין המקבל מתנה חוזר וזוכה בו שלא נתפונן בזמן ההיא אלא  
לגריעותא עיי"ש הרי דכפל דבריו להסוברים דחוזר וזוכה וכן בעניים דמהני אמירתו  
לכ"ע שייחזרו ויזכו דאף אם חזר וקנה זכותם דג"כ חוזרים וזוכים הרי דלא יש אופן  
המועיל שיתבטל הקנן ולעולם חוזר וזוכה אף אם מוכר הלוקח להמוכר את זכותו מ"מ  
סוף סוף עד זמן פלוני חוזר וזוכה מצד קנן הראשון וממילא אם מוכר בפירוש שיהיה  
קנויה לו השדה לעולם ואף אם חוזר ויקנה מן הלוקח ששוב יחול הקנן עד עולם ודאי  
דל"מ אף אם מכר לו בהחזרה עד עולם עם פל הזכו' שיש לו בהשדה דל"ה זמן שיחול  
הקנן ושלא יחזור שיחול לחזור להמקבל או הלוקח דבאמת בקובע זמן לזה יש מקום  
שמוכר לו בהחזרה עד סוף זמן שקבע לו דאז יגיע זמן שיחול הקנן למפרע ושלא יחזור  
להמקבל ובכ"ז מבואר מדברי הנ"י דל"מ אף אם מפרש לו שמוכר לו פל הזכות שיש  
לו בהשדה בהחזרה דמ"מ כ"ז שיש מקום שיחזור ויחול הקנן חוזרת להמקבל ק"ו באם  
הותנה פן עד עולם דלא יש זמן הראוי שיפקע מן הלוקח דנדאי חוזר לעולם אליו וא"כ  
כמו כן במחילה ואף אם מחילה מהני בע"כ של המתתייב והוי רק סילוק חיובו בכ"ז אף

אם מוחל לו כל החיובים עד עולם דלעול' חוזר ונחל חיובו אחר חיובו פנין דהיה פה קנין וחיוב הראשון במעכשיו על דרך זה דאין בינד אחד מהם לחזור ל"מ שום מחילה אף אם מוחל חיוב האחרון דבלתי באפשרות שלא יחול החיוב ולעולם חוזר ונניעור החיוב: והנה עיינתי בדברי מהריב"ל וראיתי שכ' דאפשר אם מחלה פעמיים דלא נשאר שום חיוב עליו דמהני כמו שכ' הר"ן בתשובה (סי' י"ז) בנודר ואמר בכל פעם שינשאל ויותר מהאסור שיחול עליו פעם אחר וכן לעולם דיכול לינשאל להתיר לו כמספר שאמר וכן מה שאמר וכן לעולם יתירו לו פעם אחד וכ' דממונא מאיסורא לא ילפינו דהרי מצינו בהפוסק לאשתו דו"ד אין לי בנכסיה דצריף שיכתוב עד עולם אין לדמות ממון לאיסורא עיי"ש והמענין יראה דמדברי הר"ן אינו ראי' פלל לנידון זה דהא כ' שם להדיא דאם מתיר לו כפי מספר שאמר ואח"כ מתיר לו הנדר שאמר וכן לעולם סגי דזה אינו אלא נדר אחד דאעפ"י דוכן לעולם כולל לאין תכלית אי אפשר שיתרבה הנדר מחמת זה והביא פלוגתא דר"י ור"ש מס' שבועות גבי שבועה שלא לה ולא לה דאין מספר הנדרים אלא כמספר הקונמות שהוא זוכר או כמנין שהזכיר ולא לה ולא לה וכתב שם דאי אפשר לנודר לידור אלא נדרים ידועים ולא שאין להם תכלית עיי"ש וזה הפל בנדר דצריף שיבטא בשפתיו ולחלק לפרטי' ולא לכלל דאז הוי הפל כמו נדר אחד וכשהותר מקצתו הותר פולו אבל בכ"מ לעולם משמע לאין תכלית וכיין דאי אפשר דבכל פעם חוזר החיוב לאין תכלית ל"מ המחילה אף אם מוחל גם התנאי לעולם חוזר החיוב כמו בשדה זו נתונה לה עד זמן פלוני דל"מ אף אם חזר וקנה ממנו הזכות שיש לו בהשדה.

ואין לדמות זה לשולח גט ע"י שליח ובטל כל הבטולים שיבטל בטל דאזלינן אחר בטיול האחרון ובטיול מודעי אף שאמר שמוסר מודעי על כל הבטולים עד עולם הולכין אחר דיבור האחרון הכי נמי הולכין אחר דיבור האחרון דכאן אף שנתבטל חיוב הראשון לעולם בא חיוב האחרון וכל החיובין שמוחל לא מהני פנין דתמיד התעורר חיוב מחדש.

וראיתי בתשוב' בית יוסף דיני פתובה (סי' ד' שכ' הא דכותבין בכתובה שלא יפתנה שתמחול דבר מה מפתוב' ואם תמחול יהיה פתור הנשבר שיש לו לגמגם וי"ל דמחילה קיימת דהאידא אדם מתנה שאם ימחול שלא יהיה מחילתו מחילה אם כפי הדין הוא מחילה וכתב ואפשר דבקנין מצי לסלוקי נפשיה מההיא מחילה שכל פעם שתמחול יחול קנין החיוב ואפילו מאה פעמים ועיין כנה"ג אה"ע (סי' צ' ס"ק פ') בהגהות הטור הביא דעת מהריב"ל דנראה מדבריו דל"מ החיוב נדעת רבינו ב"י בתשובה הנ"ל דבקנין מהני: ברם יש להתבונן הא הרשב"א בנדרים שם חוכך בדין זה ואמר דדין זה אינו רק במקדיש בלבד משום דהקדש חל בקדושת פה ובאמירה בלחוד אבל במקנה לחבירו בעלמא לא במאי קנה הא אפילו אמר לו מעכשיו אי אפשר לו לקנות אלא בכסף ושטר ונזק' וכסף או שטר או חזקה שנעשו על מקר זה ראשונה כשחזר זה וקנאו כבר פלטה קנייתו של אלו ולבסוף במה יקנה עיי"ש בר"ן ובחידושי רשב"א הוסיף בזה וכתב והיינו טעמא נמי דאצטרכינן למנקט הא דרב הושעיא בשמי פרוטות ולא נקט ליה בחדא פרוט'.

וא"כ במקייב א"ע במנה בקנין סודר גם כן אף שאמר עד עולם מ"מ פנין דקנין סודר זה כבר עשה פעולתו בקנינו לחייב א"ע בחיוב הראשון שוב במה יחול שוב חיוב השני אף שאומר מעכשיו דאל"כ הדר סודרא למריה מ"מ פנין שע"י קנין סודר זה חל חיוב



הראשון ודאי לא עדיף משטר וכסף וחזקה דל"מ לעשות קנין שני אחר שעשה קנין הראשון כ"כ בק"ס.

ובאמת הוכחת הרשב"א מהא דרב הושעיא נקט האיבעיא שלי בנותן שני פרוטות לאשה ואמר באחת תתקדש לי היום ובאחת לאחר שאגרשה ולא נקט ליה בתדא פרוטה מתרין יפה אאמ"ו ו"ל בספרו ד"ח דיגי קידושין (סי' ל"ח) דאף אם בקרקע הנה מהני באומר מעכשיו בפרוטה ולאחר שאקחנו באותו פרוטה מקנה מעכשיו דהוי כמוכר לו שני קרקעות בפרוטה אחת משא"כ בקידושין אי אפשר לקדש שתי נשים בפרוטה אחת ואף דכאן הוא אשה אחת על שני פעמים מ"מ הא בש"ס קידושין מספקא להו בשתי בנותיה לשני בני ולקף לא נקט רב אושעיא בתדא פרוטה דנה הוי ספקא בלא ספק שלו והוא שאל אם ל"מ בתדא פרוטה מ"מ יש שאלה אם בב' פרוטות מהני אף דהוי כדבר שלא בא לעולם הואיל דבידו עכ"ד ומ"מ אף כי קושית רשב"א מיושב פנראה בתד קנין ס"ל דל"מ א"כ אף בק"ס ומתחייב שלא יהי המחילה רק שיחזור ויתחייב ל"מ בתד קנין רק בכל פעם שיחול צריף קנין אחר מעכשיו ועיי"ש מ"ש אאמ"ו ו"ל (סי' ל"ב) הטעם הא דלדין באבעיא דרב הושעיא פסקינן דהוי ספק קידושין ולענין דיגי ממונות מהני אם מקנה בב' פרוטות אף דגם פן אין ביז אחד לגמור הקנין מעכשיו בלא דעת חבירו משום דבד"מ אין אנו דנין מטעם בידו רק מטעם דמעולם לא יצא הקרקע מרשות לוקח והוי כמו בנטיעות אלו קרבן עד שיקצצו משום דהוי כפדאן הוא כמבואר שם בש"ס דמעולם לא יצא מרשות הקדש וכ"כ במכיר' לדעת ר"מ מקורטבי שם ועיין מה שפכתתי שם בהגהותי לפקפק בזה דמה מהני בשביל שלא יצא מעולם מרשותו של הלוקח הא מ"מ פנין דבעינן אח"כ ג"כ דעת הלוקח א"ד להקדש וצריכין לבא מטעם דבידו א"כ מה מהני מעכשיו ועיי"ש מ"ש בזה.

עכ"פ לענין חיוב אף אם מהני מעכשיו אף דצריף דעת הזוכה ג"כ ונאמר דהוי בידו ומהני מעכשיו פנין דבידו לחייב כו"כ ואינו דומה לקידושין דשם פנין שהפסיק בקנינו כמחוסר מעשה דמי דאין בידו לקדשה עכשיו קידושין אחר קידושין משא"כ בחיוב ממון בידו לחייב א"ע הסף השנית והשלישית ואף לאין תכלית להסוברים דיכול לחייב את עצמו כדבר שאינו קצוב.

מ"מ ע"י קנין אחד לדעת רשב"א וכנרא' שנהר"ן מסכים למה שחוכף לומר דל"מ ע"י קנין אחד שלא יפסק הקנין וששוב יחול בכל פעם א"כ גם במחילה ל"מ הק"ס ובפרט על כמה פעמים לאין תכלית ע"כ דין זה צ"ע אם מהני חיוב אחר חיוב.

ובנדאי אין מוציאין מיד הפוחזק: ומ"מ באם מכר הזוכה בהחייב בהחזרה להמתחייב החוב שיש לו נראה בנדאי דשוב אינו חוזר ומתחייב בהחייב לא הנה רק שלא יועיל המחילה ובאם שימחול יחזור ויתחייב וכ"ז פשנפקע החייב מצד המחילה אבל בנשאר החייב הראשון רק שקונה החייב בהחזרה בזה לא נתחייב מחדש ועיין בש"מ ב"מ (סוף פ"א) בהא דשובר בזמנו טורף דכ' והשובר הנה הוא כעין שטר מקנה שאומר לו חוב פלוני מכור לך בשטר זה עיי"ש דמבואר דיכול למפוך חובו להלנה עצמו בתורת מכירה ולא בתורת מחיל' ומשמע מדבריו דאף מסיר' ל"ב ככל מכירת שטרו' ועיין מ"ש בד"ח דיני הלואה (סי' ל"ו) בזה ועוד יבואר א"ה לקמן בדיני הלואה עכ"פ מהני המכירה

וזוהי בחוב שלו מצד קנגן א"כ י"ל דזה נכלל בקניינו שהתחייב א"ע שאם ימחול יחזור החיוב לא כשקונה בעצמו החיוב הראשון כן נלע"ד: וראיתי במבי"ט (ח"א סי' שי"ד) שכ' מה שפתוב בשטר המתנ' שאעפ"י ששמעון ימחול לראובן המתנה שלא תועיל המחילה ההיא נראה שהוא מודיע שאינו חפץ במחילה וא"כ אעפ"י שאינו אנוס במחילה היא בטילה מפני המודעה דהוי כמתנה שאין הולכין בה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה לקיים בכל לבו לא קנה המקבל מתנה והמחילה מתנה הוא כמ"ש הרמב"ם (פ"י) ממכירה עכ"ל וצ"ע מלבד די"ל דמחילה אף שהוא כמתנה מ"מ מהני אפילו בע"כ כמו שפתבתי לעיל (אות ב') דהוי רק סילוק חיובו וממילא נפקע החוב בלא"ה לא אדע הא אף אם מסר מודעה דאינו מקבל המתנה מ"מ אם מבטל אח"כ המודעה הולכין אחר דיבור האחרון וכינן דקבל אח"כ שטר מחילה ברצון מה מהני הגילוי דעת דקודם לכן בשעת חיובו ואף בבטול מודעה על הבטולין הולכין אחר דיבור האחרון כמבואר תשובת הר"ן (סי' מ"ג) מכ"ש דיכול לבטל המודעה שלא יקבל המחילה.

גם ראיתי בס' נתיבו' משפט על ר"י (דס"ט ע"ד) דהביא דברי בעה"ת במוכר שט"ח לתבירו דמהני מחילה וכתב דאף תנאה דל"מ מחיל ל"מ והביא דברי הסמ"ע (סי' ס"ו) דמפרש דאין המוכר יכול לעשות תנאה לגרוע בו זכות הלנה לבטל המחילה וכתב נראה מדבריו שביטול המחילות ל"מ מטעם שהוא חב לאחרים ואינו יודע למה שאם הוא מבטל כל המחילות שימחול שיהיה פתור הנשפר אין פאן מחילה ול"ד כו' אבל אם פסל ובטל גוף המחילה מעכשיו הואיל ובדיבורו הוא מוחל בינו לבטל דיבורו עכ"ל ואינו מוכן דבריו היכן מצינו ביטול שיבטל מה שיעשה אח"כ ואף בנדר אם זוכר בהמודעה שיעשה מתקיים הנדר ומכ"ש במחילה כיצד יעשה מחילתו מה שימחול אח"כ פתור הנשפר הא פיון שמוחל ברצונו כבר נפקע חיובו ואף אם נאמר דהמתחייב לתבירו בקנין ושלא יועיל המחילה היינו דמתחייב א"ע שבכל פעם שימחול יחזור החיוב מעכשיו מחדש.

אבל לבטל מקודם כל המחילות שימחול שיהיה פתור הנשפר שאין פאן מחילה זה לא שמענו דודאי מהני המחילה וכמ"ש ומ"ש שם בדברי הפעל העיטור שהביא הבעה"ת שהביא סמך לדבר דל"מ התנא' של הלוקח עם המוכר לו השט"ח שלא יכול למחול מדברי ירושלמי פרק שבועת הדיינים וכוונתו על הא דאיתא שם אליו דכתבו ע"מ שיש לי רשות לגבות מטלטלים לא גבי וכו' דלדברי הסמ"ע אין ענין לזה א"ו דכוננת בע"ה לומר שאם אמר בלשון הזה שלא יכול למחול ל"מ דנראה כמתנה על מה שכ' בתורה וכי היכא דל"מ ע"מ שיש לי רשות לגבות מטלטלים כ"כ בזה פיון שיש לו רשות למחול לא מהני התנאי ומכח זה הקשה דמירושלמי משמע שאם אמר אעפ"י שמן הדין יכול למחול אני מתנה בך ועיי"ש שהניח בצ"ע ואינו מוכן כלל דודאי עיקר הטעם דל"מ תנאי שלא ימחול דכל חיובים ובטול המחילות ל"מ רק באם יתחייב מחדש ונגד תבירו שלא יועיל מחילתו לא יש שום ביטול ותנאים דסוף כל סוף אם עושה ומוחל חל מחילתו ודברי ירושלמי הנ"ל שהביא הב"ה הוא רק סמך בעלמא דלרב אפי' לא מהני אם כתב ע"מ שיש רשות לגבות מטלטלים היינו דל"מ לגבות מן היורשים דהם זכו בו ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי ורב מנא אמר אם כתב אע"ג דלית בי דינא יהיב גבי אינו מטעם שכתב הנתיבות משפט כמו שמהני באומר ע"מ שאין עלי דין אונאה דמהני רק פיון

דמפרש דסמך דעתו ומשעבד לו לא נפקע השעבוד במיתתו הואיל דנתחייב הלנה וקל השעבוד וכמבואר ברשפ"א קידושין אע"ג דלא שיעבדו מטאגמ"ק גובה מיורשים אף מדיני דגמרא דכל תנאי שבממונקנים וכינון דתל השעבוד מחיים לכך גובה אף מיורשיו ועיין מ"ש לקמן דיני הלנאה א"ה.

אבל במוכר שט"ח אף אם יתחייב שלא ימחול לא יכול לבטל זכות הלנה וז"פ וברור: (סי) פתב הרשפ"א בתשובה (ח"ב סי' ער"ח) מובא בב"י בענין מחילה בטעות ונ"ל ואפילו לא נאנס פלל וסבר שאין לו בידו יותר ונמצא שיש לו מחילה בטילה דכל דלא ידע לא מצוי מחיל ואעפ"י שהוא פותב לו הריני מוחל לה בדלא שנוי כו' אין בדבריו פלום עד שיאמר מרצונו בלי שום אונס יודע אני שיש לי בידך יותר וכדמניא מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לה בר' יודע אני שאינו שנה אלא ק' ע"מ שאין לה עלי אונאה אין לו עליו אונאה עכ"ל והיינו מש"ס ב"מ (דף נ"א) במפרש דוקא אבל בסתם באומר ע"מ שאין לה עלי אונאה דלא ידע בפשעת מחילה הוי כמו מחילה בטעות ועיין תשובת ראנ"ח (ח"א סי' מ"ט) ובמח"א הלכות שותפות (סי' ז') שהביא משם הפ"מ ומדברי מהרי"ט (ח"א סי' ק"ג) שאעפ"י שנתרצה למחול בלב שלם כיון דבאותו שעה ל"ה ברור לה מחילה ובכנה"ג אות (נ"ב) כ' משם הרמ"ע מפאנו דצריך שיהיה הסף מפורש ובזה סמך הרשפ"א על הבריית' ולא הוצרך לפרש ועיין בכנה"ג במ"ב דהרמ"ע לא אתי עלה מטעם שיטת רמב"ם דל"מ חיוב ומחילה בדבר שאינו קצוב רק מטעם מחילה בטעות כל שלא פירש הסף שפחל ואיכא ראיה שטעה בחשבונו הוי מחילה בטעות: אף מ"מ מ"ש המ"ע ז"ל בפשיטות לומר בדברי רשפ"א דאף באומר יודע אני שיש לי בידך יותר סמך הרשפ"א על הבריית' דצריך שיהא הסף מפורש.

זה הוא מחלוקת הפוסקים שם בש"ס ב"מ ה"ל כמבואר במ"מ (פי"ג) ממכירה דדעת הרמב"ם דל"מ מפרש רק כמבואר בברייתא וקצת מפרשים שאינו בדוקא וכן מוכח מדברי רש"י שם דכתב מי ידע דאיכא אונאה הוא סבר דאין בו אונאה משמע דעיקר הטעם דחושב שא"ב אונאה אבל אם מאמין שיש בו אונאה הוי פינדע ומחל אעפ"י שאינו מפרש הסכום וכן כ' שם רש"י מפורש שפירש לו יודע אני שיש אונאה ואני מוכרו לה ע"מ בהא תנאי קנים מבואר דלא בדוקא הוא בברייתא.

ועיין במח"א דיני אונאה (סי' י"ד) דהקשה ע"ד רמב"ם הא בלוקח מבעה"ב א"ב אונאה אע"ג דלא ידע פמה שיעור אונאה אפ"ה הוי פאלו א"ל שיש בו אונאה והוי מחילה וכן בנו"נ באמונה נמי א"ב אונאה ומטעם משום דלא נחית אדעתא דשיווי וז"ל כל שאמר יודע אני שאינו שנה כ"כ ויש בו אונאה הרי ל"נ אדעתא דשיווי וכתב בטעם דצריך לפרש שיעור אונאה לא גמר בדעתו למחול ובדעתו לתבוע אונאתו משא"כ בלוקח מבעה"ב ליכא למימר דדעתו לתבוע שגרי אמרו הלוקח מבעה"ב אין לו אונאה וכינון דל"מ לתבוע ע"כ גמר ומחל ולדבריו גם לדעת רמב"ם דצריך לפרש דמי אונאתו מודה במוחל אם אומר יודע אני שיש לי בידך יותר ואני מוחל אם לא לדעתו דבכל מקום ל"מ בדבר שאינו קצוב אולם דבריו בלתי מובני' א"כ נאמר אם אמר שידע שיש בו אונאה

ואעפ"כ אָני רוצה בחפץ זה נִימָא ג"כ דל"נ אדעפּא דשיווי וְלא יכול לתבוע אונאַתו גמר ומחל.

וְעֵינן במהרי"ט (סי' י"ט) מ"ש לחלק בין ע"מ שא"ל עלי אונאַה פֿינן דלא ידע ומחל דל"מ לנו"נ באַמונה עיי"ש בדבריו ובנתיבות (סי' רכ"ז ס"ק י"ט) ומה שיש לפלפל בדבריהם אכ"מ ואי"ה יבואר במקומו עכ"פ באם המוחל אומר יודע אָני שיש לי בידך יותר סגי ל"מ לדעת החולקים על הרמב"ם לגבי אונאַה דמפרש הוא לאו דוקא לפרש סכום הטעות ודאי גם במחילה סגי בזה וגמר ומחל אלא אף לדעת הרמב"ם יש מקום לחלק בין אונאַה לדברים אחרים: וְעֵינן ריטב"א ב"מ שם דכ' שמעינן מהכא דמאן דמחל מידי לחבריה וא"ל איך אפילו לימי לה עדים מהאי הלואה את מחיל לה פולה ל"ה פלום דדומיא דסתם הוא דהא לא ידע דליתי עדים אכל אם אמר יודע אָני בה שיש לה עדים בזאת הלואה ואעפ"כ מחול לה פולה ומחלו לו הוי מחילה וכ' עוד ואיפא לדחוי דהכא ה"ט דבעינן שיפרש לו פן מפני שהלוקח רוצה המקח ואומדן דעתו שאם יראה שיהיה בו אונאַה ל"ה קונה מש"ה בעי שיפרש אכל בתביעות שיש עליו בין אדם לחבירו ליפא אומדן דעתא דדילמ' נייח נפשא עדיף ליה ומש"ה מחל בכל ענין והביא ראיה מנאמן עלי אפא במחול לה דא"י לחזור בו אע"ג דלא ידע דליחול ועוד כי אמרינן בלא ידע תנאו בטל מפני שהתנאי חל על איסור תורה כאלו אמר שלא יחול עליו דלאו תנאי וכיון שפן במידי דליפא איסורא הוי מחילה בכל ענין עכ"ל ויש נ"מ בין החילוקים האלה דלטעם הראשון היכא דליפא אומדן דעת דלא מחל בלב שלם מהני המחילה דדילמא נייח נפשיה עדיף ליה אולם היכא דיזענו באומדן דעת דזה לא ידע מזכותו הוי מחילה בטעות בסתם ולטעם השני דוקא במידי דאיפא איסורא כמו אונאַה בזה התנאי בטל ובמידי דליפא איסור' כגון שמדבר עם חבירו שימחול לו כל זכיותיו שיש לו עליו לתבוע ומחיל לו מהני המחילה די"ל דנייח נפשא עדיף ליה והתרצה בלב שלם אף אם חייב לו ביותר.

והשתא בנידון דמהרי"ט הג"ל שהבי' המח"א דיני שותפות שם דכ' אף דנתרצה בלבו למחול בלב שלם פֿינן שבאותה שעה ל"ה ברור ליה ל"ה מחילה לדברי הריטב"א הג"ל ודאי הוי מחילה מעליא ועיי"ש במח"א מה שהביא מדברי ריטב"א כתובות דרק בסתם מקח שחושב שאין בו שום אונאַה וכן מדברי ש"מ שם דסבר אָנא בדיקנא ושווי פמה דיגבנא.

וילדבריהם אף באונאַה היכא דמודה דבשעה שהתנה ואמר ע"מ שאין לה עלי אונאַה הנה דעתו למחול רק עתה רוצה לחזור בכה"ג י"ל דא"י לחזור וכבר ראיתי בתשובת ושב הפהן (סי' מ"ה) דנסתפק בדין זה דאם נאמר דיכול למחול דבר שאינו קצוב כדעת רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם בזה רק הטעם דאם אינו מפרש סכום אונאַה ולא ידע דמחיל ל"מ דמסתמא אינו מוחל א"כ פשמודה שהי' אז בדעתו למחול א"י לחזור עתה או דלמא אפילו מודה שהנה בלבו למחול הוי המחילה דברים שבבלב ואינו פלום.

וילדברי הש"מ וריטב"א הג"ל י"ל דבכה"ג פשמודה שאז הנה בדעתו למחול על אונאַה שוב א"י לחזור. ובמהרי"ט שם כתב בפשיטת דבאנא' אטו מי לא מספק בדעתו שמא יש בו אונאַת שותות או יתר על שותות ונתרצה שאעפ"י שיהיה בו אונאַה לא יחזיר ואפ"ה

ל"מ דְּכָל דְּלֵא יַדַּע אַע"ג דְּמַחֲל לִיה ל"ה מְחִילָה וְכ' שְׁפָן מוֹכַח מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א שְׂכ' פִּינּוּן דְּל"י ל"מ מְחִיל מְדָלֵא פְּתַב פִּינּוּן דְּלֵא יַדַּע לֹא מְחַל מִשְׁמַע אַע"ג דְּמַחֲל וְאָמַר בְּלַבּוֹ אֲפִילוּ יִהְיֶה כּוֹן הַרְיָנִי מוֹחֵל ל"ה מְחִילָה עַד דְּאִיתְּפַרַר לִיה נְהַדַר מְחַל כְּגוֹן דְּאָמַר יוֹדַע אָנִי בּוֹ שְׂאִינוּ שְׁוֹה אֱלֵא מְנָה.

וְלַהֲנַ"ל י"ל דְּבַכָּה"ג מְהַנִּי הַמְּחִילָה וּמְדִיקְדוּק לְשׁוֹן הַרְשָׁב"א אֵין לְהוֹכִיחַ כ"כ דְּבַנְיָדוֹן דִּידִיָּה לֹא אֲתִי עֲלֵה רַק מִטְעַם מְחִילָה בְּטַעוֹת לְגַמְרֵי מְדַכְּתַב ל"מ מְחַל וְכַדְאִיתָא בְּמַצִּיעָא וּבְבַתְרָא וּבְשִׂאָר דְּוֹכְתִי.

וּבְבַתְרָא הוּא רַק הֵיכָא דְּהוּי בְּטַעוֹת לְגַמְרֵי דְּלֵא יַדַּע פְּלַל אַבְל אַם בְּאַמַּת הַתְּרַצָּה לְמַחֲל מְסַפֵּק אַף אַם יִהְיֶה כְּד' י"ל דְּגַם הַרְשָׁב"א מוֹדָה דְּמְהַנִּי הַמְּחִילָה וְאַף בְּאוֹנָאָה י"ל דְּשׁוּב א"י לְתַבְּוֹעַ אַם מְהַנִּי מְחִילָה בְּלַבּ וּמַהֲרִי"ט דְּלִשְׁיטָתוֹ (ס' מ"ה) דַּס"ל דְּל"מ מְחִילָה בְּלַבּ וּכְבָר פְּתַבְתִּי (בְּאוֹת א') דְּאָף מְחִילָה בְּלַבּ מְהַנִּי ק"ו סִילוּק שְׂלֵא יִתְבְּעֵנוּ: אוֹלָם מ"מ יֵשׁ לְדוֹן לְגַבֵּי אוֹנָאָה דְּלֵא מְהַנִּי אַף אַם נְתַרְצָה בְּלַבּ דְּהִנֵּה הַגָּאוֹן בְּעַל שֵׁב הַפְּהוּן זַצ"ל פְּתַב שְׁם דְּלַרְמָב"ם דְּסוֹבַר דְּל"מ קַנְיָן וְחִיּוּב בְּדַבְּרָא שְׂאִינוּ קַצוּב יִצָּא לוֹ דִּין זֶה מִש"ס דְּב"מ דְּבַסְתָּם יְכוּל לְחַזְרוּ.

וּמַצִּאתִי בְּבַעַה"ת (שְׁעַר ס"ד) בְּתוֹשׁוּבָה שְׁהַשִּׁיב לוֹ הַרְמָב"ן ז"ל בְּהַשְׁגוֹת עַל הַרְמָב"ם וְכַתַּב וְכַשְׁחֲזַרְנוּ עַל כָּל צְדָדֵינוּ לֹא מְצִינוּ שְׂדִינוּ שֶׁל הָרַב דִּין וְלַעֲנֵן אוֹנָאָה שְׁחַלְקוּ בֵּין בְּסַתָּם בֵּין בְּמַפְרָשׁ הֵיכָא טַעְמָא רַבָּא מְשׁוּם דְּבַסְתָּם אֵיכָא מְחִילָה דְּהָא בְּשִׂאָר כָּל מְקַח וּמְמַכֵּר הוּא דְּבַכָּל מְקַח וּמְמַכֵּר נְמִי כָּל אֶחָד יוֹדַע שְׁחַבְּרוּ מַעֲלָה בְּדַמִּי מְמַכְרוּ כָּל מַה שְׂיִכּוּל לַעֲלוֹת וְרַחֲמָנָא אָמַר לֹא תִהְיוּ מְחִילָה בְּכַדִּי שְׂיִרְאָה לְתַגְרָא אוֹ לְקַרְוֹבוּ הָא לַעֲנֵן מַתְנָה וְלַעֲנֵן שְׁעַבּוּד פִּינּוּן דְּמַחֲיִת נְפִשְׁיָה לְהֵאִי סְפִיקָא גְּמַר וּמִשְׁעַבְדַּד הוּא עַכ"ל מְדַבְּרֵי לְמַדְנּוּ דְּמְחִילָה ל"מ דְּהַתּוֹרָה יִרְדָּה לְסוּף דַּעֲתוֹ שֶׁל אֲדָם דְּהַרוּצָּה לְקַנּוּת הַדְּבָר בְּשׁוּנֵיהַ הַמוֹכֵר מַעֲלָה בְּדַמִּים כָּל מַה שְׂיִכּוּל וְאִמְרָה דְּמְחִילָה כְּזֹאת ל"מ לְכֵן אַף אַם אוֹמַר בְּסַתָּם שְׂלֵא יִהְיֶה אוֹנָאָה ל"מ וְיְכוּל לְחַזְרוּ בְּכַדִּי שְׂיִרְאָה לְתַגְרָא פִּינּוּן דְּאָף בְּכָל מְקַח מוֹחֵל וּבַכ"ז גְּזַה"כ דְּהַמְּחִילָה לֹא מְהַנִּי רַק כְּשִׂאָמַר שְׂיִוְדַע שְׂאִינוּ שְׁוֹה כָּל כְּד' וּבַפְּרָט אַם אוֹמַר הַסְּכוּם שְׂרוּצָּה לְהַפְּסִיד גְּלִי דַּעֲתוֹ שְׂאִינוּ יוֹרֵד לְקַח דְּמִי שְׁוֹנִי' הַחֲפִץ אֵז מְהַנִּי מְחִילָתוֹ וְאַף לְדַעַת הַמְּפָרְשִׁים דְּבַבְרֵיִתָּא אֵינוּ בְּדוּקָא לְפָרֵשׁ סְכוּם הַטַּעוֹת מ"מ עֵיקַר הַטַּעַם דְּבַסְתָּם ע"מ שְׂאִין לְהַ עֲלֵי אוֹנָאָה דְּל"מ וְאַף אַם מְחַל בְּלַבּ וּמְתַרְצָה מ"מ פִּינּוּן דְּכָל מְקַח וּמְמַכֵּר יוֹדַע שְׂמַעֲלָה וּמוֹחֵל וְאִמְרָה הַתּוֹרָה דְּל"מ לְכֵן גַּם בַּע"מ ל"מ רַק בְּמַפְרָשׁ שְׂיִוְדַע שְׂאִינוּ שְׁוֹה בְּזֶה יִצָּא מְפָלַל כָּל מְקַח וּמְמַכֵּר וְאֵינוּ חֲפִץ רַק שְׂיִהְיֶה בְּדַמִּי שְׁוֹנִי' שֶׁל הַמְּקַח וּמוֹחֵל עַל אוֹנָאָתוֹ אֵז אֵינוּ יְכוּל לְתַבְּוֹעַ מְמַנּוּ.

וּמַעֲתָה בְּמְחִילָה וּכְמוֹ נִידוֹן דְּמַהֲרִי"ט וּבַכ"מ בְּפִשְׁרָה דְּהוּי כְּמַקְח וּמְמַכֵּר אַם אֵינוּ מְפָרֵשׁ שְׂיִוְדַע שְׂחַיִּיב לוֹ יוֹתֵר וְשִׁישׁ לוֹ זְכוּת יוֹתֵר מִמָּה שְׁנִוְתָן לוֹ י"ל דְּל"מ מְחִילָה וּכְמ"ש הַרְשָׁב"א פִּינּוּן שְׁחַבְּרוּ יוֹדַע שְׂחַיִּיב לוֹ יוֹתֵר אַף דִּין אוֹנָאָה יֵשׁ לוֹמַר דְּאֵין בּוֹ דְּלֵא עֲדִיף מְקַרְקַע וְנְדָר שְׂאִינוּ מְטַלְטֵל וְגוֹפוֹ מְמוֹן דִּינְצָאוּ מִדִּין אוֹנָאָה מ"מ אֵיסוּר תּוֹרָה הוּא לְהִנּוּת לְחַבְּרוּ בְּכָל דְּבָרִים דְּאִיתְּמַעֲטוּ מִדִּין אוֹנָאָה כְּמַבְאָר רַמְב"ן פ' בְּהַר דְּלֵאוּ דְּלֵא תוֹנוּ קָאִי עַל כָּל דְּבָר שְׂבַמְמוֹן וְעֵינֵן מְל"מ (פ"ד) מְמַלְנָה וּכְמוֹ כֵּן בְּפִשְׁרָה בֵּין אֲדָם לְחַבְּרוּ אַם יוֹדַע דְּחַיִּיב לוֹ יוֹתֵר וְחַבְּרוּ אֵינוּ יוֹדַע אַם בָּא בְּעַקּוּפִין עֲלָיו שְׂיִתְרַצָּה וְיִמְחֹל לוֹ בְּפִשְׁרָתוֹ

ל"ה מחילה ואף דלא שנייה בו דין אונאה לענין חזרה היינו משום דהתראה לקנות או למכור בפחות ע"ז לא הקפידה התורה שיתחזר בדבכרים דאמתעטו מדין אונאהפן הוא דרף המו"מ אבל לענין מחילה כ"ז דלא אמר שידוע שחייב לו ביותר ומוחל לו י"ל דל"מ המחילה וכמו שכ' הרשב"א ועיין בתשובת ושב הפהן (סי' כ"ה) מה שפלפל שם בפשרה דהוי פזבינא בדברי תשובת רשב"א והפוסקים (סי' ר"ה) ותשובת רמ"א (סי' כ"ב) ואי"ה יבואר במקומו.

ומ"מ לדינא היכא דשניהם לא ידעו דחייב לו ביותר אף שנתברר אח"כ דחייב לו ביותר אם אמר שאף אם יתברר אח"כ שחייב לו ביותר אף אם אינו מפרש סכום פך וכוף אין מוציאין מידו וכמבואר מדברי הריטב"א וגם הרשב"א י"ל דמודה בזה.

ואף אם חבירו יודע שיש לו בידו יותר ג"כ צ"ע לדינא אם אינו יכול לומר קים לי וכמו שפצדד המח"א וגם די"ל שפן דעת הריטב"א ורמב"ן: סי' כא ברמ"א (סי' י"ד ס"ה) מי שאמר לחבירו לדון במקום אחר ואמר לו לך ואני אבא אחריה והנה ושהני לא הלה אחריו צריך לשלם לזה שהלה כל יציאותיו.

ויש להבין אמאי חייב הא לא עשה שום דבר ובדבורו לבד לא עשה לו ההיזק רק במה שהיה אח"כ בשב ואל תעשה שלא הלה אחריו אז נתגלגל למכרע ההיזק מציאותיו. ולכאורה תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (ספ"ו) מזכיה בחזרה היא סובר הרמב"ם דצריכה לשלם לו מה שהוציא לשמשים ולחזנים מדין גרמי שהרי גרמה לו לאבד ממון ודעת ראב"ד שם דזאת הגרמי דומה למוכר זרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה וכתב וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותה אעפ"י שגרם לו זה פטור ועיי"ש במ"מ דדעת רמב"ם דוקא אם עושה כדי להרויח אבל אם אין פוננתו להשתפר רק להתנהג פמנהג העיר וכיון שנסמך עליה והיא חזרה בדין שתשלם עיי"ש עוד שהרגיש מתוספתא בלוקח קנקנים מחבירו ונמצאו פטסאות ונשתפרו דפטור מדמי זין דשם הנה מתפונן ליהנות מתשמישן עיי"ש וה"נ לדעת הרמב"ם א"ש דחייב פיון דנסמך עליו.

אף יש לחלק גם משם למ"ש בס' המקנה הל' קידושין (סי' נ') דא"ד לזרעוני גנה דשם לא הנה חייב בדבר לעשות והברירה הנה בידו שלא לזרוע עד שיתקור עליהן משא"כ שם פיון שקדש אי אפשר לשנות המנהג וצריך לעשות לפי כבודו.

ובדבריו אתי שפיר דברי מהרי"ק המוכא במל"מ שם דין שם באחד שהבטיח לחבירו שישתדל עבורו אינה ענין לטובתו והוציא חבירו ע"ז הוצאות ואח"כ חזר זה שהבטיח ואינו רוצה להשתדל בהנם וכ' אעפ"י שהוציא הוצאות על סמך הבטחתו הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתא דלמא הדר בי וכתב המל"מ דהאי מילתא אי חייב ראובן או לא תליא במחלוקת רמב"ם וראב"ד דלדע' רמב"ם חייב ולדעת הראב"ד פטור דבעל הממון הוציא הוצאה.

ולדברי המקנה הנ"ל א"ש דברי מהרי"ק דאפילו לדעת הרמב"ם א"ד לקידשה דמה לו לעשות יותר ולא הו"ל לאסוקי אדעתא אם תחזור וכוף הוא המנהג להוציא רק ע"ז ההוצאה וכיון דהנה מחויב בדבר לכוף חייבת לשלם מטעם גרמי משא"כ בגידון דמהרי"ק

דלא הָיָה חַיִּיב בְּדַבָּר לַעֲשׂוֹת פְּתֵב שְׁפִיר דְּהָיָה לוֹ לְאַסְוִי אַדְעָתָא דְּדַלְמָא הָדָר בְּיָה וְגַרְם לוֹ הַהִיזְק לַעֲצָמוּ בְּמָה דְסָמָךְ עַל שְׁאַרִית יִשְׂרָאֵל לֹא יַעֲשׂוּ עֲוֹלָה.

ולפי"ז באומר לך ואני אחריה דגם פן ל"ה מחניב בדבר אמאי חייב לשלם הנה לאסוקי אדעתא דלמא לא יבא והפסיד לעצמו: וא"ל דגם במוכר זרעוני גינה דפטור לשלם ההוצאה כת"ק ב"ב (דף צ"ג) הוא דוקא באם המוכר לא ידע שמום בם ולא יצמחו אם יזרעו אבל אם המוכר הנה יודע שמום בם ואינם ראוי' לזריעה חייב לשלם מטעם גרמי שפן דעת רמ"ה בטור (סי' רל"ב) דאם המוכר יודע שיש בהמקח מום והלוקח הודיעו שרוצה להוליכו למקום אחר והוליה לשם ונמצא המום דחייב המוכר לשלם להלוקח אף ההוצאה ובדרישה שם כ' די"ל דהרמב"ם פליג ע"ז ורמ"ה סובר דפלוגתת חכמים ורשב"ג איירי אף בינדע המוכר וס"ל לת"ק דא"ח בהוצאה ורשב"ג מחייב ופוסק הרמ"ה פרב"ג וְהַרְמַבְ"ם פֶּסֶק כַּת"ק.

ונה אינו כמבואר לפנינו ברמ"ה מס' ב"ב להדיא דפוסק פתכמים דפטור רק סובר דבינדע המוכר לכ"ע חייב מדינא דגרמי ונ"ל מידי דהוי אדן את הדין טיהר את הטמא דמייירי שערכן עם פירותיו דלמאן דדיין דינא דגרמי אע"ג דלא נו"נ הדיין ביז מחייב דאיהו גרים וקיי"ל כמאן דדיין דינא דגרמי ואף הא נמי דכנתיה ועד פאן לא פליגי רבנו עליה די"א גבי המוכר פירו' לחבירו ולא צמחו אלא בסתמא דלא ידע פיון דלא ידע מאי הו"ל למעבד אבל במזיד דינדע ביה במומו אפילו רבנו מודו דמחייב ול"ד לאפון הדיוט ולדיין הדיוט דאפילו בשוגג נמי חייבין דהתם פיון דלא גמירי כל צרכן לא איבעי להו למחזי ולמידן אבל מוכר דלא סגיא דלא מזבין ממונא דנפשיה היכא דצריה לזבוי לא מחייב מדיני דגרמי כו' עכ"ל פ' המוכר (סי' ס"ב) וכן פסק שם בש"ע ועיי"ש בסמ"ע [ומהתימא על דברי רדב"ז בתשובה (ח"א סי' קצ"ז) שכתב בפשיטות דהת"ק פוטר מדמי ההוצאה אף בינדע שאינו ראוי' לזריעה דאי בלא ידע מ"ט די"א דקניס ליה הא לא ידע ומדינא ודאי דלא מסתבר דלחייב דמי הוצאה פיון דלא ידע מאי הוה ליה למיעבד אלא אפילו בדינדע פליגי והלקתא כת"ק עכ"ל והוא נגד דברי הרמ"ה (והטור) שוב מצאתי בס' נתיבות משפט מהגר"ח אלגזי (דף ק"ט) שכתב פן בדעת רמב"ם דמטעם מזיק הוא דדומה לאם הי' המוכר יודע ומכר שחייב לכ"ע וא"כ י"ל הכא דהוי בינדע וגרם לו הניזק במה שלא הלה חייב לשלם: אולם י"ל דא"ד לשם די"ל דבשעת דבורו סבר באמת לילה אחריו וכן בשידוכין התרצה בשעת מעשה באמת ואח"כ נשתנה הרצון שלא להחריצות בו או שלא לילה אחריו וא"כ אח"כ נעשה ההניזק ממילא בשוא"ת ואמאי יתחייב לשלם: גם אף כי הטוש"ע סתמו פדברי הרמ"ה לחייב להמוכר לשלם להלוקח אף הוצאות ההליכה וכן משמע אף במוכר זרעים דכנות' דחייב לשלם ההוצאה מ"מ מצינו פמה גדולי הראשונים חולקין ע"ז ואף בינדע המוכר פטור מההוצאה דהנה לו לנסות ולברר מקודם שיהיה למקום אחר והוציא ההוצאה על הזריעה ונ"ל הגהו' מימונית (פי"ו) ממכירה א"נ הכא מייירי כגון דאיגלאי מילתא לבסוף של"ה ראויים לזריעה וכן מוכח בגמרא די"א דחייב לו אף ההוצאה ולא מסתבר הכי אא"כ איירי כגון שהנה המוכר יודע שאינו ראויים לזריעה ר"י עכ"ל הרי כסברת רדב"ז דלדין אף בינדע המוכר א"ח לשלם ההוצאה.

וכן נראה שם מדברי ראב"ד בהשגות דכ' על ראיות רמב"ם ממה דא"ח הלוקח להחזיר הזרעים הה"ד בהודיע שמוליד למקום פלוני וכ' זרעים נרקבים ואינו בר השבה אלא שהדין דין אמת ולמ"ד שמשלם דמי ההוצאה אף זה יכול לתבעו הוצאות החבלה בהולכתו לאותו מקום ולמה ליה למימר ולמאן דאמר שמשלם מה דאנן לא פסקינו הנה לו לומר דבידע המוכר דלכ"ע חייב בהוצאות הזריעה פן נמי חייב בחבלתו בהוצאו' ההליך' א"ו משמע דסובר דלמאן דפוטט מלשלם דמי ההוצאה הוא אף אם ידע המוכר.

וכן נראה מדברי רמב"ן בדינא דגרמי דכתב שאין זה מזיק ולא גורם היזק אלא הוא גרם על עצמו וזה אעפ"י שמכרו לו אינו אלא כמטעהו והמשיא את חבירו לעשות דבר שאינו הגון לו אין בדין שישלם וכ' שם דאף לר"מ פטור מן הדין וטעמא דרשב"ג משום דכל מוכר או אומן פינון דיש לו הנא' עליו לשמור שלא יפסיד חבירו כלום בשלו א"נ קנסא בעלמא מבואר מדבריו דאף בידיע ל"ה לרבנן רק כמשיא את חבירו לעשות דבר שאינו הגון דא"ח לשלם מן הדין רק לרשב"ג מטעם קנס.

וכן משמע מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' י"ג) במשפיר לחבירו בור לשום בו חיטין ואמר לו שהוא שלם ונמצא בו חור ומחמת זה נפסדו חיטין וכ' דבעל הבור פטור דאין זה אלא גרמא בעלמ' דכל שפא לאחר גמר דברו או לאחר גמר מעשיו כזה אין זה דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין ומפשוטות דבריו משמע אף אם בעל הבור הי' בקי בבורו ינדע שיש בו חור מ"מ פינון שאין ההיזק בא מיז דברו כמוחל שט"ח שמכרו ושורף שט"ח או מראה דינר לשולחני שאומר לו שהוא טוב ונתקבל לזה בפרעונו שעם גמר דברו הפסיד זה משא"כ בהפסד החיטין שפא אח"כ וכמו כן בהוצאות דהולך' למקום אחר והוצאה דזריעה אין ההפסד בא מיז ול"ה רק כגרמא ופטור אף דידיע מן המום.

ובנדאי קשה להוציא ממון נגד הני ראשונים דמבואר דאף בידיע מהמום מ"מ ל"ה על ההוצאה רק כגרמא בעלמא. ובפרט להפוסקים בח"מ (סי' שפ"ו) בדוחף מטבע של חבירו לים פינון דלא עשה ההיזק בידיים בממון זה רק שגרום לו היזק ממון אחר דפטור.

וצריך לומר בדעת הטור ורמ"ה פינון דהודיע לו שלצורך זה קונה להוליכו למקום פלוני או בזרעוני גנה פינון דידיע דלצורך זריעה קונה הני כעושה בשליחותו והני כמו בהא דאם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא וכ' הראשונים כמבואר במרדכי פרק הגזל ובריטב"א ב"מ פא"נ (דע"ג) דבהיא הנאה דסמך עליו נתחייבו זה לזה מה שמפסיד עפ"י עיי"ש ובריטב"א מובא ב"י (סי' צ"ו) דיקול לחייב א"ע כגרמא וכאן נמי אף דלא התחייב פינון דעשה בשליחותו חייב לשלם הואיל דעשה ע"פ ומ"מ דעת ר"י וראב"ד ורמב"ן ורשב"א לא כן הוא: ועיין מרדכי מקור הדין דאומר לחבירו לה ואני אבא אחריו דחייב לשלם ההוצאה שכ' הטעם דלא שייך בזה משטה ולא צריך קנין מבואר הטעם פינון שסמך ע"ד ועל פיו עשה חייב לשלם הוצאותיו שוב ראיתי בתשובת רבע"א ז"ל (סי' קל"ה) שדן באם הלוקחים אמרו למוכר פירות שביאו הפירות למקומם ויקנו אם צריך לשלם ההוצאות והביא דברי התשובת רא"ש (סי' של"ג) בח"מ באומר עשה פלי פלוני ואקנה ממך וחזר בו דחייב המצונה מדינא דגרמי ודברי הסמ"ע (סי' ל"ט) במלנה שאומר ללנה עשה לה שט"ח ואלנה לה וחזר המלנה דצריך לשלם שכר הסופר ושוב כ' דתליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בחזרה היא אם חייבת לשלם.



והוי ספיקא דדינא. וזה אינו מוכן פנין דבש"ע אה"ע (סי' נ') מכריע פדעת הרמב"ם פסקינו פנותיה.

אולם כבר כתבתי לעיל דיש לחלק משם דהנה מוכרח לעשות כמנהג המדינה ושוב העלה לחייב אף לדעת הרמב"ם דדוקא שם וכן בזרעוני גנה דלא אמרו להוציא הוצאות אבל בנידון דרא"ש וסמ"ע דאמר שיעשה ההוצאה וע"פ הוציא חייב לכ"ע.

וכן באומר להביא פאן ואקנה ממה חייב לשלם ההוצאה אה שהוציא ע"פ וזה ממש בנידון דלה ואני אבא אחריה וכמו שכתבתי. אף הקשה ע"ד הרא"ש ממ"ש בתשובה מובא בטור (סי' ר"ז) באומר לחבירו שחוט פרתה ואם יהיה טריפה אתן בעד הבשר כף וכף ונטרפה דיכול לבטל המקח ולמה לא יתחייב לשלם מטעם גרמי פנין שעפ"י שחטו וכן הקשה הקצוה"ח שם והניח בקושיא: וראיתי בנתיבות שם שיעצא לדון בדבר חדש בשביל זה דהא במוכר שור ונשחט ונמצא טריפה הוי מקח טעות אף דמכר סתם א"י לומר לרדא מכרתי משום דטריפה הוי מום אף נגד רדא דאינה חיה ולפי"ז בהורג בהמתו של חבירו ונמצא טריפה אינו משלם אלא דמי טריפה וא"י לומר הייתי מוכרה לחרישה דכיון שנתגלה הדבר של"ה שנה רק שהיה יכול להונות א"ח מטעם מזיק רק כפי מה שהיה שנה באמת וה"ל אין פאן הניק רק גילוי מלתא של"ה שנה פן כף א"ח לשלם ולענ"ד אף דגם בדרישה שם כתב פזאת לתרץ דמה"ט א"ח מטעם ערב פנין דהפדה באמת ל"ה שנה אלא שהיה רוצה למכרה לאחרים בחייה על הספק ל"ד לטרב שמוציא ממון עפ"י עיי"ש מ"מ לא גרע מגרמי וא"ד למזיק פסף סיגים אף שהיה יכול להונות ולמוכרו בחזקת פסף אף בהיתר דמ"מ א"צ לשלם רק מה ששנה באמת כמו שכתב שם הנתיבות דודאי באם הרג בהמה י"ל ג"כ דא"ח רק כפי שניה באמת ומה דגרם לו שלא להרויח ולמכור אותה בחייה ביותר זה ל"ה רק גרמא אבל בחייה א"ע אמאי לא ישלם הא אף בגרמא פשמיחייב א"ע חייב לשלם פמבואר מן הראשונים הנזכרים לעיל וכאן דרף מו"מ הוא בכף לקנות בהמה על הספק אם מתנה בכף ובשביל דרוב בהמות פשרות ימצא קונים על הספק וממילא גרם לו מניעת רינח וגם יש לדון דאף גוף בהמה בחייה שנה בעצם יותר ממתה פנין שדרף מו"מ הוא ויש קצת לדמות באם מזיק בהמה חיה שעומדת למכור על הספק לחייבו לשלם לבורר צרור מתוך גורנו של חבירו דמבואר (סי' רכ"ט) דחייב לשלם הואיל דבחיטים הי' נמכר והפסידו ואף שיש לחלק קצת משם דשם עצם החיטים שונים יותר פנין דמקבל במדה עם הצורות ודעת רשב"ם ב"ב (דף צ"ג) דמדינ' חייב אולם הרא"ש וכל הפוסקים הסכימו דמטעם גרמי חייב א"כ ה"נ גרם לו במה שהרג בהמה ולקח חיותה הניק שבעד בהמה חיה הנה מקבל יותר שפנין שרוב בהמות פשרות ימצא קונים על הספק ומכ"ש פשמיחייב א"ע לשלם בנידון דהרא"ש למה לא יתחייב דהא אף במבטל פיסו של חבירו דפטור בחייה א"ע חייב לשלם בעד הגרמא.

גם בגוף הדין שכ' דאף בלוקח בהמה סתמא והוא לחרישה ונמצא טריפה דהוי מק"ט אף ששנה לחרישה וכ"כ בנתיבות (סי' רל"ב סעיף י"א) יש לגמגם דאם נאמר דטריפה אינה חיה הוא רק עפ"י רוב וכדעת מהרש"ל ממילא אין מוציאין מן המוכר ואכ"מ בזה עכ"פ

אם מחייב א"ע לשלם אף בגרמא חייב והדרא הקושיא על הרא"ש אמאי פוטר לזה  
שהתחייב.

וצריך לומר דהרא"ש לא נחית שם לחייבו מטעם גורם רק אם הקנין מהני או לא או  
כמו שנדקדק שם הקצוה"ח לתרץ: ולמה שנתבאר הטעם בלה ואני אבא אחריה דחייב  
לשלם מפני דעפ"י הוציא נראה דלא כמו שפתיב הנתיבו' (סי' רל"ב ס"ק י') לדון ממ"ש  
שם בש"ע במוכר לחבירו מקח והוליו למ"א ונמצא בו מום אם לא הודיעו למוכר  
שמוליו למדינה אחרת ה"ז ברשות לוקח עד שיחזיר המקח למוכר וע"כ דהלוקח הוי  
כמזיק בזה ממילא אם חטף ראובן חפץ משמעון והוליו למ"א חייב ראובן להחזיר לו  
על הוצאותיו דהיו מזיק בידים ועוד לא גרע מלה ואני אבא אחריה עיי"ש ולמ"ש בלה  
ואני אבא אחריה הטעם כיון דעשה עפ"י וסמך דעתו עליו נתחייב לשלם משא"כ בלא  
היזק ממון רק גרם לו להפסיד ממון אחר תליא במחלוקת הפוסקים (סי' שפ"ו) בדוחף  
מטבע ש"ח לים אם חייב לשלם כיון דלא חסרו מגוף הממון דדעת רא"ש ומרדכי אף  
דגרם לו לתת ממון אחר לבר אמוראי למשקלא ל"ה רק גרמא ופטור וה"נ דכונסיה ואף  
דשם אם אגביה אמרינו השבה מעליא בעי למיעבד וכמבואר שם בפ"ה (ס"ק ד') וא"כ  
אם חטף והוליו למ"א אגביה מ"מ א"צ להוליו אחריו דלא עדיף מגזלן ממש רק בדוחף  
לים אם הגביה אין זה השבה כלל אבל אם מראה לו מקום שהוליו שמה י"ל דפטור  
מטעם מזיק והא דמשמע בלוקח שהוליו למ"א דחייב בדמי הוצאה להוליו למקום  
המוכר נראה דהוא נוקא אם כבר נתן דמי המקח להמוכר ובא להוציא מיד המוכר בזה  
חייב הלוקח להחזיר למקום אחר ועיי"ש ברמ"ה ב"ב דכתב פי היכא דחייב המוכר  
לאהדורי לי' זוזי ללוקח כ"נ חייב הלוקח לאהדורי זביני וכ"ז דלא מהדר ליה א"ח  
להחזיר הזוזי דלא גרע ממלנה על המשכון דלא מיחייב לי' למפרעה למלנה עד דמוקים  
ליה למשכון בדוכתא דיכול למשקליה מיניה ועוד דרמיא על הלוקח לנטוריה ולא מיפטור  
עד דמהדר למריה כשאר פקדונות ואפילו מסרה לב"ד לא מיפטור בהכי דכי עבדו רבנן  
האי תקנתא היכא דהוצאה יתירה על השבח לאפטורי בה אבל לאפוקי בה ממונא  
מאחריןא לא דהא בהנפר הגנב עושה דין עם הגנב דבאונסא דאפשר דהדר מחייב  
להשתדל ביה לאהדוריה וכ"ש גבי לוקח דחייב באונסין ולא פליא לי' שמירתו ה"נ ל"ש  
עיי"ש ברמ"ה באורח ואף דהוא דן שם רק על הטורח אבל ההוצאה מהחזרה הוא על  
המוכר היינו בהודיעו למוכר שמוליו לשם.

וממילא בלא הודיעו חייב על הוצאותיו להחזיר והיינו רק אם בא להוציא דמי המוכר  
וכטעמים הנ"ל דעדיין הוא שומר עליו אבל אם לא נתן עדיין המעות י"ל דפטור לגמרי  
ול"ה מזיק רק גורם להפסיד לו ממון אחר וכן בדינו של הנתיבות בחטף חפץ חבירו  
והוליו למ"א י"ל דא"ח לשלם דמי הוצאות החזרה להסוברים דבדוחף לים פטור וכבר  
הי' בא מעשה לידי בהיותי בחו"ל בדבר סוחר אחד שקנה מחבירו מן יער שלו עצים  
כפי מדת גוף העצים והענפים והראשים ישארו לבעל היער והתנו שיגוד האילנות כפי  
אשר יבחר ויבחיזו פסדרן למען לא יתמלא היער מן הענפים.

ולא יוכלו אח"כ לצאת ולבא ליקח עצים להסקה. וזה לא עשה כן רק גדעו פועליו שלא  
פסדרן ותבע אח"כ בעל היער היזקו.

ונדנתי דאף אם נאמר כמ"ש הרמ"א (סי' שפ"ח) בשליח שהוחזק לעשות כצנאות המשלח חייב וכמו שפתיב הב"י משם התשב"ץ דחייב משום דברי הגי' וא"כ אם הלוקח צוה לפועלו פן שיגדעו האילנות שלא פסדון י"ל דהוי ברי הגי' מ"מ פינו דלא אפסיד ליה גוף הממון רק שגמרם לו הוצאה יתירה להביא למקום אחד דומה לדוחף מטבע ש"מ לים וכנ"ל ודלא פנתיבות.

רק משום דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים וגם עכ"פ גרמא הוי ובד"ש חייב לכן עשיתי פשרה ביניהם: ויש לחקור אם אמרינו בזה בלף ואני אבא אחריה ולא בא דחייב לשלם לו הוצאותיו שיהיה נאמן בשבועה כמה הוציא ויהי' כמו בכל מילי דהאי ידע והאי לא ידע דנשבע האי דינע אם הדין הוא כמו בסרבן פשצריה לשלם ההוצאות דכתב הרמ"א שם מתשובת הרא"ש דא"נ בשבועה רק יברר או לא ועיי"ש בתנאים דהקשה למה לא יהיה נאמן בשבועה כמו דעשאו תקנות נגזל ובמזיק שיהי' נשבע ונוטל ובנתיבות כ' דשם בא במקרה ול"ה אפשר לברר משא"כ הכא דיכול לעשות עפ"י בירור ההיזק שגמרם לו ובאמת באי אפשר לעשות עפ"י בירור ושומת ב"ד פתב הדין עם התנאים ששבע ונוטל כשאר כל הגזקין.

וא"כ ממילא בלף ואני אבא אחריה דלא אמר ע"ד שישטח בו ולא בא הוי כמו שזכרנו באקראי דאח"כ בא ההיזק כמה שלא בא וי"ל דנשבע ונוטל. או למם דבריהם תמוהין דהא אף במסור אי עשו תקנות נגזל פשהמוסר א"י כמה היזקו תליא במחלוקת הפוסקים כמבואר (סי' שפ"ח ס"ז) והש"ף שם (ס"ק ל"ז) העלה דמספיקא לא מפקינן ממונא ועוד הא הרמב"ם (פ"ו) מזכיה שם באם חזרה בה דמשלמת דכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם מסיים וכתב והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל ואמאי הא בא באקראי ול"ה לו לעשות ע"י בירור א"כ יהיה נשבע ונוטל וידעת המ"מ מובא שם בש"ף (ס"ק ל"א) דעתו כר"ת דאם אין המוסר כופר רק שא"י כמה הפסידו נשבע ונוטל וה"נ דכונתיה.

ואולי יש לחלק דדוקא היכא דנתפנין להזיק בזה עשו תקנה שישבע ויטול משא"כ שם בחזרה היא י"ל דאינה מתפנין להזיק רק דרוח אחרת אתה עכשיו שמתאנת בו י"ל לכ"ע לא עשו תקנות מזיק בכה"ג שישבע ויטול וכן נמי בלף ואני אבא אחריה לא נתפנין להזיק כמה שלא הלה אחריו דאולי הי' צריף בעסקיו וכדומה משא"כ בסרבן י"ל דהוי כמתפנין להזיק.

ומצאתי ברדב"ז (ח"א סי' קע"ב) שכ' אפילו תימא פדעת המ"מ בדברי רמב"ם (ה"מ) במסור גמור שהו מתפנין להזיק את חבירו אבל ראובן זה ל"ה מתפנין אלא להציל ממונו לפי דעתו שחשב שהדין עמו דינו שפרע מה שידועים עדים שהפסיד אבל שיהי' פנגדו נשבע ונוטל אין לנו עיי"ש הרי אף דינו שם שהלה לפני ערפאותיהם להוציא מחבירו ושוב נתברר עפ"י ד"ת שא"ח לו ובכ"ז פתב דלא נתפנין להזיק רק להוציא ממונו לפי דעתו ק"ו בלא עשה פלל רק שהיה סרבן בדבר אף שגמרם לו לחבירו הפסד הוצאות עיי"ז וחייב לשלם מ"מ נשבע ונוטל אין לנו: אולם ברמ"ה ב"ב שם בגידון דאם המוכר ידע במומיה יבדחי לשלם להלוקה הוצאה דהולכה פשהודיע למוכר מטעם דינ' דגרמי פתב ומסתברא דכל היכא דאית ליה מדינא למשקל הוצאה משתבע פעין

דאורייטא וישקיל מידי דהנה אמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומפיר פליו וספריו בינד אחר עכ"ל הרי אף דמטעם תקנה ל"א נשבע ונוטל או מטעם דהוי ספיקא דדינא אם עשו תקנות נגזל בגורם או מטעם דלא נתפנין להזיק מ"מ נשבע ונוטל כמו מוציא הוצאות.

וצריה לומר דשם הוי פמוציא ברשות חבירו פנין דינדע שהוליכו למקום פלוני ונדע מן המום ועיין סמ"ע (סי' י"ד) שם ובמ"ש הש"ך (סי' צ"א ס"ק כ"ג) משם אביו הגאון ז"ל והא דכ' הרמב"ם הלכות זכיה שא"ז נשבע ונוטל הוא משום אף דשם הוכרח לעשות עפ"י המנהג מ"מ ל"ה ברשותיה ובשליחותיה פנין דאז הי' לבה שלם עמו ול"ה דעתה שמתחזר בה וה"נ בלך נאני אבא אחריה אף דחייב לשלם מטעם דהוציא עפ"י מ"מ ל"ה פהוציא ברשות די"ל אז הנה דעתו לקיים הבטחתו משא"כ בינדע מן המו' במקח דהי' לו להמוכר לאסוקי אדעתו שיוציא הוצאות ויחזור מן המקח הוי פירד ברשות ובשליחותיה קעבד ודינו כמו מוצי' הוצאות על נכסי אשתו.

אולם ממה דהטור (סי' רל"ב) פשהביא דברי הרמ"ה השמיט זאת ולא כתב שישבע ויטול כמה הוציא נראה דמדמה להא דחזרה בה היא דאף דחייבת לשלם ההוצאה מ"מ אין דינו שישבע ויטול כמו שכתב הרמב"ם וצ"ע לדינא: סי' כב הא דמבואר ש"ע (סי' ט"ו ס"ב) דמקדימין דין יתום לדין אלמנה.

יש להתבונן אם יתום מאב דוקא בכלל זה או אף פיש לו אב רק שהוא יתום מאם הוא בכלל זה להקדימו. וראיתי בס' רביד הזקה פ' משפטים ע"פ כל אלמנה ויתום שהביא משם ר"פ בהגהות סמ"ק שכתב דגם יתום מאם הוי יתום וכתב ומדברי רשפ"ם (סי' תנ"ד) אין נראה פן וצ"ל רשד"ם וכן מבואר שם סי' הנז' לענין דמעוזה יתומים להלות בא"ר דיתום מאם אינו בכלל זה ובכנה"ג יו"ד (סי' קס"א) כ' ע"ז שלא שמענו זה אכל פבר הורה הזקן.

ולכאורה נראה להוכיח מספרי פ' פי תצא וכן כתב רמב"ם (ס פ ד') הל' סנהדרין דמה דכתוב בתורה לא תטה משפט גר יתום היינו דאם הבע"ד הוא גר עובר בכ' לאוין ואם הנה יתום עובר בג' לאוין.

וגר לא משפחת שלא יהיה יתום מאב דגר שנתגיייר פקטן שנולד דמי וא"כ גר הוא בכלל יתום מאב ומה נתוסף לאו אם הוא יתום הא לעולם הוא יתום מאב א"ו דאם הוא יתום גם מאמו הוסיפו התורה ללאו.

ועיין בעל הטורים פ' פי תצא ע"פ לא תטה דכ' דלכה פתיב גר יתום ול"כ גר ויתום לומר לה גר שנתגיייר פקטן שנולד אכל עכ"פ לא יחלוק על הספרי דאם הוא יתום גם מאמו עובר עוד בלאו שלישי.

אף י"ל למ"ש עוד שם ר"פ ומיקרי יתום כ"ז שאינו יכול לפקח על נכסיו א"כ גר גדול שיכול לפקח בנכסיו אינו בכלל יתום. וישפיר י"ל דרק יתום מאב הוי בכלל זה אכל יתום מאם ונשאר לו אב שיפקח בנכסיו אינו בכלל יתום ובגר משפחת שאם הוא גדול אינו עובר רק על שני לאוין אם הטה את דינו ואם הוא קטן באמת לעולם עובר בג' לאוין פנין דהוי יתום מאב דקטן שנולד הוא: והנה בהנהגה לאוין דלא תעשה עול במשפט ולא תטה משפט כו' יש להתבונן מדוע לא מנה אותו הרמב"ם (פי"ט) מסנהדרין פשמנה

קס"ח לאונן שא"ב פרת ומיתה ביד"ש ולוקין עליהו למה לא חשב ג"כ הנה שלשה לאונן ואף די"ל דאם הטא את הדין וטעה חייב לשלם כשנו"נ ביד וא"כ הוי לאו הנייתן לתשלומין כמו גזל ואונאה וליקחת שוחד ונהפך הוא היכא דאיכא ממון ומלקות ממון' משלם ומלקי לא לקי ואם לא נו"נ ביד אף אם נאמר דא"ח לשלם מ"מ הוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין ע"ז הא מ"מ משפחת כשנו"נ ביד ובמקום דליתא בתשלומין דאז יש בו מלקו' וכגון דהנידון הי' בין הבע"ד על כלי ידוע שנה אומר שקנה ממנו בקנין המועיל ורצה לתת לו תשלומי החפץ וזה אומר שלא מכר והטה הדיין הדין להחזיק הפלי ביד המוכר ונו"נ ביד כגון שהי' מונח הפלי ביד הדיין או שהטה הדין להחזיק ביד הלוקח בעד תשלומי החפץ בזה נראה דהדיין עבר על הלאו במה שהטה את הדין ואף דליכא נ"מ לענין ממון ובנדאי על פמש"פ אם הטא את הדין אינו עובר כמו בגזל וכדומה ורק על דבר השנה ממון כשהטה הדין בזה עובר על הלאו אולם מ"מ במה דיש נ"מ על גוף הפלי מי שיזקה בה זה חשיב תביעת ממון להמבואר בש"מ ב"מ (דף מ"ח) משם הריטב"א בהא דקאמר ר"ח שם כגון שיחד לו פלי לעשקו דקרא אשמועינו דאפילו בלא פפר במלנה ולא בשכירות שהם עיקרי החוב אפ"ה חשב כפירה לחייב קרבן כל היכא שזכה בשעבוד הפלי במעות או במשיכ' דלא להוי כפירת דברים עיי"ש ועיין עוד שם בלשון רמב"ן.

ומזה הבאתי בהגהוהי לס' ד"ח דיני טו"נ (סי' א') ראיה לדינו של הקצוה"ח (סי' ע"ג) שחקר אם יש תביעה על חפץ ידוע שמכר לו ונשאר חייב לו ממון ורוצה לשלם לו והלה פפר ויש לתובע ע"א אם חשיב כפירת ממון לחייבו שבועה אע"ג דליכא דררא דממונא ואם הניח החפץ ל"ה נ"מ בדמים א"כ תביעתו אינו שנה ממון מ"מ פינון שנה רוצה בגוף החפץ חייב לישבע שבועת התורה וא"א זקניו מ"ו הגאון ז"ל בספרו דברי משפט שם פקפק ע"ז והבאתי דדבר זה תליא בדברי ריטב"א ורמב"ן הנ"ל דאם הוי לענין קרבן שבועה כפירת ממון במה שרוצה בגוף החפץ אף דליכא נ"מ לענין ממון ה"נ חייב לישבע שבועה דאורייתא להכחיש העד וכן נזכרתי שפיון לזה ש"ב הרב הגאון מו"ה אשר נ"י בראיה זו לדעת הקצוה"ח.

ומעתה כמו דחשיב לענין חיוב ק"ש ולענין שבועה להכחיש את העד כמו כפירת ממון ממילא לענין הטיית דין ג"כ עובר בלאו דלא תעשה עול במשפט וליכא תשלומין בזה פינון דאף אם הדין לאו את החפץ אינו חייב להחזיר גוף חפץ רק תשלומין ובנידון בזה דליכא נ"מ לענין ממון ממילא חייב מלקות כשהיה בהתראה ונו"נ ביד דעשה מעשה: אף י"ל דאם נו"נ ביד אף דלא נתפנון לגזול מ"מ פינון שנתפנון להדין לו א"כ נעשה גזלן בהגבהה דנטלו להדיקו אף דלא נתפנון לקנות כמבואר ש"ס ב"ק (דף צ"ח) דאם הגביה להדין מגזל גזליה השבה בעי למיעבד ועיין ש"ף (ס"י שפ"ו סק"ח) שחולק על המרש"ל שם וסובר דכיון דבעי למיעבד השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה עיי"ש וה"נ דכונתיה פינון דנו"נ ביד הוי פנטל הפלי להדין ובעי למיעבד השבה מעליא והוי בכלל גזלן וחיוב לנתק הלאו וממילא כשמסר הדיין החפץ להבע"ד התובע הוי כמו שאבדה בידים והוא חייב מיד משעה שגזלה למינים השבה או החפץ או הדמים והמעות אשר ביד בעל החפץ יחזיר להתובע וא"כ הוי בכלל לאו הנייתן לתשלומין ולא משפחת מלקות ועיין רשב"א גיטין (דף נ"ב) שכ' שהגביה שלא ע"מ לקנות דמשמע בהגביה

להזיק ל"ה גזלן ממש ועמ"ש אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני שומרים (סי' י') ומפאן ראי' לדעת הש"ך החולק על היש"ש הנז' כמובן דומה לזה פתבתי בהגהותי לד"ח דיני אבידה (סי' א') לתרץ קושית מה"ח על דע' הראב"ד בהשגות (פ"א ה"ג) דלכך אינו לוקה על לאו דלא תחמוד מטעם דהוי לאו הנתיק לעשה א"כ כשנשבר החפץ ילקה ואיתא בתשלומין ל"ש בזה פיון שפכר נתן השני של החפץ והלאו הוא רק בשביל החפץ עצמו וכתבתי פיון שהמקח בטל הוי המעות שנתן בחוב או פקדון ביד בעל החפץ ושוב הוי לאו הנתיק לתשלומין במה דנפקע החוב עיי"ש וה"נ דכונתיה פיון דבאמת מה"ד לא קנה החפץ ונשאר על המוכר קנין החפץ וחיוב החזרת מעות א"כ כשהדיין נו"נ ביד הוי כמו גזל גזילה והשבה בעי למיעבד החפץ או השני ועל המוכר נשאר החיוב ממון להחזיר והדיין כשנו"נ ביד מגזל גזילה ממש והשבה בעי למיעבד: ואין להקשות להמבואר ברמב"ם (פ"א) דתמורה דלכך לוקין בממיר ולא הוי לאו הנתיק לעשה הואיל דהוי ב' לאוין וה"נ אם מטה דין גר דעובר על ב' לאוין בלאו דלא תעשה עול במשפט ולא מטה משפט גר א"כ ל"ה בכלל לאו הנתיק לעשה ז"א דלגבי חיוב תשלומי ממון פיון שצריך לנתק בידים ולקיים העשה בזה מהני אף נגד ב' לאוין או מטעם נל"ט או מטעם דגלי לן קרא בממון דגזילה ממון משלם ומלקי לא לקי כמו שהארבתי שם בהגהותי בד"ח בזה.

וה"נ פיון דבכלל גזלן הוא חייב לשלם ממון ועיין תומים (סי' צ"ז) מ"ש בהטעם השני שכ' הרמב"ם שם בתמור' דהלאו כולל יותר מן העשה דזה הוי רק בתמורה דהעשה נתקיים מאליו ולא היכא דמקיים העשה בידים ע"י מעשיו בזה תמיד הוי נל"ע וה"נ אף נגד שני לאוין וז"פ: וראיתי בפנים יפות מבעל ההפלאה פ' כי תצא דחתר לפרש קרא דלא מטה משפט גר יתום כגון שגר הוא היתום שהדין ה' אם הורתו בקדושה כגון שלא הפריש אביו ג"ח אחר הגירות והס' הוא אם הנכסים של בנו או של הפקר והטה הדין לומר שהוא יתום וראוי ליורשו וזכה בו הבן ואין כאן קלקל בדין פיון שפ"כ וב"כ זכה או בתורת יורש או מהפקר וזהו בלאו דהפכת פנים ואם הטה הדין לחובה וזכה בו אחר אין הדין חייב לשלם מדיני דגרמי פיון שאין ההיזק בא מיד אלא לאחר שזכה בו אחר אלו דבריו ויש לגמגם בזה לא מבעי' לדעת הרמ"ה בטור (סי' שצ"ו) בפורץ גדר לפני בהמת חבירו דאם נאבדה הבהמה חייב לשלם ה"נ דכונתי פיון דהדין הטה הדין לומר שאינו יורש והוי כמו דהפקיר נכסיו פיון דהסיר שמירת הבעלים וסילק שם בעלים מן ממנו הוי כמזיק ממש אלא אף להחולקים וסוברים דפטור וכמבואר שם ברמ"א.

היינו פיון דאז לא בא ההיזק במה דפרץ הגדר רק אח"כ במה שנאבדה הבהמה אבל בנזק פנה שפוסק הדין וסילק שם בעלים מממנם והפקיע מרשותיה י"ל דכ"ע מודים דבזה הוי מזיק ממש בפרט כשנו"נ ביד והוציא מרשותו להפקר הוי כהגבית להזיק דהשבה בעי למיעבד וצ"ט בזה ומ"ש ההפלאה שם דמה נ"מ בין לאו אחד או ב' או ג' לאוין פיון דא"ב מלקות מצינו כמה פעמים פעין זה כמו בלאו דבל תאחר דעובר בעשה ברגל הראשון ובב"ת אינו עובר עד עבור ג' רגלים אף דל"ש בו מלקות וכן הרבה פעמי': סי' כג הב"י (סי' ט"ו) הביא תשובת הרשב"א דאע"ג דמצא' חשו"ק אין מוציאין בדיינים מ"מ שוכר פעולתו שיש לו ביד אחר מוציאין בדיינים וכתבו הב"ח והכנה"ג ללמוד ממה שהביא זאת כאן דהיכא דבא לפני הדין תחילה שהוא רק גזל מפני דרכי שלום מקדימין דינים אחרים מלפניו לא כן שכירות קטן שהוא דאורייתא ומזה הכריע

בקצוה"ח דלא פתשובת שבות יעקב שכ' (ח"ת סי' קנ"א) בב' שתבעו זה לזה ונתחייבו שניהם לישיבע אחד מהם שבועה דרבנן ואחד מהם שבועה דאורייתא דאין להקדים להשביע לזה שנתחייב שבועה דאורייתא תחילה לזה דאין דין קדימה מפני חומר השבועה ויש לעשות גורל מי נשבע תחילה והקצוה"ח כ' פיון דאין יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישיבע ההיסת ודומה למציאת חשו"ק נזקקין תחילה להשביע למי שנתחייב שבועת התורה דיורדין לנכסיו אם א"ר לישיבע.

ובדבריו מן פרק ראיות הש"י שם דכ' ראיה דאין להקדים להשביע מתחילה מפני חומר השבועה מש"ס שבועות דשאל מאי איפא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן ולא אמר דנ"מ לענין קדימה א"ו דאין קדימה מפני חומר השבועה ולמ"ש הקצוה"ח עיקר הטעם להקדים להשביע מי שנתחייב מה"ת משום דנחתין לנכסיו באם א"ר לישיבע א"כ נכלל זה במה דקאמר שם בש"ס דבדאורייתא נחתין לנכסיו ובדרבנן לא נחתין ומזה בא התולדה לתת דין קדימה להמתחייב מדאורייתא הואיל דהוי חיוב גמור ונחתין לנכסיו והיכא דיורדין לנכסיו בדיני דדבריהם שוין לדיני תורה ממש ונזקקין למי שפא תחילה כמ"ש הקצוה"ח: עוד הביא הש"י שם ראיה מש"ס שבועות (דף מ"ג) ה"ק מי נשבע תחילה מי שהפקדון אצלו שפא ישיבע זה ויציא הלה את הפקדון אף דהתם הלנה נשבע שבועת התורה כדין מוב"מ והמלוה נשבע רק מדרבנן אפ"ה לא עלה על דעת המקשן שיהי' לו דין קדימה עד שהקשה מי נשבע תחילה ולדברי קצוה"ח ג"כ אינו ראיה דבשבועת המשנה אף דהיכא דמשלם השומר וא"ר לישיבע דאינו ברשותו ל"ש לומר דנחתין לנכסיו פיון דליפא נ"מ לענין תביעת ממון רק לשפא עיניו נתן בו מ"מ היכא דהוא פא להוציא ממון מן הלנה שוין לשבועה דאורייתא ייתא ויכול הלנה לומר דלא ישלם ולא ישיבע עד שישבע המלוה מקודם.

ובלא"ה אינו ראיה ואדרבה י"ל קצת ראיה להיפך דמצד הסברא יש להקדים למי שמתחייב מה"ת ושאל התנא מי נשבע תחילה אם דין זה הוא כמו בכ"מ להקדים לדאורייתא ולא נעשה תקנה לרמאי וגם לא ניהוש לשפא יוציא הלה את הפקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה כמ"ש רש"י ואמר שמתחיל' ישיבע מי שהפקדון אצלו דחיישינן לשבועה לבטלה וגם שיראה בעיני עולם שנשבע לשקר דאף דמה"ד הוא פשר דתלינן דבדדמי עשה שומא ולא דקדק במה שאינו לפניו חשו חכמים שלא יחשבהו במזיד וכמ"ש בש"מ ב"מ (דף ל"ה) ועי"ש בש"מ משם הריטב"א ו"ל וק"ל ותפ"ל דהכי דינא שישבע המלוה תחילה דאין המשכון ברשותו כדמוכח לעיל וי"ל פיון דשבועת מלוה דרב הונא אינה אלא לחששא ותקנת' דרבנן הוא ושבועת לנה ש"ד הנה ס"ד דלנה קדים ומשתבע אם ירצו ב"ד קמ"ל תנא דע"כ ישיבע המלוה תחלה כדי שלא יוציא הפקדון אח"כ עכ"ל.

ומשמע מדברי הריטב"א לכאורה דיש קדימה למי שחייב לישיבע מדאורייתא אולם הוסיף לומר דתליא ברצון הב"ד. ועיין בר"ן שבועות שם משם הרמב"ן הא דלנה הוי מוב"מ דאם המשכון בידי המלוה א"ח עד דמהדר ליה משפניה וכיון דא"י אם אבד או לאו הוי כנ' לית לך ונ' לא ידענא דפטור וכ' פיון דמודה בעיקר החיוב ואם באמת אבד חייב אעפ"י שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו פיון שהוא נאמן בכך בשבועה מוב"מ הוא דתרתמי מילי גינהו והודאה דיליה הודאה גמורה הוא.

ולדבריו פינן דרק ע"י דנאמן בשבועה דא"ב מוב"מ הוא א"כ כל זמן דלא איתברר בשבועתו דהמשכון א"ב אין הלנה חייב שבועה א"כ ודאי קשה כמו שהקשה הריטב"א דהכי מה"ד שישבע המלנה תחילה דא"ב ועיי"ש בר"ן מה שהקשה על הרמב"ן ואי"ה יבואר בדיני הלנאה אכ"מ וראיתי בס' שער משפט (סי' כ"ד) שהוכיח מדברי הריטב"א הנ"ל דחולק על הגאונים המובא בתשובת מיימוני מובא שם בב"ח שפירשו גזקין לתובע תחילה אם ראובן טוען על שמעון ושמעון טוען על ראובן ושניהם כופרים זה לזה משביעין את הנתבע תחילה דלדבריהם הו"ל להריטב"א לתרץ פינן דהמלנה תובע תחילה את הלנה מותר המעות והלנה כופר גזקין להתובע תחילה להשביע את הלנה.

ואינו מוכרח פינן דחייבהו. חכמים שבועה מטעם דשמא עיניו נתן בו ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וחששו שמא נשאר ביזו המשכון וסובר הריטב"א או כדעת הרמב"ן הנ"ל דא"ח הלנה עד דמיהדר ליה משפניה וכינן דכל החיוב תליא בתנאי דנאבד המשכון ל"ש פאן דגזקין לתובע תחילה לכה הנצרך הריטב"א לדחוק א"ע פינן דשבועה אינה אלא לחששא ותקנתא דרבנן ושבועת לנה הוא מה"ת הנה ס"ד דתליא ברצון ב"ד.

ואף אם סובר כדעת הר"ן שבועות שם דאף אם בנדאי הוא ביזו דהמלנה אעפי"כ חייב הלנה לפרוע העונף דאף דהמלנה עובר בלא תחמוד אפי"ה ממונא אית ליה גביה דלנה מ"מ לא שייך לומר דגזקין לתובע תחילה דמ"מ פינן כמו דאין גזקין לכוף להלנה שיפרע להמלנה כ"ז דעובר על לא תחמוד כמ"ש הר"ן שם ולכה צריך הריטב"א לומר משום פינן דמה"ת חייב הלנה לישבע ושבועת המלנה הוא רק מתקנתא תליא ברצון הב"ד ואין ללמוד משם למ"א: ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תר"כ) בראובן שהלן' לשמעון מנה על משכון וגם נתן לו כ"י וכשבא לפדותו פפר ראובן במשכון ותובע חובו וזה מודה לו במנה אלא שתובע משפנו וכתב דישבע ראובן תחילה שבועת היסת שלא נתן לו שמעון משכון וא"ח"פ ישבע שמעון של"ה שנה משפנו פחות ממה שהלנה עליו ונפטר ועל הכ"י נאמן לומר פרעתי ולכאורה פינן שנה תובע אותו בהכ"י דחייב לו וזה אומר שיש ביזו משכון א"כ גזקין לתובע תחילה והי' מהראוי שהלנה ישבע תחילה.

וצריך לומר דהלנה תובע אותו תחילה שרוצה לפדות משפנו ואף דליכא כפירת ממון פינן דמודה דחייב לו כדי דמיו של המשכון מ"מ פינן דרצה בגוף החפץ חייב לישבע היסת דזה הני כפירת ממון ועיין קצוה"ח (סי' ע"ג) לכה חייב המלנה לישבע תחילה דלא מסר ביזו משכון וא"ח"כ נשבע הלנה ככופר הפל: סי' כד בש"ע (סי' ט"ו ס"ח) יש לדיין לדון דיני ממונות עפ"י הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת כו' והוא מלשון הרמב"ם (פכ"ד) מסנהדרין ובנתיבות תמה ע"ז הא אפילו ראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין וראייתו עדיף מן כל אומדנא וכתב דלא מהני אומדנא רק לענין אורעי שטרא דהא בש"ס כתובות פרק הכותב קאמר בש"ס קרענא ס"ד רק לענין מרענא או לענין מיפד שבועה ולא להוציא ממון והא דמהני להוציא מירששים דוקא כשהוא אומדנא לכל העולם ואין זה בגדר עדות אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגוה"כ.

והמענין בדברי רמב"ם שם יראה דכ' אם ידע הדיין שנה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה חפץ של המת מוציאיו מן היורשים שאין הדבר מסור אלא ללבו



של דיין לפי מה שיראה לו שהדין אמת מבואר דעיקר תלוי בידעת הדיין ושלבו ודעתו סמכה ואף אם לא נודע וידוע לכל רק להדיין יכול להוציא מיתומים.

ובהל' שאלה ופקדון (פ"ו) כ' ג"כ והיה יודע הדיין של"ה המת אמוד והוסיף עוד באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין בעדותן מיד היתומים שאין זה ראיה ברורה ואומדן דעתן אינו אמד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת מפל הדברים האלה מבואר דתליא רק באומדן דעתו של דיין אף שאינו אומדן דעת דכל העולם יכול להוציא מיתומים וע"כ צריך לומר דכיון דזה טוען פרי שהוא שלו ונותן סימנים מובהקין והיתומים אינם טוענין פרי והוי פמלתא דלא שכיח לגמרי דלא טוענין ליתומים.

וכמ"ש תוס' פתובות שם וכ"כ הבעה"מ פ"ק הגוזל להוכיח מזה דלא טוענין ליתמי נאנסו ועיי"ש במלקמות לנישב שיטת הסוברים דטוענין מהו דרב מיאשיא דמזירי בהפקיד בעדים ויש לומר ג"כ אף להסוברים דאף מלתא דל"ש טוענין ליתומים שלא להוציא י"ל דזה הוי פלא שכיח לגמרי דכיון דזה אינו רגיל להפנס אצל זה שמת.

וגם לבו של הדיין סמכה דזה המת ל"ה אמוד אין הדיין יכול לטעון טענת פרי בעד היתומי' מה שלבו סומך שלא כן הוא ולא סמכינן על אומדנא הזאת על עדים ואין לו אלא מה שדעתו סומכת דבזה אינו יכול לטעון בעד יתומים כטענת פרי ועיי"ש סמ"ע (ס"ק ט"ז) דמה"ט אף בזה"ז מוציאין מיד יתומים פלבו של דיין סמכה פמבואר בטוש"ע (סי' רצ"ז) ואף דבש"ע (סי' ק"ח) הביא השו"ע שני דיעות אם טוענין בעד יתומים מלתא דל"ש מ"מ זה הוי פלא שכיח גמור ולכך אף דדעת הרי"ף הוכיח הרמב"ן מלקמות ד' פ' הגוזל ומאכיל דטוענין עבור יתומים מלתא דל"ש מ"מ פאן פנין דלבו של דיין סומך באומדנתו דלא אמוד לא טוענין וממילא מוציאין ע"י סימנים מובהקין שנותן התובע דלאחר ל"ח ואם לקחו ממנו ע"כ יש לו מר"ק ג"כ וכיון דאף אם אביהו הנה טוען ושם י"ל דמוציאין ממנו דבו"ש בצירוף חזקת מר"ק י"ל בכה"ג לכ"ע פרי עדיף ולא טוענין בעד יתומים טענת פרי: ועיי"ש באורים דכ' דלכך הביאו הרא"ש ויתר הפוסקי' הך דינא דיתומים אף דכ' הרמב"ם שהיה הספמות חכמי הדור שלא לדון באומדנא מ"מ אם עשה הדיין פן והוציא מיתומים אין פאן טעות וקם דינא ופטור הדיין דעשה פתורה עפ"י הגמרא אף שהסכימו שלא לעשות ויש להסתפק בזה דא"כ היה להם להמחבר והרמ"א להביא פל דברי רמב"ם באיזה אופן מן הדין פוסק כפי הדברים שדעתו נוטה להם שהוא כף אע"פ שאין שם ראיה ברורה דהא מ"מ אין מוציאין ממון רק לענין הניפך שבועה או לאורועי שטר אף בזה"ז י"ל דקם דינא ומה שעשה עשה.

ואולם מדברי הרא"ש מס' פתובות דהביא דברי הגאון דהאידינא לית ליה למימר לדיין קים ליה בגוניה דלא ברור לן קים לי בגוניה היכא ולית לן לאורועי שטר או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה.

ואח"כ הביא הך עובדא דאמר ידענא בר' מיאשא דלא אמיד ולא כ' דברי הגאון משמע דבזה מה"ד מוציאין ורק בקים ליה בגוניה לא בריר לן היכא וכ"כ הפ"ח והוכיח פן מדברי הרי"ף. וא"כ דיין הפוסק עכשיו בקים ליה בגוניה הוי טעות בדבר משנה וחוזר ועיי"ש בש"מ פתובות שם משם תלמידי רבינו יונה דמרענא שטר אפומי' רוצה לומר בב"ד שלו אבל ניחש השטר בידו ויש לו תועלת בדבר אם יבא השטר לפני ב"ד שלא

יְהִי־קִיָּם לִי־הַיּוֹם בְּגִנּוּתִי יִצְנֶה לְגַבּוֹת בְּשֹׁטֶר זֶה עֵיִשׁ א"כ לִיפֹא נ"מ אִי הָיִי כְּטוֹעַ בְּד"מ  
הָאֵי־דָּנָא דְבִלְא"ה יְכוּל ב"ד אַחַר לְגַבּוֹת בְּהַשְׁטֵר וְכֵן בְּקִיָּם לִי־הַיּוֹם דְּהַמּוֹדָה בְּמַקְצַת  
הוּא חֲשׂוֹד לְעֵנְנֵי הַיָּפֶף שְׁבוּעָה ג"כ אִם לֹא קָבַל זֶה הַשְׁבוּעָה וְהַתְּרַצָּה לְשֵׁלֶם אִם יִתְבַּעְנוּ  
בְּב"ד אַחַר לְעוֹלָם יְכוּלִין לְפִסּוּק שְׁיִשְׁבַּע: וְלְדַבְּרֵי תִלְמִידֵי רַבֵּינוּ יוֹנָה ל"ק מְהֵא דְאִין עַד  
נַעֲשֶׂה דִינֵן אַף דִּיּוֹדַע בְּבִירוֹר א"י לְדוֹן מַגְזָה"כ הֵינּוּ שְׁיִהְיֶה קִיּוֹם לְפִסּוּק דִּינוֹ וְשִׁכְכָה  
יְקִיָּם וְלֹא הַדִּיר דִּינָא לְעֵנְנֵי זֶה אִין עַד נַעֲשִׂי דִינֵן אֲבָל לְעֵנְנֵי הַפּוּכִי שְׁבוּעָה שְׁפִיר יְכוּל  
לַעֲשׂוֹת דִּהוּא א"י לְקַבֵּל שְׁבוּעָתוֹ וּמִמִּילָא הָיִי כְּמַתּוּף שְׁאֵי"ל וּמְשַׁלֵּם וּכְמוֹ ש"ש שֵׁם הַש"מ  
וְלַעֲנֵן אֲוֵרְעִי שְׁטָרָא ג"כ פִּינֵן דְקִיָּם לִי־הַיּוֹם בְּגִנּוּתִי א"י לְהוֹצִיא מְמוֹן אֲבָל מ"מ ל"א קָם  
דִּינָא וְאִם בָּאוּ לְפָנֵי ב"ד אַחַר דְלֹא קִיָּם לְהוֹ בְּגִנּוּתִי יְכוּלִין לְפִסּוּק כְּדִין וְכֵן יֵשׁ לֹמַר ג"כ  
בְּהַדְּעָא דְר' מִיֵּאֲשָׁא דְאֶפְקִיד גְּבִיָּה אַף דְקִיָּם לִי־הַיּוֹם לְדִינֵן זֶה דְאִינוּ אָמוּד וְיְכוּל לְהוֹצִיא  
מִן הַיּוֹרְשִׁים וְלַתַּת לְזֶה דְנוֹתָן סִימָנִים וְשֵׁהוּא אָמוּד הֵינּוּ דְהַדִּינֵן יְכוּל לַעֲשׂוֹת כֵּן אֲבָל אִם  
לֹא הִסְפִּיק לְהוֹצִיא מִיַּד הַיְתוּמִים וּבָא אַח"כ לְתַבְּנֹעַ בְּפָנֵי ב"ד אַחַר י"ל דְאִין מוֹצִיאִין  
וְאִין סוֹמְכִין ע"ז הַפִּסּוּק דְרַק הַדִּינֵן הִרְאִישׁוֹן דִּיּוֹדַע בְּאָמוּד דַּעְתּוֹ דל"ה אָמוּד יְכוּל לַעֲשׂוֹת  
מַעֲשֶׂה וְלֹא דִינֵן אַחַר א"כ שְׁפִיר אִין עַד נַעֲשֶׂה דִינֵן שְׁיִהְיֶה קִיּוֹם לְפִסּוּק דִּינוֹ שְׁגַם ב"ד  
אַחַר יְדוּנּוֹ ע"פ פִּסְקָם לְחִיבּוֹ לְזֶה דְגוּזָה"כ הוּא ע"פ שְׁנַיִם עֲדִים יְקוּם דְבָר.

וְאִין עַד נַעֲשֶׂה דִינֵן ג"כ לְקִיָּם פִּסּוּק דִּינוֹ וְעֵינֵן בְּמַהֲרִי"ט (ח"א סי' קי"ב) מַה שְׁכ' בְּדַבְּרֵי  
הַרְמַב"ם הַנ"ל וּבְמַה שְׁכַתְּבִתִּי לְעִיל (סי' י"א): סי' כה כְּתַב בְּש"ע (סי' י"ז ס"ח) אֶפְיִלוּ  
הִבִּיא א' מִבְּע"ד ע"א לֹא יֵאמֵר לוֹ אִין מְחִיבִין מְמוֹן עַפ"י ע"א אֶלָּא יֵאמֵר לְנִטְעֵן ה"ז  
הַעִיד עֲלֵיָּךְ עַד שְׁיִטְעֹן וְיֵאמֵר ע"א א"נ עָלֵי וְלִשׁוֹן הַרְמַב"ם (פכ"א) מְסַנְהֶדְרִין לֹא יֵאמֵר  
אִין מְקַבְּלִין ע"א אֶלָּא יֵאמֵר לְנִטְעֵן ה"ז הַעִיד עֲלֵיָּךְ הַלְנֹאִי שְׁיִוִּדָה וְיֵאמֵר אֶמַת הַעִיד עַד  
שְׁיִטְעֹן הוּא וְיֵאמֵר ע"א הוּא וְא"נ עָלֵי.

וּמִשְׁמַע לְכַאֲוָרָה דְאִם אִינוּ טוֹעֵן הַנְּתַבֵּעַ דַּע"א א"נ פּוֹסְקִין הַב"ד לְחִיבּוֹ וְזֶה דְבַר תִּימָא  
וּמַעֲשִׂי בְּכָל יוֹם לְהִיפּוֹף דְכִיַּצַּד נּוֹצִיא מְמוֹן עַפ"י ע"א וְע"ש בְּלַח"מ וּבְתַנּוּמֵי דְהַדִּינֵן לֹא  
יִתֵּן אֲצַבַּע בֵּין שִׁנּוֹ לְהַכְחִישׁ הַע"א לְכֵן לֹא יֵאמֵר תִּיִּקֵּף ע"א א"נ שְׁלֹא יִלְמוּד לְהַעִיז  
וְלִשְׁקַר רַק יֵאמֵר לוֹ מַה אַתָּה אוֹמֵר רְאֵה הָרִי כָּאֵן עַד וְאִם יוֹדָה טוֹב וְאִם יֵאמֵר שְׁקַר אַתָּה  
אוֹמֵר אַעֲפ"י שְׁלֹא יַדַּע דַּע"א אִינוּ נֶאֱמָן מְכַל מְקוֹם יְכוּל אַח"כ לְפִסּוּק כְּפִי הַדִּין דַּעַד אַחַד  
אִינוּ נֶאֱמָן אוּלָּם מְלִשׁוֹן הַרְמַב"ם דְכ' עַד שְׁיִטְעֹן וְיֵאמֵר ע"א הוּא וְא"נ עָלֵי מִשְׁמַע  
לְכַאֲוָרָה דְצָרִיף שְׁיִטְעֹן כֵּן וְזֶה ג"כ דְבַר תִּימָא לְכָף נִרְאֶה דְהַפְּנוּנָה אִם תּוֹבַע מִמֶּנּוּ  
וּמְכַחִישׁוֹ וְהִבִּיא ע"א וְשׁוֹתֵק אַח"כ זֶה רְאָה דְמִדְשָׁתֵק אִין חֲצִיף לְהַעִיז פְּנִיּוֹ נֶגֶד הַעִיד  
וְיְכוּל הַדִּינֵן לְפִסּוּק עַפ"י דְהָיִי כְּהוֹדָאָה לַע"א.

אוּלָּם אִימְתִי זֹאת כְּשִׁאֲמֵר הַדִּינֵן לְנִטְעֵן ה"ז הַעִיד עֲלֵיָּךְ וְשׁוֹתֵק וְאִינוּ מְשִׁיב אֲבָל אִם  
הִשִּׁיב אֲנִי אוֹמֵר שְׁקַר הוּא אוֹמֵר אוֹ שֶׁהַבַּעַל דִּין תּוֹבַע מִמֶּנּוּ בְּשִׁקְרָא וְדַפְטוֹר אֶלָּא אַף  
אִם לֹא הִשִּׁיב שְׁמַעִיד בְּשִׁקְרָא אוֹ שֶׁהַבַּעַל דַּע"א שְׁאֲמֵר ע"א הוּא וְא"נ עָלֵי ג"כ  
אִין בְּכַח הַדִּינֵן לְחִיבּוֹ אַף דְרֵאִינוּ שְׁאִין בְּפָנֵינוּ לֹמַר כֵּן רַק שְׁאֲמֵר שַׁע"א הוּא וְא"נ עָלֵי  
פִינֵן דְלֹא שְׁתִּיק וְל"ה כְּהוֹדָאָתוֹ לְהַע"א אִין מְחִיבִין אוֹתוֹ.

וּלְפִי"ז נִרְאֶה אִם כְּשִׁאֲמֵר לוֹ הַדִּינֵן הָרִי זֶה הַעִיד עֲלֵיָּךְ וְלֹא הִשִּׁיב כְּלָל וְיִצָּא מְב"ד הָיִי  
כְּהוֹדָאָה אִם יִצָּא מְב"ד אַף אִם שׁוֹב בָּא וְטוֹעֵן שְׁשִׁקְרָא הוּא שׁוֹב א"נ וְהָיִי חוֹזֵר וְטוֹעֵן וְאִין

אם לא פסקו ה"ד עדיין א"י לחזור ולטעון ועיין בתנאים (סי' פ' סק"א): וראיתי בתשב"ץ (ח"א סי' ע"ז) אחר דהאריף שם להוכיח דחששא רחוקה לומר על עד פשר דמשקר דאל"כ למה מצטרפין הלואה אחר הלואה שפול אחד מעיד עדות אחת ואי לשקרא חיישינו בחד גיחש אף לאלף פיון דכולן מעידין עדות מיוחדת וגם אי אפשר לומר דל"ח לשקרא רק גזה"כ הוא דבש"ס משמע דרק במקילתא דעבידא לאגלוני לא משקר הא בעלמא חיישינו וע"כ דנדאי חששא רחוקה הוא לפגום בכו ברית מיוחדת בכשרות ששקר הוא מעיד ומ"מ אפשר הוא מה שאין לחשוד ב' עדים שלא יתביישו זה מזה וטעם הצטרפות בזא"ז פיון דהראשון הוא בחזקתו דאינו משקר רק מפני חשש רחוק ושמא א"מ ממון וכשיש עוד ע"א אף על מנה אחר חייב המנה הראשון שהעיד הראשון ועשינו מזה השני סניפין לסלק מעל הראשון אותו חשש רחוק כתב שזה שאמרו בירושלמי ר"ה מיקל לדיינא שאמר מקבלין אתון חד סהיד את לא תימר וכ' פירש וחתוף הדין וכן פירש הרמב"ם אף דהנתבע עד עכשיו הוא צועק וכופר אם היינו חוששין לחשש קרוב לשקר אל העד אמאי אמר לא תימר את ואמאי ל"א פתח פיה אלא פיון דחשש רחוק הוא שישקר העד אין פותחין לו ונדמא למוציא שטר ע"ח והלנה אומר פרוע הוא דאמרינו ליה זיל שלים ואם אמר לישתבע ליה חייב שבועה עכ"ד ומבואר מדבריו דמפרש בדברי ירושלמי ורמב"ם דלא יאמר הדיין פלום רק יחתוף הדין לחייבו משום דחשש רחוקה הוא על ע"א דיעיד בשקר רק אם טוען הוא וזה דבר תימא לומר כן גם הא ברמב"ם מבואר דיאמר לנטען ה"ז העיד עליה והיעלה עה"ד שישחתוף הדין עפ"י ע"א רק הפנונה דלא יתן אצבע בין שיגיו שילנווד לומר דע"א א"נ אכל ודאי אין לדיין לחתוף הדין רק אם שותק אחר דאמר לו ה"ז העיד עליה ולא השיב פלום אז דנין מפח שתיקתו.

שוב ראיתי בתשובת פנ"י (ח"ב) הנדפס מחדש מ"ש בזה ויש להתבונן בדבריו. ובעיקר דבריו דטעם הצירוף עד אחר על הלואה אחרת הוא דנעשה סניף להראשון לסלק חשש דמשקר קשה א"כ לדבריו למה לא יועיל רוב או חזקה לסלק החשש דמשקר אם הוא חשש רחוק הא בכה"ת אזלינן בתר רוב ובכל זאת במקומו לא אזלינן בתר רובא ואף אם מעיד עד א' והרוב מסייעו מ"מ אין מוציאין ממון כמו דמוכח מפמה דוכתי בש"ס ופוסקים ויבואר א"ה בדיני טו"נ וכן בברי ושמא היינו דהלנה טוען א"י אם נתחייבתי ג"כ ל"מ ע"א רק לשבוע' ומטעם מתוף שאי"ל משלם והיכא דל"ש מתוף כגון בקרקע א"נ דגזה"כ הוא לא יקום ע"א.

והא דהלואה אחר הלואה מצטרפין הוא משום דאמנה בעלמא תרנוייהו קמסהדי כמבואר ש"ס סנהדרין והיינו דאזלינן בתר הלנה פיון דב' עדים מסהדי דחייב לו מצטרפינו אף מה"ת [נדברי התנאים (סי' ל) דמשמע לי' דעדות מיוחדת בתרי זמנים הוא רק מדרבנן לחייבו תמוהין דמבואר מפמה דוכתי דהוא מה"ת ואכ"מ] ושני עדים הוא גזה"כ לחייבו ואף בב' יוכל להיות דמשקרין רק גזה"כ הוא [כמבואר ברמב"ם הל' יסה"ת ולריב"ק גם ע"י צירוף מחייבין ללנה פיון דתרנוייהו מסהדי דמנא קא רשי ביה.

וחד דלא מהימן הוא ג"כ גזה"כ לחוש למשקר או לבדדמי ואף במקום דל"ש זאת כף גזרה התורה דהא מבואר בש"ס פתובות (דף כ"א) דלא נוכל לצרף עדות האחד על קיום

חתימת השני דא"כ קנפיק נכי ריבועא דממונא אפומא דחד סהדי ופירש"י נאנן עפ"י שנים עדים בעינן חצי דבר עפ"י זה וחצי דבר עפ"י זה הרי אף דיש שני עדים המעידים ע"ד אחד וליכא חשש בדדמי פיון דמעיד על חתימת הב' בצירוף אחד מן השוק מ"מ הואיל דהוא עד בדבר זה ופועל עדותו על החצי לא נוכל לצרפו וע"כ דגזה"כ הוא על פי שנים עדים יקום דבר ולא יקום ע"א ויבואר א"ה עוד בדיני עדות: סי' כו אם קבל עליו קרוב או פסול לדון או לעדות הכריע הרמ"א (סי' כ"ב) פהפוסקים דבתרתי לריעותא אפילו אחר גמ"ד יכול לחזור בו וכ' הסמ"ע דאם קבל חד פשר במקום ג' ל"ה תרתי לריעותא דשם חד הוא רק פסול אחד במקו' ב' פשרים הני תרתי שמות לריעותא והש"ף חולק וסובר דזה הוי ג"כ תרתי לריעותא ובס' שער משפט הביא ראיה לדעת הסמ"ע מתוספתא (פ"ה) סנהדרין ר' יהודא אומר אמר להן אין יחידי דן אמרו לו אין לנו אלא דעתה וקבלו עליהן א"י לחזור בו וכן הי' ר"י אומר מי שחייב לחבירו שבועה וא"ל דור לי בחיי ראשך וקבל עליו א"י לחזור בו ומבואר דאיברי בלא קנין דומיא דדור לי בחיי ראשך ואפ"ה א"י לחזור הרי דזה ל"ה תרתי לריעותא פיון דשם אחד הוא דבעי ג' דינין והוא מקבל אחד במקום שלשה.

ונראה פיון דהש"ס לא הביא התוספתא הלזה למותיב מיניה על ר' יוחנן דהא בש"ס פליגי ר"י ורל"ק דר"ל סובר במחלוקת דר"מ ורבנן שהוא לפני גמר דין אבל לאחר גמר דין דברי הפל א"י לחזור בו ור"י אומר לאחר גמ"ד מחלוקת ומסיק הש"ס משמיה דר"נ לאחר גמ"ד מחלוקת ומסיק הש"ס משמיה דר"נ לאחר גמ"ד מחלוקת ונהלכה כדברי חכמים והו' מתניתא לא אתיא אלא כרל"ק מדקתני שם ברישא נאמן עלי אפא כו' יכול לחזור בו עד שישמע מפי הדיין דברי ר"מ ונחכמים אומרים א"י לחזור בו וכן בדור לי בחיי ראשך יכול לחזור בו עד שיקבל עליו שבועה בפני הדיין ולר"י לאחר ג"ד מחלוקת וקודם גמ"ד לד"ה יכול לחזור ובתוספתא קתני דגם ר"מ מודה דכששמע מפי הדיין שוב א"י לחזור וזה כרל"ק ומדלא מייתי לה בש"ס לסיועי לר"ל ע"כ דידע הש"ס דלא נישנית ביה ר"ח ור"ה ואינה עיקר וכן ראיתי בס' חסדי דוד ומפילא אין להוכיח משם פדעת הסמ"ע.

ובתומים פתב באם קבל עליו אשה שהיא קרובה לע"א הוי ג"כ תרתי לריעותא דפסול של אשה לא כפסול של קרוב דזה פשר לכ"ע וזאת פסולה ובנתיבות כ' אף שלבי מגמגם בזה מ"מ אין לזוז מדבריו בלי ראיה.

ולכאורה יש להביא ראיה דזה ל"ה בתרתי לריעותא דאל"כ נאמר בקבל עליו קרוב להעיד הוי לעולם תרתי לריעותא דהא נדאי נראה בקבל עליו קרוב להעיד אם מעיד בשרק אינו עובר על לאו דלא תענה אם נתברר דהעיד בשרק פגון שהוזם מפי שנים או אף שהוכחש דלאו דל"ת לא נאמר רק על עד הפשר מצד עצמותו לא אם אינו ראוי להעיד רק שקבלו עליו וכמבואר רישלמי פ' שבועות העדות לענין קרפן על שבועו העדו' דאינו נוהג רק בראוין להעיד דאף אם קבלו על עצמן הקרוב או הפסול מ"מ א"ח ק"ש מטעם דכתיב והוא עד את שפשר להעיד עדות תורה ואף בע"א המקובל בתרי א"ח מטעם דכתיב והוא עד את שפשר לעדות תורה ולא ע"י קבלה וכמו כן לגבי לאו דל"ת נאמר עד שרק את שהוא עד הפשר מה"ת עובר על לא תענה ולא הפסול המקובל כפשר

וכן משמע בס' יראים (סי' רמ"ג) שפכת ואינו נוהג אלא בראוין להעיד גם ראיה לזה מש"ס מס' מכות (דף ח' ע"ב) דכנותיה גבי עבד שהעיד בו והוזהם עבד בר עדות הוא ואמאי לא הא משפחת בעבד ללקות פשהוזהם על עדות שקר שהעיד פשקבלו הבע"ד עליהם א"ו דאינו עובר על ל"ת פשאינו בעצם עד פשר וכן אין הב"ד עושין לו דין הזמה א"כ ממילא הוי קרוב לעולם פסול מתרתי לריעותא חדא מצד שהוא קרוב או פסול וגם לעלמא ג"כ פסול מצד דהוי עדות שאי אתה יכלו להזימו ל"ה עדות וכאן אם יתזמו לא נעשה בהן דין הזמה וגם לא יתחייבו מלקות מצד לאו דל"ת וזה הוא פסול בכל עדות אף לגבי רחוק אם אינו בר הזמה לעשות בו דין הזמה או לחייבו מלקות א"ו ונקא שני עניני פסול דעדות להאמין לאחד כתרי הוי תרתי לריעותא וגונמא אכל ע"א שיש בו שני פסולין מצד קרוב וגזלן ל"ה רק כמקבל עד פסול במקום פשר דמה לי אם פסול מצד אחד או מטעם שני פסולים זה לא מקרי תרתי לריעותא: שוב ראיתי בתשובת מרן רבינו הגדול עק"א ז"ל שפכת בפשיטות בתשובותיו (סי' קע"ו) להשיב ע"ד בנו הגאון מוהר"ש ז"ל דדן דקטן שקבלו הוי כתרתי לריעותא מטעם דג"כ אין עושין לו דין הזמה וכתב הוא דזה ל"ה תרתי לריעותא דאם מקבל עליו אביו גזלן ל"ה רק חדא לריעותא ולמ"ש ממקומו מןכרע פנ"ל דקרוב או פסול לעולם לא עבדינן להו דין הזמה וקצת י"ל דקרוב וגזלן ל"ה ענין אחד דקרוב אינו פסול מטעם דמשקר רק גזה"כ וגזלן הוא מטעם משקר ורשע דחמס לעולם פסול מטעם משקר ורשע דאינו דחמס הפסול הוא מטעם גזה"כ אף דליכא חשש משקר ויבואר אפ"ה לקמן דיני עדות ופסול מצד דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו י"ל דהוא מטעם משקר פאשר מבואר ברש"י ב"ק (דף ע"ה) ובפירוש המשנה לרמב"ם ר"פ היו בודקין פאשר יבואר שם אפ"ה.

וי"ל מה"ט דאינו עובר על ל"ת פשקבלו קאו"פ הנה ראוי לומר דיכול לחזור מהגדתו ול"ש לומר פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד פיון דהא דא"ח ומגיד ילפינן לה מדכתב אם לא יגיד חדא הגדה פתיב או מדכתיב יקום דבר פאשר יבואר אפ"ה בדיני עדות וזה פתיב בעד פשר ולא בעד פסול אף נראה פיון דקבל עליו עדותו הנה הקבלה שיועיל עדות כמו בעד פשר דחדא הגדה פתיב ה"נ חדא הגדה יתקבל ממנו ויקום דבר לא שיהנה יכול לחזור ואף גם פן צריף דין עדות שיעיד בפני בעל דבר וכמ"ש פן בפשיטו' בתשובת חכם צבי (סי' ס"א): ובתומים (ס"ק ג') כתב בדברי ראב"ן כפי מה שהביא הוא בשמעון שאמר לראובן אשתך תהא נאמנת עלי אם לא פרעתי לה ואומרת שלא פרע לה ופסק דהוי קודם גמר דין ויכול לחזור ושפט הב"ח דחולק ע"ד המרדכי שפוסק פן הרמ"א דלאסר שהעיד א"י לחזור וכ' התומ' דבעד פיון דאין העד יכול לחזור דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוי גמ"ד אבל בנידון דראב"ן אם חוזרת אס"פ ואומרת נזפרתי דפרעת לי נאמנת דהוי כבע"ד לכה אף דלא חוזרת ל"ש גמ"ד פיון דבידה לחזור לכה גם שמעון יכול לחזור ולמ"ש פיון דקרוב או פסול אינם בגדר פיון שהגיד שוב א"ח ומגיד ורק פיון דקבלו עליו היינו שקבלו לגדר עדות ופלא יהנה חוזר ומגיד ולכה הוי אסר הגדתו כגמר דין ממילא אף אם קבל עדות אשתו ג"כ הוי הקבלה לחדא הגדה.

ובלא"ה המעיין בספר הראב"ן (סי' מ"ו) וכן בתשובת מהר"מ רוטנבורג (סי' תשל"ח) ל"ה המעשה שאמר אשתך תהא נאמנת עלי שלא פרעתי לה רק הנתבע אמר פרעתיך ונאמנת עלי אשתך אם תאמר לא פרעתיך אפרע א"כ לא קבל אותה רק לעדות אם לא

פָּרַע לְבַעֲלָהּ א"כ ל"ש שְׁתֵּאמַר גְּזַרְתִּי וְלוֹמַר שְׁתֵּהא נְאֻמָּת לֹמַר גְּזַרְתִּי שְׁפָרַע לָךְ בְּמִגֹּז דֵּא"ב אֲמָרָה פָּרַע לִי ז"א דֵּא"כ יִתְבַּע מְמַנָּה כְּמוֹכֵן וְדַבְרֵי הַב"ח נְכוּנִים דְּחֹלֶק וְסוֹבֵר דָּאֵף לְאַחַר שְׁהֵעִיד ל"ה גמ"ד.

אוּלָם הֶרְאָב"ן שֵׁם לֹא סָמַךְ ע"ז וְכ' עוֹד טַעַם דִּיכּוֹל לְחֹזֵר דְּדוֹקָא פְּשִׁישׁ עַד פְּשֵׁר עִם הַקְּרוֹב דְּקַבְּלִיהּ כַּחַד אֲבָל בְּמִקּוּם תְּרֵי ל"מ אֲפִילוּ קַבְּלָהּ וְהִכָּא לִיכָּא עַד פְּשֵׁר עִם אֲשֵׁתוֹ וְאִין פָּאן עֲדוּת כָּלֵל וְיִשְׁבַּע שְׁפָרַעוֹ וּפְטוֹר עכ"ד אוּלָם בְּתִשׁוּבַת מְהֵרָם רוּטְנְבוֹרְג שֵׁם לֹא הֶעֱתִיק רַק טַעַם הֶרְאֵשׁוֹן דִּיכּוֹל לְחֹזֵר קוֹדֵם גמ"ד וְעֵינֵין שֵׁם דְּכַתֵּב בְּאַמַּת הַטַּעַם דְּלֵאחַר הַגְּדָתָם הָיִי כגמ"ד פִּינֵן דל"מ מִסְּהֵי בְּעֵנֵין אַחַר דְּכִינֵן שְׁהֵגִידוּ שׁוֹב א"ח וּמִגִּידִין הו"ל כגמ"ד לְגַבֵּי דִּינִינִים וְזֶה פְּדַבְרֵי הַר"מ בְּמַרְדְּכִי.

אוּלָם כְּנִרְאָה בְּאַמַּת הֶרְאָב"ן חוֹלֵק ע"ז וְסוֹבֵר דָּאֵף דְּהֵעֲדִים א"י לְחֹזֵר וְלֵהֲגִיד הִינְנוּ מִשׁוּם דְּזֶה הוּא מְטַעַם קַבְּלָתוֹ לְקַבְּלָם כְּמוֹ עֲדִים כְּשֵׁרִים וּמ"מ כ"ז שֶׁהַב"ד לֹא פָּסְקוּ ל"ה גמ"ד וְכֵן מְבֹאָר דַּעַת הַרמ"ה מִס' סְנֵהֲדָרִין (דָּף כ"ה) וְז"ל מִיְהוּ הִיכָּא דְּאַסְהִידוּ וּגְמָרוּהָ לְדִינָא אֲפֻמְיָהּ פִּינֵן דְּלֹא הָדַר בֵּיהּ מִקְּמִי גמ"ד וְדֹאֵי גָמַר וְאַקְנֵי אֲבָל הִיכָּא דְּהָדַר בֵּיהּ מִקְּמִי גמ"ד מְצִי לְמִיְהָדַר בֵּיהּ דְּאַכְתִּי אִיכָּא לְמִימַר דל"ג וְאַקְנֵי דְּסָבַר מִי יִימַר דְּאַתּוֹ וּמִסְּהֵי וְכִינֵן דְּחֵזָא דְּאַסְהִידוּ קָא בְּעִי לְמִיְהָדַר בֵּיהּ דְּאַדַּעְתָּ דְּהִכִּי לֹא אֲקַנֵּי לִיהּ עֵי"ש הָרִי דְּסוֹבֵר דָּאֵף דְּחֵזָא דְּאַסְהִידוּ וְלֹא חֹזַר מִיָּד מ"מ פִּינֵן דְּמִתְחִילָה ל"ג וְאַקְנֵי דְּסָבַר מִי יִימַר דְּיִסְהִידוּ יְכוֹל לְחֹזֵר אֵף אַח"כ כ"ז דל"ה גָמַר דִּין מַב"ד וְכ"כ עוֹד בַּמַּס' ב"ב פ' י"ג(ס' קט"ו) וְעֵי"ש דְּכ' צָאֲתָן לֹא א"נ חֲזִיב אַתָּה לִיתָן לֹא הָיִי גמ"ד וְזֶה כְּדַעַת הַסַּמ"ע וְדֵלֵא כְּשֵׁ"ף (ס"ק ה').

עכ"פ לְעֵנֵין גמ"ד בְּקַבְּלוֹת עֲדוּת כְּנִרְאָה יְכוֹל הַמְּוַחֲזֵק לֹמַר קִים לִי כְּדַעַת הֶרְאָב"ן וְהַרמ"ה דְּקוֹדֵם גמ"ד דב"ד יְכוֹל לְחֹזֵר אֵף בְּאֵם פָּסְקוּ הַב"ד דְּחֲזִיב לִיתָן בְּזֶה א"י לֹמַר קִים לִי כְּדַעַת הַש"ף פִּינֵן דְּלַדַּעַת רַמ"א וְהַש"ף אֵף קוֹדֵם גמ"ד א"י לְחֹזֵר כְּשִׁנְתָּהּ קַבְּלָהּ עֲדוּתוֹ: וְלַעֲנֵין אִם קַבְּלָהּ אִשָּׁה קְרוֹבָה נִרְאָה דְּלֹא כְּתוּבִים דְּזֶה ל"ה תְּרֵי לְרִיעוּתָא וְכְמוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי וְכֵן מוֹכַח מִדְּבַרֵי הֶרְאָב"ן הַנֶּ"ל שְׁכַתֵּב וְהִכָּא לִיכָּא עַד פְּשֵׁר עִם אֲשֵׁתוֹ מְבֹאָר דְּאֵם הָיָה עַד פְּשֵׁר עִם אֲשֵׁתוֹ הָיָה מְהֵי קַבְּלָתוֹ אֵף דְּהִיא אִשָּׁה הַפְּסוּלָה לְהַעֲד בְּעֵצָם וְגַם קְרוֹבָה אֲשֵׁתוֹ כְּגוֹפּוֹ וְאֵעִ"כ רַק פִּינֵן דְּקַבְּלָהּ כְּתָרִי ל"מ אֲבָל עִם עַד פְּשֵׁר הָיָה מְהֵי קַבְּלָתוֹ וְנִרְאִיתִי עוֹד הַדְּבָרִים מְבֹאָרִים בַּרמ"ה מִס' סְנֵהֲדָרִין שֵׁם דְּהַקְּשָׁה הָא ג' רוּעֵי בְּקָר אִיכָּא תְּרֵי פְּסוּלֵי חֲדָא דְּלֹא גְמִירֵי דִינָא וְסַתֵּם רוּעָה פְּסוּל אֲפִילוּ תִימָא מִתְּנִיתָן בְּבִקְרָא דִּינִיָּה פִי אֲמָרִינֵן דְּבַתְרֵי פְּסוּלֵי לֹא גָמַר וּמִקְנֵי הִיכָּא דְּכִי מְקַבֵּיל לְהִנְדָּה תְּרֵי פְּסוּלֵי אֲנַפְשִׁיָּה מִפְּסִיד אֲנַפְשִׁיָּה מִתְרֵי אֲנַפְשִׁיָּה כְּגוֹן שְׁקַבְּלָהּ קְרוֹב אוֹ פְּסוּל כַּב' עֲדִים כְּשֵׁרִים דְּהָא מְרַכִּיב לְהוּ לְפְסוּל אַתְרֵי רַכְשֵׁי חֲדָא דְּמַכְשֵׁר לְפְסוּל וְתוֹ דְּמַקְבֵּיל כְּתָרִי אֲבָל הִכָּא דְּלֹא מְסִיק לְפְסוּל רַק לְחַד דְּרָגָא כְּגוֹן קְרוֹב וְהוּא פְּסוּל וְקַבְּלֵי עָלָיו כַּע"א פִּינֵן דְּהִנְדָּה תְּרֵי פְּסוּלֵי לֹא פְּסִילֵי לִיהּ תְּרַנְיָהוּ בְּהַאי סְהֵדוּתֵי טְפִי מִמָּאֵי דְּפְסוּל חַד מִינְיָהוּ דְּקְרוֹב וְהוּא פְּשֵׁר וּפְסוּל וְהוּא רְחוּק פְּסוּל אֲפִילוּ כַּע"א הַשְׁתָּא נְמִי דְּהוּא קְרוֹב וּפְסוּל לֹא פְּסוּל לְמִקְלָתָא יְתִירָת' כְּחַד פְּסוּל' דְּמִי כו' דְּלֹא קַבְּלָהּ עָלָיו פְּסִידָא יְתִירָא כִּי הִכָּא דְּלִימָא לֹא גָמַר וּמִקְנֵי עכ"ל וְכִינֵן דְּלֹא מְצִינֵנוּ לְהִקְפֹּף בְּחַד מִן הֶרְאֵשׁוֹן מִי יְחַלֵּק עַל דַּעַת הֶרְאָב"ן וְהַרמ"ה וּבְדֹאֵי זֶה ל"ה כְּתָרֵי לְרִיעוּתָא וְאִינוּ יְכוֹל לְחֹזֵר: ס' כו אִם קַבְּלָהּ עָלָיו עַפּו"ם לְדִינֵין אִין הַקְּנִין

פלום ואסור לדון לפניו וכ' הרמ"א (סי' כ"ב) אבל אם כבר דן לפניו לא יכול לחזור בו ובש"ך משיג ע"ד ובתומים העלה דאפשר דעת רמ"א נכון בסברא דכל האיסור שלא לדון בפניהם שלא ליקר שם ע"ז אבל אם כבר נעשה האיסור בפשיל זה לא יבטל הקנן במה שפבר עבר האיסור והניח בצ"ע ומדברי רמ"א והתומים מבוא' דוקא בקנן אבל בלא קנן יכול לחזור אף אחר הפסק דין אולם בתשב"ץ (ח"ג סי' ס"ח) כ' שם בסוף הסימן וכל טענות אלו לזכות בני שמעון היה מן הדין לקיימם אלו באו מתחילה לדון בדיני ישראל אבל פינון שהלכו תחילה לדון לפני האומות ובדיניהם יצאו סייבין הרי הם כאלו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם והרי מה שדנו בין לוי ובני שמעון קנים עכ"ל הרי דסובר אף בלא קנן מהני הקבלה אם כבר נפסק הדין.

וראיתי בתשובת הריב"ש (סי' ת"צ) דנשאל משופט א"י בריב שהיה בין שני ישראלים ובקש אחד לקבל עדות מישראל וא"י והשופט אמר לו אל הנתבע אם רוצה שישאל לעדיו ויגמור הדין עפ"י עדותם ואמר הן ואח"כ העידו העדים פנגדו וחזר וטען שאין עדותם מועיל כי היהודים המה שונאים והא"י אינם פשרים להעיד בדין תורת משה ושאל הש"ר השופט אם יש ממש בטענותיו אחרי שנתקבלו העדים לבקשתו והודה בפני השופט שיגמור הדין ע"פ עדותם.

והשיב דשונא פשר להעיד ובפטר שקבל עליו וא"י לחזור דלגבי עדות הוי קבלות עדות פלאחר גמר דין וא"י לחזור ולקב"ג גם העדות של הא"י פינון שקבלו עליהם ונתקבל עדותן א"י לחזור עיי"ש ומדבריו נראה ג"כ אף דל"ה קנן שם מ"מ אחר שפבר נתקבל עדותן א"י לחזור ובאמת יש להבין דבריו פינון דעדיין ל"ה גמר דין רק קבלות עדות ואסור לדון לכתחילה בפניהם ואף אם קבל קנן יכול לחזור שלא לדון בפניהם מה"ת לא יהיה יכול לחזור מקבלתו שקבל עליו עדותן של א"י.

וצריך לומר פינון דאינו חוזר מגוף הדבר שלא לדון לפני השופט מהני קבלתו שקבל עליו עדותן של א"י ג"כ וא"י לחזור אחר שפבר קבל עדותן וצ"ע: ועיין תשובת רמ"א (סי' נ"ב) דכ' פשישראל דן עם חבירו לפני עכו"ם אסור להעיד אעפ"י שהוא פדין משום דמסייע לעוברי עבירה ואסור מדרבנן ובשער משפט (סי' כ"ו) חולק עליו פינון דיודעים דהנתבע סייב מחזיקים ידי עוברי עבירה שגוזל ממון חבירו דאח"כ אין הב"ד נזקקין.

ואין בדבריו לדחות דברי רבינו הרמ"א הנ"ל דהא אין בזה השבת אבידה דהא אף התובע בעצמו אף להציל ממנו אסור לו לילך לדון לפניהם עד שיתנו לו הב"ד רשות באופן שא"י להצילו ואם נתנו לו הב"ד רשות פבר כ' הרמ"א (סי' כ"ו) דיש רשות אף לב"ד לילך ולהעיד בפני עכו"ם והרמ"א בתשובה איירי באופן שהתובע אינו רוצה לילך לתבוע בפני ב"ד ישראל ובזה נדאי אסור לילך להיות מסייע לעוב' עבירה אף דבלא"ה מייקר שם אלילים מ"מ א"צ להשיב לו אבידה בזה ולסייע לו ולהוסיף לדון לפניהם בקבלות עדות מישראל דזה הוי פדין וחמור עוד ממסייע.

ועיין פירוש המשניות לרמב"ם (פ"ו) ממס' תרומות דאף מסייע לעובר עבירה אסמיה אקרא אל תשת ידך עם רשע עיי"ש ועיין מ"ש בספרי ח"ר דיני טריפות (סוף סי' ז') וזכר לדבר דכתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד ודברי הרמ"א ברורים: והנה

בנתיבות (סי' כ"ו ס"ק ג') כ' דהא דאם א"ר לבא לב"ד נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עפ"ם מיד בע"ד דמיירי באופן דידוע החוב לדייני ישראל פגון במלנה בפטר וכינצא דבמע"פ אי אפשר לדייני ישראל ליתן רשות להוציא דאימור אינו חייב לו כ"כ רק משמתין אותו פשאינו רוצה לבא עי"ש בדבריו.

ומלבד דסוגיא דעלמא אזלי בתר איפכא ונותנין בכל ב"ד רשות ללקח בערפאות נגד מסרב דאל"כ לא שבקת חיי וכ"א שיש לו דו"ד עם חבירו אם אינו ידוע להב"ד מחוב ברור יפסיד את שלו פי גם אם משמתין אותו לא ישגיח בזה וימצא מסייעים בעוה"ר בפרט בחו"ל אשר גם זה אסור מחק המלכות לעשות ובנפש הדיינים הוא וא"כ יאכל הלה ולחדי.

מבואר מדברי רמב"ם סוף הלכות סנהדרין דלא בדבריו דכ' היתה יד העפ"ם תקיפה ובע"ד אלם וא"י להוציא ממנו בדייני ישראל תתבענו לדייני ישראל תחילה אם לא רצה לבא נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עפ"ם מיד הבעל דינו ומדסתם שיתבענו לדייני ישראל מבואר אף דצריף לתפוע ואינו ברור וידוע לב"ד אם לא יש טו"ת ביניהם היינו ששהוב ברור ועיי"ש בהג"מ פירושו ר' יוסף ט"ע ז"ל הא דגרסינן פ' החובל קרית לחברף ולא ענה רמי גודא רבה שדי ביה פלומר קרית לחברף לדין ישראל ולא רצה לבא השלף עליו הפנותל הגדול שלא יוכל להשמט פלומר שיבא עליו בידי עפ"ם משמע אף אם רק קרית ליה לדין ישראל ואין הב"ד יודעין עדיין אם פנים דבריו שחייב לו מ"מ שרי למרמי גודא רבה וכן מבואר מדברי רא"ש ב"ק (דף צ"ב) שכתב משם ר"פ גאון ראובן שיש לו תביעה על שמעון ומסרב לבוא עמו לדין שרשאי להביאו לערפאות של עפ"ם פדי להוציא את שלו מת"י ומדכתב תביעה משמע אעפ"י שאינו ברור לנו אם הדין עמו מ"מ פיון שיש לו תביעה ומסרב לבוא לב"ד רשאי להביאו לערפאות של עפ"ם פדי להוציא את שלו וכן מבואר להדיא במהריב"ל מוכא בגדולי תרומה שער (ס"ב ח"א) דהבעה"ת שם הביא דברי רש"ג באם חייבהו ב"ד דיש לזקנים ותלמידים רשות שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה אם א"י להוציא ממנו וכ' מהריב"ל ז"ל דלכאורה נראה דהרמב"ם חולק על ר"ש גאון ז"ל דהרי לא כתב דהב"ד מטפלין עמו להציל מבע"ד אלא שיש מקום לחלק ולומר דהרמב"ם איירי היכא דלא בא האלם לב"ד דכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב אם לאו אלא שא"ר לעמוד בדין לפני דייני ישראל מש"ה אין חייבין לטפל בענין אלא שנותנים לו רשות להתדיין בערפאות שלהם להציל מבע"ד אבל אה"נ דיודה הרמב"ם היכא דנתברר הדבר וחייבהו ב"ד בחוב או בפקדון ואותו האיש גברא אלמא ולא ציית דינא דחייב ב"ד להטפל בדבר ויוציאו לאור משפטו וע"ש בג"ת דגם ר"ש גאון לא בא לחייב לב"ד להטפל בדבר רק לומר שיש להם רשות ומצוה קעבדי דלא נימא שמייקרים אותם בלקתם להעיד בפניהם ודוקא בעה"ד עצמו יכול להשתדל לפנייהם להציל ממונו קמ"ל דאינהו נמי יש להם רשות והרמב"ם דכתב שב"ד נותנים לו רשות היינו פשהוא עצמו יכול ע"י הערפאות דמ"מ צריף רשות ב"ד עיי"ש אבל בזה דסובר מהריב"ל דע"י רשות ב"ד יכול להשתדל לילף לערפאות אם אינו רוצה לעמוד לפני ב"ד אף דלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לאו ליכא חולק ולכ"ע נותנים לו רשות להציל העשוק מיד עושקו אם אינו רוצה לעמוד לפני ב"ד דאל"כ



לא שבקת ח'י ונחקה אין אדם תובע אא"כ יש לו ועיין בתשובת פני חיי מבעל כנה"ג דמבואר פן כ"פ.

ועוד הא אף בשטר אם הלה אומר שיש לו טו"ת נגד השטר ג"כ ל"ה דין ברור ועיין תשובת רמ"א שם וגם (סי' ק"ח) דמשמע ג"כ באם א"ר לבא לב"ד אף בחוב שאינו ברור לב"ד נותני' לו רשות אם אחר פירסם הדבר שאינו רוצה לדון בדייני ישראל ומדחי אל דחי וכן מבואר מדברי האורים (סי' כ"ו ס"ק ז') שכתב שנוהגים פשהשליח ב"ד מתרה בו ואמר שא"ר לבא נותנים רשות לכשפנגדו לקבול עליו בערפאות דהואיל דאפשר דחבירו יזכה בדין א"ה ג"כ לא פסקו דהוי מילתא דממון וסגי בחד הרי מבואר דאף בלא נודע להב"ד מחוב ברור ג"כ נותנים רשות למסרב לבא וכן מבואר בתשובת משפטי שמואל (סי' קי"ד) דכיון שאינו רוצה לעמוד עמו לדת פמי שנתחייב דמי ורשאי ללכת בערפאות והכי אזיל סוגיא דעלמא ודלא פנתיבות: והיא דאחד הלה בערפאות והשני הלה לבטל מה שעשה הראשון שלא פדין בערפאות פגון שעשה בהסתר ובלי ידיעת האחר שיש לו תביעות עליו והלה להבריח הנכסים וכדומה להחליש פח הצד שפנגדו מבואר בתשובת פנסת יחזקאל (סי' צ"ז) דבכה"ג פשיטא שא"צ רשות ב"ד פלל וא"צ שום התראה בעולם וע"ש דמחוייב אף להחזיר לו כל הוצאותיו.

ובהיותי בחו"ל שמעתי שרבני קשישאי דנו אם אחד תובע לחבירו בערפאות בלי רשות ב"ד ויצא השכנגדו חייב לשלם לו כפי תביעתו וההוצאה ותובע אותו לדיני ישראל שהעביר עליו הדבר ולא קרא אותו לפני דייני ישראל וגם הלה בלא רשות ב"ד לכן א"ר לשלם לו ההוצאה ודנו שההוצאה הראשונה מה שעשה זה שהלה שלא ברשות הפסיד אבל ההוצאה שאח"כ נעשה כשזה עמד עמו לפני שופטי ערפאות את זה חייבו לשלם כפי דיניהם כיון דלא קרא הנתבע להתובע אח"כ שישלק ממנו הארי וישלף עמו לפני דייני ישראל הוי הוא פהלה שלא ברשות להתדיין בערפאות דכיון דזה עשה שלא פדין והלה בלא רשות ב"ד ל"ה לו להוסיף פחם ואש והיה לו לקרוא אותו לפני דייני ישראל ולהתרות לו שמוכן לעמוד עמו לדת לפני ב"ד שידונו ביניהם פדת של תורה וכשלא עשה פן הפסיד הוצאותיו של אח"כ וגם חייב לשלם כפי משפט ערפאות כל הוצאות.

ואני לא האמנתי כזאת דלא משמע פן מדברי הפוסקים וגדולה מזו דעת פוסקים דאם יצא חייב בערפאות אם הוא צועק עליו אח"כ לדון בד"י אין נזקקין לו. מכ"ש דלא אמרינן שהנתבע היה לו לצעוק עליו בב"ד אחרי שקרא והזמין אותו לערפאות ובשביל זה יפסיד וישלם להעושה שלא פדין ובלא רשות ב"ד ועיי"ש בכנסת יחזקאל דמשמע ג"כ שם דלא הפסיד זה בשביל שלא צעק עליו שילף עמו לפני דייני ישראל וכן יש להוכיח מדברי רדב"ז (ח"א סי' קע"ב): ואם יצא חייב בב"ד ישראל כ' הכנה"ג משם רש"ך (סי' קצ"ב) דרשאי להוליכו לפני הערפאות שלא ברשות ב"ד להציל את שלו ובאורים הביא דבריו בסוגנון אחר דהיינו שיש בידו פס"ד מב"ד ישראל דיכול לכופו ע"י עכ"מ לקיים הפס"ד וגם על זה כ' דצ"ע כיון דלא מצי למיעבד דינא לנפשיה ולהציל שלו ע"י עכ"מ אם לא בגברא אלה.

וי"ל פִּינן דְּמַצִּינוּ דּבּעכו"מ מִפִּין אוֹתוֹ וְאוֹמְרִי לּוּ עֲשֵׂה מַה שְּׂיִשְׂרָאֵל אוֹמְרִים לָךְ א"כ ה"נ פִּינן דְּיֵישׁ בְּיָדוֹ פּס"ד מ"ב"ד יִשְׂרָאֵל וְהַעֲפּוּ"ם כּוֹפֵה אוֹתוֹ לְצִיָּית דִּין יִשְׂרָאֵל אֵין בְּזָה מִשְׁפֹּט שְׂיִהְיָ אָסוּר מִטַּעַם לְפָנִיהֶם וְלֹא לְפָנֵי עֲפּוּ"ם פִּינן דְּאוֹמֵר לּוּ שְׂיִעֲשֵׂה מַה שֶּׁה"ב"ד חִיבִיבּוּהוּ.

וְרֵאִיתִי בְּהַגְהוֹת הַרִיק"ש ז"ל שֶׁפָּתַב אֶף בְּנִצָּא חִיבִיב מ"ב"ד יִשְׂרָאֵל וְסִירַב לְפָרוּעַ אַעֲפ"כ צָרִיף גְּטִילַת רְשׁוֹת וְדִבְרֵי הַרִש"ךְ לֹא נִתְחַנְוֶנְרָה לִי עַכ"ל: עוֹד רָאִיתִי בַּמַּהֲרִיק"ש (ס"י ס"א ס"ו) שֶׁכ' עַל הָא דכ' שָׁם בַּש"ע בְּשִׁטְר שֶׁכ' בּוּ שְׂיֵישׁ רְשׁוֹת לְמַלְנָה לְיָרְד לְנִכְסֵיוּ שֶׁל לְנָה בְּלֹא רְשׁוֹת ב"ד דְּאִינוּ רְשָׁאֵי לְעֵבּוֹר עַד"ת לְיָרְד לְנִכְסֵיוּ אֶלֶּא ב"ב"ד וְאִם לֹא מְצָא דִּינָן שְׂרוּצָה לְדוֹנוּ אֲזִי שׁ לּוּ רְשׁוֹת לְעֲשׂוֹת דִּין לְעֲצָמוּ וְכ' הַרִיק"ש ז"ל מְזָה לְמִדְתִּי לְמוֹלִיף אֶת חֲבִירוֹ בְּעַרְפָּאוֹת שֶׁל עֲפּוּ"ם כְּשֶׁלֹּא מְצָא דִּינָן שְׂיִרְצָה לְדוֹנוּ דְּפִטוֹר מִפְּלִים דְּהָא הָכָא מַש"ה שְׂרִינָן לִיה לְעֵבּוֹר עַל ד"ת לְיָרְד לְנִכְסֵיוּ.

וּלְדַעֲתִי הַעֲנִיָּה יֵישׁ לְגַמְגָּם ע"ז דְּדוֹקָא שָׁם דְּשִׁיעֲבַד עֲצָמוּ בְּשִׁטְר עַל כָּף הָא לֹא"ה לֹא וְעִי"ש בְּפָרִישָׁה וּבַמ"ש לְעִיל (ס"י י') מַשָּׂא"כ לְגַבֵּי אִיסוֹר דְּלִפְנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי עֲפּוּ"ם דְּאִפִּי נִתְרַצוּ שְׂנֵי בְּעִלֵי הַדִּינִים לְדוֹן בְּפָנִיהֶם אָסוּר וּמ"ש הַסַּמ"ע (ס"י ס"א ס"ק י"ד) דְּדַעֲתוֹ דָּאִם כ' בְּפִירוּשׁ שְׂיָדוֹן עֲמוּ בְּדִינֵי עֲפּוּ"ם צָרִיף לְדוֹן עֲמוּ בְּדִינֵי עֲפּוּ"ם וְעִינָן תּוֹמִים (ס"י כ"ו) וְכִבֵּר הַשֵּׁיג עָלָיו הַט"ז שָׁם דְּלִילָף לְפָנֵי דִּינֵי עַכ"וּם שְׂיֵישׁ אִיסוֹר אֶפְּלוּ שְׂנֵיהֶם מִסְּכִימִים ע"ז בְּפִירוּשׁ הַקְּנָן בְּטַל בְּזָה אֶף שְׂיֵישׁ תְּנָאֵי בְּפִירוּשׁ.

א"כ אִינוּ רָאָה מִשָּׁם דְּיֵישׁ לּוּ רְשׁוֹת לְעֲשׂוֹת דִּין לְעֲצָמוּ מִפְּנֵי הַתְּנָאֵי וְחִיּוּב הַבַּע"ד אֶבֶל מ"מ לְלַכַּת לְפָנֵי דִּינֵי עֲפּוּ"ם אֶף בְּלֹא מְצָא דִּינָן יִשְׂרָאֵל שְׂיִרְצָה לְדוֹנוּ מִנִּין לְנוּ דְּמִתְרַב לְעֵבּוֹר בְּקו"ע עַל אִיסוֹר הַחֲמוֹר דְּלִפְנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי עֲפּוּ"ם בְּלֹא גְטִילַת רְשׁוֹת מ"ב"ד: עוֹד רָאִיתִי בַּמַּהֲרִיק"ש (ס"י כ"ו) וְז"ל אָמֵר לּוּ הוֹלִיכֵנִי לַעַשׂ"ג וְהוֹלִיכּוּ תִּכְרָף פִּטוֹר וְרָאָה מְדִין הָאוֹמֵר קָרַע כְּסוּתִי כְּשֶׁלֹּא בָּא לְיָדוֹ בְּתוֹרַת שְׂמִירָה דְּהֵתָם נָמִי אִיכָּא מִשׁוּם בַּל תִּשְׁחִית וְעוֹד דְּשׁוֹגֵג הוּא וְאֵין ב"ד מְנַדִּין הַשׁוֹגֵגִין עַכ"ל וְכִנְרָאָה כְּנִוְנָתוֹ דָּאֵין מְנַדִּין אֶת הַתּוֹבַע וְלֹא אָבִין הַרָאָה מְאוֹמֵר קָרַע כְּסוּתִי דְּפִטוֹר מִתְּשַׁלּוּמִין פִּינן דְּהַזִּיק בְּרְשׁוֹת הַבְּעָלִים אֶבֶל לְיִקָּר שָׁם אֶלִילִי דְּהָאִיסוֹר דְּלִפְנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי עֲפּוּ"ם נְאָמֵר אֶף בְּקַבְּלוּ שְׂנֵיהֶם בְּרַצוֹנָם וְלָמָּה פִּטוֹר הָא בְּזָה אֶף בְּרַצוֹן וּמַדַּעַת שְׂנֵיהֶם נְאָמֵר הָאִיסוֹר וְגַם מ"ש דְּשׁוֹגֵג הוּא לֹא אַדַּע הָא אִיסוֹר זָה גְלוּי וְיָדוּעַ לְכָל.

וְאִם כְּנִוְנָתוֹ לְפִטוֹר אוֹתוֹ מִתְּשַׁלּוּמִין בְּמַה שְּׁגָרַם לּוּ הִנְיָק בְּהוֹצָאוֹתָיו ג"כ יֵישׁ לְגַמְגָּם דִּי"ל דְּפִטוּמֵי מִיְלֵי הוּא פִּינן דְּאִינוּ רְשָׁאֵי מְצַד עֲצָמוּ לְהוֹלִיכּוּ בְּעַרְפָּאוֹת וּא"ד לְקָרַע כְּסוּתִי אֶף דְּעוֹבֵר עַל בַּל תִּשְׁחִית ל"מ לְדַעַת הַרְמַב"ם (פ"ו) מִהֶלְכוֹת מְלָכִים דל"ה רַק אִיסוֹר דְּרַבְּנָן א"ד לְאִיסוֹר דְּלִפְנֵיהֶם וְלֹא לְפָנֵי עֲפּוּ"ם דְּאָסוּר מְצַד עֲצָמוּ וְזָה שְׂטוּעָן עָלָיו שְׂחִיב לּוּ וְזָה מְשִׁיב לּוּ שְׂיִוְלִיכּוּ לַעַשׂ"ג וְדָאֵי פִטוּמֵי מִיְלֵי בְּעֵלְמָא הוּא פִּינן דְּאִינוּ אוֹמֵר וְהַפִּטֵּר דִּי"ל דְּמִדְּחִי לּוּ שְׂלֹא יִתְבַּעֲנוּ וְאִינוּ מְצָנָה עָלָיו שְׂיִעֲשֵׂה רַק פִּינן שְׂתוֹבַע אוֹתוֹ מְדַחֵי אוֹתוֹ בְּכָף מַשָּׂא"כ בְּאוֹמֵר קָרַע כְּסוּתִי דְּאִינוּ תוֹבַע לּוּ כְּלָל רַק הוּא מְעַצְמוּ בָּא אֵלָיו שְׂנִיזְקִי בְּרְשׁוֹתוֹ י"ל אֶף דָּאִם נְאָמֵר דְּעוֹבֵר מַה"ת עַל בַּל תִּשְׁחִית מ"מ לְעַנְיָן תְּשַׁלּוּמִין הֵנִי כְּמִזִּיק בְּרְשׁוֹת מַשָּׂא"כ כְּשֶׁזָּה תוֹבַע מְמַנּוּ וּמְדַחֵי אוֹתוֹ שְׂיִוְלִיכּוּ לַעַשׂ"ג הִינּוּ שְׂמַסְלֵק אוֹתוֹ מְמַנּוּ לְגַלוֹת דַּעֲתוֹ שְׂאֶף בְּעַקִּיפִין אֵין לּוּ מְמַנּוּ וְקִסְבֵּר שְׂאֶף בְּדִינֵי עַש"ג אִינוּ חִיבִיב לּוּ בְּזָה י"ל אֶף

דינא חייב דיני עש"ג מ"מ פיון דהלהך שלא ברשות ב"ד וחיוב לשלם לו מה שגרם לו הוצאותיו ואף דההוצאה שהוציא הנתבע יש לומר פיון דהתובע זכה דינו לא נקרא מוסר פיון דלא נתפנון להזיק לחבירו רק להוציא את שלו ועיין רדב"ז (ח"א סי' קע"ב) ובמ"ש לעיל (סי' כ"א) מ"מ ההוצאה שהוציא התובע אף דאמר לו הנתבע להוליכו לעש"ג י"ל דפטור לשלם לו וצ"ע בזה: סי' כח פתב הרמב"ם (פ"ז ה"י) מסנהדרין מי שקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני וישבע יהי חבירו נאמן בטענתו ויטול כו' ועבר היום ולא בא נתקיימו התנאים ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו יום ה"ז פטור מקנין זה ועיין ש"ע (סי' כ"א) ובסמ"ע ופ"ד צי"ן לעי"ן מ"ש (סי' נ"ה) ושם כ' דוקא אונס דשכיח ולא שכיח וכן אונס דל"ש כלל אכל אי שכיח ל"ה אונס דהו"ל לאתנויי ודלא כתשובת מהר"ש פהן.

ולכאורה ממה דקאמר בש"ס גדרים (דף כ"ז) בהא דאתפיס זכונתא בב"ד ואמר אי לא אתינ' עד למד יום ליבטלון איתניס ולא אתא ואמר ר"ה בטל זכונתא ורבא אמר אנוס הוא ומסיק בש"ס והילכתא אסמכתא קניא והוא דלא אנוס משמע אף אונס דשכיח ולא עוד דהא הר"ן כ' שם אפילו דומיא דחלה בנו שאינו אונס גמור כמו במתניתן שם דאדעתא דחלה בנו לא הדירו ה"נ לא עלה ע"ד שיניח בנו חולה ויצא לריב משמע דלרבא דומה לגדרים ובגדרים ל"ה ליה למדיר לאתנויי דמאי איכפת ליה כ"כ פהך דאתפיס זכונתא אף דנוגע לבעל דינו מ"מ ג"כ בודאי אם הנה מתנה הנה מתרצה פיון דאין פאן חיוב גמר שיבא רק ב"ד חששו שמה לא אמר אלא להשמט מהו והוא עשה מילתא יתירה והתנה אם לא יבא עד יום פלוני שיבטל זכותו ואומדנא דמוכח דל"ה דעתו על אונס אף אונס כ"ד וממילא י"ל אף אונס דשכיח ג"כ ול"ה צריך לאתנויי וכן נראה לדעת הריטב"א קדושין (דף נ') שכ' ומפי מורי דבגודר ואח"כ נולד לו אונס המעכבו לקיים גדרו מן פטר דאדעתא דהכי לא נדר ואפילו היכא דקא הוי אונס דשכיח ובריטב"א גדרים שם כ' בהא דאקשי רבא לר"ה מאונסי גדרים אע"ג דשאני גדרים ושבועות דפטר בהו רחמנא אונסא אפילו כ"ד דכתיב האדם בשבועה מ"מ הקשה מעיקר הטעם דאמאי שרי רחמנא בשבועה אונס כ"ד משום דלאו אדעתא דהכי נדר ה"נ גבי תנאי לימא דלאו אדעתא דהכי אתני מעיקרא.

ואף דשאני גדר דנוגע רק לגבי נפשי' ול"צ להתנו' וגם במדיר לחבירו ל"ה ליה להתנות דמאי איכפת ליה מה שאין פן באתפיס זכותא לימא דהנה לו להתנות צריך לומר דלרבא הואיל דלא הנה מחויב בדבר אנו סהדי אם הנה מתנה הנה מתרצה וא"כ דומה לגדר ואף באונס דשכיח י"ל דלא אפסיד במה דלא אתני: וגם בכל תנאים דיני ממונות מסתפק ליה להתשב"ץ (ח"א סי' צ"ה) דלמסקנא בש"ס ריש פתובות דאין אונס בגיטין לא הוי מפלגין כלל בין אונסא דשכיחא לאונסא דל"ש אלא בכל ענין פטור ולא תליא כלל משום דהו"ל לאתנויי הוא.

אולם דבריו הוא נגד הפוסקים דפשיטא להו דבאונס דשכיח אף למסקנא דש"ס מחזקין בסברא הזאת דהו"ל לאתנויי הואיל דשכיח וכמבואר ברא"ש ריש פתובות וכן מבואר בר"ן פ' פל הגט וברשב"א ותשובת הריב"ש (סי' ר"נ) דאף למסקנא דאין אונס בגיטין מצד התקנה מ"מ בשאר ענינים היכא דשכיח ג"כ אין טענות אונס: וקצת י"ל בדעת

רמב"ם דסתם בהלכות סנהדרין וכתב אם הביא ראיה שהי' אנוס באותו יום ולא פתב  
אנפני אונסים ס"ל אף באונס דשכיח ג"כ בזה פיון דלא רמיא עליו החיוב שיאמין לחבירו  
אם לא יבא ביום פלוני לא צריף לאתנויי ומיפטר אף באונס דשכיח אולם בהלכות  
מכירה (פי"א) במתפיס שטרן שאם לא יבא ביום פלוני ינתן לבע"ד כ' ואם עכבו נהר  
או חולי מלבא לא יתנו וחולי הוי אונס דשכיח ולא שכיח וי"ל דבהלכות סנהדרין סמך  
א"ע ע"ד בהלכות מכירה שקודם לכו.

והטור אף שבפי' (כ"א) העתיק דברי הרמב"ם בסתם אונס מ"מ (סי' ר"ז) העתיק ג"כ  
דבריו שבהלכות מכירה משמע ג"כ דכוננתו דוקא על אונס דשכיח ול"ש ורמב"ן  
בהלכותיו במס' נדרים שם כ' להדיא והוא דלא אגיס פירוש פגון חולי או פיוצא בו  
שעכבו נהר דל"ש דמעפב דל"ה ליה לאתנויי הרי דבאונס דשכיח אמרינן דהו"ל לאתנויי  
ול"מ אומדנא וכדעת המר"א ששון (סי' ס"א) וכן מבואר שם בדברי הרשב"א ובחידושי  
המאירי.

ונראה דאף להוציא קיי"ל פשיטתם ודלא כמהרש"ך. ודברי הר"ן דכ' דחלה בנו אע"ג  
דלאו אונס גמור הוא דל"ה פנונתו רק כשלא יבא בלי אונס כלל הוא רק על עצם האונס  
אבל מ"מ על שכיח ל"ה דעתו לבטל ועיין במח"א דיני שבועות (סי' י"ב) ובמה שיש  
לפלפל בדבריו ועיין כנה"ג יו"ד (סי' רל"ב ס"ק ל"ט) בהגהות ב"י שהביא דעת  
מהרש"ך דאפילו באונס דשכיח דאיבעי ליה לאתנויי היכא דאיכא אומדנא אזלינן בתר  
אומדנא וזה דלא פמסקנות המר"א ששון והש"ך יו"ד ובח"מ ה"ל: וראיתי במהרי"ט  
(סי' קל"ד) שכ' דאונסין של נדרים אינו כשאר אונסין דשאר איסורין פיון שהוא איסור  
הבא מאליו אנו הולכין בהן אחר אומד דעתו והביא דברי הר"ן ה"ל וכןראה מדבריו  
דהוא מטעם שהוא איסור הבא מאליו ובאמת דתליא רק באם שכיח ולא שכיח ואף לגבי  
מזון באתפיס זכונתא סובר ג"כ הר"ן וכל הפוסקים דאף באונס כ"ד סגי ולהיפוך מצינו  
דלגבי נדרים דעת הריב"ש דאונס מזון ל"ה אונס וכשפבר חלה עליו השבועה חייב  
להפסיד כל מזונו ומחלק בין הא דעפבו נהר או חלה בנו אף דיכול לסלק האונס בהפסד  
מזון ומ"מ הוי אונס כ' בזה שלשה חילוקים (סי' שפ"ז) חדא דהתם הוי אונס הגוף ועוד  
דהתם שייך לומר האדם בשבועה פרט לאנוס פיון דבשעת חלות הנדר הוא אנוס ועוד  
דלא עלה ע"ד אחד משניהם שניח בנו חולה ויגוף לסעוד אצלו דאין ענין אכילה דבר  
של קפידיא כ"כ ולא עלה ע"ד אחד מהם שיחול האיסור בענין זה אבל היכא דנשבב  
לחבירו ואין הענין מוכח שהיה רצון שניהם שלא תחול השבועה אם יקרה לו אונס בזה  
אינו ענין לזה עיי"ש וברמ"א יו"ד (סי' רל"ב סי"ב) ובש"ך שם ובספר בית הלל יו"ד  
(סי' קנ"ז) תמה על הרמ"א שכ' שם אם צנה עליו השר שלא לקיים שביעתו ונדרו אפי'  
ל"ה קנס רק מזון מיקרי אונס שנה דלא פתשובת הריב"ש ה"ל ובאמת שני דינים  
שברמ"א שם הביא הב"י משם הריב"ש וכבר עמד בסתיר' הדברים במל"מ (פ"ב) מהל'  
שבועות ומחלק בין אם אירע האונס ממ"א או אונס מזון על גוף הנדר והשבועה ועיין  
תשוב' הראנ"ח (ח"ב סי' נ"ט) דעמד ג"כ ע"ד הריב"ש בזה.

ובאמת ל"ק כלל דהא הריב"ש בעצמו מחלק לבין אם פבר חל הנדר והשבועה או אם  
האונס בא בשעת חלות הנדר ומזה איירי הרמ"א שם דומיא דחלה בנו דכ' הריב"ש אף

דל"ה רק אונס ממון ש'כול לשפור משמשין ורק אם פ'ר חל ואח"כ פ'ר האונס ל"מ אונס ממון.

ושוב ראיתי בס' אבני מילואים (ח"א סי' נ' ס"ק ז') דכתב פ'ר בדעת רמ"א ובאמת המעיין בריב"ש במקומות הנ"ל יראה מבואר פ'ר. שוב מצאתי שפ'ר קדמוהו בזה הכנה"ג בתשובתיו בעי חיי (ח"ב סי' קי"ט) לנישב עפ"י דר' הל' פ'ר מקומות בתשובת ריב"ש וכוונתי לזה כמבואר לעיל (סי' י"ט) ולגבי קנס ממון אף אונס ממון הוי אונס וכמבואר מדברי הריב"ש (סי' שפ"ז) ד'ן רק על השבועה ולא על הקנס ועיין באה"ע שם ובב"ש (ס"ק ט"ז) דמסיק פ'ר להלכה דבאונס ממון פטור מן הקנס.

[וראיתי בתשובת שארית יוסף (סי' ע"א) שצ"י שם הב"ש דכ' דמוכח קצת שחייב ממון הרבה מיקרי אונס מדכ' אפילו ל"ה יכול לבטלו אלא ע"י ממון הרבה שיצטער בנתינתו נ"ל שחייב לתתו ולא יעבור על ל"ת הרי אף פ'ר מהשבועה ואעפ"כ כ' ממון הרבה שמצטער בנתינתו משמע דרק מצטער על נתינתו אבל נותר לו מה אבל פ'ר פ'ר כל אשר לו משמע אף בשבועה פטור והמעיין בריב"ש יראה דכ' דשלא לעבור על מצות ל"ת חייב לבזבז אפילו כל ממונו אף שלא לעבור בשבועה ועיין מ"ש בזה לעיל סי' הנ"ל] וממילא ה"נ אף אם ל"ה רק אונס ממון דעכבו הנ"ל לעבור בהוצאות ממון מ"מ מיקרי אונס ולא הפסיד זכותו: ועיין בגליון רע"א יו"ד שם דעמד ע"ד הריב"ש דמה מיייתי הש"ס ראיה ממתנייתין דגדרים להא דאתפיס זכונתא מנ"ל דטעמא דמתנייתין דאדעתא דהכי לא אדר' דלמא מטעם האדם בשבועה.

ובלא דברי הריב"ש הוי מקום לומר דחלה בנו הוי רק אונס ממון ובאונס ממון לא ממעט מהאדם בשבועה ומוכח הסברא דאדעתא דהכי לא אדר' אבל לדברי הריב"ש תמוה. וכבר עמד בזה הריב"ש א שם כמו"ש לעיל וכ' דהקשה מעיקר הטעם דהא דפטר רחמנא אונס בשבועה הוא משום דלאו אדעתא דהכי נדר.

אולם הריב"ש דכ' היכא דכ'ר חל בלי שום אונס וטעות א"י לעבור רק מפני פ"נ וכ' דבמתנייתין בחלה בנו קרוב לס"נ ודאי יקשה מה מיייתי הש"ס ראיה. אולם ע"כ צריף לומר דלאו דוקא סמך הריב"ש על תירוץ זה דהא קתני נמי במתנייתין עכבו נהר ושם ודאי לא איירי באופן דאי אפ'ר לעבור הנ"ל בשום אופן דל"צ לאשמועינן א"ו אף ד'כול לעבור בהוצאות ממון ג"כ פטור דלאו אדעתא דהכי אדר' וכמ"ש שם הריב"ש א והנ"י דאף אם יכול לעב' בספינה שלא כפי המנהג אונס הוא משום דלאו אדעתא דהכי אדר' וא"כ ע"כ צריף לומר דעיקר הטעם משום שהוא קודם חלות הנדר או משום דליכא קפי'דא כ"כ אמרינן אדעתא דהכי ולכ' מיייתי הש"ס ראיה להקשות להא דאתפיס זכונתו: והיכא דיש אונסין דשכיחא ולא אתני ואירע אונס דלא שכיח' כ' שם הגרע"א ז"ל דמשמע ליה מדברי רש"י נדרים שם דכתב שם ומעברא אונס' דמגליא הוא דזימנין דלא משתכחא בהאי גיסא ומיבעיא ליה לאסוקי אדעתיה ואפי"ה לא התנה משו"ה אי מי'תניס בהאי זמן גמר ומקנה אפילו עכבו שום אונס אבל בעלמ' אי אי'תניס פטור ודניק מזה אף דאירע אונס אחר אמרינן דאי אסיק אדעתיה עליו ה'ה מחייב עצמו דמה הפ'רש לו בין אונס זה לאונס אחר ורק היכא דליכא לפנינו אונס דשכיח בזה יש טענת אונס

והניח הדבר בצ"ע לדינא ולדעתה הפעוט פנראה מלשון הראשונים דכ' דג' מיני אונסין  
הן שכיחין ולא שכיחין פלל ושכיחין ול"ש.

ובל"ש פלל אף בגיטין יש טענת אונס דלא אסיק אדעתה להתנות ובשכיח אין טענת  
אונס דהו"ל לאתנווי והואיל דלא אתני והדבר הוא שכיח ע"כ נחית אדעתה דאונס  
ובנדאי בכל ענינים יש אונס דשכיח ובכ"ז אף דנחיל ע"ז הואיל דלא התנה מ"מ אם אינרע  
אונס דשכיח ול"ש הואיל די"ל דלא אסיק אדעתה יש טענת אונס ולא אמרינן הואיל  
דנחית להתחייב באונס דשכיח מתחייב אף באונס דשכיח ול"ש הואיל דלא אסיק אדעתה  
וכבר הביא שם הגר"ע ו"ל דברי מהריק"ש ו"ל דהרבה אונסין דשכיחי המצטרפין מקרי  
ל"ש וכ"כ כנה"ג שם וכן מבואר מדברי מהר"א ששון ומתשובת הראנ"ח הרי אף  
דאיתרמי אונס דשכיח מ"מ אם מתרמי השכיח ול"ש יש טענת אונס דכמה אונסין  
דשכיחו ל"ה פלא שכיח פלל רק פשכיח ולא שכיח ובכ"ז יש טענת אונס ול"א הואיל  
דלא אתני על אונס השכיח ונחית ע"ז להתחייב אם הנה מסיק אדעתה אונס דל"ש ושכיח  
הנה ג"כ נחית להתחייב פיון דלא אסיק אדעתה ולא התנה בפירוש להתחייב יכול לטעון  
טענת אונס.

ומדברי רש"י אין לדייק דהא אם נאמר דכוננתו אף אם אינרע אונס אחר מדכ' אפילו  
עכבו שום אונס גידוק מינ' דאף אונס דל"ש ל"ה אונס וזה נדאי אינו דהא אפילו בגט  
דאין טענת אונס מ"מ אונס דל"ש פלל כמו אכלו ארי יש טענות אונס כמבואר בש"ס פ'  
מי שאחזו ובש"ע אה"ע (סי' קמ"ד) ואף אם יש טענות אונס ובמת אמרינן דהוי גט  
מטעם דלא נחיא ליה דתיפול קמי יבם מ"מ באכלו ארי דל"ש פלל לא אסיק אדעתה  
שירצה שיהיה גט כמבואר בתוס' ריש פתובות הרי דמה דלא אסיק אדעתה יש טענת  
אונס א"ו דכוננת רש"י שום אונס היינו דשכיחין.

וממילא גם אונס דשכיח ול"ש במקום דיש טענת אונס פיון דלא אסיק אדעתה א"צ  
להתנות אף במקום דיש אונס דשכיח מ"מ זה אסיק אדעתה ונחית להתחייב בזה ולא על  
אונס השכיח ול"ש.

שוב ראיתי בס' שער משפט (סי' נ"ה) דחקר ג"כ בדין זה והנלע"ד פתבתי ובקל יוכל  
המעין בדבריו ליישב פל ראיותיו: ועיין במהרי"ט חאה"ע (סי' י"ב) שפתב דאין  
להשוות סבות האונס לאונס עצמו דמאחר שהאונס עצמו מצוי ע"י סבות קרובות והו"ל  
לאסוקי אדעתה אעפ"י שאינרע הדבר במקרה שנתגלגל ע"י סיבה רחוקה כגון שנתחבש  
ע"י בנו או אביו מאחר שהיה ראוי לבא הו"ל לאתנוי והא דאכלו ארי אינו גט משום  
דל"ש אף דמיתה עצמה שכיחא התם מיתה עצמה ומיתה משונה תרי מילי נינהו ואדעתה  
דמיתה נחית משום דאינש בלא זמניה לא מית ומ"מ לא אסיק שימות מיתה משונה אבל  
תפיסה עצמו פיון דמצויה מדלא אתני אפסיד אנפשיה וע"ד כן גרש ועיי"ש שהביא ראוי  
ממס' גדרים (דף כ"ג) אף דלא אסיק אדעתה סיבת ההפאה מ"מ פיון דהפאה עצמה  
שכיחא ל"ה נולד ומיקרי מצוי עיי"ש ומדברי הנ"י שם משמע קצת דנ"מ גם על הסיבה  
ומ"מ אף לדעת מהרי"ט הוא דוקא אם הוא שכיח לבא ע"י סיבה רחוקה אבל אם אינרע  
אונס דשכיח ולא שכיח בדיני ממונות די"ל לא אסיק אדעתה אף שיכול להיות עיפובו  
ע"י דבר דשכיח מ"מ אם הצליח ולא אינרע רק אונס דשכיח ול"ש דל"ה לאסוקי אדעתה

יש לו טענות אונס: והנה בטוש"ע כתב דצריף להביא ראיה שהיה אונס באותו יום ומבואר דאם לא הביא ראיה א"נ ומוציאין מידו אם התנה שאם לא יבא וישבע שחבירו יהיה נאמן בטענותיו ויטול בלא שבועה ולכאורה למה לא יהיה נאמן בטענתו שהי' אונס מלבא ולמה לא נאמר ברי ושמה ברי עדיף פינו דהוא להחזיק.

וצריף לומר דכך היה התנאי שלא יהיה נאמן רק בראיה ומסתמא פשקבל קנין ע"ז באם לא יבא ביום פלוני שחבירו יהי' נאמן ויטול נחית ע"ד זה שיכרר דאל"כ מאי אהני ליה ההבטחה דלעולם יכול לומר דנאנס מלבא ובנדאי היה הפנונה שיכרר האונס.

וראיתי בתנאים שכת' אף דבכ"מ הממע"ה מ"מ פאן ל"מ טענתו אונס היתי דהא אפילו א"א מתירין בחזקה דל"ה אונס ומכ"ש דמוציאין ממון כ"ז שלא מכרר אונסו. ולא אבין שם לא חיישינו לדלמא לא בא מחמת אונס כ"ז שלא טוען פן אכל מנ"ל דאם טוען ברי דהיה אונס וי"ל דברי ושמה ברי עדיף וראיתי בס' שער משפט דכ' למ"ש תוס' מס' פתובו' הא דל"ח לאונס משום דרוב לא אונס וא"כ לענין ממון פינו דאין הולכין בממון אחר הרוב נאמן לומר שהיה אונס לפטור עצמו כמו בפקדון דנאמן לומר נאנסו לפטור עצמו והניח בצ"ע.

ואין ספקו מוציא מידי ודאי משמעות דברי רמב"ם וטוש"ע וכמ"ש התנאים ומתוס' אינו ראיה חדא דע"כ צריף לומר דהוי רוב גמור דאל"כ נימא סמוך מיעוטא דאונס לחזקה דא"א ואף דאיתרע החזקה א"א פינו דנמן לה הגט מ"מ הא התנה תנאי אם לא יבא ואם באמת נאנס מלבא נשארה בחזקה א"א וצריף לומר דהוי חזקה ג"כ דלא נאנס והוי רוב בחזקה וממילא מהני גם לענין ממון ועוד י"ל שם כ"ז שלא בא ולא שמענו אם היה אונס מלבא וליכא שום ערעור אבל לא ידענו אפשר באמת נאנס מלבא ליכא אלא רוב דאפשר שיתברר האונס ומ"מ סמכינן על רוב והצנועות יחושו אפשר יתברר האונס.

אבל אם בא אח"כ טוען שבאמת נאנס מלבא ואין בידו לברר לזה ודאי ל"ח דהוי מיעוטא דמיעוטא לגמרי שנאמר שאירע לו אונס ול"ה בידו להעמיד עדים ולברר ועוד דע"כ זה היה דעתו וכוננתו שאם לא יברר האונס שלא יהיה נאמן דא"כ מאי אהני התנאי.

לכן הפרור דכ"ז שאינו מכרר שנאנס מלבא מוציאין ממנו ממון וכמ"ש התנאים והא דשומר נאמן לומר נאנסו בשבועה לפטור עצמו שאני שומר דהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שפך פל שומר רוצה לחייב עצמו בחיובו שחיובו התורה כמ"ש תוס' פתובות (דנ"ו) משא"כ היכא דחיובו ברור ורוצה לפטור עצמו בטענת אונס צריף לברר ועיין (סי' רכ"ז) לגבי אונאה אם שקה יותר מפדי שיראה לתגר אם יברר שהיה לו אונס יכול לחזור ושם עמד ג"כ בש"מ דלמה לא יהיה נאמן כמו שומר שחר אם נשבע שנאנס דנוטל שחרו והעלה דוקא במקום שיכול לברר בעדי' אז א"נ אבל באונס שאינו נגלה לכל נאמן בשבועה ויטול מן המאנה דמסתמא אין אדם מוחל על אונאתו.

ול"נ פלל דלא מצינו בזה שיהיה נשבע ונוטל וכיון שהקנין ברור לפנינו וזה בא לבטל הקנין צריף לברר האונס ואינו דומה לשומר שחר דשם עשה על פיו כפי שהיה מצוה מהבעלים ונתחיי' לשלם רק שבועה צריף כמו בחנוני על פנקסו ועיין נתיבות (סי' ש"ג ס"ק ג') בזה משא"כ לגבי מו"מ שפכר הוחזק הקנין ושהה אחר שיראה לתגר וזה בא

לבטל המקח ולומר שנגאנס עליו לברר ול"מ דא"נ להוציא רק אף להחזיק במקום דלית ליה מיגו י"ל דא"נ וכמו פאן דצריף להביא ראיה על האונס: ועוד י"ל למ"ש הפנ"י ריש פתובות באכלו ארי דלא סליק אדעתיה דהוי אונס אף בגיטין אפ"ה הוי ספק גט דמידי ספיקא מיהו לא נפקא דשמא אף אם לא אירעו אונס נמי ל"ה בדעתו לבא וכ"כ שם בס' הפלאה דאף אם הנה איזה סיבה שאפילו אם ירצה לבא א"י לבא מ"מ אם באמת אינו רוצה לבא פלל נאפילו אמל"ה אונס ל"ה פא לא מקרי אונס רק אם ברצונו לבא והאונס מעפבו א"כ בד"מ נמי אף דמברר שהנה אונס מ"מ נשאר עדיין הספק דלמא באמת לא רצה לבא פלל נאף אם ל"ה אונס ג"כ ל"ה פא אף ע"ז שוב נאמן מצד בו"ש פרי עדיף אבל באינו מברר האונס הוי ס"ס לצרף לחיובו חדא דלמא ל"ה אונס פלל נאף אם הנה אונס דלמא בלא"ה ל"ה רוצה לבא.

אף אם נאמר פן א"כ בבא להוציא מחבירו ע"י זה שלא פא מצד אונס ולא איבד זכותו נימא דלמא אף בלעדי האונס ל"ה רוצה לבא וצריף לומר דלזה אמרינו בו"ש פרי עדיף אף דהוא להוציא או דע"ז הנה החיוב לאבד זכותו פאם לא יברר האונס מה שבידו לברר ולא מה שאין בידו לברר.

ונראה דאם לא פא ומת אח"כ לא טענינו עבור יתומים שפא נאנס מלבוא דזה הוי כל"ש לגמרי דלא טענינו עבור יתומים אף אם הוא להחזיק ועיין בתומים דמבואר מלשון הרמב"ם דאף אם לא נאנס רק ביום אחרון ולא נאנס מקודם ג"כ טענתו טענה וברמ"א יו"ד (סי' רל"ב סי"ב) הביא דעת האגודה דלא מקרי אונס דהו"ל להקדים ביאתו ולא להניחו על יום אחרון וכבר כ' המג"א (סי' ק"ח ס"ק י"א) דגבי שבועה חשש לחומרא והביא ראי' מדברי המסבר פאן וכ' וראיות האגודה שם ליישב ובאמת המעיין בד"מ ורמ"א יו"ד שם יראה שטעמו של הרמ"א הוא דשאני שבועה ונדר דחיוב עליו לעשות מיד שיכול דהביא מיד סמוך לדברי האגודה דברי הריב"ש שכ' מיד שיכול לקיים הנדר קיימנו ולא יאמר עדיין יש לי זמן ולא יתירשל כדי שלא יבא זמן שלא יוכל לקיימו או שימות דומיא להא דאמרינו בריש נדרים באומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר מונה מיד נזרו שפא ימות ואם לאו עובר על בל תאחר א"כ אינו דומה מה דרמיה עליו החיוב לעשות מיד להקובע זמן אם לא יבא דליכא חיוב עליו פלל עד יום אחרון שיבא ובאמת אינו מוכן פלל ראיות אגודה מהא דבתי ערי חומה דהתורה אמרה שיכול לפדות סוף יב"ח ולא חל עליו פלל החיוב מקודם להוציא מעותיו לכף תליא עיקר על יום אחרון שם משא"כ בנדר ושבועה דחייב לעשות מיד דחיישינו שפא ימות ולמ"ש הר"ן שם דכשאמר לא אפטר מן העולם ה"ק הרי עלי למנות נזירות בענין שלא יהא חשש בנדר שאשלים נזירות קודם שאפטר מן העולם משמע דמה"ט עובר בבל תאחר פיון דנדר בלא אפטר חייבא רמיה עליו לקבל מיד הנזירות דהוי פאתני בפירוש שלא יהיה לו טענת אונס אח"כ לכן חל עליו החיוב להתחיל למנות מיד משא"כ בנדר לעשות דבר ביום פלוני לא חל עליו החיוב מיד די"ל דקבע לו זמן ואם נאנס אח"כ פטור דאונס רחמנא פטרו [ועפ"י דברי הר"ן הנ"ל י"ל בטעמ' דרמב"ם במנין הפצות ל"ת (קנ"ז) דבזמן שעובר על בל תאחר היינו לאחר שלש רגלים עובר ג"כ על לא יחל והרמב"ן (סי' צ"ד) חולק עליו וסובר דמשום בל יחל אינו עובר עד שיעבור על הנדר ואי אפטר לקיימו ואין לבל יחל ענין לרגלים ומוכא במל"מ (פ"א מערכין וי"ל דטעמא דרמב"ם



הוא משום פניו דעובר על בל תאחר אם עבר שלש רגלים אנו סהדי דאסיק אדעתך' בשעת נדר שלא יעבור ע"ז ונדר שיבא בהכרח תוך זמן זה והוי פנודר שיבא תוך זמן זה וכשעבר עובר ג"כ על בל יחל דומיא לאומר לא אפטר.

וא"ל א"כ נימא גם כן פניו דקאי בעשה בעובר רגל ראשון ודאי דעתו הנה בשעה שפנודר שלא יעבור על העשה א"כ הוי פנודר על זמן רגל ראשון ויעבור על לא יחל ג"כ. ז"א דהא העשה הוא רק עליו אם עולה צריף לקיים ובאת שמה והבאת שמה וכשאינו עולה פגון שפטור מלעלות או כשנאנס אינו עובר על העשה ועיין בפנ"י מס' ר"ה (דף ו') א"כ ע"ז לא אסיק דעתו שיהיה קביעות זמן דוקא על רגל הראשון אבל על שלא לאחר שלש רגלים דאז חל עליו החיוב אף לשלוח כמו"ש שם הפנ"י ודאי דעתו הנה שלא לעבור והוי פקובע זמנו שלא יאחר לקף אם עבר ג' רגלים עובר ג"כ על בל יחל ויש בזה לדבר הרבה אכ"מ] ועיין בר"ב"ש (סי' נ"ה) בפי שגשבע לעשות דבר תוך זמן שנה מקרי חל הנדר ויכול להתירו מעכשיו וה"ט פניו דמחויב מעכשיו לעשות.

אולם פקובע זמן על יום פלוני מניין לנו דחל החיוב עליו לעשות מעכשיו וכןאנס אח"כ באותו יום לא יהיה טענות אונס הא לזה התנה שיתחייב ביום פלוני ובאמת אף פנודר כה"ג פקובע היום ג"כ לא חל רק באותו יום וע"ש בר"ב"ש א"ר יש נדרים דאף באומר לא אפטר ג"כ אינו עובר על בל תאחר עד אחר שלש רגלים רק מדרבנן מחויב למנות מיד מטעם שמה ימות וא"כ לא תליא בלשון לא אפטר וא"ש ראיות הריב"ש דלגבי נדר ושבועה צריף לחוש לשמה ימות אבל מ"מ זה דוקא פנודר ושבועה אבל בתנאים שבין אדם לחבירו אם קובע זמן אף אם אמר תוך יב"ח ולא קבע יום פלוני תליא עיקר אם נאנס ביום אחרון.

שוב ראיתי במח"א הלכות שבועות (סי' י"ד) שכתב כן וראיתי לו שם (סי' י"ב) בנשבע לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פלוני שיתן לו כו"כ קנס ואירע לו אונס באותו יום וכ' דוקא בלא השיגה ידו לפורעו לא בתוך זמן ולא בזמנו שקבע אבל אם קודם שהגיע הזמן היה לו ואח"כ אין לו ל"ח אונס והביא דברי האגודה ולע"ד יש לעיין בזה טובא אף דחייב מדרבנן לעשות מיד לקיים שבועותו מטעם שמה ימות מ"מ אם לא עשה שיתחייב הקנה בשביל זה צ"ע דהא פניו דקבע זמן התנה בפירוש דצריף לו להמעות עד אותו זמן וראיות האגודה יש ליישב בדוחק אבל לדינא להוציא ממון בשביל שלא פרע מקודם צ"ע: סי' כט בש"ע (סי' כ"ג) כ"ז שבע"ד עומדים לפני הדיון נאמן לומר לזה חייבתי ולזה זכיתי וסתלקו מלפניו א"נ כו' אבל ב' נאמנים לעולם אפילו אם יש ב' עדים המכחישים אותם.

ונראה מדברי הר"ן קידושין דהוא רק תקנתא דרבנן שיהי' נאמן דומיא דכ' בברייתא דנאמנת חיה לומר זה פהו שהוא משום דעפ"י הרוב אי אפטר בלא"ה ה"נ בדיון ובריב"ש (סי' ת"ז) כ' דכ"ז שבע"ד לפניו חכמים האמינוהו כב' דומיא דבעל המקח ועיין סמ"ע (סי' רכ"ב) ומשמעות דברי הראשונים דהוא רק מדרבנן מתקנתם וכן מבואר בחידושי רשב"א קידושין הא דנאמן בעל המקח הוא תקנות חכמים כעין נאמן הדיון ונאמנת של חיה אף אם פן נאמר כמו בחיה אם קרא עליו ערער אף בע"א א"נ וכ' שם הר"ן הטעם דל"א כ"מ שהאמינה התורה ע"א הרי פאן שנים דזה ל"א רק בדבר שראוי

להאמין בו ע"א במלתא דעביד' לאגלוזי משא"כ בחיה דא"נ רק מפני שעפ"י הרוב אי אפשר בלא"ה לכך מהני הכחשת ע"א אף אחר שהעידה א"כ נימא בדין ג"כ אם עד אחד מכחיש אותו שלא יהיה נאמן ולא כן נראה דהא בב' דיינים אפילו אם ב' עדים מכחישים אותם נאמנים הדיינים משום דהם מדייקים ביותר וכ"כ בדין א' אם אחד מכחישו נאמן הדיין משום דרמזא עליו למדבר: ובאמת הא דב' דיינים נאמנים לעולם אפילו אם ב' מכחישין ועיין ש"ד (ס"ק ח') משם מהריב"ל ז"ל דבב' נאמני' לעולם וא"צ אפילו לחזור ולדין היכא דל"ה שודא דדייני ויהש"ד חולק וחוכה לומר דבאפשר למהדר ולדיינינהו ל"ש נאמנות פלל והפע"ן תשובת הרא"ש (פלל נ"ו סי' ו') יראה דאף בדין דאפשר למהדר ולדייני' ג"כ נאמנים וכן הכריע התומים.

ויש להבין מנין לי' להרא"ש עיקר הדין דבב' אין דנין פשני פתי עדים המכחישין זה את זה רק דתלינו הטעות בהעדים משום דהדיינים רמו אנפשייהו ומדכרי טפי מן העדים אם נאמר דכל נאמנות דייני אחד הוא רק מתקנתא דרבנן מניין לומר דיהיה מהני הסברא דרמו אנפשייהו ומדכרי לגבי ב' עדים המכחישים אותו ואומרים שפסקו להיפך א"ו משמע ליה להרא"ש דסברא הזאת הוא סברא מה"ת ודיין א' אף אם מכחיש אותו הבע"ד ואף ע"א עמו נאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו יותר כ"כ בתרי נאמנים לעולם אף נגד תרי המכחישים.

ויקצת נראה מדברי ספר ראב"ן (דף קל"ו) דבב' דיינים אין להם נאמנות יותר מב' עדים דכ' וכשנפטר מלפניו אינו דיין עליהם אלא עד הוא וא"נ אבל אם היו שני הדיינים היו נאמנים אפילו נפטרו מלפניהם שהם אינם דיינים עדים הם דלא גריעי מעדים אחרים ונגיד עליו ריעו נאמן בעל המקח כו' עיי"ש עוד בדבריו ומדכ' פשנפטר מלפניהם דל"ה רק עדים משמע דאם אחרים מכחישים הווי פתרי ותרי ועוד הביא שם יש מפרשין הא דא"נ משנפטרין מלפניו משום דמילתא דלא רמזא עלי' הוא ולא מידכר וכ' ולא היא דאף במלתא דלא רמזא דכיר עד ס' שנין ומילתא דרמזא דכיר טפי ועוד מילתא דרמזא הוא דמה שהוא עושה משום אל לבו וזוכר וכן בעל מקח משיצא מידו אינו אלא פאיש אחר שהוא עד וכן שלישי פנין שיצא השלישית מידו אינו אלא כעד בעלמא מפל דבריו נראה דחתר רק להשיב על היש מפרשין הרוצים לעקור מן הדיינים כשאין בע"ד עומדין לפניו תורת עדות אבל להעדיף פחם משום דהם זוכרין ביותר ולתלות הטעות בשני עדים המכחישין לב' דיינים לא עלה ע"ד ועיין תשובת ריב"ש (סי' ת"ד) דהרבה ג"כ בראיות דב' דיינים לא גריעי מעדים דעלמא ואף שכ' ואדרבה עדיפי מנייהו דדייקי טפי מ"מ העמיד עיקר ראיותיו דלא גריעי אבל לא דעדיפי אף במקום הכחשות ב' עדים כנראה שם דלא עלה על דעתו רק להאמינם כמו שאר עדים גם נ"מ אף אם אין שנים מכחישין אם נאמר דא"נ רק מתורת עדות צריכין להעיד בפני ב"ד של שלשה שיקבלו עדותן וגם שיהיו כשרים להעיד ולא בקרובי' דנדאי הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדים לפניו א"צ להעיד בתורת עדות פנין דבלא"ה חז א"נ ועפ"י ב' עדים יקום דבר פתיב ואכז"ל ראו להאמינו מטעם דמידק דיין ולא תורת עדות עליו וא"צ להגיד בפני ב"ד וגם מסתימת הפוסקים דכל דייני שקבלו עליהן הבע"ד לדון בפניו אף אם הוא קרוב או פסול לעדות מ"מ פנין שקבלו עליהם לדיין ביניהם מהני הקבלה ונקרא שם דיין ונאמן בזמן שבע"ד עומדים לפניו.

אָבֵל אַם ב' מִכְחִישֵׁין לִב' דִּינִינִים כְּשֶׁנִּפְטְרִין מִלְפָּנֵיהֶם דְּשׁוּב לְאו תוֹרַת דִּינִינִים עֲלֵיהֶם רַק תוֹרַת עֲדוּת פְּסוּלִין וְקִרְוּבִין א"נ וְגַם צְרִיכִין אַף כְּשֶׁרִים לְהַעֲיֵד בִּב"ד שָׁל ג' שְׂיִקְבְּלוּ עֲדוּתוֹ. וְלִדְבָרֵי הָרָא"שׁ וְטוֹש"ע דְּשָׁנִים נְאֻמִּים לְעוֹלָם אַף נֶגְדַּב' הַמִּכְחִישִׁים מִשְׁמַע דִּל"צ עֲלֵיהֶן שֵׁם עֲדוּת דְּבַעֲדִים אָמְרִי תָרִי וְתָרִי וְכִינּוּן דְּעֲדִיפִי מַעֲדִים מִשְׁמַע דִּל"צ שְׂיַעֲיֵדוּ בְּתוֹרַת עֲדוּת בְּפָנֵי ב"ד וְגַם אֶפְשָׁר דְּקִרְוּבִים ג"כ נְאֻמִּים וצ"ע: וְלָמָּה דְּנִרְאָה דְּהָא דְּנִנְאָמֵן הַדִּינִין ל"צ הַגָּדָה בְּתוֹרַת עֲדוּת וּבְזִמְנֵי שְׂאִין בַּע"ד עוֹמְדִין בְּפָנֵי דְּדִינִין אֶחָד דֵּא"נ רַק בְּתוֹרַת ע"א וְצָרִיךְ הַגָּדָה בְּקַבְּלוֹת עֲדוּתוֹ בְּפָנֵי ב"ד א"ש מַה שְׁהַעֲרִיר אַמְמו"ו ו"ל בְּסִפְרָא ד"ח דִּינֵי קִידוּשֵׁין (ס' כ"א) דְּלַדְעַת הָרָ"ן מִס' חֲנֹלִין בְּמִקּוּם דְּלִיכָא ח"מ עֵא"נ וְסַתֵּם שׂוּדָא דְּדִינָא הוּא בְּאִינָם מְוַחֲזָקִין וְלָמָּה א"נ כְּעַד אֶחָד עֵי"ש בְּדְבָרֵיו וּבִמ"ש שֵׁם בְּהַגְהוּתִי וְלִמ"ש אַף בְּמִקּוּם דֵּאִין שְׂנִיָּהֶם מְוַחֲזָקִין דַּע"א נְאֻמִּין מ"מ נ"מ אִם צָרִיךְ שְׂיַעֲיֵד בְּפָנֵי ב"ד וְגַם צָרִיךְ שְׂיַהֲיֵה כְּשֶׁר לְעֲדוּת וּפְסוּל א"נ כְּמוֹ דֵּאִין עַד אֶחָד קֵא"פ נְאֻמִּין לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה וְע"א כְּשֶׁר צָרִיךְ לְהַעֲיֵד בִּב"ד וְכ"כ הֵיכָא דְּלִיכָא ח"מ לַדְעַת הָרָ"ן דְּנִנְאָמֵן ע"א צָרִיךְ לְהַעֲיֵד בִּב"ד וְקֵא"פ א"נ וְמ"מ לַדְעַת הָרָא"שׁ וְהַטּוֹש"ע דְּשָׁנִים נְאֻמִּים אַף בְּמִקּוּם הַכְּחָשׁוֹת עֲדִים וְלְעוֹלָם י"ל דְּגַם ע"א הֵיכָא דִּל"צ רַק לַע"א י"ל דִּל"צ אַף לְהַעֲיֵד מִחְדָּשׁ וְכוּן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ קֶצֶת מִדְּבָרֵי הַשְּׂ"ף (ס"ק ב') שְׂפַתְב דְּלַעֲנִין לְפִטְרוּ מִשְׁבוּעָה לֹא גָרַע מֵעַד דְּעֲלָמָא מִשְׁמַע דֵּא"צ הַגָּדָה בְּפָנֵי ב"ד: וְרֵאִיתִי בְּשִׁטָּה ל"נ לְמִי לְאַחַד מִן הָרֵאשׁוּנִים מִס' קִידוּשֵׁין דְּכ' בְּהָא דְּנִנְאָמֵן בַּעַל הַמִּקְחָא ע"ג דְּהָכָא לִיתִּיהֵּ לְטַעֲמָא דֵּאִיתָא בְּדִינִין דְּהִתֵּם הִימּוּנֵי הַמְּנוּהוּ פִּינּוּ דְּקַבְּלוּ עֲלֵיהוּ וְהִינּוּ טַעֲמָא נְמִי דְּשְׁלִישׁ בְּעֲלָמָא שְׁהוּא נְאֻמִּין פִּינּוּ דְּהִימּוּנֵי הַיִּמְנוּהוּ אָבֵל גְּבִי מוֹכֵר לִיכָא ה"ט אֲלֵא טַעֲמָא דְּפִירֵשׁ רִש"י דְּבִזְמַן שְׂמִקְחוּ בִּידוּ מִיִּדְק דִּינִיק וְלִכְּף הַיִּמְנוּהוּ רַבְּנָן מְבִנְיָן מְבִנְיָן דְּהָא דְּדִינִין נְאֻמִּין הוּא כְּמוֹ שְׁלִישׁ דְּכִינּוּ דְּקַבְּלוּ עֲלֵיהֶן לְדִינִין נוֹתְנִים לוֹ הַנְּאֻמִּנוֹת וְכוּן כ' עוֹד שֵׁם בְּהָא דְּנִנְאָמֵן הַדִּינִין דְּכ"ז שְׁעוֹמְדִין לְפָנֵי רַמִּי אֲדַעְתִּיהֵּ וְאִדְכֵּר וּמְהִימֵן כְּבִתְרִי דְּהָא הַיִּמְנוּהוּ פִּינּוּ דְּקַבְּלוּ עֲלֵיהוּ כ"ז שְׁלֵא כְּתַב לְהֵם פ"ד מְקַרִּי בַּעֲלֵי דִינִין עוֹמְדִין לְפָנֵי עכ"ל [וּמ"ש דְּכ"ז שְׁלֵא כְּתַב לְהֵם פִּס"ד עוֹמְדִין לְפָנֵי לֹא מִשְׁמַע כֵּן מִדְּבָרֵי הַפּוֹסְקִים וְכוּן מִדְּבָרֵי הַשְּׂ"ף (ס"ק א')] וְלִדְבָרֵיו דְּדוּמָה לְשְׁלִישׁ דְּנִנְאָמֵן כ"ז שְׁהַשְּׁלִישִׁית בִּידוּ וְדֵאִי אַף קְרוּב אוּ פְּסוּל בְּקַבְּלוּ עֲלֵיהוּ לְדִינִין נְאֻמִּין כְּמוֹ בְּשְׁלִישׁ כְּמִבְּנִיָּאָר (ס' נ"ו) וְאַף אִם הַשְּׁלִישׁ הוּא נְכָרִי מְבִנְיָן תְּשׁוּבַת הַרֶשֶׁב"ש (ס' תס"ב) דְּגַם כֵּן נְאֻמִּין וְא"כ כְּמוֹ כֵּן אִם קַבְּלוּ עֲלֵיהֶן נְכָרִי לְפִשְׁרֵיהֶם נְאֻמִּין כ"ז שְׁבַע"ד עוֹמְדִין לְפָנֵיהֶם הוּאִיל שְׂקַבְּלוּ עֲלֵיהֶן אוֹתוֹ לְדִין בִּינֵיהֶם כְּפִי אֲנֻמְד דַּעְתוֹ הַיִּמְנוּהוּ: וְהָא דְּשְׁלִישׁ נְאֻמִּין מִטַּעַם דְּהַיִּמְנוּהוּ לְכַאוּרָה נִרְאָה דְּהוּי מִן הַדִּין וְעֵינִין תְּשׁוּבַת רֶשֶׁב"ש (ח"ד ס' ס') דְּדַעַת הַשׁוֹאֵל שֵׁם דְּכָל שְׁלִישִׁית מוֹעִילִים רַק מִפְּנֵי תִּיקוּן הָעוֹלָם וְהַשִּׁיב הַרֶשֶׁב"ש אֲדַפִּילוּ בְּדְבָרֵי שְׂאִין גּוֹפֵן מְמוֹן כְּשֶׁטְרוֹת כְּשֶׁמְסָרֵן לִיד שְׁלִישׁ כְּאֵלוּ מְסָרֵן לִיד הַבַּע"ד וְגָדוּל כֹּחַ הַשְּׁלִישׁ דְּכָל מִשְׁלִישׁ מְאֻמִּין וְעוֹשֶׂה אוֹתוֹ כְּבַע"ד לַעֲשׂוֹת כְּחֶפְצוֹ וְכָל נִפְקֵד קְרוּי שְׁלִישׁ וְנִנְאָמֵן בְּכָל מַה שְׂיֵאמֵר וְיַעֲשֵׂ עֵי"ש דְּמִשְׁמַע מְדְבָרֵיו דְּמִן הַדִּין הוּא וְלֹא מִפְּנֵי תִּיקוּן הָעוֹלָם.

אַף בְּבַע"ת הִבִּיא מִשֵׁם בַּעַל נְתִיבוֹת דְּשְׁלִישׁ נְאֻמִּין כְּמוֹ בְּאוֹמֵר נְאֻמִּין עֲלֵי אַבָּא וְאַבִּיךָ וְכ"כ הַמְרַדְכֵי פ' הַתְּקַבֵּל וּבִתְשׁוּבַת מִיִּמּוּנֵי לְסִפְרָא מִשְׁפָּטִים (ס' מ"ד) דְּמִיִּדְק דִּינִיק וְעֵינִין נְתִיבוֹת (ס' נ"ו ס"ק י"ד) וּבְנִנְאָמֵן עֲלֵי אַבָּא נִרְאָה מְדְבָרֵי תוֹס' ב"מ (דָּף ע"ד) דְּמַהֲנֵי רַק מְדְרַבְּנָן וְכ"כ נְאֻמִּין הַדִּינִין הוּא רַק מְדְרַבְּנָן וְא"כ צ"ע אִם נְכָרִי נְאֻמִּין אִם הַתְּקַנָּה מְדְרַבְּנָן

היה להאמין אף לנכרי: ועיין ש"ף (ס"ק ה') דכ' דאין הדיין נאמן לומר שכה טענו אפי' עוון לפניו דא"נ דיין אחד רק לומר לזה זכיתי מה שחלוי בדין משא"כ בזה.

ולא משמע פן מסתימת הפוסקים ובפרט פיון שהוא מתקנה דמיקד דייק ודאי ע"ז ג"כ תקנו ולמ"ש הטעם דהימוני המנהג כמו בשליש א"כ פשקבלו עליהם לדון ביניהם דינו כמו שלישי ונאמן אף על טענותיו שאין הבע"ד נאמן להכחיש ולומר שלא טען כף.

שוב ראיתי בספר ערוך לחם ממהריק"ש דהוכיח מדברי ריטב"א קידושין דאין הבעל דין יכול להכחיש טענתו והביא דברי מהרשד"ם (סי' ט') וכ' דאין לסמוך ע"ז פלל דנדאי הדיין נאמן בזה כמו שלישי עיי"ש.

ועוד אם יהיה נאמן לסתור טענותיו יהיה נאמן להכחיש עיקר הפסק במגו דהיה אומר שלא כף טען. ובס' נתיבות העלה דא"נ במגו דלא קבלתיך לדיין פיון דנאמן בזה כב' הוי כמגו במקום עדים וא"ש אולם דין זה צ"ע די"ל פיון דעיקר נאמנות ע"א הוא מתקנות חכמים למה ל"מ מגו דהוי פעדים אם אין שניהם מוחזקין ואם נאמר דנאמנותו הוא כמו בשלישי תליא ג"כ במחלוקת האחרונים (סי' נ"ו) אם נאמן במגו לגבי נאמנות השלישי.

ולדעת רשב"א בתשובה מוכא ב"י שם ובחידושי לגיטין וכן דעת ריטב"א שם בשלישי נאמן אף כשמכחישו שני עדים ואם הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו הוא מטעם נאמנות כמו בשלישי יהי נאמן אף בהכחשת עדים ומדברי חידושי רשב"א קידושין שם מבואר דנגד עדים א"נ א"ו דנאמנות השלישי עדיפי הואיל דבדיו היא לעשות כמו שאומר משא"כ בדיין דלא נמסר לו שום דבר רק לפסוק ביניהם.

ומדברי רשב"א דהקש' דהדיין יהיה נאמן במגו דעדיין לא נפסק הדין מבואר דפשיטא ליה דע"ז ג"כ נאמן הדיין אף באין עומדין לפניו וכבר כ' בש"מ הטעם פיון דהא דא"נ כשנסתלקו מלפניו הוא משום דלא רמיא עליו למדבר אבל אם לא היה פסק דין ל"ש לומר ששכח ומשמע מדבריו דאף בהכחשת ע"א שהיה פסק ג"כ נאמן הדיין לומר שלא פסק עדיין דהא עיקר קושיתו היה דאי איפא סהדי נחזי סהדי מאי קאמרי דסתמא דמלתא סהדי מידק דייקי בכנולה מלתא כדמוכח פ' חזקת הבתים ומשם לא מוכח רק בתרי סהדי אבל בחד ודאי י"ל דלא דייק ולא ידע כיצד פסק אבל זאת יודע שפבר נפסק ואפ"ה הקשה דהיה נאמן במגו דעדיין לא פסקתי דסובר דאמרינו מגו להכחיש ע"א עכ"פ מוכח דאף להכחיש ע"א נאמן ג"כ לומר שעדיין לא נפסק הדין וגדולה מזו כבר כתבתי משם חידושי קידושין לחד מן הראשונים דכל זמן שלא כתב פסק דין הוי פעומדין לפניו ואף דלא משמע פן מן הפוסקים ועיין ש"ף (ס"ק ו') מה שחולק על תשובת מהר"ם מרויטנבורג מ"מ בזה לכ"ע נאמן אף בהכחשת עד ובע"ד דאמרו דכבר פסק לומר שעדיין לא פסק כמו דנאמן בזמן שבע"ד עומדין לפניו דנאמן אף בהכחשת עד ובע"ד: הדרן למ"ש לעיל דכב' דייגין וב' עדים מכחישין דסתם הפחפך פדברי הרא"ש בתשובה דהדיינים נאמנים לעולם דיש חולקין ע"ז וראיתי בתשובת והראנ"ח (ח"ב סי' פ"ו) דכתב עוד טעם אחר דהדיינים נאמנים יותר דדומה להא דפלוני חכם טיהר לי הפתם ושיילוהו לחכם והכחיש אותה דאיהו מהימן אפילו רק הוא לבדו מכחיש לדעת רוב הפוסקים דכיון דמשמו קאמר' ואיהו מכחיש לה איהו מהימן וה"נ דכונתיה מ"מ הרא"ש לא תלי טעם הדבר בכף אלא משום דאינהו דייקי טפי ע"ש בדבריו ובאמת אם נקבל

דְּבָרָיו דְּזֶה דּוֹמָה לְהָא דְּפִלוּנֵי חָכָם טְהָר לִי הִפְתָּם דְּמִנְהָ לְמַד רַמְבַּ"ן מִס' שְׁבוּעוֹת (דף ל"ב) דְּבַעַד מְפִי עַד פִּינּוּן שְׁזָה אֹמֵר מְשֻׁמוּ הָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן יוֹתֵר א"ש דְּהָרֵא"ש בְּתַשׁוּבָה לֹא תֵלֵה טַעַם הַדְּבָר בְּכַף דְּהָא הָרֵא"ש אַף דְּבִמְס' שְׁבוּעוֹת וּמִס' גִּיטִין פ' הַנְּזַקִין מִסְפִּי לְדַבְרֵי רַמְבַּ"ן מ"מ פ' הַמְדִיר ס"ל בְּפִשְׁט הִירוּשָׁלַיִם דְּצָרִיף ב' עֲדִים בְּדָבָר וּכְבָר פְּתָבוּ הָאֲחֵרוּנִים דִּס"ל לְהָרֵא"ש דְּלַעֲגֵנָּן מָמוֹן לֹא מִפְקִינָן מְמוֹנָא אֲפֻמָּא דְּחַד סָהֲדָא אוּ מְשׁוּם דְּבָא לְהוֹצִיא מְחֻזְקָתָה עֵינָן מֵהֶרַח"ש ק"ע (דף ב') וּבִס' א"ר וְזוּטָא (דף ע"ח) וְהָרֵא"ש דִּן בְּתַשׁוּבָה שָׁם דֵּהב' דֵּינִינִים יִהְיוּ נֶאֱמָנִים בְּיוֹתֵר מִן ב' הַמְכַחֲשִׁין אוֹתָן אַף לְהוֹצִיא מָמוֹן וּלְכַף צָרִיף לֹאמֵר דֵּהם נֶאֱמָנִים יוֹתֵר מְשׁוּם דְּרָמוּ אֲנַפְשֵׁיהוּ וְתַלְיִנָּן הִטְעוֹת בְּהַעֲדִים: אוּלָם מְלַבֵּד דֹּא"ד לְהָא דְּפִלוּנֵי חָכָם דְּהָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן כְּמוֹ שְׁיִבְנוֹאֵר לְפָנֵינוּ תְּמַהֲנִי עַל דְּבָרֵי הָרֵאשׁוֹן דְּהָא הוּא בְּעֶצְמוֹ בַּח"ר (ס' ל"ז) כְּתִב בְּפִשְׁטוֹת דָּאָם יֵשׁ שְׁנֵי עֲדִים שְׁשֻׁמְעוּ מִפִּי אֵין דְּבָרָיו שֶׁל אֶחָד בְּמָקוֹם שְׁנַיִם וְכָתִב דְּלָכָל הַפִּירוּשִׁים בְּהָא דְּפָרָק שְׁבוּעוֹת הָעֵדוּת הֵיכָא דְּאִיכָא ב' שְׁשֻׁמְעוּ מִפִּי שֶׁל הָרֵאשׁוֹן שְׁמַת בְּעֵלָה תוּ לֹא מְהִימֵן וְע"כ דְּסוֹבֵר אַף דְּלִגְבֵי מַת בְּעֵלֵי ע"א חָשׁוּב כְּמוֹ ב' וְעֵיקָר הַטַּעַם דְּהָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן יוֹתֵר מְשׁוּם פִּינּוּן דְּתֵלֵה הַשְּׁנֵי עֵדוּתוֹ בּוֹ וְהוּא מְכַחֲשׁוֹ לֹא עֲדִיף מִגְּבָרָא דְּאֲתִי מְחֻזְקָתָה מ"מ זֶה דְּנוֹקָא בַּע"א אַף בְּמָקוֹם שְׁנַאֲמָן הֵיכָא דֹּא"י רַק מֵהַ שְׁשֻׁמְעוּ מִן הָרֵאשׁוֹן דְּתֵלֵה הַשְּׁנֵי בּוֹ נֶאֱמַן יוֹתֵר אֲבָל אִם שְׁשֻׁמְעוּ מִפִּי שְׁנֵי עֲדִים הַכְּשָׁרִי וְרֵאשׁוֹן לְהַעֲדִי כָּל עֵדוּת שְׁבַתְוָרָה וּמַעֲדִין שְׁכַף שְׁשֻׁמְעוּ מִפִּי נֶאֱמָנִי וְאֵין בְּכַחוֹ לְהַכְחִישׁ וְלֹא מְהִימֵן תוּ א"כ בְּתַרִי סְהַדִי דְּאֲמָרוּ שְׁשֻׁמְעוּ דְּפִסְקוּ הַדֵּינִים לְהִיפּוֹף מִמָּה שְׁהֵם אֲמָרוּ עַכְשָׁיו הָיִי כְּהַכְחָשׁת תְּרִי לְגַבֵּי תְּרִי וְל"ש כָּלֵל לְהָא דְּהָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן יוֹתֵר דְּכְמוֹ דְּתַרִי לְגַבֵּי חַד נֶאֱמָנִים וְלֹא מְהִימֵן תוּ לֹאמֵר לְהַכְחִישׁ אַף דְּתַלּוּ עֵדוּתָן בּוֹ כ"כ תְּרִי לְגַבֵּי תְּרִי הָיִי כְּהַכְחָשׁת שְׁנֵי פִתּוֹת עֲדִים וְעֵינָן בַּא"ע (ס' י"ז) ס"ק י"ז) בַּח"מ דְּכָתִב בְּפִשְׁטוֹת שְׁכָל שְׁהַעֲדִי שְׁנֵי עֲדִים מִפִּי עַד א"נ לְהַכְחִישׁ וּכְמ"ש הָרֵאשׁוֹן ח"א.

וְאַף דְּבִסְפָר אֲלִיָּהוּ רַבָּה וְזוּטָא שָׁם מְשִׁיג עַל הָרֵאשׁוֹן וְכָתִב דְּמָה לִי אֶחָד מֵהַ לִי שְׁנַיִם הַמְעֵינִין שָׁם יִרְאֶה דֹּאִין דְּבָרָיו מְוַכְרַחִין כָּלֵל וְיִבְנוֹאֵר אִי"ה לְקַמֵּן דֵּינֵי עֵדוּת וְעַכ"פ פְּשִׁיטָא לִיָּה לְהָרֵאשׁוֹן ח"ד עֲדִים נֶאֱמָנִים אַף בְּהַעֲדִי מְשֻׁמוּ שֶׁל הָרֵאשׁוֹן א"כ מוּבָן מֵאֲלִיּוֹ דֹּאִי אִם הַעֲדִי שְׁשֻׁמְעוּ מְשֻׁמִּים אֵין הֵב' נֶאֱמָנִים יוֹתֵר מֵהֵם וְהָיִי רַק כְּתַרִי נֶגֶד תְּרִי.

גַּם בַּלֹּא"ה יֵשׁ לְחַלֵּק מְשֻׁם עֵינָן קְצוּה"ח דְּהַקְשָׁה אֲמַאי א"נ הַדֵּינָן אַף בְּזִמְנָן שְׁאִין בַּע"ד עוֹמְדִין לְפָנָיו פִּינּוּן שְׁזָה אֹמֵר מְשֻׁמוּ שֶׁל הַדֵּינָן הָיִי כְּאֹמֵר מְשֻׁמוּ וְהָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן יוֹתֵר וּבְנִתְיָבוֹת מְשִׁיג עָלָיו דְּדוֹקָא הֵיכָא דְּהַנְּאֻמְנוֹת הוּא מְטַעַם עַד הָרֵאשׁוֹן נֶאֱמַן יוֹתֵר אֲבָל בַּע"ד שֶׁהוּא מְוַחֲזָק אוּ בְּאֵינוּ מְוַחֲזָק דְּהַדִּין כָּל דְּאֵלָם גְּבַר אֵין הֶחָכָם נֶאֱמַן לְקַלְקֵל הַדִּין מְכֻמוֹ שֶׁהוּא עַכְשָׁיו.

וּמִמִּילָא אַף בַּב' דֵּינִינִים אַף שְׁיֵשׁ לְהֵם עַכ"פ דִּין שְׁנֵי עֲדִים מ"מ אֵי לֹא דַכ' הָרֵא"ש דְּהֵם דֵּינִיקֵי בְּיוֹתֵר אֵינָם נֶאֱמָנִים נֶגֶד תְּרִי עֲדִים הַמְכַחֲשִׁין אוֹתָן וְעוֹד כְּתִב לְחַלֵּק וְרַמְזוּ לַמ"ש בְּסִפְרוֹ חו"ד יו"ד (ס' קפ"ה) וְשָׁם כ' דְּדוֹקָא גַּבֵּי פְּלוּנֵי חָכָם טְהָר לִי דְּאִינָהּ יוֹדַעַת וְאִינָהּ מְעִידָה כָּלֵל בְּהִיתָר גּוּף הַדְּבָר רַק מִפִּי הֶחָכָם לְכַף הֶחָכָם נֶאֱמַן יוֹתֵר מִשָּׂא"כ בְּיוֹדַעַת גּוּף הַדְּבָר רַק שְׁתוּלָה בְּפִלוּנֵי נֶאֱמָנָת מְטַעַם בְּעֵלִים עֵינִי"ש וְסִבְרָא זוּ מְבִנוֹאֵר בַּח"מ (ס' קט"ו) ס"ק ד') לְחַלֵּק בֵּין אִם אֲמָרָה פְּלוּנֵי תִיָּקוּן לִי שְׁאֲנִי רֵאִיתִי שְׁבִפְנֵי תִיָּקוּן דֹּאִין זֶה עַד מִפִּי

עד לבין אם אמרה פלוני אמר לי עיי"ש ועיי"ש בהפלאה שכתב ודברים מסתברים הם אף משמעות הר"ן ורמב"ן אינו פן ולדבריו זה נמי טעמא דרמב"ן בעד מפי עד פיון דאינו יודע אמיתת הדבר רק מפיו ותולה בו הראשון נאמן ביותר אף דלגבי מיתת הבעל דעד מפי עד נאמן וכיון ששמע מפיו שאמר שיודע שמת מעיד רק על השמועה מ"מ נאמן הראשון ביותר משא"כ היכא דמעיד על אמיתת הדבר שראה שתיקן בזה השני נאמן כמו הראשון ולפי"ז גם בנאמנות הדיין פשאין בע"ד עומדין לפניו וכבר נסתלקו אין לו נאמנות רק כעד דעלמא ומי שמכחישו ואומר שפסק להיפך הוי כמעיד על אמיתת הדבר פיון שפך קבלו עליהם כפי שפסוק בייניהם והוי כמכחיש אם א' אומר ששמע להיפך הוי חד לגבי חד וממילא אף בשני דיינים אם ב' מכחישין אותו הוי פתרי נגד תרי אם לא מטעם דכ' הרא"ש דתלינן הטעות בהעדים: [ויש לגמגם עפ"י דברי הח"מ והח"ד הנ"ל בדברי הת"ה מובא בב"ש אה"ע (סי' מ"ב ס"ק ז') אם ע"א אמר בפני קידוש אותה ובפני פלוני ואותו פלוני מכחישו דמדמה לדברי רמב"ן בתולה דבר בתבירו דהראשון נאמן.

ולתנ"ל יש לחלק דכאן מעיד על אמיתת הדבר שהי' קידושין בפניו ובפני פלוני. שוב ראיתי באבני מילואים שם דעמד ע"ד ת"ה מצד זה ועוד מצד אחר ואכ"מ בזה ואי"ה יבואר עוד במ"א בגוף סקרת הרמב"ן].

עכ"פ לענ"ד דין זה אף כי סתם המחבר דב' דיינים נאמנים לעולם צ"ע לדעתי הענייה אם נאמנים להוציא נגד ב' עדים המכחישין: והנה הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו הוא לאו דוקא בדיין הדין תורה אלא אף בפשרון כשקבלו קנין לקיים פשרתו מבואר ברמ"א מתשובת רשב"א דכל מה שאומר תו"ז נאמן וראיתי בס' חמרא וחי' מס' סנהדרין בש"מ (דף ו') שם משם הרב המאירי דכ' פשרה אפילו ביחיד ומ"ש תסגי בתרי הוא מפני שסתם הדברים בפשרה כ"א בורר לו אחד או שפא שיהא עליו עדים ושפא תאמר הלא אמרו נאמן הדיין לומר לזה זפיתי ולזה חייבתי אלמא אף אחד נאמן כפר אמרו שם דוקא כשבע"ד עומדין לפניו או שמת דוקא בדין שייכול להודיע טעמו של דבר אבל פשרון אינו נאמן ביחיד עכ"ל וקשה ע"ד הא מבואר דאף בשודא דדייני נאמן וזה הוי כמו בפשרה דהא בפשרה יותר צריך הדיין להיות זהיר שלא יאמר כפי מה שיעלה על דעתו בלי שיקול הדעת וטעם ועיין בש"ס סנהדרין (דף ל"ב) מ"ד צדק צדק תרדוף וכ' בצדק תשפוט עמיתך אחד לדין ואחד לפשרה וכ' ברמ"ה שם דבדין ל"ב עיונא פולי האי אלא למפסקיה אליבא דהלכת' אבל פשרה צריכה עיונא טפי ולענין לפי שקה"ד ולראות מי מהן אומר אמת וא"כ למה פשרון א"נ ובדיין יהיה נאמן ועיין ש"ף (ס"ק ג') משם הש"ג ודברי המאירי צ"ע ואין ספיקו מוציא מידי ודאי של הרשב"א: סי' ל' אם טעה הדיין בדבר משנה אף מןמחה ולא קבלו דלעולם חוזר מבואר בש"ע והוא לשון הרמב"ם אם אי אפשר להחזירו או שהאכילו לפלבים דפטור מלשלם דלא נתפנין להזיק והעלה הש"ף בנו"נ ביד חייב וכמו שכתב הרמב"ן מלקחות בדעת הרי"ף וכ"כ להדיא הרמב"ן הלכות בכורות דמזיק הוא וחיוב והא דכתב הרמב"ן חולין (דף מ"ג) דאפילו נשא ונתן ביד פטור וכן כתב הרשב"א חולין שם כפר תמה ע"ז התשב"ץ בספר יבין שמועה דיני טריפות (פ"ד) וכתב ונראה כי מה שכתב בהלכות בכורות הוא דאחריתא ומהדורא בתרא עיי"ש וכן כתב הרמ"ה סנהדרין (דף ל"ג) דאי עבד מעשה בידיים חייב

מדין גזלן וכן משמע מפל דברי הראשונים ועיין בש"ך (אות ו' ס"ק ג') הביא דברי רמב"ן מלקחיות שכ' הא דפ' א"ט ואמרו לי' לרבא דלישלם תורא דברי הר"ף מתוקמא כשנו"נ ביד וכ' פלומר דס"ל לרמב"ן דהוא דרבא פטועה בשה"ד הנה ואינו מוכן לכאורה הא לשיטתו (סק"ד) אף בטועה בד"מ בשנו"נ ביד חייב וכן הוכיח שם מדברי רמב"ן הנז' והש"ך (ס"ק א' אות ד) כתב הטעם פיון דנו"נ ביד נכנס הוא תחתיו והו"ל הדין כמו לנה דיליה ושוב אין לבע"ד שום דו"ד עם חבירו רק עם הדין ונה שקלה למדה"י או הוציא המעות של הדין הוציא והדין מתחייב לבע"ד שנטל ממנו ועיין קצוה"ח שגמגם פיון דהש"ך לא אתי עלה מטעם מזיק רק דהוי כמו לנה ומצוין לן לדון דין לנה או גזלן שוגג פמזיד ועיין נתיבות ומה שחשיב עליו הקצוה"ח בקונטרס משנבב.

אולם יפה כתב אאמ"ו ז"ל בד"ח (סי' ז') דל"ה פשוט רק פפושע כמו שכ' תוס' סנהדרין (דף ל"ג) ד"ה שעירבן דכשנו"נ ביד יש לחייבו כמו מזיד דל"ה לישא וליתן ביד ומ"מ פנראה דעתו דמטעם מזיק חייב אולם ברמ"ה סנהדרין שם כתב ברבא דתריסר בטועה בדבר משנה דסובר דאף אם לית ליה לשלומי פטור הדין אף לר"מ דל"ה רק גרמא וא"ד למראה דינר לשולחני דשם לא יכול שוב לתפוע מזה שקבלו משום דאמר ליה אייתי ראיה דהאי דינרא הוא דיהבי לה משא"כ בדין כ"ע ידעי דהכי הוי וטעו ומ"מ כ' בנו"נ ביד דעבד מעשה בידים חייב מדין גזלן הרי מבואר דדן אותו מטעם פשיעתו כגזלן ועיין בש"מ סנהדרין שפסוף ס' חמרא וחיי (דף ל"ג) שהביא שיטת הסוברים דפטור אף בנו"נ ביד וכ' דל"ה מזיק גמור דהוי פמזיק ברשות פיון שפאו לפניו לדין או להוראה אעפ"י שפמזיק ברשות חייב דוקא ברשות חכמים כגון בנר חנופה אבל אלו פועין מזיק ברשות הניזק הוא ואין לחייבו מדינא דגרמי דאין דינו אלא בשכונתו להזיק ושיש פשיעת בע"ד עיי"ש ונה סברת הרשב"א והבעה"מ וסברו דאף אם עשה ברשות חכמים כמו בנר חנופה דמ"מ חייב היינו פשלא עשה ברשות הניזק אבל פשאו לפניו לדון הוי ברשות ניזק והוי כמו דמצנה לו להזיקו וכיון דלא נתפנוי להזיק ופשיעה שוין בפשיעה פטור ואאמ"ו ז"ל בד"ח שם כ' מהא דמבואר (סי' קכ"ו ס"ד) בטועה ואומר במעמד ג' שיתן לפלוני אעפ"י שפשיעה מודים שטעו צריף הנפקד ליתן להמקבל והוא חוזר על הנותן מטעם גרמי וכ' האחרונים הטעם אעפ"י שפשיעה טעו מ"מ פכר פתבו תוס' ב"ק (דף כ"ב) דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק לאחרי' משלא יזהר ניזוק וה"נ דכונתיה.

אולם למ"ש המאירי דהוי פועין מזיק ברשות ובזה פטור פשיש פשיעת בע"ד יש לחלק משם דשם בא זה בגבולו ובטעותו צוה לו שיתן לפלוני מה שיש לו לכה אף שזה ג"כ פשע וסבר שיש לו אצלו מ"מ פיון שפא בגבולו שייף לומר יותר צריף ליזהר שלא יזיק משלא יזק והחייב על הנותן משא"כ בדין פיון שפאו אצלו לדונם וטעה ולא נתפנוי להזיק הוי פמזיק ברשות ממש כשפשע הבע"ד ג"כ.

ומ"מ כ' די"א דבנו"נ ביד פיון דינו אינו דין פמזיק בידים הוא ועיין תומים דמסיק דכול הדין לומר קים לי פרשב"א ואף שהוא נגד פל דברי הפוסקים מ"מ פיון דהר"ן"ה ורשב"א והמאירי הביאו פן בשם י"א יכול לומר קים לי: ומה דכתב הש"ך ושוב אין לבע"ד שום דין ודברים עם חבירו אינו מוכן לכאורה אמאי הא קי"ל כר"ח גזל ולא

נתניאשו הפעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה וא"כ אמאי אינו יכול לתפוע מן הבע"ד.

הן אמת דברמ"ה שם מפרש בר"ח דקאמר פאן שנו"נ בי"ד וז"ל בפשלא נו"נ הדין בי"ד דכיון דכי יתיב ליה בע"ד לחבריה אדעתה דדיינא דסייבי יתיב ליה דאי מדעתיה דידיה ל"ה יתיב ליה ול"מ מצי א"ל הב לי מאי דשקלית מינאי שלא פדין ולקח מתזירין וכשנשא ונתן הדין בי"ד דהא לית לבע"ד גבי בעל דיניה ול"מ דלא איהו יתיב ליה אלא דיינא הוא דיהיב ליה ודיינא נמי לית ליה גביה ול"מ וכי יתיב ליה אוידי לי דשפיר יתיב ליה הלכה מה שעשה עשה עכ"ל ולכאורה אינו מוכן פיון דלדבריו ר"ח מוקי תרנויהו מתניתין הן בטעה בד"מ הן בטעה בשה"ד וגם אף בטעה בשקול הדעת אם לא נו"נ בי"ד הדר דינא פיון דסוגיא דעלמא אזלי פאידיה הוי הדין בטעות רק פיון דהדין נו"נ בי"ד לית ליה לבע"ד גבי"ד ול"מ ואמאי הא רמז"ג ורמז"ג גבי גזל ולא נתניאשו הפעלים וקצת י"ל דהרמ"ה אזיל בשיטת בעל המאור ר"פ הגזל ומאכיל דדוקא ובא אחר ואכלו אבל פשהאכילו לאחרים פטור האוכל דהוצאה דידיה הוא ועיי"ש ברש"א ובמח"א דיני גזילה (סי' רמ"ה ג"כ דבלא ידע השני דגזל הוא פטור ועיי"ש ברש"א ובמח"א דיני גזילה (סי' ו') ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושי ש"ס ספר דברי משפט (סי' שס"א) ואף למ"ש שם היכא דהראשון לא ידע ול"ה ליה דין גזלן אז גם לדעת בעה"מ השני חייב מ"מ פאן פיון דהרמ"ה דן להראשון פדין גזלן וע"כ דהוי כמו פושע ממילא השני פטור פשהאכלו אף מ"מ קשה הא תינח פשאיין הדבר בעין בי"ד בעל דיניה או החליפין אבל אם הדבר בעין או אף התמורה מדוע לא יכול הבע"ד לגבות ממנה פיון דטעה ואף בשה"ד לדעת רמ"ה וכן דברי הש"ך אינם מוכנים דדוקא באכלו דעת בעה"מ דא"י לילה על השני ואף בזה התוס' והרמב"ם חולקין אולם באם הממון הוא בעין או התמורה לכ"ע רמז"ג רמז"ג וצ"ע: ואם הוא מןמחה וקבלו פטור לעולם.

וידעת הרא"ש ונהטור כתב הסמ"ע והב"ח דאפילו שלשה מןמחין וקבלו עליהו חייבין לשלם. והא דפטור ר"ע לר"ט ואמר לו מןמחה את וכלהמןמחה לרבים פטור הוא מטעם דהי' נקט רשות.

והש"ך חולק ע"ז דמןמחה וסמוך נדאי פטור. וראיתי בקיצור פסקי הרא"ש ר"פ אחד ד"מ וז"ל כל טעות שבדבר משנה חוזר אפילו שלשתן מןמחין אפילו קבלוהו עליהו ונקוטי רשות מבי ריש גלותא ואי ליתיה לבע"ד אי איתיה ולית ליה לשלומי משלם איהו עכ"ל ומבואר פדעת הב"ח והסמ"ע אולם צ"ע להבין דבריו אם אין פאן ט"ס דהא בנקיטי רשות מבי ריש גלותא מבואר מדברי ר"ע לר"ט דלעולם פטור: והא דפטור מןמחה וקבלוהו מצינו שני טעמים חדא דהוי אונס הואיל דקבלוהו עליו וכמבואר ברא"ש דהו"ל פטור אומן שקלל דבחנם פטור דהו"ל אונס הקרוב לגניבה.

ולכה העלה הש"ך דשלשה סמוכין אף שלא קבלוהו עליהו ודנו בכפיה מ"מ פיון דהם אנוסין עפ"י התורה שחייב עליהו לדון פטורין אף אם נו"נ בי"ד אולם הנ"י כ' משם הרמב"ן דבנו"נ בי"ד אף שלשה סמוכין וטעו בד"מ ולית ליה לשלומי חייב דמזיק הוא.

וכנראה אין זה דעת רמב"ן כפי אשר הביא הר"ן בחידושי ריש סנהדרין דבריו דהא דבעינו נקיט רשות הוא דוקא מןמחה לרבים שאינו פשר מה"ת אבל הדיינין הכשרים



מה"ת הן פטורין לשלם לעולם מה"ת לפי שאין למעלה מהן מפיון שהתורה עשאן דיינין ומבואר שם כמה פעמים דהפשרים מה"ת כמו ג' סמוכין וממחין עדיף מנקיט רשות וכיון דנקיט רשות מבואר דפטור אף בנו"נ ביז לא יגרע שלשה סמוכין ממנו וכן נראה כיון דנקיט רשות מהני לפטורו מטעם הפקר ב"ד אף בנו"נ ביז ע"כ דכה"ג מצינו בג' סמוכין שהן דיינים הפשרים מה"ת דפטורין דאל"כ למה נפקיר ממון בחנם ועיין ש"מ ריש פתובו דלא מצינו הפקר ב"ד הפקר היכא דלא פשע דמה"ת נפקירו ממוןם ואם נאמר דדייני תורה ג' סמוכין פטורין אף בנו"נ ביז דהוי פאנוסים גם ע"ז שיכופו לקנים הדין שפיר תיקנו וכח לריש גלותא לתת רשות לדיין שידון בכפיה ושיכופו לשלם ויהי פטור וניחא לכולם הך תקנתא שימצא דיינים אבל אם אף סמוכין יהיו חייבין מה"ד לשלם כשנו"נ ביז או שקפאו לקנים הפ"ד שזה הדין כמו נו"נ ביז כמ"ש בתומים ואז חייבין למה להו לריש גלותא להפקיר ממון בחנם ושיהיה פטור זה שנקיט רשות א"ו דמה"ד דייני תורה לעולם פטורין אף בנו"נ ביז ויש פח לריש גלותא לשניה כדיין של תורה: ברם זה לי יותר משלשים שנה נתקשתי מהא דמבואר בפור יו"ד (סי' של"ו) משם רמב"ן בת"א ברופא אמן שריפא ברשות ב"ד והזיק ה"ז גולה וכו' דרופא הוא כדיין המצווה לדון ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל ואם טעה ונודע לב"ד שטעה אף דבדיין אם דן ברשות ב"ד פטור ברופא ג"כ בדיני אדם פטור מן התשלומין אלא שאינו פטור בדיני שמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים וכן אמרו בתוספתא רופא אמן שריפא ברשות ב"ד פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים וכתב ומ"מ בלא הודע שלו א"ח כלום כמו שהדיין פטור לגמרי בין מדיני אדם בין מעונש שמים עיי"ש עכ"פ מבואר דב"ד ש רופא חייב ואמאי כיון דהוי אנוס גמור והא נדאי מוכח מתנחומין של ר"ע שניחם לר"ט שאמר הלכה חמורה טרפון וא"ל פטור אתה דמנמחה אתה וכל המנמחה לרבים פטור ע"כ דאף בד"ש ג"כ פטור דאל"כ הוי תנחומין של הכל דנדאי ר"ט הי' רוצה לשלם בד"ש ובפירט להמבואר בש"מ ב"ק ר"פ הכונס דכל מזיק שחייב בד"ש פסול לעדות עד דמשלם ההיזק נדאי חס לר"ט דלא יבקש לצאת ידי חובתו בד"ש א"ו כיון דמנמחה פטור הוא אף בד"ש ובפירט למ"ש הרי"ף דפטור מטעם אנוס דאל"כ אין לה אדם שאינו מנמחה שנעשה דיין לעולם א"כ מנמחה ג"כ לא ירצה לעשות דיין כיון דאם יטעה יהיה עכ"פ חייב בד"ש א"ו דפטור לגמרי וכן משמע מדברי רמב"ן בת"א הנז' דכתב שהדיין פטור לגמרי בין מדיני אדם בין מעונש שמים ואמאי ברופא יתחייב בד"ש אלא ע"כ צריך לומר דאירי ברופא שעשה הרפואה בעצמו ובידים והוי כמו בדיין אם נו"נ ביז ולכך חייב בדיני שמים א"כ מוכח עכ"פ דבנו"נ חייב ואמאי כתב הטור דפטור וכן מבואר להדיא בדברי רמ"ה סנהדרין דבטעה בד"מ בשלשה סמוכין אע"ג דלא קבלינהו עליה פטורין ולמה ברופא גולה ע"י: והא לא קשה לדעת תוס' ורא"ש דסוגיא סנהדרין דפריה רב המנונא לר"ש דלימא ליה ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה חוזר כיון דאלו הנאי פרה דינה לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת הוא אליבא דרבנן דלא דנו דינא דגרמי אבל לר"מ דדן דינא דגרמי חייב ולא פריה כלל והוצרך ר"ע לומר פטור אתה שכל המנמחה לרבים פטור מלשלם.

נאמר אף לרבנן דלא דנו דיני דגרמי מ"מ בד"ש מודים דחייב בכל גרם היזק א"כ מאי פריה הא שפיר הוצרה לומר מטעם דכל המומחה לרבים פטור מלשלם היינו אף בד"ש ואם הנה אומר לו דאלו הנאי פרה דינה לאו דינא ולא פלוג עבדת עדיין ל"ה ר"ט יצא בפטור בד"ש.

די"ל להמבואר במהרי"ט (ח"א סי' צ"ה) דכל הנה דמבואר ר"פ הפוגס דפטורין מדיני אדם וחיובין בד"ש היינו דוקא אם פוננתו הנה להזיק ולא בשוגג ואף דבגזקי אדם לא חלקת בין שוגג למזיד בין מתפונן לאינו מתפונן ה"מ במידי דבמזיד חייב מדינא אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם אבל בדבר דאפילו במזיד פטור בדיני אדם לא מחייבין ליה בדיני שמים אלא לפי שפוננתו להזיק פי כל לבבות דורש ד' אבל לא ענש על השוגג עיי"ש וע"כ הא דרופא חייב בדיני שמים אף דאין פוננתו להזיק הוא בשביל דעשה מעשה בידים וא"כ פנין דר"ט לא האכילו בידים לפלבים ולא נו"נ ביד רק ע"פ שפיר פטור אף בד"ש לרבנן דלא דנו דינא דגרמי אף אם ל"ה מומחה הי' פטור ושפיר פריה רב המנונא והוצרה לומר חדא ועוד: ובזה מיושב מאי דקשה לכאורה בדברי תוס' גיטין (דף נ"ג) דהקשה ר' אפרים בטימא את הטהור אמאי ישלם מביתו הא שוגג הוי וכתבו מאן דמוקי כר"מ ניחא דקניס שוגג אטו מזיד אבל למאן דמוקי פרבנן ובנגע שרץ קשה ותימצו דהוי כמו מזיד דמה לו לטמא פדי להחזיק דבריו וקשה דא"כ לרבנן בלא נו"נ ביד אף אם קם דינא פטור דהוי שוגג ומה מפחיד ר"ט והש"ס קאמר אא"ב קם דינא היינו דקא מפחיד ר"ט אלא אי אמרת חוזר אלו הוי קמן הדר השתא נמי לאו פלוג וכ' דסוגי' אזל' לרבנן דלר"מ חייב ול"א אלו הוי קמן הוי הדר וע"כ דאיירי בלא נו"נ ביד כמו"ש תוס' סנהדרין דאל"כ טובא עביד ובקם דינא הדיבור הוא כמעשה ויקשה מ"מ הא ר"ט ל"ה רק שוגג ובשוגג לא? הא רק כמטמא בידים דפטור דהוי היזק שאינו ניכר וא"ל דס"ל פרבנן דלא דיני דגרמי ובהא דקנסין שוגג אטו מזיד ס"ל כר"מ נימא דס"ל לגמרי כר"מ וכן ראיתי בחיבור אהד על הסוגיא דשקה"ד דעמד ע"ז ונשאר בצ"ע.

ולמ"ש אתי שפיר ול"ק פלל דנדאי ר"ט הנה רוצה לצאת ידי שמים פנ"ל וע"ז אמר הלכה תמורה ואף דהוי שוגג בהזיק שאינו ניכר מ"מ לציד"ש חייב לשלם אם נאמר קם דינא אבל אם הדר דינא ואילו הוי קמן הוי הדר בזה פנין דס"ל פרבנן דלא דיני דד"ג פטור אף בד"ש מטעם דל"ה פוננתו להזיק וכמו שכתב מהרי"ט אבל אם קם דינא ודיבורו הוי כמזיק בידים בזה אף דהוי בשוגג מ"מ חייב בד"ש פנין דבמזיד חייב מדינא.

ושפיר פטרו ר"ע מטעם דאלו הוי קמן הוי הדר וס"ל פרבנן דלא דיני דגרמי ובאין פוננתו להזיק דהוי שוגג פטור אף בדיני שמים ועוד דמומחה הוא ובמומחה פטור אף בד"ש פנ"ל: הדרן לדברינו פנראה דרופא איירי דעשה בידים ולכך חייב בדיני שמים וי"ל דבדין ג"כ עכ"פ בנו"נ ביד דהוי כפושע דמה לו להיות נו"נ ביד להחזיק דינו אפשר דחייב בד"ש.

אולם מדברי הרמ"ה והטור נראה דבדין אף בד"ש פטור. ולכאורה י"ל דהא הפוסקים מדמין דיין שטעה לטבח אומן שקלל דפטור ושם בשכר חייב וכבר כ' הקצוה"ח דעלשיו פנין שנשתרבב המנהג בחו"ל דהדינין מקבלין שכירתם על פל פס"ד והוי כמו טבח אומן שקלל דבשכר חייב פן נמי חייבין לשלם וא"כ י"ל דשם ברופא אומן ודאי

איירי שרפא בשכר דאסיא דמגן מגן שוי' ולכה חייב וגולה ע"י ומ"מ בדיני אדם א"ח  
וי"ל אף דמה"ד הנה ראוי לחייבו אף בדיני אדם פטור חכמים בדיני אדם בשוגג אף  
דאדם מועד לעולם דאם נחייבנו אתי לאמונעי מלרפאות.

וכן מבואר תוספתא מס' גיטין (פ' ג') רופא אוןן שרפא ברשות ב"ד והזיק שוגג פטור  
מזיד חייב מפני תיקון העולם הרי דמה"ד הי' לנו לחייבו אף בדיני אדם מטעם אדם מועד  
לעולם ואיירי ברופא אוןן היינו שעושה מעשה בעצמו כמו הקנה או לחתוך בשך רע  
וכדומה מה שעושה בידים דומיא מה שכ' שם המחמה את העובר במעי האשה ברשות  
ב"ד והזיק שוגג פטור מזיד חייב.

או מטעם שמסתמא איירי בשכר לכה הנה ראוי לחייבו אף בשוגג אף שהיא אוןן ומחמה  
מ"מ פטור מפני תיקון העולם. וכן תוספתא דב"ק המוכא ברמב"ן הג"ל הוא ג"כ  
כשעושה בידים לרפאות וטעה והזיק וגם שמקבל שכר.

והא דאיתא שם בתוספתא דבהרג ה"ז גולה קשה לכאורה שהרי מצוה לרפאות ולמה  
יגרע מהרב הרודה את תלמידו ואב המכה את בנו ושליח ב"ד שאין גולין משום דעסקו  
במצוה וצריך לומר דזה גרע והוי כמו פושע שא"צ לעשות באופן זה.

שוב מצאתי בתשב"ץ (ח"ג סי' פ"ב) דעמד ע"ז וכתב ואיפא לאפלוגי בינייהו כדמוכח  
התם. ועיי"ש עוד בדבריו וראיתי שם שכתב כי פירוש רופא אוןן שרופא החבורות  
במלאכת היד ששגגתו וזדונו הוא חבלה ורציחה בפרזל שהעידה התורה שאפילו מחט  
א"צ אומד ולשון אוןן הוא המחמה בפרזל כמו המל שנקרא אוןן אבל רופא חולים  
במשקה ובמשלשלים ובמרקחת ובמרחהצאות והנחות אינו נקרא רופא אוןן אלא רופא  
סתם ואינו בכלל זה שאינו בא לידי חבלה להתחייב בנזקין ואם שגג או הזיד והמית או  
הוסיף מכאוב על מכאובי החולי ונתפנין לרפאות ולא נתפנין להזיק פטור הוא אף מד"ש  
שאין לו אלא מה שענינו רואות.

עיי"ש א"ש נמי מה דבדיין פטור אף בד"ש ואף בנו"נ ביז דרק בהחבלה ממש בפרזל  
חייב. אולם לא אבין מה לי אם חבל בו ע"י פרזל או ע"י תחבנשת ורפואה אחרת והוסיף  
מכאוב על מכאובו וכן בטוש"ע יו"ד (סי' של"ו) לא דייקי לכתוב רופא אוןן רק סתם  
שרפא ברשות ב"ד וטעה והזיק דחייב בדיני שמים ומשמע בכל עניני רפואות לאו דוקא  
בחבורה בפרזל דאין סבא לחלק.

ולמ"ש איירי דוקא ברפא בשכר דאז חייב כמו טבח אוןן שקלקל ובדיין נמי בשכר  
חייב וכנראה מדברי הקצוה"ח דבדיין בשכר חייב אף בדיני אדם כמו טבח. וע"כ הא  
דברופא פטור בדיני אדם הוא משום תיקון עולם שמצינו בזה תקנה בתוספתא דגיטין  
הנו': אף הא דפשיטא לי' לקצוה"ח דבשכר חייב דיין לשלם כמו טבח אוןן בשכר יש  
לשדות בו נרצא א"כ כל דיין הדין דינו עושה ג"כ מצוה ופטור מן פרוטה דר' יוסף גימא  
ג"כ דהוי בשכר ויתחייב לשלם כמו אם מקבל שכר.

וראיתי בנתיבות שכתב פן בדעת הסמ"ע דכתב בדעת הטור ורא"ש דאף במחמה וקבלו  
ואי אפשר להתזיר חייב בטעה בד"מ דהטעם פיון דבשכר חייב ול"ה כאנוס ע"כ א"כ

כָּל דְּיָיִן הָיָה כְּמוֹ בְּשֵׁכָר מִטַּעַם פְּרוּטָה דר"י מה שא"כ בְּטַעַם בְּשֵׁיכָר הַדַּעַת יָכוֹל לֵאמֹר יָפָה דְּנָתִי.

אוּלָּם דְּבָרָיו תְּמוּהִין חָדָא דְּכַנְרָאָה כָּל הַפּוֹסְקִים חוֹלְקִין עַל הַת"ד דְּכִינּוֹן דְּסוֹנְגֵיָא דְּעֵלְמָא אֲזִילֵי פְּאִידָהּ א"י לֹאמֵר יָפָה דְּנָתִי כְּמִבְּנָאָר בְּקוֹנְטֵרְס הַגָּאוֹן רַח"י ו"ל נִגְמָה אִם הַדְּיָיִן יִרְאֵה שְׁמַיִם וַיִּוֹדַע אַח"כ שֶׁטַּעַם בְּשֵׁיכָר הַדַּעַת לָמָּה פְּטוֹר כְּשֶׁהוּא מְמַחֵה וְקַבְּלוּ.

וְעוֹד הָא דַּעַת הַסַּמ"ע בְּשֵׁיטַת הָרָא"ש דְּאִינוּ פּוֹסֵק כַּר' יוֹסֵף דְּשׁוֹמֵר אַבְיָדָה הָיָה ש"ש רַק כְּרַבָּה וְכַמְבֹּאֵר בְּדַרְיָשָׁה (ס' ע"ב ס"ק ד') דְּכֵן הוּא הַסְּפָמַת הָרָא"ש. וְעוֹד י"ל פִּינּוֹן דְּאִיְתַבְּרָר דְּטַעַם בְּכָרֵט בְּדַבָּר מְשֻׁנָּה א"כ ל"ה פְּעוֹסֵק בְּמַצָּנָה וְכַה"ג כ' הַמְּעַדְנֵי יו"ט מַס' ב"ק דְּכְשֵׁנְיָבְלָה וְשַׁחַט בְּחֻנָּם דְּפְטוֹר וּל"ה כַּש"ש בְּשֵׁבִיל שְׂכָר הַבְּרָכָה מְשׁוּם פִּינּוֹן דְּנִתְבְּרָר דְּנִיבְלָה הָיָה עוֹד בְּרָכָה לְבִטְלָה וְעַיִן קַצוּה"ח (ס' ש"ו) וּבְדַבְּרֵי חַיִּים דִּינֵי שׁוֹמְרִים (ס' י"ט) וּמ"ש שֵׁם בְּהַגְהוֹתִי.

גַּם הַנְּתִיבוֹת סוֹמֵר לַד' עֲצָמוֹ שְׁהַעֲלָה (ס' ע"ב) דְּלִפְטוֹר מִפְּרוּטָה דר"י מִטַּעַם עוֹסֵק בְּמַצָּנָה הוּא רַק כְּשֶׁמְנוּטֵל עָלָיו בְּחַיִּיב כְּמוֹ הַשְּׁבִיט אַבְיָדָה אֲבָל גַּבְּאֵי צְדָקָה לֹא ע"ש (ס"ק י"ט) א"כ דְּיָיִן ג"כ אִם יֵשׁ עוֹד דְּוַגְמָתוֹ הֵכִי מְנוּטֵל עָלָיו הַחַיִּיב הַחַיִּיב עַל הַקְּהָל לְמַנּוֹת דְּיָיִנִים.

וּבְאַמַּת כְּבָר הַשְּׁגָתִי עַד שֵׁם בְּהַגְהוֹתִי בַד"ח וּבַח"ר או"ח (ס' י"ג אוֹת ג') מְדַבְּרֵי תוֹסְפוֹ שְׁבוּעוֹת (דף מ"ב) גַּם כְּתַבְתִּי בַמ"א לְדוֹן בְּהָא דְּשׁוֹמֵר אַבְיָדָה דְּקִאָמֵר בְּש"ס ב"ק (דף נ"ו) דְּהָיָה ש"ש בְּהַיָּא הַנְּאָה דַל"ב לְמִתְבִּי לִי רִיפְתָא לְעַנְיֵי אִיפָא דְּמַפְרָשֵי הֵכִי ר"י אָמַר כַּש"ש דְּמִי פִינּוֹן דְּרַחֲמָנִי שְׁעַבְדִּיהָ בַע"כ כַּש"ש דְּמִי וְהַקְּשָׁה הֵיךְ שֶׁל שְׁלָמָה שֵׁם הָא בַכ"מ קִי"ל כְּלָשׁוֹן אַחֲרוֹן וְלֵאִיפָא דְּמַפְרָשֵי אָף ר"י לֹא חָשׂ לְהַדְּ פְּרוּטָה וּל"ג ש"ש בְּשֵׁבִיל הַדְּ פְּרוּטָה וְכַתְבְּתִי דִּי"ל דְּהָא אִיפָא דְּמַפְרָשֵי לֹא חָלְקוּ עַל לְשׁוֹן הָרָאשׁוֹן דְּהָיָה ש"ש בְּשֵׁבִיל הַנְּאָה דְּמַרְוִיחַ פְּרוּטָה רַק אָף דְּמַרְוִיחַ מֵאֵן שֵׁם לוֹ לִש"ש הָא כָּל שׁוֹמְרֵינַן כְּתִבוּ תוֹס' כְּתוּבוֹת (דף נ"ו) דְּהַתוֹרָה יִרְדָּה לְסוּף דְּעַתָּן שֶׁל בְּנֵי אָדָם דְּהַשׁוֹמֵר מְחַיִּיב א"ע כָּל אֶחָד פְּדִינוֹ וְתִינַח הֵיכָא דְּמַתְרַצָּה לְקַבֵּל עָלָיו הַחַיִּיב שְׁמִירָה אֲבָל בְּשׁוֹמֵר אַבְיָדָה הָא בַע"כ מְחַוֵּב לְקַבֵּל מְצוֹת הַשְּׁבִיט אַבְיָדָה וְאִי לְהַתְעַלֵּם מִמֶּנָּה רַק לִיקַח הַאֲבִיָּדָה לְתוֹךְ בֵּיתוֹ וְאִינוּ מְגַלָּה דְּעַתּוֹ שְׁמַתְרַצָּה לְהֵיוֹת כַּש"ש בְּשֵׁבִיל הַדְּ הַנְּאָה דַל"ב לְמִתְבִּי רִיפְתָא לְעַנְיֵי וְמִי יֹאמֵר דְּנִיחָא לִיהַּ שְׁבִיבִיל הַרְנוּחָה הַזֹּאת יִתְחַיֵּיב פְּדִין ש"ש ע"ז אָמְרוּ פִינּוֹן דְּרַחֲמָנִי שְׁעַבְדִּיהָ בַע"כ שְׁיַקַּח לְבֵיתוֹ וַיִּשְׁמֹר הַאֲבִיָּדָה כַּש"ש דְּמִי וְזָה ג"כ בְּחַיִּיב הַתוֹרָה הוֹאִיל שְׁאִין הַבְּעֵלִים כָּאֵן שְׁיִשְׁמְרֵנוּ הַמוֹצָא כְּמוֹ ש"ש וְשֵׁכָר מְקַבֵּל הַנְּאָה פְּרַדְר"י.

א"כ י"ל דְּבַדְּיָיִן לִשׁ זֶה פִינּוֹן דְּלֹא גָלִי דְּעַתּוֹ שְׁיַחְפּוּץ לְהַתְחַיֵּיב לְהֵיוֹת כַּש"ש בְּשֵׁבִיל הַנְּאָה פְּרַדְר"י כ"ז שְׁאִינוּ מְקַבֵּל שְׂכָר בְּיַחְוֹד: גַּם בְּגוֹף הַדִּין כְּשֶׁמְקַבֵּל שְׂכָר עַל פַּס"ד דְּיַהֲנִי חַיִּיב כְּמוֹ טַבַּח אֶמְנָן שְׁקַלְקַל דְּחַיִּיב בְּשֵׁכָר יֵשׁ לְדוֹן לַמ"ש בַּש"מ ב"ק (דף צ"ט) מְשֻׁם רַמ"ה פִּינּוֹן דְּקִאָמֵר בְּש"ס דְּהָיָה כְּנֹשֵׂא שְׂכָר חַיִּיבוֹ הוּא בְּשֵׁכָר מִטַּעַם שְׁמִירָה וְצָרִיף שְׁיַעֲשֶׂה קַנְיָן מְשִׁיכָה אוֹ הַגְּבָהָה אוֹ שְׁיַקְדִים לוֹ דִּינָר וְאִם מְשִׁיף אוֹ הַגְּבִיָּה ע"מ לִיטְוֹל שְׂכָר קִינְיָן בְּרִשׁוּתִיהָ לְנִטְוִרָא לְכָל מְלִי עֵי"ש וּמְבֹאֵר דָּאֵם לֹא מְקַדִּים לוֹ שְׂכָר כ"ז שְׁלֹא עֲשֶׂה קַנְיָן מְשִׁיכָה אוֹ הַגְּבָהָה פְּטוֹר אָף אִם מְבַטִּיחַ לוֹ שְׂכָר אַח"כ פִּינּוֹן דְּכָל עַנְיָן שְׁחַיִּיב בְּשֵׁכָר הוּא

כמו ש"ש וא"כ בדין אם לא נולד ביד אף שקבל שְׂכָר על פסקו מ"מ לא עשה שום קנין על השמירה ופטור כמו מןמחה דפטור בחנם.

ובאמת מדברי הראשונים דכתבו דלכך בשְׂכָר חייב פיון דל"ה רק קרוב לאונס ולכך נותן לו שְׂכָר פי היכא דלדוק טפי וע"ש ברשב"א ב"ק ובמ"מ (פ"י) הלכות שְׂכִירוֹת הביא דעתו דדוקא בטבח חייב בשְׂכָר ולא שולחני ועיין ש"ך (סי' ש"ו ס"ק י"א) ואף דבש"ע פסק שם לחייבו בשְׂכָר וי"ל דהוי מטעם מזיק.

גם י"ל אף אם החיוב הוא מטעם שומר בטבח מ"מ לא בעינו דוקא שיעשה קנין משיכה כמו שאר שומרי דכל ענין משיכה בשומרין הוא מטעם התחלות מלאכה וכמו שכתב הנ"י פ' השואל משם הרמב"ן א"כ כשמתחיל לשחוט ראוי שיתחייב אם קלקל דהוי כמתחיל בשמירה וזה א"ש בטבח ולכך ל"מ להפוסקים שחלקו בין אם עשה קנין או לא דהתחלת המלאכה הוי כהתחיל בשמירה משא"כ בדין שדן וטעה בזה י"ל דלא שנייך בזה ענין שמירה כמובן ואף בהתחיל לישא וליתן בדיניהם ופסק וטעה י"ל דל"ש לחלק לבין בחנם או בשְׂכָר רק בנו"נ ביד חייב מטעם מזיק ועיין ביש"ש פ' הגזול בתרא דאנוס רחמנא פטריה ולא מחייבין אלא בנו"נ ביד משום דזכה ביה בהגבהתו והוי שְׂלוֹ לענין אחריות ושם הוא כמכנין להזיק דהוא רק באונס ובלא מתכונן כלל י"ל דל"ה שְׂלוֹ לענין אחריות: וקצת יש להוכיח פן דאף בשְׂכָר פטור הדין מדכ' הרמ"א (ס"ג) בזה"ז שםכריחין הקהל הדיינים שיהיו דייני' בע"כ לא ישלמו אפילו טעו ומסתמא איירי דנותנים להם שְׂכָר מקופת הקהל לפרנסתם וכמבואר (סי' ט' ס"ג) ואפי"ה פטורין לשלם ואולי יש לחלק בין אם נקצב להם שְׂכָר בכללות למקבל שְׂכָר בפרטות ע"ד הבא לפניו די"ל בזה חייב דצריך למידק ביותר וכמו בטבח אומן שקלקל ושולחני ומ"מ יש לדון דהדין יכול לומר קים לי שלא להוציא ממנו פיון דדעת היש"ש ומהריב"ל שהביא הש"ך (סי' ש"ו ס"ק י"א) השולחני אם הוא מןמחה פטור אף בקבל שְׂכָר וק"ו בדין דשגיאות וטעות שכיחא הרבה בפרט בשיקול הדעת די"ל דהוי כאונס אולם הכל לפי הענין במה טעה אם נראה שיגע א"ע כפי יכולתו וידעתו ובכ"ז טעה בדבר שיש מקום לטעות בזה י"ל דהוי כאונס אבל אם הטעות הוא בדבר הנרא' שלא שם עיניו פראוי ול"ה מתון בדבר כפי הצורך בזה י"ל דחייב בקבל שְׂכָר: והנה הרמ"א שם כתב מ"מ יש להם לחזור אם טעו ואם א"ר לחזור צריכין לשלם וראיתי בשע"מ (ס"ק י"ב) שחקר בזה אם נודע להם שטעו ולא חזרו אם חייבין לשלם היכא דקודם לכן לא שילם הבע"ד בדין דבזה לרוב הפוסקים הסוברים דל"א קם דינא עד ששילם א"כ גרמו בזה היזק במה דלא הודיעו שטעו או די"ל פיון דמתחילה היו אנוסים במה שטעו אף דאח"כ נודע להם שטעו וא"ח בהם מ"מ פטורין לשלם דל"ה רק כמונע להציל חבירו מהפסד דפטור מלשלם דלאו כלום עביד וכמו כובש עדותו דפטור מלשלם מדיני אדם עי"ש שהניח בצ"ע.

ולע"ד נראה דהיכא דמזיק לחבירו באונס והי' תחילתו באונס וסופו בפשיעה חייב לשלם. ודומה להא דמבואר ב"ק (דף ק"ח) בנגנב מן השומר באונס והופר הגנב דהשומר חייב לעשות דין עם הגנב ועיי"ש בש"מ משם הרשב"א דלטרוח ולדון עם הגנב חייב דסופו בתחלתו מה תחילתו אלו ידע והפיר בה בשעת גניבה הנה לו לטרוח ולעמוד כנגדו להציל ואם לא עשה פן חשבינן כפושע והלכך סופו נמי כשהופר הגנב אפילו שו"ח

יִטְרַח וַיִּדְוֶן עִם הַגָּנֵב וַיִּצְיֵל מִיָּדוֹ וּבִלְשׁוֹן הַרְמִיָּה שָׁם פָּתַב דְּכָל הַיִּכָּא דִּיכּוֹל לַעֲשׂוֹת דִּין עִם הַגָּנֵב כְּמֵאן דְּלֹא נֶאֱנָסָה דְמֵיָא וְאִם לֹא עָשָׂה עִמּוֹ דִּין הוּ"ל כְּפִשְׂעֵי וְאִף שׁו"ח חֲזִיב וְהוּ"נ דְּכַוְנָתִיהָ פִּינּוֹן דְּכָל הַפְּטוֹר הוּא בְּשִׁבִיל שְׁהִיזִק בְּאֲנָס וּכְשִׁפְסָר הָאֲנָס אֲמַרִּינּוּן סוֹפּוֹ כְּתַחֲזִילָתוֹ וּבְתַחֲזִילָתוֹ כְּשִׁל"ה אֲנָס חֲזִיב כּוֹן נְמִי כ"ז דְּלֹא נִגְמַר הַהִיזִק וּבְכַפְשִׁיעָתוֹ אַח"כ נִגְמַר חֲזִיב לְשִׁלְמָא וְאִף דִּי"ל דְּשָׁם הוּא מְטַעַם שׁוֹמֵר דְּחֲזִיב א"ע ז"א דְּלַעֲנָנָן שְׁלֵא לְהִיזִק לְחַבְרֵי חֲזִיבוֹ הַתּוֹרָה אֲנָס כְּרִצּוֹן רַק בְּאֲנָס גְּמוּר פְּטוֹר אֲבָל בְּכָל דְּבָר דְּהוּי לִיהָ לְהִזְהַר וּלְדַקְדָּק נַעֲשֵׂה כְּשׁוֹמֵר עַל גּוֹפּוֹ וּכְמוֹ שׁוֹמֵר שְׁקַבֵּל ט"ע לְשִׁמּוֹר כּוֹן חֲזִיבוֹ הַתּוֹרָה לְהִזְהַר וּלְדַקְדָּק שְׁלֵא יִזִּיק לְחַבְרֵי כָּל שְׂאִינוֹ אֲנָס גְּמוּר וּמְמִילָא נְמִי אִף בְּמִקּוּם דְּהוּא וְנָס גְּמוּר מ"מ כְּשִׁנְסַתְלַק הָאֲנָס וּבְיָדוֹ שְׁלֵא יִגְמֹר הַהִיזִק אֲמַרִּינּוּן סוֹפּוֹ כְּתַחֲזִילָתוֹ וְכִינּוֹן דְּגַמַר הַהִיזִק הוּא בְּכַפְשִׁיעָתוֹ חֲזִיב לְשִׁלְמָא וְהוּ"נ בְּדִינָיִם שְׁטַעַו אִף דְּפְטוֹרִין מְטַעַם דְּהוּי כְּאֲנָס גְּמוּר מ"מ כִּינּוֹן דְּהוּא רַק מְטַעַם דְּלִבִּי אֲנָסוֹ וְאִם הָיָה יוֹדַע בְּשַׁעַת מַעֲשֵׂה שְׁפָסַק דְּטוֹעָה הוּא הוּי כְּמִזִּיק בְּדַבּוּרוֹ וּכְשִׁשְׁיָלְמָא אַח"כ נִגְמַר הַהִיזִק לְמַפְרַע וְחֲזִיב לְשִׁלְמָא מְמִילָא נְמִי אִף דְּטַעַו בְּשַׁעַת הַפְּסָק דִּין מ"מ לֹא נִגְמַר הַהִיזִק עַדִּין עַד שְׁיִשְׁלַם א"כ דְּנֻקָּא כְּשִׁלֵּא נוֹדַע בְּנִתְיָיִם דְּטַעַו וְנַעֲשֵׂה הַפֵּל בְּאֲנָס אֲבָל אִם נִתְבָּרַר לְהֵם דְּטַעַו וְלֹא הוֹדִיעוּ לְהַבַּע"ד שְׁחֹזְרִים מִן דִּינָם וּבְכַפְשִׁיעָתָם נִגְמַר הַהִיזִק שְׁיִשְׁלַם לְהוֹתַבַּע וְדַאי נִרְאָה דְּחֲזִיבִין לְשִׁלְמָא: אִף כ"ז דְּחֲזִיב לְאַטְרוּחִי וְלוֹמַר לְבַע"ד דְּחֹזֵר מְפָסְקוֹ וְאִם אִינוֹ עוֹשֵׂה כּוֹן וְהַבַּע"ד שְׁיָלְמָא לְאַחַר שְׁהוֹדָה וַיִּדַּע בְּעַצְמוֹ הַדִּין בְּזָה חֲזִיב לְשִׁלְמָא אֲבָל אִם הַבַּע"ד אִינָם לְפָנֵינוּ יֵשׁ לְדוֹן אִם מְחֻיָּב הַדִּין לְהוֹצִיא הוֹצָאוֹת לְלִכְתּ אַחֲרֵיהֶם וְלְהוֹדִיעַ שְׁחֹזֵר הוּא מְהוֹרָאָתוֹ דִּי"ל אִף דְּתַחֲזִילָתוֹ בְּאֲנָס וְסוֹפּוֹ בְּכַפְשִׁיעָה חֲזִיב דְּהוּי כְּמוֹ שְׁהִיָּה מִתַּחֲזִילָה בְּכַפְשִׁיעָה פִּינּוֹן דְּעַדִּין לֹא נִגְמַר הַהִיזִק מ"מ פִּינּוֹן דְּפְטוֹר עַל הַתַּחֲזִילָה רַק בְּשִׁבִיל מַה שְׂאִינוֹ חוֹזֵר אִינוֹ מְחֻיָּב לְהוֹצִיא מְמוֹן מִפִּיסוֹ וְלְחֹזֵר אַחֲרֵיהַבַּע"ד לְהַגִּיד לְהֵם וּלְעַנּוֹן זֶה הוּי כְּשׁו"ח שְׁיָכּוֹל לְקַדָּם בְּרוּעִים וּבְמַקְלוֹ דַּא"ח רַק כְּשִׁיכּוֹל לְקַדָּם בְּחֻנָּם אֲבָל לֹא בְּשִׁכָּר.

כּוֹן נְמִי בְּזָה אִף דְּהוּא גְּרַם לְזָה מ"מ פִּינּוֹן דְּהוּי כְּאֲנָס מִתַּחֲזִילָה אִף דְּלִבְסוֹף כְּשִׁנְדַּע לּוֹ שְׁטַעַה חֲזִיב לְחֹזֵר וְאִם אִינוֹ חוֹזֵר חֲזִיב לְשִׁלְמָא פִּינּוֹן דְּנִגְמַר הַהִיזִק בְּכַפְשִׁיעָתוֹ מ"מ לְהוֹצִיא הוֹצָאוֹת אִינוֹ חֲזִיב.

וּבְשׁו"מ שָׁם הִבִּיא מְדַבְּרֵי תוּס' ע"ז (נַרְף נ"ח) בְּהָא דר"ל אִיְקַלַּע לְבַצְרָה חֲזָא יִשְׂרָאֵל דְּקִאָּכְלִי פְּרִי דְּלֹא מְעַשְׂרִי וְאָסַר לְהוּ מֵיָא דְּסַגְדִּי לְהוּ עַכּוּ"ם וְשָׁתוּ יִשְׂרָאֵל וְאָסַר לְהוּ אָתָא לְקַמִּיָּה דר' יוֹחָנָן א"ל אֲדַמְקַטוּרְךָ עֲלֶיךָ זֵיל הִדַּר בְּצָר לָאו הִינּוּ בְּצָרָה כּוֹ' וְכ' תוּס' דָּאִין לְפָרֵשׁ שְׁלֵא תַפְסִיד בְּגַדֶיךָ בְּשִׁבִיל הוֹרָאָתֶיךָ שְׁבִשְׁבִיל שְׁטַעִיתַ תַּצְטַרְךָ לְשִׁלְמָא דְּהוּא דְּנֻקָּא בְּנו"נ בְּיָד וְעוֹד דְּהָא ר"ל מְמַחֵה לְב"ד הָוָה וּפְטוֹר מְלִשְׁלָמָא.

וְע"כ צ"ל אִף דְּלֹא קַבְלוּהוּ עֲלֵיהוּ מ"מ פִּינּוֹן דַּע"י טַעַוָתוֹ הָיָה מְנוֹכַרְח לְאַסוֹר לְהֵם לְאַפְרוּשֵׁי מְאִיסוּרָא א"צ קַבְלָה וַיִּקְשָׂה הָא פִּינּוֹן דְּנוֹדַע לּוֹ טַעַוָתוֹ חֲזִיב לְהַתִּיר לְהֵם וּכְשִׁאִינוֹ מוֹדִיעַ נַעֲשֵׂה הַהִיזִק בְּכַפְשִׁיעָתוֹ וַיִּתְחַיֵּב לְשִׁלְמָא.

וּלְמ"ש אֲתִי שְׁפִיר דְּמ"מ פִּינּוֹן דְּהוּי תַּחֲזִילָתוֹ בְּאֲנָס אִף דְּסוֹפּוֹ בְּכַפְשִׁיעָה כְּשִׁאִינוֹ מוֹדִיעַ לְהֵם מ"מ אִינוֹ חֲזִיב לְהוֹצִיא הוֹצָאוֹת ע"ז כְּשִׁאִינָם לְפָנֵינוּ וַא"ח רַק לְטְרוּחַם וְלְהוֹדִיעַ לְהֵם לְכַף שְׁלֵא תִשְׁקָא אֲפִילוֹ לְנוֹחַ מְטוֹרַח הַדְּרָךְ לְהַתִּיר לְהֵם הוֹאִיל דְּהוּא טַעַה בְּהוֹרָאָתוֹ לְאַסוֹר דְּבָר הַמְּוֹתָר אֲבָל לְעַנּוֹן תַּשְׁלוּמִין פְּטוֹר אִף דר"ל סוֹבֵר כר"מ דְּדוֹן דִּינֵי דְּגַרְמֵי

כמבואר ב"ק (נף ק') מ"מ פ"ג דמתחילה ה"ה אנוס בדבר א"ח לטרונם כ"כ ולהוציא ממון בהוצאות פנ"ל אבל אם הבע"ד לפגיו ויכול לחזור אם אינו חוזר ונדאי נר' דחייב לשלם דהוי סופו בפשיעה.

ועוד י"ל דשם פ"ג דהוי פטועה בדבר משנה י"ל דוק' היכא דקבלו עליהם וכמו במראה דינר לשולחני דעת הרי"ף דצריף שיאמר לו עליה דינר קסמיכנא ואז חייב מדיני דגרמי מה שא"כ בהה"ד דר"ל דלא קבלו עליהו וגם ה"ה דבר שהוחזק אצלם להיתר מעיקרא ועד שפא ר"ל ואיקלע להם ואסר להו והוא טעה בד"מ יכול לומר לא הייתי יודע שישמכו עלי וכינן דמתחילה ה"ה אנוס בטעותו אף פשונדע לו אם אינו מטריח עצמו לחזור אחריהם ולהתיר א"ח לשלם פ"ג דלעולם הדר דינא א"ח מטעם דינא דגרמי כשלא האכיל בידים אף לשיטת תוס' בכה"ג: סי' לא דעת הרי"ף לפסוק כר"ח דרב בנ"נ ביד קם דינא הואיל דחייב לשלם ולית לי' לבע"ד פסידא והיכא דלא נ"נ ביד דאז אי קם דינא אית ליה לבע"ד פסידא דא"ח לשלם אז הדר דינא.

ויש לחקור היכא דהנדידון ה"ה על חפץ ידוע אם קנה הלוקח או המוכר וליכא נ"מ לענין תשלומין דזה ג"כ ה"ה דין ומחייבין שבועה ע"ז פאשר הוכיח במישור הקצוה"ח (סי' ע"ג) ובד"ח דיני טו"נ (סי' א') הבאתי שפן מבואר בראשונים בש"מ ב"מ (נף מ"ח) בניחוד לו פלי דאף היכא דליכא נ"מ לענין דמים רק הטענה ודו"ד שפיניהם הוא לענין קנין החפץ למי שייף בכ"ז פשפפר ונשבע חייב שבועה ועיין מ"ש לעיל (סי' כ"ב) הרי דזה ה"ה כמו פסידא.

ואם גזל ממנו החפץ והזיקו א"ח לשלם רק דמיו ובכה"ג פשטעה הדיין בשיקול הדעת וניפה החפץ למי שלא זכה עפ"י סוגיא דעלמא אם בזה לעולם חוזר הדין אף בנ"נ ביד דהא אף אם נ"נ ביד מ"מ לא נוכל לחייבו רק מדין מזיק ובנידון פזה ל"ש שישלם כמו מזיק דהא לא הזיקו לו גוף החפץ דקבל דמי החפץ ורק הזיקו במה שחייבו למסור החפץ ללוקח ועל דמי החפץ ל"ה שום נ"מ א"כ ל"ש תשלומין ואם נזחוש לפסידא דבע"ד מהראוי לומר דהדר דינא.

או אם נאמר דבזה ל"ח לפסידא דבע"ד פ"ג דסוף סוף לית ליה פסידא של ממון רק במה דהפסיד גוף החפץ ולא דמי החפץ וא"כ י"ל דאף בלא נ"נ ביד קם דינא פ"ג דלית ליה פסידא מהראוי לומר קם דינא או י"ל דמ"מ פ"ג דבלא נ"נ ביד היכא דאית ליה פסידא הדר דינא פ"ג דלעולם הדיין א"ח לשלם רק בנ"נ ביד א"כ לא פלוג עשו חז"ל ולעולם הדר דינא אף היכא דלית ליה פסידא: וקצת יש להוכיח מדלא מתרץ בש"ס הרומיא דמתניתין דבכורו' וסנהדרין בכף דמתניתין דבכורות איירי בגוונ' דאיכא פסידא לבע"ד בגוף הפמון ואז יהיה הדיין חייב לשלם לכף קם דינא ומתניתין דסנהדרין דמחזירין בין לזכות בין לחוב הוא במקום דליכא תשלומין מן הדיין דל"ה הנדידון לענין גוף הפמון רק לענין קנין החפץ דבזה ל"ח הדיין לשלם מטעם מזיק דלו יהא שהזיק לו בידים גוף החפץ א"ח להחזיר לו חפץ שלם רק הדמים והדמים לא הפסידו וכינן שהדיין לא יהיה חייב בתשלומין ולכף מחזירין הדין משום פסידא דבע"ד אף אם הדיין נ"נ ביד א"ו משמע דס"ל דבזה לעולם קם דינא דל"ח זה פסידא דבע"ד ומחזיקין בפסק דין ויש לדחות להמעין.

אף גם יש נ"מ בנתיקר החפץ לאחר שנגמר הדין ונו"נ ביד ואח"כ נודע שטעה בזה אם לא נו"נ ביד לכאורה לדעת הרי"ף הדר דינא משום פסיקא דבע"ד שלא יפסיד ואם נו"נ ביד י"ל דג"כ הדר דינא שלא יפסיד הבע"ד דהא אם קם דינא ג"כ לא יהא הדיין חייב לשלם רק כפי מה שהי' שנה בשטעה שנו"נ ביד דלא יהא אלא גזלן וכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ובשטעה שנו"נ ביד ל"ה שנה אלא כפי מה שנתן וא"כ יפסיד הבע"ד ויש לומר דגם זה ל"ח פסיקא דבע"ד ולא חשו לזה וקם דינא וצ"ע.

גם לשיטת הרא"ש וסייעתו דלעולם חייב הדיין אף בלנו"נ ביד ואף בטעה בד"מ דלעולם חוזר אם לית ליה לבע"ד לשלם או שהיה חייב הדיין לשלם יש לחקור אם הי' הדין על החפץ ונתיקר אח"כ דאם הי' קמן הנה חוזר הדין והנה חייב לשלם ולהחזיר פל החפץ או אם אכלו אח"כ חייב לשלם כשעת אכילה דל"ה גזלן שנאמר בו פל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ואם לית לי' לשלם כשחייב הדיין לשלם חייב לשלם כפי אשר נתחייב הבע"ד או דאינו חייב רק מטעם דהזיק לו בדבורו שפסק ואין דנין לחייבו רק כפי אשר היה שנה אז דהא אם נו"נ ביד דנעשה גזלן אינו חייב לשלם רק כפי מה שהיה שנה אז בשטעה שנו"נ ביד לא נוכל להוסיף חיוב ע"י הגרם במה שלא נו"נ ביד ובכ"ז צ"ע: והנה הא דקם דינא אף דסוגיא דעלמ' אזלי פאידיה ודנין בכל בתי דינין אף להוציא ממון ולא יוכל להא לומר קים לי ובכ"ז פיון דכבר נפסק הדין קם דינא.

וכבר הקשה בס' תמים דעים בשם הרב ר"י בר אשר הלוי למה לא יוכל הדיין לפטור א"ע בכח זה שהבע"ד פוטר א"ע וכ' דרק אז משלם מביתו כשמו"ד' הדיין שטעה ודן שלא כהלכה והה"ד נמי אם הבע"ד מודה שגבה שלא כדין שחייב להחזיר וסתם דיין יש בו יראת שמים ויודע מעצמו שטעה ומאחר שמו"ד' חייב לשלם מביתו ולדבריו נדאי נראה במקום דהדיין פטור לשלם או שאין לו חייב הבע"ד לשלם לצאת יד"ש.

אולם מכל הפוסקים משמע דלעולם חייב לשלם אף אם אינו מודה שטעה רק החזיק בסברתו דכף ראוי לדון מ"מ פיון דסוגיא דעלמא אזלי פאידיה חייב לשלם לשיטת הרי"ף וסייעתו כר"ח כשנו"נ ביד ולשיטת הרא"ש וסייעתו אף בלא נו"נ ביד קם דינא כשטעה בשק"ה והטעם כמו שכ' הקצוה"ח בהא דקם דינא הוא משום שמוחזק עפ"י הדיין והדיין שאינו מוחזק אלא עפ"י עצמו וסוגיא דעלמא אזלי להיפך לא מצי למימר קים לי דשפיר קאמינא.

ובפרט למ"ש הרא"ש הוא משום דקנסין ליה ולכך קם דינא וחייב הדיין לשלם וא"כ כנראה הא דקם דינא הוא רק מדרבנן דיעיל החזקות הבע"ד ואהני ליה משום דמוחזק עפ"י הדין ויש לומר היכא דהדיין לית ליה לשלם או במקום שהדיין פטור פגון במומחה וקבלו או בשלשה סמוכין דפטורין מלשלם אף אם דנו בכפיה בזה י"ל דעכ"פ לציד"ש חייב הבע"ד להחזיר שלא יפסיד הבע"ד או י"ל פיון דהכי תקנו חז"ל שיהיה קם דינא פטור אף בד"ש: ברם לענן איסור והיתר טומאה וטהרה נדאי ל"א דקם דינא להתיר אף איסור דרבנן.

ובתנאים הקשה ע"ד רמ"א יו"ד (סי' רמ"ב) שכתב דחכם שהתיר א"ח יכול לאסור אם היה הטעות בשק"ה כשחלה הוראתו של הראשון וכיצד יתנישב הא דטיהר את הטמא דישראל מביתו פיון דהיתר קם ומותר תשלומין מאי עבידתה' וכשעירבן עם פירותיו



הרי חלה הוראתו ובנתיבות מתרץ דאחר א"י לאסור אבל פשהדיין בעצמו מודה שטעה ובד"מ יכול הבע"ד לומר לדבריה הראשונים אני מאמין אבל בטיהר את הטמא נהי דמה שעשה עשה והוא טהור ואין שום ב"ד יכול לאסרו מ"מ הבע"ד אם רוצה יכול לומר כיון שאמה מודה בעצמה שטעית והם אסורים לדבריה אני מאמין לדבריה האחרונים ומשו"ה משלם.

ויש גמגום בדבריו דאם מעצמו מודה שטעה נדאי מה"ד אסור ומה זה שכ' ואין שום ב"ד יכול לאסרו ולמה צריכה לתלות ברצון הבע"ד שיאמר לדבריה אחרונים אני מאמין אטו אם רוצה להאמין לדבריו ראשונים תלוי ברצונו אין זה אלא תימא כיון שהדיין מודה שטעה וסוגיא דעלמא פאידיך לא יהא אלא ספק איסור אסור מספק.

וגם אם תליא ברצונו ולגבי כ"ע אין שום ב"ד יכול לאסרו אינו דומה להא דסי' (קכ"ז) ביו"ד במאמין לדברי עד דקאן יכול לומר כיון שחל הוראותו מותר לכ"ע ולמה להא להאמין לדבריו האחרונים כדי לחייבו לשלם.

ברם הדברים נכונים בחוזר מהוראתו נדאי אסור לגבי כ"ע ולבע"ד וא"י לומר לגבי איסור שמאמין לדבריו הראשונים וכ"כ בקצוה"ח (ס"ק ה') לתרץ שיטת רמ"א יו"ד הנ"ל עפ"י דברי התמים דעים דאיידי דהדיין חוזר מהוראתו אולם מ"מ דוחק לחלק בין ד"מ לטומאה וטהרה דלדבריו משלם מביתו אינם שוין דלגבי ד"מ אף אם א"ח מהוראתו קם דינא וישלם מביתו כמו שפכתוב בקונטרס רח"י ז"ל שלא מצא חב"ר לדברי התמים דעים ולגבי איסור וטומאה נאמר דדוקא כשחוזר מהוראתו אז משלם מביתו ואם א"ח כשטיהר את הטמא קם ההיתר.

וגם תימא לומר דתליא ברצון המורה אם מתעקש ואינו חוזר מסברתו אף דסוגיא דעלמא אזלי פאידיך יהיה קם ההיתר אשר לא גרע מספק דאורייתא דאזלינן לחומרא כ"ש אם סוגיא דעלמא אזלי פאידיך.

ומצאתי בתשובת רמ"א (סי' כ"ח) שם הוי עובדא בחטא שנמצאת על חתיכת בשר מלוח בפסח והיה הרבה בשר והורה המורה לאסור אותו חתיכה ותו לא ועמד חכם אחר ופליג עליו ואחר שהשיב הרמ"א פיצד פסקינן להלכה לכתחילה כ' בסוף דבריו וז"ל אף אם נודע לו בטעותו אין שייך לחלוק בדבר כזה ולהדר עובדא שפכר הורה המורה באיסור דרבנן וסמך על רוב המקילין ופסק פדברי פוסקים המפורסמים ובנדאי שדבר חומרא כזו אי אפשר לבררו בשיקולא וטריא דגמרא רק חשש חומרא בעלמא ואיך חלקו בזה ולא יחושו למה שאמרו בירושלמי ונהביאו בנימין זאב חכם שהתיר אין חבירו רשאי לאסור וכן משמע מרא"ש פ"א דע"ז עיין ש"ע יו"ד (סי' רמ"ב) ובנדאי על ענין כזה נאמר עכ"ד ונהאריף שם עוד וכ' ואי טעין משום מנהגא אין מנהג שנתפשט ברוב המקומות ואי חכם אחד הורה כף לשעתו לא מקרי מנהגא הרי לפנינו דהרמ"א לא כ' דחכם שהתיר אין חבירו רשאי להתיר רק בדבר חומרא דרבנן בעלמא ואף לא במנהג שנתפשט לאסור אם התיר חבירו רשאי לאסור ורק בחומרות שהחמירו ואין בזה סרה איסור בזה אם היתר אין חבירו רשאי לאסור א"כ דן מני' ק"ו בטענה בשיקול הדעת והכריע בסברתו במקום שסוגיא דעלמא אזלא פאידיך לפסוק להקל ולהתיר או לטהר

דנדאי תבירו רשאי לאסור ואף מצוה וחובה עליו לאסור ולהסר המכשול וא"כ אתי שפיר בטירה את הטמא ועירבן בעה"ב עם פירותיו דחייב לשלם דקאי באיסור.

ואף בספק השקול כמאן פסקינו ולא יש סוגיא דעלמא פאידיה רק מספיקא אזלינן לחומרא אם לא נראה סברתו והכרעתו של הדיין הזה לאחרים אף אם המורה בעצמו מחזיק בדעתו ואינו חוזר מהוראתו מ"מ כיון דהוי ספיקא דאורייתא אסור ומכ"ש היכא דסוגיא דעלמא אזלא פאידיה ודאי אסור לקיים הוראתו ול"ש בזה לומר קם דינא להתיר האיסור: וכן יש להוכיח מדברי תוס' סנהדרין דהקשו בטירה את הטמא אמאי מה שעשה עשוי ועוד אמאי משלם דאפתי לא מתוקמא דערבן עם פירותיו עד לבסוף.

ולכאורה יש למצוא בטעה בשק"ה דשינייה לומר מה שעשה עשוי וגם שישלם וקולתו של זה הדיין שהורה להקל הוא חומרא כגון שנולד הספק בתרומה אם טהורה היא או טמאה ואם הדין הוא דטמאה יכול הפהן לשרוף התרומה ולהינות בשעת שריפה דדרשינן שילה תהא להסיקה תחת תבשילה.

והורה זה הדיין ואמר דטהורה היא וטעה בשק"ה דסוגיא דעלמא אזל' פאידיה דהיא טמאה ולשריפה קיימי ולפי דברי הדיין אם נאמר קם דינא דטהור' היא נחזיק לחומרא דבריו עכ"פ שאסורה בשריפה א"כ שייך לומר משלם מביתו ואף דלא הפסידו כלל מ"מ כיון דבלא הוראתו היה הדין לשרוף ולהינות בשעת שריפה ועכשיו אסרו עליו חייב לשלם דמי עצים ולזה כוונת פבד דיד נפשי הרב הגאון וכו' מ' שמואל סלאנט נרו יאיר אף דיש לדחוק דלדעת התמים דעים איירי שהדיין בעצמו חוזר מהוראתו ובזה ל"ש לומר לענין איסור קם דינא כיון דחוזר בו ורק לגבי ממון שייך לומר דהבע"ד יאמר דלמא טעמא קמא דידיה עיקר מ"מ זה דחוס דכבר כתבתי דמכל הפוסקים משמע דלא תליא בחזרתו ואף אם אינו חוזר ג"כ חייב לשלם.

ואולם למ"ש כיון דהוא רק מדרבנן מה דקם דינא לא אמרו רק לענין לקנוס להדיין שיתקיים הוראתו ויהיה חייב לשלם או אף במומחה וקבלו דפטור מלשלם מ"מ חשו ה"ל שלא לבטל ההוראה ויתקיים הדין מכל וכל אבל במקום דיצא קולא מזה בהוראות או"ה כגון הנז' דהא לא נוכל לקיים הדין ולטהר ולאכול כיון דסוגיא דעלמא אזל' פאידיה או אף בספק איסור דהכרח דצריכין לבטל הפסק שלא יהיה רשאי לאכול שוב לא מבטלינן המצוה מה שתרומה טמאה היא בשריפה ל"מ לשיטת הסוברים דת"ט הוא בשריפה מה"ת כמבואר תוס' שבת (דף כ"ד ע"ב) וביתר מקומות ודאי לא נוכל לבטל המצוה משום כבודו של הדיין רק בממון מטעם הפקר ב"ד אתינן עליה אף דלא פשע הבע"ד בזה מ"מ כיון דקבלו עליהו אמרינן מזלא בישא דהאי גברא גרם לי' או אף בשלשה מן מחין דיש להם פת לדון עפ"י ד"ת ובכפיה ופטורין מלשלם מ"מ קם דינא מצד הפקר ב"ד אבל לבטל ממצות שריפה מתרומה שיענו שהיא טמאה ומצוה בשריפה אף לבטל בשב ואל תעשה לא מצינו.

אלא אף להסוברים דכל מצוה דתרומה טמאה שהיא בשריפה הוא רק מדרבנן מ"מ כיון דבהכרח לא נוכל לומר קם דינא ולקיים הפסק לגמרי דלא נוכל לטהר הטמא לא אזלינן בזה להחמיר אף מדרבנן שלא לקיים מצות שריפה אף שהוא רק דרבנן כיון דבהכרח הדר דינא ולקח לא ניקח להו לרבותינו בעלי תוס' לתרץ בדרה"ב וז"ב ופשוט לענ"ד:

ונראה דאף בלוקם שקנה פירות נודע הספק ובאו לשאול מהדין וטיהר את הטמא דל"א בזה קם דינא והוי מק"ט כמו שהשיגו כל האחרונים על הש"ך הדין חוזר אף אם אכלן הלוקם דהמוכר צריך להחזיר הממון שקבל כמו בכל מוכר דבר איסור דחייב להחזיר המעות אף אם אכלן דאכילת איסור ל"ה הנאה ונכשו של אדם חוטה וקץ ממנו כמבואר ש"ע יו"ד (סי' קי"ט) וח"מ (סי' רל"ד) ממילא פינון שסוגיא דעלמא אכלא פאינד דהו אסורין ואילו הי' בעין הי' חוזר אף אם אכלן ג"כ חייב המוכר להחזיר.

ובס' שער משפט לא כתב כן ודעתו דכשאינו בעין יכול לומר המוכר מה חזית דטעמא בתרא דילך עיקר דלמא קמא עיקר והפירות טהורין היו ואין מוציאין מספק ולענ"ד לא נראה כן פינון דאף לדבריו הדין חייב לשלם להלוקם ע"כ דאין הדין יכול לומר דלמא טהורין הו פינון דסוגיא דעלמא אכלא פאינד והוי כטמאין בבירור ולא נהנה הלוקם מן אכילת איסור כ"כ המוכר לא יכול לומר מי יזמר דטעמא בתרא דידך עיקר פינון דאם הנה בעין הי' אסור בבירור דלענן איסור לא נוכל לומר קם דינא ממילא נגרר אחריו הממון שחייב להחזיר ודוקא היכא דהנזידון הנה לענן ממון בלבד בזה אהני מה דהחזיק לו הדין לומר קם דינא דאין מוציאין מידו אכל לענן איסור היכא דסוגיא דעלמא אכלא פאינד לא נוכל להקל בשום פנים באיסור תורה והוי פנדאי אסור וחייב שוב להחזיר הממון כנלע"ד: ומה"ט לא אדע מ"ש הגתיבות להלכה אם פבר לקח הפירות מחבירו בחזקת טהורים ונעדין ל"נ המעות ותבעו המוכ' לדין וטעה הדין ואמר שהו טהורים וזיפה את החייב עפ"י טעות בשק"ה שטעה בדין טומאה וטהרה אף דהפירות נשארו טמאין כמעיקרא דמ"מ הדין שדן בד"מ קיים ודומה לשאר טעות בשק"ה דמה שעשה עשוי דיכול המוחזק לומר דלמא טעמא בתרא הוא דטעות פינון שאחר גמר המקח דן את הדין מה שעשה עשוי וכ' שז"פ ופשיטתו דידך' צל"ע דהא פינון דלא נוכל לומר קם דינא על הפירו' שיהיו טהורים דבזה ל"ש לומר מה שעשה עשוי א"כ ממילא הני מקח טעות ולא נוכל לומר קם דינא שלא יהיה המוכר חייב להחזיר המעות דהא אף אם הוא ספק הוי ג"כ מקח טעות ולא נוכל לומר קם דינא לחצאין דלענן ממון יהיה פטור והפירות נשארו טמאין ואף דבאו לדון על הממון מ"מ פינון דעיקר תלוי בזה אם הפירות טהורים או טמאין וכיון דלענן איסור נשארו באיסורין שוב ממילא נגרר הממון אח"כ שחייב להחזיר ועיין ש"ך (ס"ק ל"ט) בג' שטעו ואחד מהם לא הסכים דהדין דב' משלמין שני חלקים וחלק הג' יפסיד הבע"ד כ' הש"ך דזה הוא דוקא לשיטת הרא"ש אבל לדעת הר"י"ף דהיכא דפטורין מלשלם הדר דינא שלא יפסיד בעל הדין ממילא הדר דינא על חלק הג' ותמה שם על הע"ש ודברי הע"ש גכונים פינון דכל מה דקם דינא הוא רק תסקנתא דרבנן לא נוכל לעשות מילי דרבנן פחוקא ואטלולי לומר קם דינא לחצאין דבשני חלקים יתקיים הדין ועל חלק ג' יהיה הדר דינא שוב ראיתי באורים (ס"ק ל"א) שכ' וצ"ע לומר מקצת דין חוזר ומקצת דין קיי' הרי כמ"ש וה"נ דכונתיה.

וי"ל נמי הא דכ' הראב"ד המובא בר"ן ע"ז בטמא את הטהור דנשאר טמא מטעם דשוני' אנפשיה חתיקא דאיסורא והוא ג"כ מדרבנן זה דוקא בדיני טומאה שא"צ שריפה דוקא או שלא יש איסור אם שורפו אבל אם הנזידון הנה בתרומה דטהורה אסור בשריפה וכיון דסוגיא דעלמא אכלא דהיא טהורה בזה ליכא למימר שישאר טמא ויהיה רשאי אף

לשׁוֹרֵף פִּינּוֹן דֵּהיא טְהוֹרָה עפֿ"י דִּין וְשִׁיחָה נִשְׂאָר בְּטוֹמְאָה וְלֵאסוֹר בְּשִׁרְיָה י"ל דל"א  
קָם דִּינָא לְחֻצָּאין וְנִישׁ עפֿ"ז לְנִישָׁב קוֹשְׁתָּה הָרָן.

אָף י"ל דְּבָזָה פִּינּוֹן דַּעכ"פּ מְדַרְבְּנָן אֲמַרִּין דְּנִשְׂאָרָה טְמֵאָה כְּמוֹ שֶׁהוֹרָה מִטַּעַם דְּשׁוֹנִי ח"ד  
הוּי כְּמוֹ אִם נְטֵמֵאת בְּטוֹמְאָה דְּרַבְּנָן דֵּהוּא ג"כ בְּשִׁרְיָה: וְנִישׁ לְחַקוֹר לְדַעַת הָרִי"ף דְּפוֹטֵר  
אֶת הַדִּינָן בְּלֵא נו"נ בִּיד וּמִטַּעַם זֶה הִדְר דִּינָא שְׁלֵא לְהַפְסִיד לְבַע"ד אִם נו"נ בִּיד מְקַצָּת  
הִיכָא נְדִינָנוּ לְהֵא דִּינָא דָּאָם נֵאמֵר דְּמָה דְּנו"נ בִּיד יִתְקַנֵּים הַדִּין וְחֵיב הַדִּינָן וּמָה שְׁלֵא  
נו"נ בִּיד יִהְדֵּר דִּינָא וְנִחְזִיר הַבַּע"ד א"כ הוּי קָם דִּינָא לְחֻצָּאין וְאִין לָהּ חוּקָא וְאִיטְלוּלִי  
יֹוֹתֵר מְזָה וְאִם תֵּאמֵר שְׁיִתְקַנֵּים הַדִּין לְגַמְרִי הָא יִפְסִיד הַבַּע"ד דֵּהַדִּינָן לֹא יִצְטַרֵּף לְשֵׁלֵם  
רַק מָה שְׁנו"נ בִּיד וְרֵאִיתִי בְּקִצוּה"ח (ס"ק ט') שְׁפַתְבּ פִּינּוֹן דְּעֵשָׂה מְעֵשָׂה בְּמַקְצָת קָם דִּינָא  
וְהוֹכִיחַ מְדַבְּרִי רַמְבַּ"ן שְׁפַתְבּ דְּלֵא אֵלִים כּוֹחַ הַדִּינָן שְׁיִקְנִים דִּינָא בְּדַבּוּר בְּעֵלְמָא עַד שְׁיַעֲשֵׂה  
מְעֵשָׂה עַל דִּינוֹ וּמִשְׁמַע דָּאָם עֵשָׂה מְעֵשָׂה אֶפְיָלוּ כ"ד תוּ ל"ה דַּבּוּר גְּרִידָא וְקָם דִּינָא וְלֹא  
אֲדַע הָא דְּבָרִי רַמְבַּ"ן הֵם שִׁיטָה אַחֲרַת דְּבַעֲיָנוּ שְׁיַעֲשֵׂה מְעֵשָׂה וְכַמְבֹּאֵר בְּדַבְּרִיו בְּמ"ד  
וּבְחֻדוֹשֵׁי רָ"ן וְאִין זֶה שִׁיטַת רִי"ף דְּאֵתִי עֲלָה מִטַּעַם אַחַר בְּדַבְּרִי ר"ח דְּמִשׁוּם פְּסִידָא  
דְּבַע"ד אֲמַרִּין דֵּהַדֵּר דִּינָא כְּשֵׁלֵא נו"נ בִּיד פִּינּוֹן דָּאָם תֵּאמֵר קָם דִּינָא יִפְסִיד דֵּהַדִּינָן יִהְיֶה  
פְּטוּר אֲבָל כְּשֵׁנו"נ בִּיד דָּאָ חֵיב הַדִּינָן לְשֵׁלֵם אֲמַרִּין דְּקָם דִּינָא וְא"כ י"ל כ"ז דְּלֵא עֵשָׂה  
מְעֵשָׂה בְּכָל הַמָּמוֹן לֹא יִתְחַיֵּב לְשֵׁלֵם יֹוֹתֵר מִמָּה שְׁנו"נ בִּיד וְבַע"כ צָרִיף לֹאמֵר דֵּהַדֵּר דִּינָא  
עַל הַמָּוֶתֵר י"ל דל"א קָם דִּינָא לְחֻצָּאין וְרֵאִיתִי בְּנַה"מ שְׁפַתְבּ וּמִסְתַּבְּרָא דְּוִקָא כְּשֵׁעֲשֵׂה  
מְעֵשָׂה בְּכָל הַמָּמוֹן אֲבָל בְּמַקְצָת הַמָּמוֹן ל"מ רַק נֶגְדַּת הַמַּקְצָת שְׁעֵשָׂה מְעֵשָׂה וְכֵן לְעֵיל גְּבִי  
נו"נ בִּיד בַּעֲיָנוּ שְׁיַעֲשֵׂה מְעֵשָׂה בְּכֹוֹלוּ דְּלֵא כְּקִצוּה"ח וְלְדַעַתוֹ אֲמַרִּין קָם דִּינָא לְחֻצָּאין  
וְלְדַעַת הָרִי"ף שֶׁהוּא שִׁיטַת הַש"ע כְּשֵׁנו"נ הַדִּינָן בִּיד מְקַצָּת קָם דִּינָא עַל אוֹתוֹ מְקַצָּת  
וְחֵיב לְשֵׁלֵם וְעַל מָה שְׁלֵא נו"נ בִּיד הִדְר הַדִּין וְכֵן לְשִׁיטַת רֵא"ש שֶׁהוּא שִׁיטַת הִי"א  
בְּרַמְ"א דְּלַעוֹלָם קָם דִּינָא אִם שְׁיִלֵם הַבַּע"ד לֹא נוֹצִיא מְחַבְּרֹו וְאִם שְׁיִלֵם מְקַצָּת קָם דִּינָא  
ע"ז שְׁלֵא לְהוֹצִיא וְהַמּוֹתֵר שֵׁל"נ א"ח לִיתָן.

וְלַע"ד צ"ע לֹאמֵר קָם דִּינָא לְחֻצָּאין וְכְמוֹ שְׁפַתְבּ הָאוּרִים בְּשִׁיטַת הָאֶלְפָּסִי כְּמוֹכֵן וְהַרמ"ה  
דְּסוֹבֵר כֵּן דְּמָה שְׁשִׁילֵם אִין מוֹצִיאִין וּמָה שְׁיִלֵם פְּטוּר הֵינּוּ דְּכִינּוֹן שֶׁהוּא מְוַחֲזֵק יְכוּל  
לֹאמֵר קִים לִי פְּסוּגִין דְּעֵלְמָא אֲבָל לְדַעַת הָרִי"ף דְּלַעוֹלָם חוֹזֵר רַק מָה שְׁנו"נ בִּיד י"ל אָף  
אִם נָתַן מְקַצָּת מ"מ פִּינּוֹן דל"נ לְחֵיב הַדִּינָן לְשֵׁלֵם רַק מָה שֶׁהוּא נו"נ בִּיד בְּעַצְמוֹ לֹא מָה  
שְׁשִׁילְמוֹ הַבַּע"ד.

וּבְהַכְרַח צָרִיף לְבַטֵּל הַדִּין עַל מָה שְׁלֵא שְׁיִלֵם וְלְהוֹצִיא מִן הַבַּע"ד צ"ע אִם מְקַיְמִין הַדִּין  
לְחֻצָּאין וְעֵינּוּ רַשְׁבַּ"א רִישׁ גְּדָה דְּכַתְבַּ שְׁם דְּלֵא הִלְכוּ בְּטוֹמְאָה זו ע"ד טוֹמְאָת סוּטָה  
דְּבַר הָר"ר טְהוֹר מְשׁוּם דְּלֵא לְהוּי מִלִּי דְּרַבְּנָן כְּחוּכֵי עֵי"ש וְעֵינּוּ מ"ש בְּהַגְהוֹתִי בְּד"ח יו"ד  
(סכ"ד): ס' לֵב הִיכָא דְּטַעָה הַדִּינָן וּפְסַק לְהוֹצִיא מְמוֹן בְּמַקּוֹם שֶׁהוּא תִיקוּ בְּש"ס מְבִיא  
הַש"ף מִשְׁם הַנ"י דְּהוּי כְּטוֹעָה בְּדַבְּרֵי מְשֻׁנָּה וְחוֹזֵר וְעֵינּוּ מ"ש ע"ז הַש"ף וּבְתוֹמִים הַעֲלָה  
דָּאָם כְּבָר גְּבָה פִּינּוֹן דְּמַהְנִי תְּפִיסַת הַבַּע"ד לֹא גָרַע מֵאִם תְּפַס מְעַצְמוֹ רַק הַדִּינָן חֵיב לְשֵׁלֵם  
וְדֵלָא כְּש"ף וּבְנִתְיָבוֹת תְּמָה ע"ד דְּבַתִּיקוּ אוּ בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנוֹתָא דֵּהַדִּין הוּא דְּכָל מְוַחֲזֵק  
יְכוּל לְפְטוּר א"ע בְּטַעֲנוֹת קִים לִי מָה"ת יְגָרַע הַדִּינָן וְלֹא יְכוּל לֹאמֵר קִים לִי כְּמוֹ שְׁפַסְקִיתִי

ועוד הא אף באינש דעלמא פֿשֿתפס מזה ונתן לזה להתפס חבירו הוא ג"כ פטור כמו שכ' האו"ת בקונטרס ת"כ בתפיסה ע"י שליח.

ודבריו תמוהין שם כתב התנאים רק בפלוגתא דרבננותא וכ' דל"ה פתופס במקום שחב לאחרים פינו דהוי רק ספק דדלמא לא חב לאחרים ושם יכול הדין להכריע לכה פטור אף התופס דאין מוציאין מספק אבל בתיקו שאי אפשר לשום אדם להכריע אחר שעלתה בש"ס בתיקו הוי כמו שפטור בבירור גמור וזה שהתפיסו הוי כמזיק ואף דהוי ספק דלמא פלפי שמאי גליא שזה חייב לשלם מ"מ פינו שלא נמסר לב"ד ושום ב"ד א"י לחייבו הוי כמזיק ממון וראיה לזה דהא מצינו אף במקום דחייב זה לחבירו בבירור בד"ש מ"מ פינו שבדיני אדם פטור אם אהד הכריחו לשלם דחייב לשלם מטעם מזיק דהא מבואר ב"ק (דף צ"ח) בגזל חמץ ועבר עליו הפסח דהדין הוא דיכול לומר הרי שלח לפניה ואם בא אחר ושפרו דאלקא דר"ש חייב לשלם מטעם דדבר הגורם לממון כממון דמי וכן בב"ק (דף ע"א) בשור הנסקל וכן אף לדין דעת רמב"ן מוכא בש"ך (סי' שפ"ו) דחייב לשלם מצד דיני דגרמי ושם נראה דאף דהגזלן יכול לומר הרי שלח לפניה ולא נחתינו לנכסיו לשלם דמי מעליא מטעם דכל הגזלניו משלמין פשעת הגזילה מ"מ בדיני שמים חייב הגזלן לשלם דמים מעליא דהוי גרמא דגרם לו הפסד שיהי' נאסר וכבר כתבתי להוכיח פן בס' דברי חיים דיני נ"מ (סי' י"ב) וא"כ יאמר השורף מה אפשרותך במה ששרפתי החמץ ועי"ז אתה חייב לשלם להגזל דמים מעליא הלא אף אם לא שרפתי והי' בעין חייב אתה לשלם דמים מעליא בד"ש ואני גרמתי לה שיתהי' אדם פשר ותקיים חיובך אשר אתה חייב בדיני שמים אף אם היה בעין ובכל זה מחייבנו ליה לשלם הואיל דל"ה יכול להוציא ממנו בדיניו הוי כמו מזיק ממון חבירו ולדעת כמה פוסקים בכ"מ דחייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה וא"כ לא גרע מאם היה תופס ממנו ומסר ביז חבירו לצאת ידי חיובו בד"ש ואמאי חייב השורף לשלם אלא נדאי דמ"מ פינו שלא נמסר לב"ד ולא נחתינו לנכסיו דנין לזה כמזיק לו ממון מעליא ועיין ש"ס ב"ק (דף י"ב) הנה עובדא ואגבו עבדי מיתמי אמר להו ר"נ זילו אהדורו ואי לא מגבינו לכו לאפדניכו אף דעכ"פ אף אם עבדי כמטלטלין ולא משתעבדי הא מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן ומ"מ דן להו ר"נ כמזיקים הואיל דלא נמסר לב"ד ה"נ פינו דמספיקא הדין הוא שלא נוציא ממון פשגרים לו זה הניזק ונתחייב לשלם חייב לשלם לו מטעם מזיק ואף דיכול לומר דלמא פלפי שמאי גלי' דהדין הוא דאתה חייב לשלם ואף נחתינו לנכסיו מ"מ פינו דאנו לא ידעינו ולא נמסר לשום ב"ד שבועולם פינו דנשאר בתיקו דנין לזה שחייבו לשלם פדין מזיק: ועוד ראיה מש"ס ב"ק (דף מ' ע"ב) דפרייך ביה דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד דשואל משלם חצי נזק נימא ליה אם תם הנה מודינא ומפטרניא ועיי"ש בתוס' וקשה הא דעת הראב"ד דבגזקי תם אף דמודה בקנס פטור מ"מ שניא משאר קנסא דקרנא אית ליה גביה וכל שתפס הניזק תו אין הודאתו של המזיק פוטרתו וכמבואר ברשב"א ב"ק (פ"ג) וכבר כתב המ"מ (פ"ט) מנ"מ שכן ג"כ דעת הרמב"ם והיינו דסובר הראב"ד דלעולם זיל שלים אמרינו ליה ובדלתפס לא מפקינו מינ' והיינו דחייב לציד"ש אלא דהב"ד לא פייפין ליה ועיין קונטרס הספיקות (פ"ל ב') בזה א"כ אם שור תם ש"ח הזיק והודה שאין הב"ד יכולין לחייבו ובא אחר והתפיסו ממנו להניזק אם הדין הוא שהוא פטור לשלם א"כ איזה טענות יש להשואל

דאי תם הוי מודינא ומיפטר ועכשיו שהוא מועד אני חייב לשלם לא יהיה אלא שגרם לו שישלם מה שחייב בד"ש ומהני תפיסה דלא מחייבין ליה לזה לשלם מצד מזיק וה"נ דכונתיה יאמר פיון דע"י גרמתי גרמתי לה שתשלם אף מה שהיית מתחייב בד"ש והי' מהני תפיסה.

א"ו דבאמת בתם בכה"ג אם גורם לו שיתחייב לשלם בב"ד דין מזיק יש לו פיון דהב"ד לא הוי כופין אותו וה"נ בספיקא דדינא חייב לשלם פיון דמ"מ הב"ד לא הוי כפיין ליה בשום אופן לשלם ואף בד"ש ל"ה חייב דין מזיק יש לו שע"י גרם לו שחייב לשלם מה ש"ל"ה מחויב בב"ד ואף בד"ש ואינו יכול לומר דלמא היית חייב לו דמ"מ פיון דלא נמסר לב"ד הוי כגורם לו להוציא ממנו ממון שלו.

ועיין ש"ס ב"ק (דף קי"ז) בזה הוא שותא דהו' מנצו עלה ביה תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר כו' אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלפא אמר רבא משמתינו ליה עד דמיייתי ליה וקאי בדינא וכו' פסקינן בש"ע (סי' שפ"ח) שצריף שישלק יד האנס הרי אף דשם הוי הדין כל דאלם גבר ואינו ברור ההיזק וגם זה טוען ברי שהוא דידיה ושלו מסר לי'ד האנס מ"מ פיון דהדין הי' כל דאלם גבר צריף שיתחזר למקומו אף שאין ההיזק ברור ולכף לא מחייבין ליה לשלם רק משמתינו ליה עד שישלק יד האנס וק"ו היכא דגרם לו להוציא ממון מה שע"פ הדין לא היינו מוציאיין מידו בשום אופן דחייב הדין אף לשלם.

וא"ל פיון שהדין חייב לשלם יחזור הדין ויאמר להבע"ד שאינו יכול לתפוס לחוב אותו כמו (סי' נ"ח) דהתופס מן הנפקד אף שיש לו מגו מ"מ חייב להחזיר שלא יפסיד להנפקד שיצטרף לשלם להמפקד דשם בא זה בגבולו לתפוס ממנו בשביל חוב של המפקד שלא ברצונו משא"כ פאן הדין גרם לעצמו שטעה וצוה שישלם לו זוכה זה מצד התפיס' והוא חייב לשלם לבע"ד.

וגם שם כתבתי די"ל דזה דוקא היכא דתפס למשכון א"י לגרום בתפיסתו היזק להנפקד אבל בתפס מעות דהוי פירעון חוב י"ל דלא איכפת ליה להתופס בהפסידו של הנפקד ויבואר אי"ה במקומו וכאן אנו דנין כשפבר שילם בתורת חוב הנתבע לתובע דבלא"ה לעולם הדר דינא דפסקינן כדעת רמ"ה דדוקא אחר שפא לידו ונתקיים הדין אז קם דינא לכו' אין להדין לתבוע ממנו שיתחזר והוא חייב לשלם פיון שטעה בד"מ: אף כ"ז בתיקו אבל היכא דהוא פלוגתא דרבנותא דבזה יש לדין להכריע בזה אם פסק לחייבו י"ל דפטור מלשלם דכיון דמהני תפיסה הוי פהתפיסו להתובע ופטור מטעם מזיק דכיון דלומר קים לי שאתה היית חייב פיון דיש יכולת ביד הדין להכריע ואף שזה לא הכריע בהכרעת הדעת עפ"י דת של תורה וכיון דאיכא מחלוקת הפוסקים טעה בדין דהממע"ה והיה לו לפסוק פן ואינו יכול הדין לומר אפסוק כמו עשה פן ה"ז דין שקר כמו"ש הרא"ש פאד"מ מ"מ אם עבר ועשה דמהני תפיסתו ולא הדר הדין יכול הדין לפטור את עצמו בטענת קים לי ועיין רא"ש שם שפסיים אם לא ידע הפוסק במחלוקת הגאונים ואח"כ נודע לו והוא לאו בר הכי הוא שיוכל להכריע או שא"י להכריע אם נראין דברי האחד לרוב חכמים ואיהו עבד פאידיה היינו טעה בשקה"ד ואם אי אפשר לעמוד על הדבר אין פאן טעות אלא מה שפסק פסק ומשמע מדברי הרא"ש דאין פאן טעות ומהני פסקו והדין פטור מלשלם ואף דכ' מקודם דאי לאו בר הכי להכריע הוי דין

שְׁקָר אִם יֹאמֵר אֶפְסֵס כְּמִי שְׁאֲרָצָה הֵינּוּ אִם יוֹדֵעַ מִהִמְחֻלָּקֵת אֲבָל אִם לֹא יוֹדֵעַ אֵין פְּאָן טְעוֹת וּמָה שְׁפִסֵּס פִּסֵּס וּבכ"ז פְּטוֹר מִלְשָׁלֵם.

וְעֵינֵין ש"ף (סק"ח) וּבִנְתִיבוֹת (סק"ה) דָּאָם יוֹדֵעַ וּפִסֵּס לְהוֹצִיא הָנִי כְּטַעָה בְּדָבָר מְשָׁנָה וְלִכְאוּרָה מֵאִי נ"מ דְּלֹא יוֹדֵעַ גּוֹרֵם הַפְּטוֹר הָאֵ אֶף בְּיַדֵּעַ אֵי עֵבִיד כְּחַד מ"מ מֵאִי דְעֵבִיד עֵבִיד וּפְטוֹר מִלְשָׁלֵם וְהוּא כ' דָּאָם הִי' יוֹדֵעַ מִהִשְׁנֵי וְהִיָּה טוֹעָה בְּכָל דְּפִלְוִגְתָּא דְרַבְּנֹתָא דְהַמְמַע"ה הָנִי בְּכָל טוֹעָה בְּדָבָר מְשָׁנָה וְחֵיב וּמָה דְלֹא יוֹדֵעַ גּוֹרֵם הַפְּטוֹר הָאֵ אֶף בְּיַדֵּעַ מ"מ אִמֵּאֵי חֵיב פִּינֹן דְמַהֲנֵי תְּפִיסָתוֹ וְא"ח שׁוֹב גַּם הַדֵּינֵין יָכוֹל לֹאמֵר קִים לִי כְּדַעַת הַמְחֵיבָת וּכְדִין הוֹרְתִי.

וּבְאֵמַת י"ל נ"מ בֵּין אִם יוֹדֵעַ מְדַעָה הַחֻלְקָת לֹא יוֹדֵעַ דְּהָא בְּאֵמַת בְּכָל אֲנָפִי הָנִי כְּטוֹעָה בְּדָבָר מְשָׁנָה אֶף אִם לֹא יוֹדֵעַ מִמְחֻלָּקֵת הַפּוֹסְקִים וּפִסֵּס לְהוֹצִיא כְּדִיעָה הַזֹּאת כ' הָרָא"ש דָּאֵין פְּאָן טְעוֹת וּמָה שְׁפִסֵּס פִּסֵּס הֵינּוּ דְהָנִי תוֹרַת פִּסֵּס ע"ז אֶף דְּבְאֵמַת הָנִי אֶמְרִינֵן הַמְמַע"ה מ"מ פִּינֹן שְׁלֹא יוֹדֵעַ אֵז חָל שֵׁם פִּסֵּס ב"ד וּל"מ דְּלֹא מְפָקִינֵן מִיָּנִיָּה אֲלֵא אֶף אִם תְּפִסָּה זֶה בְּהַחְזָרָה מוֹצִיאֵין מִיַּד הַתּוֹפֵס פִּינֹן שְׁנֵי זָכָה בְּתוֹרַת פִּסֵּס דּוּבְכַח ב"ד ל"מ תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה מִשָּׂא"כ אִם יוֹדֵעַ וּפִסֵּס לְהוֹצִיא נֶגֶד הַכָּל דְּהִיָּה לֹו לְפִסּוֹק הַמְמַע"ה אֶף דָּאֵין מוֹצִיאֵין מִיַּדוֹ דְל"ג מֵאֵם הִיָּה תּוֹפֵס מְעַצְמוֹ מ"מ שׁוֹב מְהֵנִי תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה וּכְבָר בְּיֶאֱרָנוּ לְעֵיל (ס' ד') דְּבַסְפַּד"ד אֶף אִם הַתּוֹפֵס בָּא לְפָנֵי ב"ד מ"מ מְהֵנִי תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה פִּינֹן דְּהַב"ד מְסַלְקִין א"ע מְזָה וְאֵין תּוֹרַת ב"ד עֲלֵיהֶן רַק שְׂיִאֲמָרוּ שְׂאֵין בְּכַחַם לְהוֹצִיא מִמְּנוּ אֲבָל תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה מְהֵנִי לְעוֹלָם מִשָּׂא"כ אִם לֹא יוֹדֵעַ כָּל מְדִיעָה הַחֻלְקָת יֵשׁ כַּח ב"ד עַל פִּסְקָם וְקָם דִּינָא דְל"מ תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה וְזֶה כְּנוֹנַת הָרָא"ש דָּאֵי עֵבִיד כְּאֵיִדָּה וְסוּגְיָא דְעֲלָמָא אֲזֵלָא לְהִיָּפֹה הֵינּוּ טְעָה בְּשִׁיקוֹל הַדַּעַת וְחֵיב לְשָׁלֵם לְשִׁיטָתוֹ וְקָם דִּינָא וְאִם אֵי אֲפִשֵׁר לְעַמּוֹד ע"ד אֵין פְּאָן טְעוֹת אֲלֵא מָה שְׁפִסֵּס פִּסֵּס וְיֵשׁ תּוֹרַת פִּסֵּס ע"ז וּל"מ תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה פִּינֹן דְּלֹא יוֹדֵעַ אֵז מְדַעַת הַחֻלְקָת וּפִסֵּס כְּדִין וְזֶה נְמִי פִּירוּשׁ הַסְּמ"ע בְּדָבָרֵי הַגַּה"מ וְהַמְרָדְכֵי כְּפִי הַבְּנָתוֹ דְל"מ שְׁקָה"ד וְכִינֹן שְׁלֹא יוֹדֵעַ גּוֹרֵם קִיּוֹם הַדֵּין דָּאָם הִיָּה יוֹדֵעַ ל"ה קִיּוֹם לְהַפ"ד רַק מְטַעַם תְּפִיסָּה הִיָּה זוֹכָה וּמ"מ אֶף שְׁהַדֵּינֵין פְּטוֹר דִּיכוֹל לֹאמֵר קִים לִי מ"מ הִיָּה מְהֵנִי תְּפִיסָּה בְּהַחְזָרָה.

וְכֹן נְמִי עַכ"פ תְּפִיסָּה מִן הַדֵּינֵין הִיָּה מְהֵנִי לְהַסּוּבְרִים דְּבַסְפִּיקָא דְדִינָא מְהֵנִי תְּפִיסָּה אֲבָל פִּינֹן שְׁלֹא יוֹדֵעַ גּוֹרֵם הַפְּטוֹר לְגַמְרֵי וְשְׁהַדֵּין יְתַקְנִים לְגַמְרֵי שְׁלֹא יְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ בְּהַחְזָרָה: וְרֵאִיתִי בַּמְבִי"ט (ח"א ס' ס"ב) שֵׁם מְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הָרָא"ש וְאִם אֵי אֲפִשֵׁר לְעַמּוֹד עַל דְּבָר אֵין פְּאָן טְעוֹת אֲלֵא מָה שְׁפִסֵּס פִּסֵּס הֵינּוּ בְּעֵינֵין שְׁלִיכָא פְּלוּגְתָּא רַק אֵי אֲפִשֵׁר לְעַמּוֹד.

עוֹד הָעֵלָה שֵׁם הִיכָא דְפִסֵּס הַדֵּינֵין וְלִיכָא הוֹכְחָה לְהִיָּפֹה רַק רַבִּים וּגְדוּלֵי חוֹלְקִים עָלֵיו אַח"כ מְצַד הַסְּבָרָא הָנִי כְּמוֹ לִיכָא לְמִיקָם אֲמִילְתָּא פִּינֹן דְּלִיכָא רְאָיָה לֹא מְש"ס וְלֹא מְפּוֹסְקִים אֵין פְּאָן טְעוֹת וּמָה שְׁנַפְסֵס נַפְסֵס וְדוּמָה לְהָא דר"י בר"י סְנֵהֲדָרִין (דָּף ל') בָּאֵם אָדָם עָשׂוֹי שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ אֵת בְּנֵי דְכ' רָא"ש דְל"ה טוֹעָה בְּשְׁקָה"ד דָּאֵין כַּח לר"ח לְהוֹכִיחַ שְׁטַעָה אֲלֵא מְסַבְרָא וְאֵין חִילוֹק אִם חַד חוֹלֵק עָלֵיו אוֹ רַבִּים עֵי"ש וּבּוֹדָאֵי דִינּוֹ הוּא רַק אִם כְּבָר נִתְקַיֵּם הַפִּסֵּס שְׁחֵיב לְזַכָּאֵי וּכְבָר שְׁלָם אוֹ שְׁזִיכָה אֵת הַחֵיב אֲבָל לְהוֹצִיא לֹא אִמֵּר כְּמוֹ בְּעוֹבְדָא דר"י בר"י דְּלֹא חֵיב לִיּוֹרְשִׁים לְשָׁלֵם אֵיִדָּה פְּלָגָא.

ובש"ף (ס"ק ט') כ' דאם אין פאן מחלוקת ואין הדין מפּרש רק שפא מעשה לפניו והורה פה וכך וסוגיא דעלמא פאיך פגון שמוכח מסתמא דתלמודא או שנודע שהמנהג אינו פן או שגראה לרוב הדיינים להיפך זהו מקרי טועה בד"מ דלא מקרי טועה בשקה"ד אלא פשיש מחלוקת בדבר והיה הדבר שקול להכריע והוא טועה בשקה"ד אבל עתה פשאין מחלוקת ונתברר עתה הפכו ה"ז פטועה בד"מ.

ולא אדע הא מעובדא דר' ישמעאל בר"י הנז' דדן מסברא לחייב ור"ח גדול ממנו כמו"ש מבי"ע שם והא ראיה דנתקבל הדין בלי חולק ועתה הטועה בזה הוי פטועה בדבר משנה פמבואר בש"ף (סי' פ"א) ובכ"ז לא אהדיר ר"ח העובדא ואמר פבר הורה זקן אף דשם אפשר אם הי' ר"י בר"י הי' חוזר בו בכ"ז לא דן אותו אף פטועה בשקה"ד הואיל דל"ה אז חולק בדבר וכמ"ש הרי"ף והרא"ש מכ"ש דלא נוכל לקרוא אותו פטועה בדבר משנה פינון שדן מצד הכרעת דעתו ושכלו ואינו מבואר להיפך וגם עכשיו אינו חוזר בדבר קם דינא אף אם רבים וגדולים חולקים עליו וכמו שכ' המבי"ט שם בפשיטות.

וכן מבואר מדברי בעה"מ דכ' עכשיו אחר סתימת הש"ס מה שפסקו הגאונים מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מן הש"ס הוי פסוגין דעלמא והטועה ביה פטועה בשקה"ד וראב"ד ורא"ש חולקין דהוי פטועה בדבר משנה פינון שפבר הכריעו הדין אבל מ"מ מודים בדין שאין לו הכרע ולא נמצא מבואר ברואיות ברורות להיכן נוטה לפסוק דאם פסק הדין פהכרעת דעתו אף פי רבו הגדולים החולקים אפ"כ מצד הסברא מ"מ פינון שאין הדבר מוכרע ודאי דל"ה פטועה בדבר משנה וילדעת המבי"ט אף פטועה בשקה"ד ל"ה ודברי הש"ף צ"ע ועיין תנאים (ס"ק ט"ו): ומ"ש הש"ף או שנודע שהמנהג אינו פן דהוי טעה בדבר משנה ונראה מדבריו דהוא בדבר שאין בו מחלוקת הפוסקים אבל בדבר שהוא מחלוקת הפוסקים והיה הדבר שקול להכריע והוא בשקה"ד אף שהמנהג להיפך ממה שהכריע מ"מ הוי פטועה בשקול הדעת ולשיטת הרא"ש קם דינא וחיוב לשלם.

אולם בתשוב' תשב"ץ (ח"ב סי' רע"ב דף נ"ה ע"א) כ' אי פליגי בתראי אי פהדדי נינהו אי הא דינא אית לי להכריע פחד מדעתיה יכול למיעבד פנותיה ואי לא שבקינן ממונא ברשותא דמריה ואי עבד פחד עביד ולא מהדרינן עובדא אלא היכא דקבילו עליהו בההיא מתא למיעבד פחד מינייהו א"כ נהיגי למיעבד פל מילי פדעתיה דנדאי לית לן למידן אלא פהאי סברא דקבילו עליהו ואי לא עבד הכי הוי טועה ומהדרינן עובדא עכ"ל מבואר מדבריו דמנהג הוא פקבלו עליהו פהך דעה למיזל בתריה והטועה מהדרינן עובדא דהוי פטועה בדבר משנה.

עוד ראיתי שם במבי"ט שיצא לדון בדבר חדש בדעת רי"ף ורמב"ם דסוברים פמומחה וקבלו פשלא נו"נ ביז דהדר דינא וכ' וז"ל נראה דהוא דוקא פיחיד מומחה אבל בשלשה אפילו הדיוטות אפשר דקם דינא אפילו היכא דאפשר להחזיר פינון דעדיפי מיחיד מומחה דהודאה בפניהם הוי הודאה בב"ד והכופר ואפ"כ באו עדי' הוחזק פפרן משא"כ בפני יחיד מומחה דל"ה ב"ד עכ"ל וקשה עליו א"כ למה החסיר הרי"ף פבא ששית לומר דבג' הדיוטות לעולם קם דינא אף באפשר להחזיר והב"י פבדק הבית הוכיח מזה שדינאם פדין יחיד מומחה והרמ"א כ' כ"כ דדינאם פיחיד מומחה ובש"ף (ס"ק ט"ו) כ' להרמב"ם פפי



שיטתו ולהרא"ש כפי שיטתו והוא העלה דמה שעשו עשוי וישלמו מבייתם וכ' שכן דעת הרי"ף ג"כ כמו שלמד הוא פן מדעת בעה"מ פנין דלא ביארו דג' הדיוטות משמע דאין חילוק ביניהם כלל ודלא כבדה"ב ובאמת דבריו תמוהין כמ"ש התנאים בשלמא אם נאמר דשנין כמו מומחין כמ"ש הרא"ש דקם דינא וחיובין לשלם לשיטתו ולדברי הרי"ף שנין הם דבלא נו"נ ביד הדר דינא ורק בנו"נ ביד קם דינא א"ש דלא הביא הרי"ף ברא שיטת פנין דחד דינא להו כמו יחיד מומחה אבל אם נאמר דנשתנו דינם ולעולם קם דינא וחיובין לשלם הנה לו לרי"ף להביא.

וכ"כ אם נאמר כמו שפטר המבי"ט דבג' הדיוטות לעולם קם דינא ואף פטורין לשלם דעדיפן מייחיד מומחה ודאי הנה לו להרי"ף לבאר זה ודברי המבי"ט צ"ע: סי' לג הא דהעלה הש"ף לדינא באם פסק הדין על יי"נ שהוא פשר וע"י פן עירבן הבעה"ב עם שאר יינו הפשר ואח"כ נודע שטעה ונאסר ע"י כל היין פטור המורה אף שאינו מומחה דהוי פשוט והתנאים חולק עליו דדעת התוס' דל"ד למדמע דחשוב כמזיד ובאמת לדינא ליכא נ"מ דנדאי לדין א"י להוציא מן הדין ויכול לומר קים לי פשיטת הרי"ף וסייעתו פטור פשלא נו"נ ביד אולם לכאורה נ"מ לענין תפיסה אם מהני אם תפס מן הדין דלדעת הש"ף מוציאין מידו ולשיטת התנאים אין מוציאין.

אף באמת בדברי הש"ף מבואר ג"כ מדברי תוס' גיטין (נ"ג ג') דכתבו להקשות למאן דמוקי המתנייתין דבכורות פרבנו ובנגע בה שרץ לר' יוחנן דהיזק שא"נ ל"ש היזק אמאי חייב וכתב דפשע דלמה לו לטמאותה כדי להחזיק דבריו והוי כמו מזיד וכ"כ שם הרמב"ן ורשב"א וריטב"א מבואר דסברו דחכם המורה הוי פשוט ופטור רק באם עשה בידים לטמאות מה שאינו צריך זה חשיב פשיעה ובלא"ה לדין דהיזק שא"נ ל"ש היזק ולא קנסין שוגג אטו מזיד פטור אף אם קם דינא בלא נו"נ ביד וא"כ אף אם תפס י"ל דמוציאין פנין דלא יש לחייב לדין לשלם רק דברי תוס' סנהדרין וב"ק לחייב להדין אף בשוגג בהיזק שא"נ כדי שידקדק יפה.

וגם י"ל פנין דמה"ת לעולם פטור מטעם דהוי היזק שא"נ והוי רק ספק בתקנתא דרבנן אם נידן להדין כמזיד ונאמר דחייבו חז"ל כדי שידקדק יפה או פשיטת תוס' גיטין ורמב"ן ורשב"א וריטב"א א"כ י"ל דהוי ספק בתקנה דמוקמינן על דין תורה: וראיתי בשער משפט שכ' לדון דאם הורה על פשר שהוא טריפה והאכיל אח"כ בידים לכלבים אף שבלא"ה ג"כ קם דינא ולא פלוג עביד מ"מ חייב דהא מה דפטור בהיזק שאינו ניקר הוא משום דיכול לומר הרי שלח לפניה וכיון שהוא בעצמו האכיל אח"כ לכלבים ל"ש לומר הש"ל דהא הפסידו בידים אח"כ וניקר היזקו.

ולענ"ד לא נראה פן דהא פנין דכבר נאסר וקם דינא ואף גדול ממנו א"י להחזיר יתנה מאיזה טעם שיהיה מ"מ כבר אסור ואינו עומד רק להאכיל לכלבים במקום דטרופה אינו שנה פלוג רק להאכיל לכלבים יכול לומר מה אפסידתה פנין דבלא"ה אינו עומד לדבר אחר ולא מצינו רק בגזלן דחייב בהשבה בזה אם יש בעין כמו גזל חמץ ועבר עליו הפסח או תרומה ונטמאה וכדומה דיכול לומר הרי שלח לפניה בזה כל פמה דלא אהדר ליה אף אם נשרף ממילא ג"כ חייב על גזילה הראשונה אבל במזיק דא"ח כלל בהשבה וכיון דהיזק שאינו ניקר לא שמייה היזק ופטור בשוגג פנין דאינו ניקר ויכול לומר הש"ל היינו

דממילא בכ"מ שהוא פנין דלא נעשה גזלן עליו ואינו חייב בהשבה קאי ברשותיה דמריה ואם הפסידו אח"כ להוציא ממון לא יש עליו שום חיוב יותר רק כפי שיהיה שנה בשעה שהוציא מן העולם.

ובשומר מבואר בש"ס ב"ק (נ"ד ע"א) וכתובות (נ"ד ל"ג) לר' יעקב בשור הנסקל הנגנב מבית שומר וטבחהו לר"ש דדבר הגורם לממון פממון דמי חייב הגנב בדו"ה הואיל דנאבד וא"י השומר לומר הש"ל חייב השומר לשלם ומזה מוכח דלרבנן דדבר הגול"מ לאו פממון דמי עכ"פ מודים דאף דיכול השומר לפטור א"ע באמירת הש"ל להפעלים מ"מ אם נאבד חייב לשלם ול"א עפרא בעלמא הוא ומה הפסידו השומר בזה ובאמת בש"מ ב"ק (נ"ד נ"ו) כתב שם מתחילה לדון דבשומר א"ח אם אבדו אח"כ בידים פנין דלא היה שנה פלום וא"ד לגזלן דנתחייב בהשבה אוילם כ' אח"כ שוב חזר בו רבינו מפירוש זה דע"כ דשומר לא מיפטראם לא החזירו כדמוכח פ' המרובה עיי"ש וע"כ הטעם עכ"פ הואיל דפשע מתחילה חל החיוב מעיקרא וכבר הארכתי בזה בעזרה"י בח"ר דיני פסח (סי' י"ב) בטעם הדברים הואיל דקבל שמירה מקודם.

אבל בסתם מזיק הניק שא"נ דפטור בשוגג ודאי נראה דאף בשרפו ואבדו אח"כ מן העולם פטור דעפרא בעלמא איבדו ועל ההיזק ראשון פטור וזה ברור: והנה למה דהעלה הש"ך דבטעה בד"מ ל"ש לחייבו מדינא דגרמי וכן דעת הר"ן בחידושו לסנהדרין הואיל דלא פרי הזיקו תמה עליו בתנאים הא הוא בעצמו (ס"ק כ"ט) העלה פדעת רמ"ה דכ"ז שלא הוציא לא אמרינן קם דינא א"כ יקשה אמאי משלם מביתו הא אלו הנה קמן הנה הדר ויקשה אמאי בחייב את הזכאי חייב לשלם.

אוילם באמת דבריו נכונים בשלמא בטעה בדבר משנה דלאו שם דין ע"ז ולא חל הוראתו פלל אף דחייבו לשלם והנה מוכרח ליתן עפ"י ב"ד מ"מ אף פשמקיים פסק הדין ונתן לו לא זכה זה דעפ"י הדין חייב להחזיר דטעה בד"מ ואח"כ בא מקרה דא"י להוציא ממנו מ"מ ל"ה פרי הניקו משעת דבורו של הדין וגם נתינת הבע"ד מעולם לא פרי הניקו אבל בטעה בשיקול הדעת דמיד בדבורו חייבו ליתן וזה חייב לקיים פסק דין דהב"ד יכוף אותו כ"ז דלא נודע שטעה בשקה"ד א"כ מזיקו במה שהכריח אותו לשלם ע"י דבורו שחייבו ונשלם ההיזק מן מה שחייבו פשמשלם ואז פרי הניקו דשוב א"י ב"ד להוציא ממנו ונגמר ההיזק דקם דינא בזה חייב מצד דינא דגרמי וכן מבואר מדברי רמ"ה בסנהדרין לחלק בזה וכ"כ הנתיבות (ס"ק ט"ו) ליישב דברי הש"ך.

וכן נראה מדברי רמב"ן בדד"ג דכתב בש"ס ב"ק דהוא לא גרם ההיזק דאינו רק פגותו עצה רעה וכתב ואע"ג דמראה דינר לשולחני ונמצא רע חייב ואינו אלא עצה שהשיאהו לקבלו וכיון דאי שפירא הוא אית ליה לקבולי מסבריה חייבו חייבו האי שולחני לקבולי ודמי לדן את הדין שאעפ"י שלא כפאו פנין שאמר לו חייב אתה ליתן חייב דממונא שקל מיניה בדבוריה פנין שחייבו בכך עכ"ל והא ודאי פשחוזר אחר כך השולחני או שבא אחר ומברר שהוא רע א"ח לקבלו ול"ש בזה לומר קם דינא א"כ צדין לא נגמר ההיזק עד שקבלו ואמאי חייב בשלמא בדין מיד שפסק הדין לחייבו יצא חייב וקם דינא ונגמר ההיזק משא"כ במראה דינר א"ו דסובר דגם בדין ל"א קם דינא עד דמשלם וקודם ששילם הדר דינא ואעפ"כ פשמשילם נגמר ההיזק למפרע מדבורו

שפסק לחייבו ה"נ במראה דינר לשולחני ואף דשם לא נגמר דלעולם פשיטברר שלא טוב חייב איך להחליפו כבר כ' הרמ"ה דהוא באופן דלא מצוי הדר עליה דמריה דא"ל אייתי ראיה דהאי דינרא הוא דיקבי לך משא"כ בטעה בד"מ דמצוי הדר גם אח"כ לא אפסדיה איהו.

ובטעה בשקה"ד דומה למראה דינר ועדיף מיניה דנ"מ תו הדר ואפסידו בדיבורו ונשלם ההיזק פשיטלים. ולעיל מיניה פתב הרמב"ן וז"ל כלל גדול כל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק או שהוא עתיד לבא פגון זה חייב ר"מ ונקרא בגמרא פרי הדיקא לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מתזירין חייב דמעידנא דאמר איש פלוני אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שילם מהאי שעמא הוא דגרם נזק ואעפ"י שאח"כ הוא משלם פניו שהדיין חייבו לשלם ממון וע"כ משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו וכן במחיצת הפנים שבטעה שנתאש ממנה גרם לזה נזק שהרי הגפנים גדלין והולכין כו' וכ"ד שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על פרחנו יבא היזק מחמת גרמתו של זה פרי הדיקא חשבינו ליה עכ"ל ובודאי אין פוננת הרמב"ן לומר ונתחייב לשלם ממון דמיד נגמר החיוב ונאמר קם דינא אף להוציא פדעת הטור דזה לא ניתן להאמר ממה דמדמה מראה דינר לשולחני לדיין שטעה כנ"ל וגם הא"כ ועל פיו שלם פניו שהדיין חייבו וע"כ משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו ומדמה למחיצות הפנים שפירצה הרי אף דלא נגמר ההיזק עד דמשלם מ"מ פניו שבהכרח עושה הוי פרי הדיקו מדבורו של דיין.

ובשער משפט (ס"ק ז') הוכיח מדברי רמב"ן הנז' פדעת הטור דקם דינא אף להוציא ממון דאל"כ לא מקרי פרי הדיק' ודבריו לא נראין לכל מעיין בצדק בדברי רמב"ן ואדרבא דעת רמב"ן מבואר כרמ"ה דל"א קם דינא להוציא ומ"מ בטעה בשקה"ד הוי פרי הדיקא משעה שאמר חייב אתה אם שילם אח"כ דהא חייב לקיים הפ"ד וכמבואר: ומה שכתב שם להוכיח מדברי תוס' ב"ב (דף ל"ב) דלא פשיטת רמ"ה דכתב בפלוגתא דאמוראי בקרקע אף שהוא מוחזק בה אוקמינו הקרקע בחזקת מר"ק א"כ בדיין שטעה בשקיול הדע' והחזיק להתובע בקרקע נימא דיתחזר הדין דהראשון חשיב מוחזק דהא אף בפלוגתא דאמוראי מוקמינו בחזקת מר"ק כ"ש היכא דסוגיין דעלמא פאידיך ובכתובות (דף ק') בהא דב"ד שמכרו שלא בהכרזה מבואר דאי הוי הטעות בשקה"ד היה הדין קיים ואמאי הא הוי להוציא א"ו דאף להוציא קם דינא.

אינו ראיה כלל דנדאי פלוגתא דאמוראי פניו דהוי ספק בדין מוקמינו לקרקע בחזקת מר"ק פניו דלא הכריע הדין עפ"י דיין משא"כ בטעה בשקה"ד אף דסוגיא דעלמא אזלי פאידיך מ"מ פניו שפסק עפ"י הדיין קם דינא לחלוטין ולצמימותו כאשר נעשה מעשה עפ"י לחייבו ושילם ונגמר הפסק לא מהדרינו עובדא הואיל דפסק פתורה להכריע אף דנעלם ממנו דסוגיא דעלמא פאידיך מ"מ שם פסק ב"ד ע"ז ותקנות חכמים דקם דינא לגמרי ולכך אף בקרקע מהני הפסק להיות קם דינא פניו דנעשה עפ"י ב"ד ובודאי הפירור הא דקם הדין בטעה בשקה"ד הוא בפירור ול"מ תפיסת הבע"ד אח"כ דל"ש לומר עביד אינש דינא לנפשיה פניו דהב"ד א"י לדון ולהוציא אף דבגידון זה במ"א דנין הב"ד אף להוציא משום דסוגין דעלמא אזלי פאידיך ומטעם זה הדיין חייב לשלם ואף אם הוא ספק מהני תפיסת הבע"ד מ"מ בזה דנעשה עפ"י ב"ד קם דינא לגמרי לחלוטין

ול"מ תפיסתו כיוון דנפסק הדין עפ"י ב"ד ושלם לו וזה דלא כמו שפכת השער משפט  
שם סוף ס"ק הנז' ועיימ"ש לעיל (סי' ד') בדבר שהיה מחלוקת הפוסקי' ותפס איך אה  
מהני אח"כ תפיסת המון זק מעיקרא בהחזרה: וראיתי בש"מ סוף ספר תמרא ותיי משם  
המאירי שפכת וז"ל עוד נראה לומר שפברקע אין לומר בו נו"נ ביד מה שעשה עשוי  
וישלם מביתו אלא אפילו הוציא השדה מתחת ידו של זה והחזיק בו את זה הדין חוזר  
לעולם שהקרקע אינה נגזלת וברשות בעליה עומדת עכ"ל ולכאורה אינו מוכן הא לדעת  
הרי"ף הטעם דהדין חוזר הוא משום פסידא דבע"ד ובנו"נ ביד דהדין חייב לשלם לכה  
קם דינא והמאירי אזל שם בשיטת הרי"ף ולמה לא שייך לומר בקרקע גם כן מה שעשה  
עשוי וישלם מביתו אף דקרקע אינה נגזלת וברשות בעליה עומדת מ"מ היכא דאינו יכול  
להוציא בדייני' לא גרע מהגזול שדה מחבירו ונטליה מסיקין אם מחמת הגזול חייב  
להעמיד לו שדה אחר כמבואר ב"ק (דף קי"ו) וה"נ דכונתיה כיוון דהדין הוא דקם דינא  
ולא יתדר הקרקע שפיר כשנו"נ ביד יתחייב הדין לשלם וכיון דיתחייב לשלם שוב  
מהראוי לומר קם דינא ובפרט אם נאמר דקם דינא הוא מדרבנן או מטעם קנס כמו"ש  
מהרי"ט חאה"ט (סי' י"א) ויבואר לקמן א"כ כיון דנו"נ ביד וליכא פסידא דבע"ד שהדין  
יתחייב לשלם מהראוי לומר אף בקרקע דקם דינא ומה שעשה עשוי וישלם מביתו כיון  
דא"י להוציא בדיינים לא גרע מאם נטלו מסיקין ועיין קצוה"ח ובמשובב דעיקר הסיפה  
מה דקם דינא הוא כשנו"נ ביד רק משום פסידא דבע"ד הכריחו לבטל הדין והיכא דחייב  
לשלם קם דינא א"כ מה לי קרקע מה לי מטלטלין ואולי י"ל דהא שם פריה בירושלמי  
והלא אמרו קרקע אינה נגזלת ולמה אמרו חייב להעמיד לו שדה ומשני קנס קנסוהו  
וקנס זה הוא דוקא היכא דנתפגזל לגזול אבל בדין דעשה בשוגג ואף דחייב כשנו"נ ביד  
או מטעם מזיק או מטעם גזול בשוגג היינו כיון דעכ"פ הוציא מרשות הבעלים כשנמסר  
להבעל דינו וזכה בו והפקיע מרשות הבעלים לכה חייבו לשלם אם נאמר קם דינא מה  
שאין כן בקרקע אף דנו"נ ביד מ"מ אם הדין הוא להיפך לעולם ברשות בעליה עומדת  
ולא יצא מרשות הבעלים כלל לא קנסו ליה לדין לומר קם דינא ושיצטרף לשלם כיון  
דא"י להוציא בדיינין מן הבע"ד דיכול לומר לו הרי שלח לפניה כיון דאם הדין הוא  
להיפך כמו דסוגיא דעלמא אזלי כאידך לא עשה מאומה במה שנו"נ ביד ואין לו לבעל  
דינו קנן? הנה עיקר הפסק עכשיו במה שנאמר קם דינא לא נוכל לחייב להדין לשלם  
משא"כ במטלטלין דאף אם לא נאמר קם דינא מ"מ כשנו"נ ביד וזכה לבעל דינו הוציא  
מרשותו דבעלים ואף בבא בטעות בלא נודע לרשות אחרים הכריע הקצוה"ח (סי' שנ"ד)  
דאע"ג דציינת דינא מ"מ הוי אינו ברשותו ומכ"ש בזה שהדין לבע"ד ונמצא בידו  
דהוציא מרשותו, ואף דאני הבאתי בספרי ח"ר דיני פסח (סי' כ"ה) תלתא אבירי הרועים  
השאר והצל"ח והמקו"ח דלא ס"ל כן וכתבתי שם להשיב על ראיות הקצוה"ח מ"מ  
היכא דהדין זיכה לו בדין הוציא מרשות הבעלים ולכה אמרינו קם דינא וחייב הדין  
לשלם כשנו"נ ביד לכ"ע משא"כ בקרקע כיון דהדין הוא להיפך ממה שפסק בחזקת  
בעלים עומדת ונגמר ההיזק רק במה שנאמר קם דינא לכן לא מה שעשה עשוי וישלם  
מביתו לדעת המאירי אולם ראיות השער משפט מש"ס פתובות הנ"ל ודברי רש"י שם  
דכתב ואין אומרין מה שעשה עשוי וישלם מביתו אלא הדרי זביני נכון הוא דמשמע  
דבטעו בשקה"ד אף בקרקע קם דינא וחייב לשלם ודחוק לומר דרש"י כ' כן דסובר אף

בלא נוי"נ ביז קם דינא וחיוב לשלם וְהוּי פְּמִזִּיק דְּחַיִּיב מִצַּד גְּרָמֵי וְכַדְעַת הָרֵא"ש וְהַטּוֹר וְלִכְּהָ אֵין חִילּוּק בֵּין קַרְקַע לְמַטְלָטְלִין אַבְּל לְדַעַת הָרֵי"ף דְּרַק בְּנו"נ בֵּיז חַיִּיב לְשַׁלֵּם וְאִז קָם דִּינָא בְּזֵה ס"ל לְהַמְאִירִי לְחַלְקָ בֵּין קַרְקַע לְמַטְלָטְלִין וְצ"ע לְדִינָא: הַדְּרָן לְמַה שְׂרָצִינוּ לְבָאָר דְּאָף אָם ל"א קָם דִּינָא לְהוֹצִיא מ"מ פְּשָׁשְׁיָלָם נִגְמַר הַהִזְקָ לְמַפְרַע וְהוּי בְּרִי הַזִּיקָא וְחַיִּיב לְשַׁלֵּם מִצַּד גְּרָמֵי וְעֵימ"ש הַש"ף (ס"ק כ"ו) בְּדַעַת הָרַמְבַּ"ן דְּבַשְׁקָה"ד בֵּינָן דְּצָרִיף שְׁיַחְזִיר הַדִּינָן כ"ז דל"ש חֲזָרָה חַיִּיב לְשַׁלֵּם עֵימ"ש.

ולפי"ז לא אדע מה השגגה שפכתב התומים על הח"צ שיצא לדון ליישב דברי הרמ"א יו"ד (סי' רמ"ב) שפסק באו"ה בטענה המורה בשקה"ד יכול החכם השני להחזירו מהוראתו ובח"מ פסק כר"ש דלעולם קם דינא אפילו אם לא נוי"נ ביז מה שעשה עשוי ואף הגדול אינו מחזיר וכתב הח"צ דמ"מ מעשה בעי אף אם לא נוי"נ ביז דאינו חוזר מ"מ כ"ז דל"נ מעשה אינו חוזר וזה דקדוק מלת מה שעשה עשוי דנעשה מעשה עפ"י הוא דאינו מוציאין מן המוחזק אבל בדיבורו בעלמא הרשות ביזו לחזור וכמו שכתב הש"ף לְדַעַת הָרֵא"ש וְהַשִּׁיג עָלָיו הַתּוֹמִים דְּהָא אֲמַרִּינָן דַּר"ע אָמַר לַר"ט פְּרָתֵי חֲדָא דְטוֹעָה בְּד"מ אֵת וְעוֹד דְּאֶפִּילוּ בַשְׁקָה"ד מְמוֹחָה אֵת מְבֹאָר דְּאֵלּוּלֵי דְהִי מְמוֹחָה הִיָּה חַיִּיב וְאָם נֶאֱמַר דְּמַעֲשֵׂה בְּעֵינָן פְּטוֹר בֵּינָן דְּאֵלּוּ הוּי קָמָן הוּי הַדַּר דְּמ"ש מְטוֹעָה בְּד"מ וְלַהַנְּ"ל א"ש דְּבָרָיו דְּמ"מ בֵּינָן דַּע"י מַעֲשֵׂה קָם דִּינָא לְמַפְרַע הוּי בְּרִי הַזִּיקוּ וְאִינוּ דוֹמָה לְטוֹעָה בְּד"מ דְּלֹא הוּי שֵׁם הוֹרָאָה כָּלֵל דְּלַעוֹלָם לֹא יִתְקַיֵּם הַדִּין וְאָף דְּאָמַר לוֹ דְּטָרִיפָה הוּא וְאִינוּ רִשְׁאֵי לְקַיְּמוּ בְּבֵיתוֹ מִפְּנֵי הַתְּקָנָה וְאָם אֵין לוֹ מְקוֹם לְמַכְרוֹ לְנַכְרֵי אִינוּ עוֹמֵד רַק לְהַשְׁלִיכּוֹ לְכַלְבִּים מ"מ לֹא מְקַרֵּי בְּרִי הַזִּיקוּ דָּאָם יִשְׁאֵל לְאַחֲרֵים יִתְבַּטַּל הוֹרָאָתוֹ מִכָּל וְכָל וְאָף לְאַחַר שְׁנַעֲשֵׂה מַעֲשֵׂה יִהְיֶה הַדִּין מִשְׁא"כ בְּטוֹעָה בַשְׁקָה"ד אָף כ"ז ש"ל"נ מַעֲשֵׂה הַדַּר דִּינָא הֵינָנו שְׁיַחְזוֹר הַדִּין וְיִתְבַּטַּל מ"מ פְּשָׁשְׁיָלָם נִגְמַר הַדִּין לְמַפְרַע וְדוֹמָה שְׁפִיר לְמַפְגַּל כְּמוֹ שֶׁכ' תוּס' וְרֵא"ש דְּבַקָּם דִּינָא חַיִּיב.

אולם כ"ז אלקיבא דר"מ דדן דינא דגרמי אבל לרבנן דלא דנו דינא דגרמי כפירא דלא יתקנו דברי הח"צ לומר דלר"נ ולר"ש בעינן שיעשה מעשה עפ"י ואז קם דינא דא"כ ל"ה רק פגורם הואיל דכשל"נ מעשה הדר דינא ויש ליישב גם זה בדוחק: ובגמתיבות כ' ליישב דברי הח"צ דדברי ר"י ור"נ ור"ש בסנהדרין מייירי קודם שנעשה מעשה דר"י ס"ל דדוקא אינו מוחזק וקבלו א"י לחזור בו קודם שנעשה מעשה דא"י לדון רק מצד קבלתו אבל מוחזק יכול לחזור ולדון שנית ור"נ ס"ל דוקא גדול ממנו מחזירו ור"ש ס"ל דאפילו גדול אינו מחזיר בש"ה אף קודם שנעשה מעשה אבל כשנעשה מעשה ס"ל להראב"ד מסבירא דכ"ע מודים דאין הגדול מחזיר דאין מוציאין מיד המוחזק ושם ביו"ד פוסק רמ"א דקודם שנעשה מעשה יכול לחזור ובח"מ דפוסק דא"י לחזור אפילו יש גדול מייירי שפבר הוציא וקושית הש"ס מר"ט ור"ע הוא אלקיבא דר"ש דס"ל אף קודם שנעשה מעשה אפי' גדול אינו מחזיר אלקא בדיבור קם דינא והה"ד באו"ה.

ויש להעיר בדבריו הא במתניתין דסנהדרין קתני דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה ועלה אמר ר"נ דאייירי ביש גדול הרי אף דכבר נעשה מעשה כמו לזכות החייב דכבר הוא מוחזק ואף עפ"כ לר"נ ביש גדול מחזירין לחייב אותו ולהוציא ממון ודברי הגמתיבות אינם מובנים כלל להמעיין היטב: ובגוף דברי הרמ"א הנז' העלה בתומים ע"נ

דאף הרב"ד מודה היכא דחוזר בו התקם הראשון ובכה"ג איירי ביו"ד וכן פתב באמת הרב"ז (ח"ג סי' תס"ו) דכיון שהודה בדבר הוי פטועה בדבר משנה ולא שניה חתיכה דאיסורא ואפילו הוא עצמו האוסר יכול לאכול ממנה ואעפ"י שהר"ן ו"ל פתב לפי שיטתו דטעמ' הוא משום פבודו של הראשון מ"מ דינו אמת אפילו מטעמן של הראשונים עכ"ד וכ"כ התשב"ץ בס' יבין שמועה שמ"ש הר"ן ו"ל שאם שמע הראשון טענותיו של אחרון וחזר בו אני אומר כי גם הראשונים ו"ל יודו בזה שפיון שהפיר האוסר שטעה באיסורו א"כ ל"ה הוראה כלל ולא שוין ח"ד דומה למי שאוסר דבר שהצדוקין מודים בו שהוא מותר שאינו הוראה כלל מעיקרא וליכא מ"ד שא"י לחזור בו הוא עצמו אפילו לא נשאל לאחר ונדבר זה אינו צריך לפנים שהאוסר דבר ואח"כ ראה שבטעות אסרו חוזר בו ומתירו ול"א שוין ח"ד אלא כשיש מי שעומד באיסורו והדבר תלוי בשה"ד עיי"ש וכ"כ בתשב"ץ (סי' ס"ו) ובאמת אם נאמר דדעת ראב"ד פסברת אותו הגדול המובא בתמים דעים דהדין דחייב לשלם רק כשהודה שטעה בשקה"ד ל"ק עפ"י קושית הר"ן כלל אולם נדאי הר"ן דהקשה וכן התשב"ץ דלא איפרק בזה קושית הר"ן סוברים דאף אם א"ח הדין מדבריו ראשונים ג"כ חייב לשלם לכך הקשה למה צריך לאוקמי בטמא את הטהור דאגע בהו שרץ.

והתשב"ץ שם פתב ליישב קושית הר"ן דהא דאוקי באגע בהו שרץ לאו משו' דמה שעשה עשוי דנדאי אין מחזירין דהא שו"י ח"ד אלא משום ומשלם מביתו דאל"כ לא מקרי מזיק פיון שלא נו"נ ביד והוא פועל תירוצו של הש"ך אבל כפר השיגו ע"ז ח"ד דמנ"ל לאוקמי דלא כר"מ דין דיני דגרמי ועוד מה הוסיף במה דאגע בהו שרץ פיון דבלא"ה כפר שוין ח"ד ובגתיבות פתב דאיירי דאגע בהו שרץ תוכד"ד דעדיין הנה יכול לחזור מן הוראתו ויש לגמגם גם בזה דמ"מ אח"כ פיון דלא חזר נעשה למפרע ח"ד ע"י דבורו ואם לא יתחייב עפ"י דבורו אמאי יהיה חייב במה דאגע בהו שרץ וקצת י"ל דכיון דהוא עצמו יכול לחזור בו אף דקם דינא מ"מ באיסור פיון דמהני חזרתו לא פרי הדיקא לכך חוקי דאגע בהו שרץ גם י"ל פיון דהוי הדיקא שאינו נזכר מוקמינו דאגע בהו שרץ.

ועיין בש"ך (ס"ק י"ד אות י"ג וי"ד) דכתב דכיון דבאיסור גדול יכול להחזיר אמרינו אילו הוי קמן הדר לכך אף באין גדול פטור מלשלם וקשה הא פיון דליתא קמן דתהדר בשקה"ד ממילא קם דינא וחייב וכמ"ש הוא בעצמו פמה פעמים ויש ליישב: ובספר קונטרס הגאון רח"י ו"ל ראיתי שכתב ליישב דברי רמ"א דבח"מ בדינא ממונות הביא דברי החולקים ופוסקים כר"ש לתועלת המוחזק ובי"ד לענין הוראה לא חש להביא דעת הרב"ד ורשב"א משום דאינהו לא ס"ל פהרי"ף לפסוק כר"ח אבל לר"ח מודו דאפילו באו"ה כ"ז דלא נו"נ ביד הדר דינא וכיון דהא דאסרינו לכ"ע מטעם שוין ח"ד מידי דרבנן הוא נקטינו כר"ח דבשל סופרים הלך אחר המיקל אלו דבריו וכנראה סובר הא דבד"מ הביא הרמ"א דעת החולקים ופוסקים כר"ש אם הוא לתועלת המוחזק דלא נוכל להוציא ממון מיד זה שזיכהו הדין ומ"מ הדין חייב לשלם פיון דעכ"פ קם דינא ואין יכול הדין לומר דלמא הלכה כר"ח דבלא נו"נ ביד הדר דינא דמ"מ פיון דמצד הספק לא נוכל למיהדר הדין וקם דינא חייב הדין לשלם דסוף סוף נעשה ההדיקא ע"י פסקו פן נראה דעת הגאון רח"י ו"ל וכ"כ בשער משפט ליישב דברי רמ"א.

וְדִין זֶה צָרִיךְ עֵיוֹנָא רַבָּה דְרֵאִיתִי בְכַמָּה גְדוּלֵי מְחַבְרִים מְגֵאוּנֵי וּגְדוּלֵי סְפָרְדִים ו"ל דס"ל להִקְפֹּד דְהִיכָא דְהִפְסִידוּ מִסְפֵּק א"ח לְשֵׁלֶם דִּיכּוֹל לֹאמַר דְהִלָּה חֲזִיב לָהּ. דְהֵם דְנוּ בְמוֹכֵר שְׁטֵר חוֹב לְחֻבְרֹו וְכַתֵּב בּוּ מִשְׁתַּעֲבָדְנָא לָהּ וּלְכָל מֵאן דְאָתִי מִחֻמְתָּהּ דְפְלִיגֵי בְהוּ הַפּוֹסְקִים אִם מְהֵנִי מְחִילַת הַמוֹכֵר לְהִלְנָה וְהֵדִין הוּא אִם מְחַל הַמוֹכֵר דִּיכּוֹל הִלְנָה לֹאמַר קִים לִי דְמְהֵנִי מְחִילַת הַמוֹכֵר לְהִלְנָה וּמ"מ דְנוּ דְגַם הַמוֹכֵר פִּטוֹר מִלְשֵׁלֶם דִּיכּוֹל לֹאמַר קִים לִי דְלֵא מְהֵנִי מְחִיל' פְּהֵנָּה פּוֹסְקִים וְהִלְנָה חֲזִיב לָהּ לְשֵׁלֶם עֵינֵן תְּשׁוּבַת כְּהוֹנֵת עוֹלָם (ס' פ"ג) דְהִעָלָה דְתֵלֵא בְמַחְלֻקַת הַתַּה"ד הַמוֹבָא בְרַמ"א (ס' ש"ו) וּבסמ"ע וְש"ף שֵׁם אִם הַטָּבַח עָשָׂה סְפֵק טְרִיפָה דמ"מ אִין מוֹצִיאִין מִמּוֹן מְמַנּוּ וְיֵשׁ שְׁפָתָבוּ לְחֵלֶק דְדוֹקָא בְשׁוֹמֵר חֲזִיב עַל הַסְפֵּק ג"כ וְגַם י"ל דְשֵׁם אִינוּ מְכוּוֹן לְהִזִּיק לְכַּף פִּטוֹר אֲבָל בְּמְכוּוֹן לְהִזִּיק אַף שְׂאִינוּ רַק סְפֵק מ"מ לְגַבֵּי הַנִּזְק הַנִּזְק בְּרוּר שְׂאֵבֵד מְמוֹנוּ בּוֹדָאי י"ל שְׁחֲזִיב גַּם בְּסְפֵק דְדִין וְעֵינֵן בַּס' שְׁנֵי הַמְּאוּרוֹת הַגְּדוּלִים סוּף הַסְפֵּר (ס' פ"ד) וּבַחֲק"ל ח"מ (ס' ב').

שׁוֹב גְּדַפְס הַגְּהוֹת עַל ח"מ מְרַבֵּינוּ הַגְּדוּל מֶרֶן עַק"א ו"ל וְרֵאִיתִי לוֹ (ס' קכ"ו) שְׁפָתָב עַל מַה שְׁהִעָלָה הַש"ף שֵׁם (ס"ק ו') בְּמַעְמַד ג' וְחֻזֵר וּמְחַל דְהֵנִי סְפִיקָא דְדִינָא וְיָכוֹל הַמְּוַחֲזֵק לֹאמַר קִים לִי וְכַתֵּב הַגֵּר"ע ו"ל בְּפִשְׁיטוֹת דְלִפִּי זֶה יָכוֹל לְחַזֹּר עַל הַמְּוַחֲזֵק לְשֵׁלֶם לוֹ מְדִינֵי דְגֵרָמִי וְאִין הַמְּוַחֲזֵק יָכוֹל לֹאמַר קִים לִי דְהַמְּחִילָה ל"מ דמ"מ פִּינּוּ דְהֵדִין דְמִסְפֵּק א"צ לְשֵׁלֶם מִמִּילָא הַנִּזְק בּוֹדָאי עַכ"ד וְחִידוּשׁ הוּא דְכַתֵּב כֵּן בְּפִשְׁיטוֹת וְעֵינֵי הַטְּהוֹרִים הֵיוּ מְשׁוֹטְטוֹת בְּכָל סְפָרֵי תְשׁוּבוֹת וְלֹא הִבִּיא דְבִרְיָהּם בְּנִידוֹן כְּזֶה דְגְדוּלֵי עוֹלָם מְסַפְקֵי לְהוּ אִם חֲזִיב לְשֵׁלֶם בְּכַה"ג: וְלְכַאוּרָה הִזָּה נִרְאָה לִי רֵאָיָה נְכוּנָה דְהַמְּוַחֲזֵל חֲזִיב לְשֵׁלֶם בְּכִי הַאי גְּוֹנָא פִּינּוּ דְסוּף סוּף גֵּרָם לוֹ שֵׁא"י לְגַבּוֹת מִן הִלְנָה דְהֵא מְבֹאָר בַּב"ק (דף צ"ח) הַשׁוֹרֵף שֵׁט"ח שֵׁל חֻבְרֹו לְמֵאן דְדָאָן דִּינָא דְגֵרָמִי מְגַבֵּי מִינְיָה מְמוֹן מְעֵלֵיא וּבְמֵאמִינוּ מַה הִזָּה כְּתוּב בִּיהַ וְשֵׁם הוּא לְמֵאן דְסוֹבֵר דְבָר הַגּוֹל"מ כְּמִמוֹן דְמִי וְלִדִּין דְעַת רַמְבַּ"ן דְחֲזִיב מְצַד דִּינָא דְגֵרָמִי כְּמְבֹאָר בַּש"ף (ס' שפ"ו) וּמַה שְׁהַקְשָׁה עַל הַרַמְבַּ"ן כְּתַבְתִּי ע"ג לִיִּישׁב בַּס' ד"ח דִּינֵי נ"מ (ס' י"ב) עַכ"פ מְבֹאָר אַף דְהַמְּזִיק לֹא הִפְסִידוּ שׁוּם מְמוֹן כְּלָפִי שְׁמִים כִּי אַף שְׁנִשְׁרַף הַשֵּׁט"ח מ"מ הִלְנָה חֲזִיב לְשֵׁלֶם לוֹ אִם יוֹדָה וְלֹא נִפְקַע גּוּף הַחוֹב מִהִלְנָה רַק פִּינּוּ שְׁהִלְנָה הוּא אֵלֶם וְאִינוּ רוֹצֵה לְשֵׁלֶם גֵּרָם לוֹ זֶה הַהִזְק בְּמַה שְׁסִילֵק מְמַנּוּ רֵאוּתֵיו שְׂאִינוּ יָכוֹל לְכוֹף אוֹתוֹ בַּב"ד שְׁיִשְׁלֵם אֲבָל הַחֲזִיב נִשְׂאָר בְּמִקוּמוֹ וּבַכ"ז חֲשָׁבִינּוּ לִיהַ לְהַשׁוֹרֵף כְּמִזִּיק פִּינּוּ שְׁגֵרָם לוֹ דָאִין בְּכַחוֹ לְהוֹצִיא מְמַנּוּ בְּדִין ק"ו אִם מְחַל הַמוֹכֵר לְהִלְנָה דְחֲזִיב לְשֵׁלֶם דְלוֹ יְהֵא כְּלָפִי שְׂמִיָּא גְלִי' הֵדִין דַּב"כ מִשְׁתַּעֲבָדְנָא לָהּ וּלְכָל מֵאן דְאָתִי מִחֻמְתָּהּ ל"מ הַמְּחִילָה וְנִשְׂאָר הִלְנָה בְּחִיּוּבוֹ לְשֵׁלֶם לְהַלּוֹקֵם מ"מ פִּינּוּ שְׁסִילֵק מְמַנּוּ רֵאוּתֵיו וַא"י לְגַבּוֹת מִהִלְנָה דִּיכּוֹל לֹאמַר קִים לִי דְמְהֵנִי מְחִילַת הַמוֹכֵר וְהַב"ד לֹא יָכוֹף אוֹתוֹ לְשֵׁלֶם דּוּמָה לְשׁוֹרֵף שְׁטְרוֹתֵיו וְעַדִּיף מִינְיָה דְחֲזִיב לְשֵׁלֶם: בְּרַם אַחַר הַיִּשׁוּב יֵשׁ לְחֵלֶק מִשֵּׁם לְדַעַת ר"ת וְסִינְעָתוֹ דְטַעֲמָא דְמוֹכֵר שֵׁט"ח לְחֻבְרֹו דְמְהֵנִי מְחִילַת הַמוֹכֵר הוּא מְטַעַם דִּישׁ לְמוֹכֵר הַמְּלָנָה עַל הִלְנָה שְׁנֵי שְׁעָבוּדִים שְׁעָבוּד הַגּוּף וְשְׁעָבוּד נְכָסִים וְהַשְׁעָבוּד הַגּוּף לִיתָא בְּמִכְרֵיהַ דְהֵנִי דְבָר שְׂאִין בּוּ מִמֵּשׁ אֵלָא שְׁעָבוּד נְכָסִים וְכִינּוּן דְמוֹחַל הַשְׁעָבוּד הַגּוּף נִפְקַע מִמִּילָא הַשְׁעָבוּד נְכָסִים.

וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַתְּבוּנָה א"כ אִמְאֵי הַמוֹכֵר הַמְּלָנָה חֲזִיב לְשֵׁלֶם לְהַלּוֹקֵם מְטַעַם גֵּרָמִי הֵא לֹא עָשָׂה בְּיָדִים הַהִזְק בְּגוּף הַדְּבָר שְׂמִכֵר רַק בְּשֵׁלוֹ הִזְנוּ הַשְׁעָבוּד הַגּוּף שְׂאִינוּ בְּמִכְרֵיהַ בְּזֶה עוֹשָׂה וּמִמִּילָא נִפְקַע הַשְׁעָבוּד נְכָסִים וְדוּמָה קֶצֶת לְזָרֵק כְּלִים מְרֵאֵשׁ הַגַּג וְהִזָּה תַּחֲתֵיו

פְּרִים וּכְסוּתוֹת וְבָא אַחַר וְסִילַק הַפְּרִים וְכְסוּתוֹת אֶף דְּגָרַם דְּעִי"ז נִשְׁבְּרוּ הַפְּלִים מ"מ פְּטוֹר  
פִּינּוֹן שְׁלֵא עֲשֵׂה הִזְק בַּגּוֹף הַדְּבָר וְכֵאֵן נִמְי הַמּוֹכֵר לֹא עֲשֵׂה שׁוּם דְּבָר בַּגּוֹף קִנְיָנוּ שְׁל  
הַלּוֹקַח רַק בְּשָׁלוֹ וּמִמִּילָא נִפְקַע עִי"ז הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי דְאִינוּן עֲרַבִין.

וּבְזָכְרוֹנֵי בְּיָלְדוּתִי פְּשַׁלְמִדְתִּי לִפְנֵי אַאמ"ו וְלִי לְחַלְקָא הַעֲנִינִים וְאָמַר שְׁם לֹא  
הָיוּ הַפְּלִים עֲדִינּוּן מְוַנְחִים עַל הַפְּרִים וְהַפְּסוּתוֹת אֲבָל וְדָאִי אִם הָיוּ כְּבָר נִפְלוּ הַפְּלִים עַל  
הַכּו"כ וְבָא אֶחָד וְסִילַק אֶת הַכּו"כ וְעִי"ז נִשְׁבְּרוּ הַפְּלִי וְדָאִי אֶף שְׁלֵא נִגַע בְּהַפְּלִים מ"מ  
חֵיב דְּהוּי מְזִיק מִמֶּשׁ בְּכַחוֹ לְכֵן בְּמוֹחַל שֵׁט"ח שְׁמִכְרַ הַשְּׁעֵבּוּד הַנְּכָסִים לְחַבְרֹו הָיוּ  
פְּנִקְשָׁרִים זב"ז דְּבָלִי שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף לִיתָא לְשְׁעֵבּוּד נְכָסֵי וְקִשׁוּרִים נֶאֱחָזִים זֶה בְּזֶה יַחְדָּיו  
יְדַבְּקוּ וּבְמַחֲלֵת הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף הָיוּ כְּמוֹ שְׁלּוֹקַח הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף מִתַּחַת הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי וְהָיוּ  
כְּמוֹ שְׁשׁוֹבֵר בְּיָדִים הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי וְלִכְפָּה חֵיב לְשַׁלֵּם.

וּלְפִי"ז זֶה דְּוָקָא בְּסִתְּמָא שְׁטַר דְּבִאָמַת בְּמַחֲלֵתוֹ לְבַד נִפְקַע הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף אֲבָל בְּאִם פְּתַב  
בוּ מִשְׁתַּעְבְּדָנָא לָהּ וְלִכְלָל מֵאֵן דְּאִתִּי מִחֻמְתָּהּ פִּינּוֹן שְׁהוּא סְפִק אִם מוֹעִיל הַמַּחֲלָה יְכוֹל  
הַמוֹחַל לֹאמַר קִים לִי דל"מ הַמַּחֲלָה וְלֹא נִשְׁבְּרַ הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי שְׁלָהּ וְכַדְקָאִי קָאִי וְאֶף  
שַׁע"י מַחֲלֵתִי שְׁמַחֲלֵתִי אֶת הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף נִמְנַע הַלְוָה מִלְשַׁלֵּם דְּאִמַר קִים לִי לְהִנְפִיף  
דְּמַהֲנֵי הַמַּחֲלָה מ"מ אֲנִי לֹא עֲשִׂיתִי מַעֲשֵׂה פְּלָל בְּשַׁלָּהּ וְא"ד לְשׁוֹרְף שְׁטַר חוֹב שַׁעכ"פ  
עֲשֵׂה מַעֲשֵׂה בְּיָדִים לְמִנּוּעַ מִמֶּנּוּ הִרְאָה שְׁהִזָּה לוֹ אֲבָל פְּאֵן לֹא מַחַל רַק הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף  
שְׁלֵא מְכַר לוֹ רַק אִם בְּאָמַת בְּבִירוֹר מְהֵנִי הַמַּחֲלָה מִמִּילָא גַם עַל הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי הָיוּ  
פְּעֻשָׁה מַעֲשֵׂה בְּיָדִים פִּינּוֹן דְּנִקְשָׁר בְּכַח הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף וְע"י מַחֲלֵתוֹ שְׁל הַשְּׁעֵבּוּד הַגּוֹף  
נִשְׁבְּרַ גַם הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי אֲבָל הֵיכָא דִּיכּוֹל לֹאמַר קִים לִי דְלֹא נִפְקַע הַשְּׁעֵבּוּד נְכָסֵי יְכוֹל  
לֹאמַר דְּלֹא עֲשִׂיתִי בְּשַׁלָּהּ פְּלוּם וְזֶה נְכוּן לְקִיָּים דְּבָרֵי גְדוּלֵי הַמַּחְבְּרִים הַנּוֹ' בְּגִידוֹן הַנּוֹ'  
דְּתִלְיָא בְּהַטְעַם דְּמוֹכֵר שֵׁט"ח לְחַבְרֹו דְּמַהֲנֵי מַחֲלָה.

וְזֶה א"ש לְטַעְמָא דר"ת אֲבָל לְשַׁאָר טַעְמִים י"ל דְּחֵיב לְשַׁלֵּם דְּלֹא גִרַע מִשׁוֹרְף שֵׁט"ח  
שְׁל חַבְרֹו וְדָאִי לֹא נִפְקַע הַחוֹב וּבכ"ז חֵיב לְשַׁלֵּם וְכַמוֹ"ש וְכוּן בְּגִידוֹן דְּכַתְב רַבִּינוּ ע"א  
ז"ל בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן שְׁחִזוֹר וּמַחַל דְּשֵׁם פְּנִרְאָה עֵיקַר הַטְעַם שְׁל הַסּוֹבְרִים דְּמַהֲנֵי מַחֲלָה  
מִשׁוּם דְּהָיוּ רַק קִנְיָן דְּרַבָּנָן פִּינּוֹן דְּגָרַם לוֹ ע"י מַחֲלֵתוֹ שֵׁט"ח לְתַבְּנֹעַ מִמֶּנּוּ הָיוּ פְּשׁוֹרְף  
רְאִיָּתוֹ וְאֶף אִם פְּלִפִּי שְׁמִיָּא גְלִיָּא דְּהֵדִין הוּא דל"מ הַמַּחֲלָה מ"מ פִּינּוֹן דָּא"י לְתַבְּנֹעַ  
מִבַּע"ד חֵיב לְשַׁלֵּם.

וּלְפִי"ז בְּדִינָן שְׁטַעָה אֶף דְּהָיוּ סד"ד אִם הָדָר דִּינָא מ"מ פִּינּוֹן שְׁאִין מוֹצִיאִין מִיַּד הַמּוֹחֲזֵק  
חֵיב הַדִּינָן לְשַׁלֵּם וְא"י לֹאמַר קִים לִיה דְּהָדָר דִּינָא פִּינּוֹן דְּסוֹף סוֹף א"י לְגַבּוֹת וְרִאָּה  
מִשׁוֹרְף שֵׁט"ח שְׁל חַבְרֹו דְּחֵיב וְאֶף דְּשֵׁם דַּעַת הַשֵּׁט"ח דְּפְטוֹר הוּא מִטְעַם אַחַר כְּמַבְּוֹאָר  
בְּדַבְּרֵיו (ס' שפ"ו) מִשֵּׁא"כ בְּזֶה דְּדִנָּן דְּג"ר בְּכַה"ג: [וְקָצַת יֵשׁ לֹאמַר וְלָדוֹן הָא דְּחֵיב  
לְשַׁלֵּם בְּשׁוֹרְף שְׁטוֹרוֹתָיו שְׁל חַבְרֹו מִטְעַם דִּינָא דְּגָרְמִי לְשִׁיטַת תּוֹס' וְרָא"ש וְסִינְיַעְתָּם  
הַסּוֹבְרִים בְּדוּחָף מְטַבַּע שֵׁט"ח לִיָּם דְּפְטוֹר מִשׁוּם דְּלֹא עֲבִיד מַעֲשֵׂה בְּגוֹפּוֹ וְכ"מ שְׁגוֹרַם  
לְהַפְּסִיד מְמוֹן אַחַר א"ח לְשַׁלֵּם וְהָא דְּשׁוֹרְף שְׁטוֹרוֹתָיו שֵׁט"ח חֵיב לְשַׁלֵּם מִשׁוּם דְּזֶה הָיוּ  
כְּמִזִּיק מִמֶּשׁ מְמוֹן חַבְרֹו כַּמ"ש הָרָא"ש ב"ק וְלֹא מִשׁוּם דְּגוֹרַם שַׁע"י לֹא יִגְבָּה חוֹבוֹ  
דְּבָזָה לֹא עֲבִיד מַעֲשֵׂה בְּמִמוֹנוֹ שְׁל חַבְרֹו וְלֹא מִתְחֵיב רַק עֵיקַר הַטְעַם דְּהַשְּׁטַר בְּעֻצָּם  
חֲשׁוֹב כְּמִמוֹן לְמֵאֵן דְּדָאִין דִּינָא דְּגָרְמִי שְׁרָאוֵי הַשְּׁטַר לְמַפּוֹר וְלְגַבּוֹת בוּ וְכַמוֹ שְׁפַתְבוּ תּוֹס'



ב"ק (דף ע"א ע"ב) וְהוּי מִיְלֵי דְמוֹדְבְנֵי בְדִינְרֵי א"כ י"ל דא"ח מטעם דאיבד לו רְאֵינָתוּ וּא"כ בְּכַתְבּוּ בּוּ מִשְׁתַּעֲבָדְנָא לְכָל מָאן דְאַתֵּי מִתְמַתְּרָה דְהוּי סְפִיקָא דְדִינָא אִם מְהֵנִי הַמְחִילָה לְכַה פְּתִיבוּ דִיכּוּל לֹאמַר קִים לִי פְּהַפּוֹסְקִים דל"מ הַמְחִילָה וְהַשְׁטָר שְׁת"י עֲדִינּוּ בְּמִקּוּמוֹ וְהוּי מִיְלֵי דְמוֹדְבְנֵי בְדִינְרֵי אוּלָם מ"מ אַף לְסַבְרָא הַזֹּאת פִּינּוּ דְמִי פְּתִי יָסוּר הֵנָּה וְיִקְנֶה אַחֲרֵי שַׁעֲפ"י הַדִּין אֵין בְּעַל הַשְׁטָר יְכוּל לְגַבּוֹת בּוּ דְהַלְוָה יֹאמַר קִים לִי דְמְהֵנִי מְחִילַת הַמְלִינָה וְאַף דְהוּי פְּהִיזְק שְׁאִינוּ נִיפְר חֲזִיב מ"מ גַּם גְּרָמֵי בְּהִיזְק שֶׁא"נ חֲזִיב כְּמוֹ שְׁ הַרְמַבְּ"ן ז"ל בְּדִינָ' דְגְרָמֵי וְלַדַּעַת הָרִי"ף וְהַרְמַבְּ"ם חֲזִיב בְּשׁוֹרְף שְׁט"ח שֶׁל חֲבִירוֹ מִטַּעַם גְּרָמֵי שְׁאִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת מְמוֹנוֹ א"כ אַף דְּמִסְפִּיקָא א"י לְגַבּוֹת מְחַבְּרִי וְדַאי חֲזִיב דְּעַדִּיף מְשׁוֹרְף וְאִי"ה יְבוֹנָר עוֹד בְּזָה בְּמ"א]: אַף יֵשׁ לְהַעִיר לְמ"ש לְמַעַלָּה בְּדַבְרֵי רַמְבַּ"ן וְהַשְׁ"ף דְּאַף דל"א קָם דִּינָא רַק הֵיכָא שְׁפַבְר שְׁיָלָם מ"מ פְּשִׁשְׁיָלָם קָם דִּינָא לְמַפְרַע וּבְרֵי הַזִּיקָא הוּי פִּינּוּ דְחֲזִיבוּ הַדִּין לְשַׁלֵּם א"כ זֶה א"ש אִם אֲמַרִּינּוּ בְּדַאי דְקָם דִּינָא וְהִינּוּ לְשִׁיטַת הָרִא"ש אֲבָל אִם לֹא אֲמַרִּינּוּ קָם דִּינָא פְּדַעַת הָרִי"ף דְּפּוֹסֶק כְּר"מ וְאִז אַף אַחַר שְׁשִׁיָּלָם לֹא נִתְקַיְּיָם הַדִּין לְמַפְרַע אַף שְׁאִין אָנוּ יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ שֶׁל הַבַּע"ד דִּיכּוּל לֹאמַר קִים לִי פְּדַעַת הָרִא"ש מ"מ לְמָה יִתְחַזֵּיב הַדִּין לְשַׁלֵּם וְיֹאמַר קִים לִי דְהַדָּר דִּינָא פִּינּוּ שְׁלֹא נו"נ בִּיָּד וְכִינּוּ שְׁלֹא נִתְקַיְּיָם הַדִּין לְמַפְרַע אַף דַּאי לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ ע"י גְּרָמָתוֹ שֶׁל הַדִּין שְׁגָרָם לוֹ לְחֲזִיבוֹ וְעַפ"י פְּסֶק דִּינוֹ שְׁיָלָם נִימָא דל"ה רַק פְּגָרָמָא בְּעַלְמָא וְכַוּוֹתָן לוֹ עֲצָה רַעָה דְדַלְמָא אַף אַחַר שְׁשִׁיָּלָם לֹא נִתְקַיְּיָם הַדִּין וְכַלְפֵּי שְׁמֵיָא גְּלִיָּא דְפְּסִקִּינּוּ כְּר"ח וְכַשִּׁיטַת הַאֲלַפְסֵי דְלֹא פְּסִקִּינּוּ לְגַבֵּי דִינּוֹ דְגְרָמֵי: עוֹד יֵשׁ לְהַתְּבוּנָה פִּינּוּ דְכַנְרָאָה פֶּל הַעֲנִינוּ מַה דְקָם דִּינָא הוּא רַק מְדַרְבְּנָן פְּמִבְּנָר מְדַבְרֵי הָרִא"ש וְכְמוֹ שְׁכַתְּבֵי הַשְׁ"ף (סִקְכ"ט) וְהַגְּאוֹן מוֹהֲרַח"י ז"ל וְא"כ לְדִינּוֹ דְמִסְפִּיקִינּוּ אִם קִי"ל כְּר"ש דְּהַתְּקַנְהָ הֵיכָא אַף בְּלֹא נו"נ בִּיָּד שְׁיִתְקַיְּיָם הַדִּין וְהַדִּין יִהְיֶה חֲזִיב לְשַׁלֵּם אוֹ כְּר"ח דְכ"ז שְׁלֹא נו"נ בִּיָּד הַדָּר דִּינָא נִימָא דְהוּי סְפֶק בְּתַקְנָה וְהַפְּלֵל הוּא בְּכ"מ דְהוּי סְפֶק בְּתַקְנָה אֲזַלִּינוּ בְּתַר דִּין הַתּוֹרָה וְאַף אִם הוּא לְהוֹצִיא פְּמִבְּנָר בְּמַהֲרִי"ט וְעִינּוּ מַח"א דִּינֵי גַב"ח (סִי' א') א"כ פֶּאן נְמִי נִימָא דְהַדָּר דִּינָא וְלֹאֲוֹקְמֵי אַדִּין תּוֹרָה פִּינּוּ דְסוּגְיָא דְעַלְמָא אֲזַלִּי פְּאִידָהּ.

וְאוּלַּי פִּינּוּ דְאַף מַה דְסוּגְיָא דְעַלְמָא אֲזַלִּי פְּאִידָהּ לֹא בְּרִיר גְּמוּר הוּא מַה"ת לְכֹן ל"ש בְּזָה לְאוּקְמֵי אַד"ת וְגַם בְּהַכְרַח צְרִיף לְחַלֵּק בְּעַנְנוּ זֶה דְסֶפֶק בְּתַקְנָה דְמַצִּינוּ כ"פ דְמְהֵנִי תְּפִיסָה בְּסֶפֶק בְּתַקְנָה כְּמוֹ בְּסֶפֶק אִם מְשִׁיכָה קוֹנָה וְכַה"ג בְּסֶפֶק' דְש"ס בְּדִינֵי אַגַּב וְהַדָּר צְרִיף גְּדַר וְיְבוֹנָר בְּמ"א אִי"ה: סִי' לַד הֵיכָא דְטַעָה הַדִּין בְּדִין שְׁהִי בּוּ שְׁנֵי טַעְמִים לְפָסוּק כְּמוֹ שְׁפֶסֶק וְטַעַם הָאֶחָד הוּא טַעְוַת בְּדַבְרֵי מְשֻׁנָּה וְטַעַם הַשְּׁנִי הֵיכָא טַעְוַת בְּשִׁיָּקוּל הַדַּעַת דְסוּגְיָא דְעַלְמָא דְלֹא פְּנוּתִיָּה הָא נְדַאי אִם יָדַע הַדִּין מְפִלְגֵתָא זֶה רַק דְלֹא יָדַע דְסוּגְיָא דְעַלְמָא אֲזַלִּי פְּאִידָהּ י"ל דְקָם דִּינָא אַף דְטַעָה בְּד"מ חוּזַר מ"מ הַפְּסֶק שְׁלוֹ הֵיכָא עַפ"י שְׁנֵי הַטַּעְמִים.

וְאִם הַדִּין לֹא יָדַע מִן פְּלוּגְתָא זֶה וְלֹא דָן מַצַּד מְחַלְקָה הַזֹּאת רַק מִטַּעַם אַחַר וּבְטַעְמוֹ שְׁדָן עַפ"י זֶה טַעָה בְּד"מ חוּזַר דְלַעוּלָם לֹא אֲמַרִּינּוּ קָם דִּינָא נְגַד סוּגְיָא דְעַלְמָא רַק כְּשִׁידַע מִן הַפְּלוּגְתָא וְהַכְרִיעַ עַפ"י דַּעַתוֹ לְפָסוּק פְּאִידָהּ בְּזָה אַף דַּעַפ"י סוּגְיָא דְעַלְמָא מוֹצִיאִין מְמוֹן מִיָּד הַמְּוַחֲזָק וְלֹא מְצִי לְמִימַר הַמְּוַחֲזָק אַף מְעִיקְרָא קִים לִי נְגַד סוּגְיָא דְעַלְמָא בְּכ"ז פִּינּוּ שְׁנַפְסֶק הַדִּין בְּכַח ד"ת בְּדִין פְּאִידָהּ אִין מוֹצִיאִין מִן הַמְּוַחֲזָק פִּינּוּ שְׁהַכְרִיעַ עַל פִּי פְּסִקֵי פְּאִידָהּ אֲבָל הֵיכָא דְלֹא יָדַע פְּלֵל מִן פְּלוּגְתָא וְלֹא יָרַד לְדִין זֶה לְהַכְרִיעַ רַק דָן לְהוֹצִיא

ומאחר שפנה הנה הטעות בד"מ לעולם חוזר וראיתי בס' שער משפט (ס"ק ו') דהנהיח דין זה בצ"ע ולענ"ד פשו' ומסתבר כמו שכתבתי: וגדולה מזו מבואר ברדב"ז (ח"א סי' נ"ד) מובא בכנה"ג דאם באותו הדין הנהי' ב' טעות אחד בד"מ ואחד בשקה"ד חוזר לפי שאין טעות בשקול הדעת פלום נגד טעות בד"מ.

ועינתי ברדב"ז ונשם הנה הנידון בשמעון שהי' לו שט"ח על ראובן וראובן מסר מודעה על חיוב השט"ח וכן הדין להביא ראיות שהמודעה הוא קיים ואח"כ נסתפק לו הדין מתוך שאלה א' של הרשב"א ומתוך כ' העלה שיחלקו שיפרע לו מחצה ויעכב מחצה והרדב"ז העלה דבדין שדן לומר דהמודע' קיים הי' הטעות בשה"ד ובמה שדן שיחלקו הנה הטעות בד"מ דהממע"ה וכתב דאם ראובן יטעון לא יחזור הדין ולא אשלם אלא מחצה והדין ישלם מחצה שהרי טעה בשה"ד ושמעון יטעון לא אלא פיון שטעה בד"מ יחזור הדין ואגבה ממה כל חובי שהדין אין לו מה לשלם וכ' דלכאורה הדין עם ראובן שיאמר פיון שהטעות הנה עליו וכלום חוזר הדין אלא לתועלת איני חפץ בזה התועלת אבל כד מעינות בה שפיר תשפח דאין זו טענה דל"א פו אלא בדבר שהוא משום תקנתא יכול לומר אי אפשרי בתקנות חכמים אבל הכא דינא הוא דהטועה בד"מ חוזר הלכך פיון דאיכא טעות בד"מ חוזר לעיקר הדין ותקנתו קלקלתו והכי מסתברא לי פיון דבמה שפסק יחלקו באו שתי הטעות אחד לפי דבריו שנסתפק ואחד בשקה"ד במה שפטר לראובן במחצית חוב השטר אין טעות שקה"ד פלום נגד הטעות בד"מ ולפיכך חוזר הדין עכ"ד הרי אף דהטעות הנה על ב' דברים בזה דנסתפק לקיים המודעה ושיפטור שמעון הנה בשקה"ד ובזה ראוי לומר קם דינא מ"מ פיון דטעה לומר יחלקו ובזה כפי טעותו הנה לו לפטור מפל וכל וטעה בדבר משנה מ"מ אין טעות בשקה"ד פלום נגד דבר משנה וחוזר הדין מכ"ש כשלא ידע פלל לדון מצד השקה"ד רק דן מצד אחר וטעה בד"מ דחוזר הדין מעיקרא: הן אמת די"ל בנידון דרדב"ז למ"ש לעיל דלא נוכל לומר קם דינא לחצאין וה"נ דכונתי' דלא נוכל להוסיף עפ"י פסקו של הדין במה שלא פסק היינו לקיים פסקו דנסתפק אם המודעה קיים ושיפטור מטעם זה מפל וכל דהא את זה לא פסק רק פסק דייחלקו ובזה לא נוכל לקיים פסקו דהוא טעות בד"מ דהממע"ה ושיתקיים פסקו שישלם מחצה לא נוכל לעשות נגד ד"מ ושיפטור מפל וכל לא נוכל להוסיף על פסקו פיון דסוגיא דעלמא פאידיה דהמודעה לאנתקיים לכך בהכרח חוזר הדין מעיקרא ונתבטל מפל וכל משא"כ בנידון הנז' דנוכל לקיים הדין כמו שפסק מצד שיקול הדעת י"ל דאמרינן קם דינא.

אולם הא פנראה הרדב"ז לא אתי עלה מטעם זה רק טעות בשקה"ד לאו פלום נגד טעה בד"מ וה"נ דכונתי'ה ובפרט פיון דלא ידע פלל מן פלוגתא הזאת ולא דן בשקול הדעת רק מטעם אחר שהנה בזה טועה בד"מ מסתבר בפשיטות דחוזר ועיין ספר נדפס מחדש שו"ת גאות דשא מבעל לבושי שרד ז"ל (סי' קי"ב) שהעלה דהיכא דלא ידע מן המשנה ולא מסוגין דעלמא דקם דינא וי"ל דהיינו דעכ"פ ידע מן הפלוגתא רק דדן משני טעמי בזה פיון שפסק גם עפ"י הדעת שהוא אף שטעה בד"מ ג"כ י"ל דקם דינא אבל היכא דלא ידע פלל לא מפלוגתא ולא מסוגין דעלמא אף שדן משני טעמים י"ל מצד הסברא דל"ש בזה קם דינא פיון שטעה גם בדבר משנה ובשקה"ד לא נוכל לקיים דינא פיון דלא הכריע מצד הכרעתו במחלוקה הזאת ובגוף הדין הי' ג"כ טועה בדבר משנה נתבטל הדין

לגמרי ולא נוכל לומר בזה קם דינא מה שפסק נגד דבר משנה: ודע פנראה מדברי פל הפוסקים בטעות בדבר משנה דלעולם חוזר לא צריף שהדיינים בעצמן יחזרו מפסקם רק ממילא חוזר וכל ב"ד יכול להחזיר פי אין קיום לפסקם שהוא נגד דבר משנ' אף אם הב"ד שפסקו אינם חוזרים וכ"כ תוס' פתובות (דף נ' ע"ב) בהא דאמר ר"נ זילו אהדרו דהוא בעצמו הנה יכול להחזיר הדין אלא שבעלי דינין ל"ה שומעין לו כמו לדיינין וכן מבואר בש"ס פתובות (דף פ"ד ע"ב) דון דייני כר"ע ואהדרי' רל"ק לעובד' מינייהו משמע דהוא בעצמו אהדרי'.

אולם בש"מ ב"ק (דף י"ב) בהא דאמר ר"נ זילו אהדרו ואי לא מגפינא להו לאפדניכו מנייכו כ' משם הר"י פ"ץ ו"ל דלכף לא אמר לבע"ח למיהדר ליתמי דהא דאמרינו טעה בד"מ חוזר צריף שיחזרו הדיינים ויאמרו טעינו וכל זמן שלא יחזרו בהם הדיינים לא יטרפו מבעלי דינים שיאמרו פדין דנינו וראיה מפאן דאמר להו ר"נ לדיינים ולבע"ח לא אמר ולא מידי משמע שצריף שיחזרו בהם הדיינים עכ"ד וזה דבר תימא דהא בכל הפוסקים מבואר דטועה בד"מ לאו שם פסק עליו ואין לו קיום ואף אם אין הדיינים חוזרים מה בכך פיון שידוע לכל שטעו ומש"ס דכתובות הנז' משמע דאהדרי' ר"נ לעובדא ולא תלי בהחזרות הדיין.

וראיתי שם בש"מ פתובות דכ' ואהדרי לעובדא מינייהו שחזר על הדיינין שיחזרו בהו ויוציאו מבע"ח מה שתפס עיי"ש משמע נמי דסובר שהדיינין צריכין בעצמן לחזור והדברים מתמיהי וצ"ע: סי' לה שלשה הדיוטות וקבלו דעת הרא"ש דשוין הו למומחה וקבלו ופטורין לשלם אם טעו בשקה"ד והש"ף האריף להביא חולקים ע"ז והאחרונים גם התומים והבאים אחריו כ' לחלק דבסתם שפאו לפנייהם לדון חייבין לשלם וכה"ג איירו הפוסקים שהביאם הש"ף וכל שקבלו בפירוש ואמרו אתם מקובלים עלינו פטורין דל"ש נעילת דלת דמה להם לקבלם בפ"י ובתומים הקשה על הרא"ש דבג' הדיוטות כ' הטעם דפטורין בקבלה פיון דבלא קבלה נמי דייניהו דינא אהני קבלה למקפטרניהו ובמומחה כ' משום דמזלא דהאי גברא גרים ליה לכף פטור בקבלו ובלא קבלו משום דהגיס דעתו והנתיבות כ' דבמומחה אף שדון חיידי אין לו דין ב"ד לענן הודאה בפניו ושללא יחליף טענותיו אם לא שקיבלו עליוהו פמבואר (סי' ג') וכינון דבעינו הקבלה לענן זה ל"מ הקבלה למקפטר מש"ה הוצרף לטעם דאנוס ולא אדע פנונתו הא לעיל (סי' ג') מבואר בטור דדעת רא"ש דייחיד מומחה דין ב"ד יש לו לכל דבר ועיי"מ"ש לעיל (סי' י"א) ומ"מ דעתם דסתם קבלה ל"מ למקפטרניהו ובעינו קבלה בפירוש: וראיתי בשער משפט שיצא לדון בדבר חדש דהיכא דיש ב"ד אחר המפירים את טעותם דחוזרים הדיינים לתבוע מבע"ד להחזיר להם דאף דהדין קיים נגד הבע"ד ואף הגדול אינו מחזיר דיכולין הבע"ד לומר אין לנו אלא מה שפסקו הם וחזרתם אינו חזרה וכינון שהוא מוחזק א"י להוציא ממנו מ"מ הדיינים יכולין לתבוע להבע"ד לפני ב"ד אחר ולומר אף דתפיסתה מהני נגד הבע"ד מ"מ פיון שאנחנו צריכין לחזור ולשלם מן הדין אין אמה יכול להזיק אותנו ודומה להא (דסי' נ"ח) ברמ"א באם השליח חייב לפרוע להמשלח לא יכול המלנה לעכב הפעות בטענות סיתראי וכן א"י לתפוס מיד הנפקד אף דיש לו מיגו מ"מ פיון שהשליח או הנפקד חייבין לשלם הוי פתופס משלם וה"נ דכונותיה ובכל טעות בשקה"ד ראוי לומר דחוזר הדין היכא דהדיין חייב לשלם דיאמר אין אמה יכול להזיק

לי רק במומחה ולא קבלו או בג' הדיוטות בלא קבלוניהו קם דינא מטעם קנס ושללא יחזרו על הבע"ד אבל בג' הדיוטות וקבלוניהו פינון דחייבין לשלם שוב אף דקם דינא מצד הבעל דבר מ"מ מצד שלא יזיק לדוינים הדר דינא היינו דהדיינים יתבעו מבע"ד ונ"מ אם לית ליה להבע"ד להחזיר דחייבין הדיינים לשלם פינון דבעצם קם דינא רק באית ליה יכולין הדיינים לתבוע מהם לסלק מהם ההיזק והאריות בדבר זה לבאר דברי הרא"ש ודברי רב האי גאון עיי"ש: ולענ"ד אינו דומה כלל להא (דסי' נ"ח) חזקא דשם בתופס הפקדון מן הנפקד בא הוא עליו שלח מדעתו יכול לומר לו מה לה להזיקני פינון שאני אהיה חייב לשלם להמפקיד הרי את מציל ממונה בממוני וכן השליח אף שנתן לו מדעתו הפסד השליח אליו מ"מ לא נתן לו רק על השטר כפי דברי המשלח והאמין לו ולא קבל ממנו מקודם השטר הווי כתופס אח"כ שלא מדעתו ורוצה להציל ממונו בממון של השליח שיתחייב לשלם משא"כ בדייני' שהם פסקו מדעתם ורצונם שחייב לו אף שטעו ונחייבים לשלם מ"מ אין הבע"ד מחויב להחזיר פינון דנגד בעל דינו הוא המוחזק ועפ"י הדיינים נתן לו הממון על תביעותיו והוי פנתנו לו מרצונם אף שהם מודים שטעו וב"ד אחר ג"כ יפסוק שטעו ונחייבין הדיינים לשלם יכול לומר הבע"ד מה איכפת לי בהיזקה אני איני מחויב להציל ממונה בממוני ואף שנתברר שבטעות התרצו הדיינים שישלם מ"מ פינון שנגד הבע"ד הוא המוחזק וקם דינא אח"כ להשגיח על היזקן של הדיינים ועוד אף אם נאמר פינון שבטעות פסקו הוי כתופס מאליו מ"מ אינו חייב להציל הדיינים מהיזקן דהא נראה בפשיטות דאף להנה הסוברים (סי' נ"ח) דא"י לתפוס הפקדון מיד הנפקד שלא יגרום היזק להנפקד הוא דוקא אם תופס למשכון על חובו אבל אם בא אחר ותופס מיד הנפקד בטענה שגוף החפץ הוא שלו ושהוא ביד המפקיד בגזילה בזה נדאי לא איכפת ליה להתופס מה שהנפקד יהיה חייב לשלם להמפקיד דא"י להתפסיד את שלו שלא יבא חבירו לידי היזק וכן כ' בפשיטות שם בספר קצוה"ח.

ורק בתופס בעד חובו דמפאן ולהבא גובה. א"כ ה"נ בנידון דידן פינון דקם דינא ומה ששילם לו זה נתקיים הפס"ד נגד הבע"ד ואין מחזירין להוציא ממוחזק פינון דפסקו פאינד דחייב לו ושילם לו עפ"י פס"ד וזכה בו עפ"י דין הוי פטוען על גוף הדבר ואף שהדיינים יפסידו עי"ז שיהיו חייבים לשלם מ"מ אינו חייב להחזיר ולשלם לדוינים דא"י להציל אותם מן ההיזק בממונו וא"ד כלל לשם דשם בא הוא בגבולו להפסיד לו במה שרוצה לגבות חובו אמרינו דאינו רשאי ונחייב לסלק ההיזק אבל כאן זכה הוא בממונו מצד הפס"ד לא איכפת לי בזה במה שהמה יהיו חייבין לשלם ודומה ממש לאם תפס החפץ בטענה שהוא שלו ועדיף מניה דשם עכ"פ גורם לו שיהיה השומר צריף לשלם וקאן הם גרמו לעצמן והבע"ד ששילם על פיהן וכיון דקם דינא אין לדוינים טענה עליו כנלע"ד: והנה בג' הדיוטות ולא קבלו או יחיד מומחה מבואר בדברי הרא"ש דקם דינא מן הדין מדרבנן אבל באינו מומחה וקבלו כתב הרא"ש דל"מ הדיין לומר לבע"ד החזר מה שנתן לה כי טעיתי דחייבהו חכמים לשלם פינון שנשתדל לדון יחידי והוא אינו מומחה ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול וקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו וכתב הש"ך דמ"ש קנס הוא לאו דוקא רק מטעם גרמי שהוא מה"ד לדעת הרא"ש ונ"מ שאם מת שגם בנו אחריו חייב וכתב דאפשר לומר דכיון שרוצה לחזור ולא לגרום היזק וקנסוהו חכמים שיתקיים הדין ואח"כ דקנסוהו שיתקיים הדין חייב לשלם מה"ד ולא משום קנס ולפי"ז

היכא דמית הדיין לא קנסו בנו אחריו ולכאורה דבריו מוקשים דהא הש"ך העלה בדעת הרא"ש דלא פטור דדעתו דקם דינא אף להוציא דלא כן הוא רק היכא דכבר שילם א"מ מידו וכדעת הרמ"ה וכן כתב הרא"ש פאן דל"מ למימר החזר מה שנתן לה ואיירי דכבר שילם וא"כ מיד ששילם נגמר הדבר דקם דינא ונשלם ההיזק של הבע"ד ואף אם הוא מצד קנס מ"מ ל"ש לומר דלא קנסו בנו אחריו כשמת הדיין דהא כבר נתקנים הקנס שיהיה קם דינו בחייו ונתחייב לשלם מטעם גרמי.

וראייתי בש"מ דתמה פן על הש"ך והביא דברי תוס' גיטין (דף מ"ד ע"ב) דבשטר שיש בו ריבית קונסין אף לבנו אחריו דכיון דקנסו זכה בו הלנה וה"נ פיון שקנסו שיתקנים הדין כבר זכה בו הבע"ד והדיין נתחייב מן הדין מצד גרמי.

וי"ל דאפתי יש נ"מ אם שילם הבע"ד אחר שמת הדיין אם חייבין היורשין לשלם ונאמר דנתקנים הדין ולמפרע קם דינא דהא ע"כ צריך לומר אף דל"א קם דינא עד שישלם ויהי' מוחזק ובכ"ז בטעות בשקה"ד ל"א אילו הוי קמן הוי הדר ול"א דאם לא שילם ל"ה ההיזק א"כ לא פרי היזקו ואמאי יתחייב הדיין וע"כ כמ"ש לעיל (סי' ל"ג) דכיון דחייב לשלם עפ"י פסק הדיין כששילם נגמר ההיזק למפרע פיון דאחר ששילם קם הדין וא"ד לטעה בד"מ והיינו דבטעה בשקה"ד מיתלי תלוי הפס"ד ומתחיל ההיזק מיד כשפסק שחייב לשלם ואם לא חזר בו עד ששילם מתחיל ההיזק למפרע וי"ל אף אם מת הדיין בטרם ששילם ואחר מותו של הדין שילם מ"מ פיון שנתקנים הדין חל ההיזק למפרע מפסק דינו ונתחייב למפרע לשלם ודומה קצת למ"ש הנ"ל פ' פיצד הרגל גבי אשו משום חיצו דחיובו משום חיצו כשזרק החץ דמשעה שיצא הח"ץ מת"י באותו שעה נעשה הכל ול"ח מעשה דמפאן ולהפא דא"כ הו"ל למיפטרי דאנוס הוא וה"נ אם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש נדאי משלם נזק מאחריות נכסיו וכמאן דאדליק מעיקר' עיי"ש הרי אף דאם אפשר לסלק האש בטרם שיבא אל הגדיש מ"מ פיון דאם לא יסלק נדאי ישרף וברי היזקו חשבינו כמאן דאדליק מעיקרא ואף דבנתים בטרם שנספר מת חייב למפרע וה"נ דכונתו' פיון דחייבו לשלם כששילם נגמר ההיזק למפרע ואף אם מת הדיין בטרם ששילם נתחייב למפרע וזה אם נימא דמדינא דגרמי חייב וקנסו אף בנו אחריו אבל אם נאמר דהכל הוא מצד קנס פיון דרוצה לחזור י"ל דלא קנסו בנו אחריו אף שלא חזר בחייו מ"מ הא בחייו עדיין לא שילם ויאמרו אולי אם היה קנים היה רוצה לחזור ורק מטעם קנס אתינו עלה לא קנסו בנו אחריו.

וי"ל דכוננת הש"ך הוא דמית הדיין בטרם ששילם בזה אם מצד קנס עיקר החיוב תשלומין הוא לא קנסו בנו אחריו אבל אם מצד הקנס הוא רק שיתקנים הדין ואחרי דקם דינא חייב לשלם מצד הדין בזה אף היורשים חייבין לשלם פיון דחל למפרע החיוב וכך העלה הש"ך דמן הדין הוא מה שחייב לשלם ולא מצד קנס שיתקנים הדין ואף בניו אחריו חייבים לשלם בזה מנכסי אביהן דחל החיוב למפרע.

ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' י"א) דכתב בטעה בשקה"ד דקם דינא ומשלם מביתו דקנסא הוא דקנסו לדין שאינו מומחה דקם דינא ומשלם מביתו מבואר דלומד בדעת הרא"ש דעיקר מה דקם דינא הוא מטעם קנס ולא מן הדין ודלא כש"ך: סי' לו אם קבלו עליהם בין לדין בין לטעות מבואר ברמ"א דפטורין לשלם וכתב בקצוה"ח דלפי דעת בעל

המאור סו"פ החובל באומר קרע פסותי חייב לשלם כל שלא אמר והפטר הה"ד פאן חייב לשלם בקבלו בין לדין בין לטעות כל שלא אמר והפטר והקשה מש"ס ריש סנהדרין דפריה א"ה אמאי חייב לשלם ומשני דאמרי ליה דיינות לן ד"ת וסובר הש"ס דילן דסתם קבלה הוי ע"מ לדון ד"ת והירושלמי סובר דסתם קבלה הוי בין לדין בין לטעות עד דמפרש ע"מ לדון ד"ת ולדברי בעה"מ אפילו אם ניאם דהקבלה הנה בין לדין בין לטעות יתחייב לשלם כל שלא אמר והפטר: ונראה לחלק דלא דמי לאומר קרע פסותי דשם אין החיוב עליו למלאות רצונו ולשמנע אליו ואדרבה אם אינו לאיזה צורך טובר על כל תשחית והוי כמזיק בידים ואף שעושה ברצון הבועלים מ"מ זה נדאי אינו עושה למלאות רצון הבועלים ל"מ אם אינו לצורך שום תיקון ועובר על כל תשחית עכ"פ מדרבנן כמו שכתב הרמב"ם הלכות מלכים (פ"ט ה"י) כל העושה דרך השחתה א"כ נדאי י"ל דברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ול"נ לומר שעושה למלאות רצון הבועלים ורק לפי רצונו וחפץ לקבו עושה אלא אף היכא דאינו עובר על כל תשחית מ"מ כיון שאינו עושה לצורך מצוה וא"ח לשמנע אליו הוי פעושה אדעתא דנפשו ולכך כל שלא אמר והפטר סובר הבעה"מ דחייב לשלם דפטומי מילי בעלמא אמר לי' וזה דינו כמזיק ממונו של חבירו ברצון נפשו משא"כ דייני העושה רצון בעלי דינים שקבלהו עליהו שידון דינו בין לדין בין לטעות בזה פטור כיון דאינו עושה למלאות חפצו ורצונו רק חפץ ורצון הבועלי דברים בזה אף שלא אמרו והפטר פטור ול"ש לומר בזה דלפטומי מילי אמרו כיון שזה לא רצה להפסיד א"ע בתגר הגזיה ולהיות דייני ביניהם עד שקבלו עליהו בין לדין בין לטעות ובזה חייב לדון ביניהם ועשו פעולתו ולא בכוננה להזיק בזה נדאי אף שלא אמרו והפטר פטורין מלשלם וז"פ.

ועיין מל"מ (ר"פ ט"ז) ממלנה דחקר שם באומר המלנה לשליח שימחול החוב ללנה דמהני המחילה דשליח של אדם פמותו אם חייב השליח לשלם אי מדמינן ליה לאומר קרע פסותי דלדעת רנ"ה חייב כ"ז שלא אמר והפטר אף דלא אתי לידו בתורת שמירה ודן לפטרו דא"ד לנגזקין דאין אדם מוחל על נזקיו אבל באומר מחול אפשר דאינה טובה עשה הלנה עם המלנה עיי"ש ולמ"ש נראה דכל שלא עשה הזיקו בידים ונוכל לומר דירד לעשות שליחותו ורצונו של המצוה מודה הרנ"ה דפטור ועיין מ"ש לעיל (סי' כ') בדינו של המל"מ הג"ל די"ל דמחילה ל"מ ע"י שליח כמו דהפקר ל"מ ע"י שליח: סי' לז דעת הטור דקם דינא הוא אף בלא שילם עדיין וכבר השיגו עליו פולקס דמדברי רא"ש משמע להקפד וגם אין סברא להוציא ממון וגם ממ"ש הרא"ש דר"י בר"י ל"ה טועה בשקה"ד ובכ"ז לא חייבו ר"ח להיורשים לשלם איך פלגא וק"ו בטועה בשקה"ד עיין ש"ף ותנאים (סקט"ו) והוא ביאור דברי הרא"ש דהא אם השני אומר סברא והראשון מודה לו כששמע הוי טועה בד"מ ואם אינו מודה לו אם סוגיא דעלמא פהשני ה"ז טועה בשקה"ד ובהא דפסק ר"י בר"י דאין אדם עשוי שלא להשביע את בניו זה דבר דתליא בסברא ור"ח חידש סברא הזאת דכ"כ עשוי שלא להשביע את בניו ואם הי' ר"י בר"י מודה לר"ח הנה טועה בד"מ ואם הנה עומד בדעתו הנה טועה בשקה"ד פי סוגיא דעלמא כר"ח וא"ש דאחר ששכב ריבר"י אתו לקמי דר"ח וכאשר חידש ר"ח דאדם עשוי שלא להשביע את בניו נולד ספק אולי אם הנה ריבר"י חי הי' מודה לר"ח והנה הדין חוזר דהוי פטועה בד"מ או אם ל"ה מודה והנה עומד ע"ד וסברתו והנה פטועה בשקה"ד ולכך

אי אפשר להוציא פלגא שנתנו שהוא מוחזק ואולי ל"ה מודה והיה קם דינא ופלגא דלא נתנו אין להוציא דאולי היה ריבר"י מודה והיה טועה בד"מ וחוזר והמע"ה עינין בדבריו: ולי קשה דהא ברי"ף סו"פ הכונס הביא דברי ירושלמי עובדא אחרת שהיה דן ריבר"י וכד שכתב וסתר ר"ח דינו ושם היה הממון שדנו עליו ביד נפקד שהפקיד אריסיה דבר זינא ואחר מיתת ב"ז באריסיה דן ריבר"י לתת לבנוהי דב"ז והיורשים הגדולים לקחו מן הנפקד פלגא ופלגא נשאר ביד הנפקד בעד יתומים הקטנים ליתן להם פשיגדלו ואחר ששכתב ריבר"י אתא עובדא לפני ר"ח ודן שיתן לפני אריסיה וא"ל מה שנתת עפ"י ב"ד נתת עיי"ש ושם ג"כ לא איתברר אם טעה ריבר"י בדבר משנה או בשקה"ד פי הנידון היה מילי דסברא אם אית בר"נש דלא מפרסם נפשיה דריבר"י דן מסבר' דמה דאית ליה לאריסיה דבר זינא לבר זינא הוא והפקדון היה של בר זינא וירשו יורשיו ור"ח דן להחזיקו בחזקת האריס ואם נאמר דאם טועה בשקה"ד קם דינא אף להוציא רק פינן דהוי ספק אם היה ריבר"י חי דלמא היה מודה לר"ח והוי פטועה בד"מ וחוזר ולקח אין מוציאין מידו של המוחזק למה דן ר"ח לתת האידך פלגא לבנוהי דאריסיה.

הא אין אחד מהן מוחזק ניהו דצריף לומר שהנפקד אף שדן ריבר"י דכשיגדלו הקטנים יורשי דב"ז יקחו פלגא שלהם מ"מ לא הוי פאלו כבר שילם הבע"ד ונתקנים הפסק דלא זכה הנפקד עבור הקטנים פינן שדן שהוא שלהם מצד שירשו מאביהן שזה הליטרא דדהבא שהפקיד אריסיה היה של בר זינא וממילא ירשו לכן צנה שישאר ביד הנפקד חלקם ול"ה ע"ז הקטנים ירשי של בר זינא מוחזקין ולקח הדר דינא.

אבל מ"מ הא גם יורשי דאריסי' ל"ה מוחזקין דהנפקד תופס בחזקת של מי שהוא באמת ואם נאמר דבטועה בשקה"ד קם דינא אף להוציא אמאי פסק ר"ח להחזיר הדין בפלגא הזאת שנשאר ביד הנפקד אף דהוי ספק אם היה ריבר"י חי דלמא היה מודה לסברת ר"ח ואז הוי פטועה בד"מ וחוזר הדין מ"מ יש כמו כן ספק דלמא ל"ה מודה ואז לא היה פטועה בד"מ רק פטועה בשקה"ד והיה קם דינא אף ליתן האידך פלגא לירשי דבר זינא לדעת הטור דקם דינא אף להוציא כ"ש בזה דל"ה להוציא פינן דמונח ביד הנפקד וא"כ אם נאמר דהוי ספק במציאות אם הנידון היה טעות בד"מ או בשקה"ד אמאי דן ר"ח לתת האידך פלגא ביד יורשי דאריסיה היה לו לדון דיחלוקו.

א"ו דאף בטועה בשקה"ד דקם דינא הוא רק מה שכתב נתקנים וגבה ומה דלא גבה הדר דינא. וכן ראיתי ברמ"ה מס' סנהדרין שהוא מקור הדברים שהביא הטור משמו להוכיח מעובדא דריבר"י מס' סנהדרין דבטועה בשקה"ד מה שנשאר בידו נשאר וחוזר הדין סיים והכי נמי מוכח בירושלמי מהמעשה דאריסיה דב"ז וכן דעתנו נוטה עכ"ל ומוכח דרק מה שגבה גבה בזה נתקנים הדין וקם דינא דלא למיהדר עובד' ומה דלא גבה אף שאינו ביד הבע"ד ומונח ביד אחרים ג"כ הדר דינא.

ורק להוציא מיד המוחזק קם דינא פטועה בשקה"ד ודברי התנאים צ"ע מעובדא הנז'. ובקצוה"ח (ס"ק ט') כ' בדעת הרי"ף דאף אם לא נו"נ ביד רק מקצת קם דינא בכולו אם הוא מוחזק שכתב הוציא ועובדא דר"ח ור"י אע"ג דקם דינא במקצתו ולא קם דינא בכולו הוא משום דלא הוציא ומצי המוחזק לומר פסוגיא דעלמא ולפנינו מבואר מן עובדא דאריסיה אף היכא דאינו מוחזק וקם דינא במקצתו ל"א דקם בכולו ועימ"ש לעיל

(סי' ל"א): ולדעת הטור ע"כ צריך לומר דמה דטועה בשקה"ד היינו שיזע שיש פלוגתא בדבר והוא הטה דעתו לדון ולהכריע כצד הזה לחייב נגד סוגיא דעלמא ומסתמא הכריע בשקיול דעתו להוציא ממון נגד דיעה האחרת בזה יש שם פסק ב"ד שדן עפ"י התורה פי יזע חלק הסותר ובכ"ז דן לחייבו לכך קם דינא אבל בדבר דתליא בסברא שלא הנה ולא נברא עוד דיעה החולקת כמו בהנה עובדא דריבר"י דלא למדו עוד הדין בביהמ"ד וריבר"י דן מסבירתו דאין אדם עשוי לשקר בשעת מיתה ולומר שלא להשביע בנ"ו ודן בסבירתו לחייב ולא יזע אז משום דעת אחרת עד שבא הדין לפני ר"ח וכן בעובדא דארסיקה דב"ז בשני המעשים הללו לא ה"ל נודעאז הנדון פי לא נלמד עדיין בביהמ"ד בזה דנין רק שלא להוציא מיד המוחזק וגם שלא לקיים הדין לומר קם דינא פניו דלא יזע בשעת מעשה מדעת האחרת וכיון דאח"כ הסוגיא דעלמא נתברר שהוא פאידיה במה שאינו מוחזק הדר הדין למיעבד פסוגיא דעלמא ואינו דומה לדברי הרא"ש שהביא התנאים שפירוש אטו אנו קטלי קנא באגמי שאם חדשנו דבר מדעתנו שלא נמצא במשנה וגמרא ודין שלא יזע דברנו ופסק בענין אחר וכששמע הדברים ישרו בעיניו הוי פטועה בד"מ וחוזר אבל הדין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם שם הוא בסברא שפבר נשנה ונאמר בביהמ"ד והנה בעולם וכששמע ומסכים שפיר הוי טועה בד"מ אבל מה דלא נשמע עדיין בין החיים זה ל"ה פטועה בד"מ אף אם מודה וכן מבאר במבי"ט (סי' ס"ב) הבאתי לעיל דהיכא דחולקין רק בסברא במה שליכא ראיות אף אם הראשון מודה כששמע מגדולים מ"מ לא הוי פטועה בד"מ ואין הדין חוזר כלל אם כבר נעשה.

אולם גם פטועה בשקה"ד גמור ל"ה שיתקיים הדין אף אם החזיק גם אח"כ בסבירתו פניו דסוגיא דעלמא פאידיה והוא לא דן אז להכריע פניו שלא הנה אז בעולם הדעת וסברא אחרת ולכך אין מוציאין אידיה פלגא וגם לא מהדרין עובדא משא"כ כשטועה בשקה"ד להכריע נגד סוגיא דעלמא בזה עדיף שיהיה קם דינא אף להוציא לדעת הטור: סי' לח כתב הרמ"א כשטועו ומשלמין אם הסכימו כל הדייני' יחד כולם משלמין ואם הוו הדיינים רק ג' והלכו אחר ב' שבהם הם משלמין ב' חלקים והחלק הג' מפסיד הבע"ד אבל אם היו ה' והלכו אחר הג' שהם הרוב צריכים לשלם הפל ודין הראשון מוכח מש"ס סנהדרין (דף ל') וכ"כ שם הרמ"ה והרא"ש והרב המאירי ז"ל בש"מ דכיון דאם ל"ה הג' בהדייהו ל"ה סליק דינא ומזה מוכח ג"כ דאם הנה ה' ונגמר הדין ע"י ג' דבלאו הב' מהחמשה הוי סליק דינא חייבין הג' לשלם הפל.

ובקצוה"ח עמד ע"ז פניו דקיי"ל כר"נ ב"ק (דף נ"ג) וטור (סי' ת"י) בשור שדחף חבירו לבור וכן אדם ושור שהזיקו יחד דהיכא דליכא לאישתלומי מהאי פשהוא פטור בנזקו משתלם מהאי וה"נ פניו דליכא לאישתלומי מהשלישי ראוי שהב' ישלמו בעד הג' ולהך לשנא דאמרינו שם דהאי פלגא הדיקא קעביד ובכ"ז חייב משום דתנראי בבורה אשפחת' הכי נמי כל גמר ההיזק נעשה עפ"י ב' והג' אינו אלא כמו קול הכורה שם דאחר שנגמר הדין ביניהם לחייב אפי' נסתלק הג' יכולין הב' לגמור הדין וא"כ כל גמר ההיזק נמצא בהנה שנים וכ' דלא מצא ישוב לקושיא זו [ועיין ש"ף (סי' ח"י) דאחר שיזעו היכן הדין נוטה ונגמר ביניהם יכולין הב' לגמור הדין א"כ דומה ממש להא דמבאר בש"ס דחייב משום דתנראי בבורה אשפחתיה ואף למ"ש התנאים שם דאם סילק אחד מהם א"י לגמור הדין מ"מ עיקר ההיזק נגמר ע"י ועיין בקה"ס בקצוה"ח (פלל ו') שהביא משם הרב



מוהר"מ חביב ז"ל בס' ג"פ דבג' דיינינים המיעוט פמי שאינו דא"י לפסוק פסברתו נגד הרב"י והוא ז"ל משיג עליו דאפשר דזה לא נאמר אלא בב"ד הגדול אבל בשאר ב"ד יכול המיעוט להורות פפי סברתו.

ובאמת כנראה אם זה הג' יושב אח"כ בב"ד אחר עם עוד ב' אחרים והספיקו לדעתו יכול להורות פן אף דנתבטל דעתו עפ"י הרוב בפעם הראשון רק פשיישוב לדון עם השנים שדעתם להיפך נתבטל אז דעתו אכל מ"מ פינון דדעתו לזכות החיוב רק אם סילק א"ע מהם א"י לומר הפ"ד דל"ה גמר עד שיאמרו איש פלוני חיוב אכל מ"מ שייך הסברא דתנראי בבורה אשפחת' ובפרט למ"ש תוס' שם משום שגמר היזק בבור ודומה פמי שעשאו פלו ה"נ עיקר וגמר ההיזק נעשה ע"י אלו הב' אף דצריך שישב עמהם השלישי מ"מ דעתי לא נתבטל מפל וכל רק בנידון זה]: ובעיקר הקושיא ראיתי שפבר עמד ע"ז בתשובת מהרח"ש ז"ל חח"מ (סי' מ"ב) ושם חקר בב' עדים שהודו שהעידו בשקר דחיובין לשלם פשהפסידו לבע"ד ע"י אם אין לאחד לשלם דהו"ל פשנים שהזיקו ותליא במחלוקת הרמ"ה והטור (סי' ת"י) בב' שהזיקו אף דשניהם ב"ח דאם אחד אין לו לשלם משתלים מהאי לדעת הרמ"ה ולדעת הטור לא מתחייב מדר"נ אלא היכא שפטור מדינא ושוב כ' מהך דינא דג' שטענו דהביא הטור מבלי חולק דהבע"ד מפסיד וכן הוא באמת ברמ"ה סנהדרין הך דינא א"ו דל"א דינא דר"נ רק היכא דשייך לומר הוא עשה פל הגזק אבל בג' דיינינים וב' עדים ע"כ האי פלגא נזקא עביד א"ח לשלם רק חלקו עיי"ש.

אולם פפי שהוכיח הקצוה"ח מדעת מהרש"ל וסמ"ע (סי' ת"י ס"ק נ"ז) דס"ל דאפילו היכא דלא עביד פל ההיזק בלא חבירו ג"כ שייך דינא דר"נ יקשה. והקצוה"ח (סי' ת"י) הביא דברי הרמב"ן דאע"ג דליכא למימר תנראי בבורה אשפחת' ולא עביד רק פ"נ מ"מ בליכא לאשתלומי מהאי משלם מי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי אולם בשור שלמים ותודה שהזיק דא"ג פשר פנגד אימורין משום דבשר בלא אימורין אף פלגא נזקא לא עביד דאימורין מסייעו דבשר בלא אימורין לא מזיק ולכך בדיינינים דאף פ"נ לא עבדו הב' בלא הג' פטורין מלשלם חלקו אולם לדעת רש"י ותוס' ב"ק (דף י"ג) דגובה מבשר נגד אימורין אף דליכא נזק פלל בלתי סיוע השני מ"מ אמרינן דינא דר"נ יקשה ובתומים (סי' כ"ט) כתב בב' עדים שהודו אחד מהם שהעידו בשקר והוציא ממון שלא פדין והב' אינו מודה אם מחויב זה שהודה לשלם הפל תליא במחלוקות הרמ"ה והטור (סי' ת"י) הנ"ל בשור שדחף שור לבור אם אחד אולם דלדעת רמ"ה גובה הפל מהב' ולדעת הטור פטור.

וכל הרואה ישתומם א"כ למה בדיינינים לכ"ע ואף הרמ"ה סובר דמפסיד הבע"ד חלק הג' וע"כ מטעם הנ"ל דאף פלגא דהזיקא ל"ה יכולין הב' לעשות בלא הג' ודומה לבשר ואימורין שהזיקו ה"נ עפ"י ב' עדים יקום דבר והאחד בלא השני לא הנה יכול לעשות אף פלגא דהזיקא רק במטלטלין לחיוב שבועה ולא להוציא ממון ודומה ממש לדיינינים.

ולכאורה י"ל פינון דבב' עדים קראו הכתוב עד דכל מקום שנאמר עד הרי פאן שנים וגזה"כ שלא להוציא נכי ריבועא דממונא אפומא דחד סהדא פמבואר פתובות (דף כ"א) וברש"י שם דעפ"י שנים עדים בעינו חצי דבר עפ"י זה וחצי דבר עפ"י זה.

ונחשיב כ"א כאלו עביד פלגא הדיקא ואף דאי אפשר לעשות אף הפלגא בלא חבירו מ"מ שנים פאחד הן והיכא דליכא לאשתלומי מחד גובה מהשני כל הגזק אולם זה דוחק והתנאים בעצמו לא ס"ל סברא הזאת וכל גדולי המחברים הנ"ל: ולכאורה עלה ע"ד לומר דבאדם המזיק היכא דכל אחד א"י לעשות ההיזק בלי חבירו כל אחד חייב לשלם כל ההיזק אף לרבנן דר"נ ורק במקומו שהזיק כמו שורו ובורו דלגבניהו ל"ש דינא דגרמי כמבואר רמ"א (סי' שפ"ו) בזה באנו למחלוקת רבנן ור"נ אם היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אכל באדם המזיק ממש או היכא דחייב מדינא דגרמי כמו במעיד עדות שקר וכדומה היכא דנעשה ע"י שנים לכ"ע החיוב על כל אחד ואחד לשלם דמ"מ כל ההיזק נעשה בגרמתו של כל אחד ואחד וכ"א חייב בכל וגם אפשר דנעשין אחרין וערבאין זה לזה וכבר פתב בתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ח) לדון דשנים שגנבו ביחד וחלקו ביניהם ואחד מהם ברח או שאין לו לשלם דיכול הגנב לתבוע הפל מהשני דדומה מכ"ש משנים שלוו עיי"ש ובמ"ש לעיל (סי' י"ב) בזה וה"נ בשנים שהזיקו במעשיהם י"ל דלכ"ע היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי דסוף סוף בא ההיזק בגרמתו אולם ז"א דהא הרמב"ן באמת פתב הטעם בשור ובור דאע"ג דפלגא נזקא עבד משתלם נזקו משלם ממי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי הרי דס"ל דזה טעמא דר"נ ובכ"ז אינו משתלם מבשר נגד אימורין הואיל דאי אפשר להבשר להזיק בלי אימורין וע"כ או דרמב"ן סובר דחייב אף על גרמי דבהמתו כמו שהביא שם הש"ך (ס"ק ה') דאף שורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו או מחקו דחייב ושאני גרמא דריחו דממילא איתא מהך דהכא מעשה שורו הוא או דכאן עדיף טפי דעושה מעשה בגוף הממון ומ"מ לא אתי לחיובו רק מדר"נ ובכ"ז לא משתלם מהבשר נגד אימורין.

וכן נראה מדברי הרמ"ה בטור (סי' ת"י) דכ' והה"ד נמי בב' שמיזיקין ושניהם ב"ח אלא שהאחד ברח או שהוא פאן ואין לו לשלם משתלם מן האחד והטור חולק ע"ז דרק היכא שפטור מדינא מחייב ר"נ כיון שהתורה פטרה אותה שעמו והוא עשה כל הגזק צריף לשלם ועיי"ש בפרישה ובסמ"ע (ס"ק נ"ז) דאירי אף בשלא יכול לעשות ההיזק לבדו מ"מ משלם כולו ורק מדר"נ ובכרח א"ח ומשמע אף בשני ב"א שהזיקו וכן שם בשור ואדם שדחפו לבור כל מה שפטורין השור והבור ובדמי ולדות דמשתלם הפל מהחייב כ' הב"י דהפל הוא משום דקיי"ל כר"נ כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכן מבואר מדברי רש"י ב"ק (דף נ"ג ע"ב) ד"ה לענין נזקין הרי אף באדם שהזיק כל שצריף לסיעות חבירו משתלם הוא רק מדר"נ הואיל שהמסייעו פטרה התורה וכן מבואר מדברי הגאון המובא ב"ק (פ"ה סי' מ"א) דאם ישאל ונכרי הוי שותפין בעסקא ועשו סחורה עם ישראל אחר והונהו לישראל בהסחורה יותר משתות דינא הוא דמחייב בכל האונאה ואע"ג דליכא לאשתלומי מהגוי משתלם מישראל כר"נ והיש"ש שם תמה בזה דמ"ש מהעני או ברח דלא משתלם מהאי הואיל דהשני חייב וגם הגוי חייב באונאה עיי"ש ושם אירי בסחורה של שניהם ואין אחד יכול למפור ולהזיק להקונה בלא סיעות חבירו והוי כשנים המזיקים ממש ובכ"ז לא אתי הגאון לחייב להישאל לשלם הפל רק מדר"נ וכ"כ בד"ינים ועדים שהעידו בשקר לא מחייבין לאחד לשלם בעד חבירו ותליא רק במחלוקת רבנן ור"נ עכ"פ כיון בד"ינים מבואר מהפוסקים

והרמ"א דמפסיד הבע"ד חלק הג' דברי התומים מוקשים דכ' בע"א שהודה שיעידו  
בשקר והשני כופר ואינו מודה דלדעת רמ"ה משתלם מהו שהודה שיהינן.

וגם קושית הקצוה"ח לדעת רש"י ותוס' דגובה מפשר נגד האימורין יקשה למה בדיינים  
מפסיד הבע"ד: וקצת יש לומר דכי דנינן דינא דר"נ הוא רק היכא דמזיק בידים או ממונו  
דאזיק כמו בשור ובור אבל היכא דלא אזיק בידים רק דמחייבין מצד דינא דגרמי בזה  
לא אמרינן לדון דינא דר"נ ואף דמבואר פראשונים בב' שמסרו דחייבין מצד דינא דגרמי  
דדינן בהו ג"כ דינא דר"נ היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי היינו היכא  
דאפשר לעשות ההיזק גם ע"י אחד וכל אחד וא' עשה כל ההיזק ועיין רמ"א (סי' שפ"ח  
ס"ז) ובש"ך שם (ס"ק מ"ב) לכן כל אחד עביד כולא היזקא ודיינינן ביה דינא דר"נ אף  
בגרמי משא"כ בדיינים שטעו דאי אפשר בשום פנים רק שיהי' בג' וצריד כ"א לסיעות  
חבירו אף בפלגא דהיזקא בזה ל"א דינא דר"נ ומצינו בכה"ג בתוס' ורא"ש ב"ק (דף נ')  
כשנפל השור לאחורי הבור מקול הפריה דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור ובעל הבור  
פטור אף בנפל מגובה חייב לשמואל א"כ למה לא תחייב בעל הבור משום דעשה רק  
חצי תקלה ויתחייב בכל מדר"נ דאינו חייב רק כשעשה כל התקלה או שעשה כל ההיזק  
אע"ג שלא עשה כל התקלה אבל בחצי התקלה לא תחייב בעל הבור כשנחבט בקרקע  
עולם [ועי"ש ברא"ש ובפ"ק חריפתא ובטור (סי' ת"י) ובדרישה שם מה שתמהו על  
תוס' ב"ק (דף כ"ח ע"ב) ד"ה ונשיף וכבר תמהו פן הראשונים בש"מ שם וב"מב"ן מ"ד  
הביא שכן מבואר בירושלמי דאף בנתקל באבן ונחבט בקרקע דחייב ונדבר המתמיה  
על היש"ש ב"ק (פ"ג סי' ו') שהעלה להלכה פן בנתקל באבן ונחבט בקרקע פטור אף  
לשמואל כמו בנתקל בבור ונפל אחורי בור ובפ"ה (סי' כ"ד) כתב דוקא בנתקל מקול  
הפריה פטור כשנפל אחורי הבור ונדברים ארופים בזה ואי"ה יתבאר במ"א] עכ"פ  
מבואר דבחצי תקלה לא דנינן ביה דינא דר"נ וי"ל הטעם פיון דהתקלה ל"ה רק גרמי  
לכך כשלא עשה הבור לבדו התקלה רק בסיעת השור דנבעת מקול הפריה לכך פטור  
פן נמי כל היכא דאינו חייב רק מצד גרמי לא דנינן בהו דינא דר"נ נ"מ אם גרמי ל"ה  
רק קנסא מדרבנן י"ל דלא קנסין לשלם בעד חבירו אשר בלעדי סייעתו ל"ה באפשורית  
לעשות אף פלגא דהיזקא אלא אף אם גרמי הוא מן הדין לשלם כמזיק ממש ודינא דר"ן  
ג"כ נראה דהוא מה"ת פנראה מדברי רמב"ן מלחמות ד' ויש"ש שם דכתב בנתקל בגובה  
ונחבט בקרקע מאחר שעשה כל התקלה חייב בכל הנזק אף שלא עשה כל הנזק מדר"נ  
מ"מ י"ל בגרמי שלא עשה מעשה בגוף הדבר לא דנינן דינא דר"נ היכא דא"י לעשות  
אף פלגא דהיזקא בלא סיעות האחר: אף אם נאמר פן א"כ נאמר דכולן יהיו פטורין כמו  
שם בנתקל בבור ונפל אחורי הבור פיון דלא עשה רק חצי תקלה דנפל מקול הפריה ה"נ  
נימא כ"א מהדיינים לא עשה רק חצי תקלה אלא ודאי דרק שם בבור דחידוש הוא  
דאוקמי רחמנא ברשותו לחייבו כשנתקל בבור או כשנפל לבור וכשנתקל השור בבור  
מעצמו ונפל לאחורי הבור אף דהבור ל"ה רק כגורם ונתקל בבור ל"ה רק גרמי ומ"מ  
חייב לכך א"ח רק כשעשה כל התקלה אבל כשהזיק בקרקע עולם והתקלה ל"נ ע"י  
הבור בלבד בזה לא מחייבין וע"ש ברמב"ן מלחמות דאי בתר דחיפה אזלית הא השור  
לא דחף מעצמו רק מקול הפריה ואי אזלית בתר הנזק לא ניזק בבור רק בקרקע עולם  
אבל בכ"מ דאדם חייב לשלם מה שהזיק ע"י גרמתו חייב אף כשלא עשה רק חצי תקלה

וא"כ ממילא שנייה לדון בהוא דינא דר"נ ויקש' בדיינים ג"כ פנ"ל: וי"ל דהא באמת בדיינים הוו פאנוסין בטעותן של"ה פוננתם להזיק רק באינם מומחין הוי כפשיעה מתחילה של"ה להם להכניס א"ע בתגר הזה והוי פתחילתו בפשיעה וסופו באנוס דהאנוס בא מחמת הפשיעה ומתחילה עלה ע"ד שפולן יספיומו לדעת אחת ולא נוכל לחייבם על חלקו של זה שלא הסכים עמהם פיון דאח"כ בא האנוס דכך הוא הדין שיפסקו ויגמרו הדין פדעת הרוב וי"ל הא דלדעת רש"י ותוס' גובה מן הבשר פנגד האימורין אף דהבשר בלא אימורין ל"ה יכול לעשות אף פ"נ מ"מ פיון דכל חיובו על השור הוא דחייבו התורה לשמור ממונו שלא יזיק כמו דחייב לשמור גופו שלא יזיק וכיון דקדשים קלים ממון בעלים הוא מוטל עליהם השמירה על הבשר וחיית השור שלא יזיק ממילא מוטל עליו ג"כ לשמור האימורין לכך דנין ביה דינא דר"נ וגובה מן הבשר פנגד האימורין אבל בדיינים מוטל על כל אחד ואחד שישמור עצמו ודעתו שלא יטעה א"ע ויחקור היטב שלא יזיק א"כ זה שלא טעה פטור מלשלם והב' שטעו פיון דלא אפשר להם לעשות שמירה רק על עצמם חייבים כ"א בחלקו והחלק השלישי מפסיד הבע"ד וכיון דאי אפשר לעשות כל ההיזק רק בצירוף הג' לא דנין בי דינא דר"נ.

אבל פשהיו חמשה ושלשה שם ב"ד והיו יכולין לדון בלעדי איתן הב' והם חייבו את הזכאין מחוביבין אלה השלשה לשלם הפל ויש בהם דינא דר"נ פיון דהי' באפשרות לעשות הדין וכלל הדבר לדעת רש"י ותוס' שנייה דינא דר"נ ומשלם מבשר נגד האימורין פיון דחייבא רמיא על הבעלים לשמור הבשר שלא יזיק אף דאי אפשר להזיק בלי סיעות האימורין אף פלגא דנוקא מ"מ מצד חיות השור חייב לשמור אותו שהם גוף אחד משא"כ בדיינים כל אחד הוא נפרד מחבירו אף דרמיא עליו לזייק שלא יצא מפסקם להזיק לאחד מבע"ד וכל אחד שומר על שיקול דעתו לעיין היטב אף דממילא צריף שלא יצא טעות מכולם מ"מ כ"א נפרד מחבירו וכיון דא"י לעשות אף פלגא דנוקא בלא חבירו מודים רש"י ותוס' דלא דנין בהו דינא דר"נ ובב' עדים שהעידו בשקר והודה אחד ע"ז והב' כופר דעת הרח"ש והתנאים ג"כ פיון דאף פלגא דהזיקא ל"ה יכול לעשות בלא חבירו לא דנין בהו דינא דר"נ פיון דכ"א הוא רק מחויב על עצמו: אולם י"ל כשיודע בחבירו שמעיד בשקר כמו שמוטל עליו שלא יזיק לחבירו בעדותו כמו כן מוטל עליו כשיודע בחבירו שמשקר שלא יעיד ולא יצטרף עמו ולהצילו שלא יזיק לחבירו ודומה לבשר ואימורין פיון דמזידין בדבר ולדעת תוס' ורש"י שפיר כתב התנאים לדון בהו דינא דר"נ וכן למ"ש בדיינים הוי פאנוסים בדבר בעדים דהו פושעים ומזידין דנין בהו דינא דר"נ.

אולם לדעת רמב"ן וסייעתו באי אפשר לעשות אף פ"נ בלא סיעת חבירו לא דנין בזה דינא דר"נ ממילא גם בעדים שהעידו שקר לא דנין בהו דינא דר"נ: ויש להסתפק השתא כפי הנהוג בכמה מקומות בבתי דינים שממנים ראש ב"ד שהוא גמיר וסביר ומחזק אצל הבע"ד כמנחה וכדי שלא ידון יחידי יושבים עוד שני דיינים דגמירי ועיקר סמיכת דעתן של הבע"ד על הראש ב"ד היודעים בו דגמיר וסביר בכה"ג אם הראב"ד ואחד מהדיינים טעו וחייבו את הזכאי והשלישי לא הסכים עמהם ובטל דעתו ופסקו לחייב ואח"כ נתברר שטעו ואין להבע"ד להחזיר אם נאמר בכה"ג השנים חייבין לשלם הפל או הראב"ד חייב לשלם ב' חלקים היינו החלק שהשלישי פטור מלשלם פיון דעיקר

סמיכת דעתן של הבע"ד היה עליו ויש לדמות למה שכתב שם היש"ש ב"ק הנ"ל לדון כדעת הגאון ז"ל בנכרי וישראל שהיו להם סחורות בשותפות והונו לישראל אחד ביותר משותות פיון דאי אפטר לתפוע מן הנכרי חייב הישראל לשלם הפל אף די"ל דל"ש בזה לדון דינא דר"נ דהוי כמו ברח אחד או שהוא אלם מ"מ כ' דקשה לחלוק על הגאון וכתב פיון דבדיניהם לא דנין דין אונאה אינו דומה לאלם או עני או ברח וכ' עוד טעם לדון כדעת הגאון פי מסתמא ישראל זה שנתאנה סמוך דעתו על הישראל ולא על הנכרי אשר פיהם כו' וא"כ הוי פאלו הוא כולה הזיקא עבד וג"כ ידע דליכא לגבייהו דין אונאה אלא לגבי ישראל עיי"ש וכן הביא הב"ח (סי' ת"י) דבריו להלכה א"כ י"ל בדדיניהם גם כן אף דיודע דכולם היינו כל הב"ד יש לגבייהו דין גרמי לשלם אם יטעו וניזקו ע"י פסקם מ"מ פיון דעיקר סמיכ' דעתן של הבע"ד שפאו לדון סמכו על הגמיר וסביר שביניהם יש לדון דהוא חייב לשלם חלקו של הפטור ויש לחלק משם כמו בן ולידנא צ"ע: ועל מ"ש הרמ"א אבל אם היו הדנינים חמשה והלכו אחר ג' שהם הרוב צריכים לשלם הפל ראיתי בבבאור הגר"א ז"ל ונ"ל צ"ע הא כ' (סי' ח"י ס"ד) בהגהה וה"ה אם ע"כ ובפשטות הפנונה דכתב הרמ"א שם אם נבררו מתחילה יותר משלשה ונסתלק אחד דאין השלשה יכולין לגמור את הדין א"כ לא הועילו הני ג' לחייב אם לא בצירוף הנה שנים ואמאי צריכין הנה ג' לשלם הפל ואם פי קושיתו לא אבין הא כבר כתב שם הסמ"ע בבבאור דברי הרמ"א דהמחבר משנה כשאמר אחד אינו יודע למ' שנסתלק לגמרי וס"ל דבשניהם אין הדין נגמר עפ"י הנשארם אבל לדברי רמ"א שפסק שם ס"א דבאומר אחד א"י הולכין אחר הרוב ע"כ הא דפסק בנסתלק אחד דאין גומרין הדין דשאני מסתלק דאיכא למימר ביה אלו היה פאן הנה אומר טעם לדבריו והיו התשעה מודים לו מה שא"כ פשהוא לפניהם בכאן ואומר א"י ולא ידע לומר טעם אזלינן בכה"ג בטר הרוב פיון שהו יותר מג' הראונו לב"ד שהספימו לדיעה אחת וכ"כ שם כל האחרונים כדעת רמ"א ועיין קצוה"ח שם (סי' ח"י) מדברי חידושי הר"ן סנהדרין (נ"ה) דקאמר מעיקרא אדעתא דתלתא יתבי היינו דלא רצו להיות ב"ד חצוף וממיל' פשהו עשרה ואחד אומר א"י ל"ש בזה אדעתא דעשרה רק ע"כ פשנסתל' הטעם דלא רצו הבע"ד שיגמור הדין רק ע"י כולם היינו רוב מתוך כולם וכשאומר א"י נגמר הדין משא"כ פשנסתלק א"כ א"ש דברי רמ"א דהרוב פיון שהם ב"ד שלם ולא נסתלקו השנים אף שצריכין שיהיו לפניהם ושיתבטל דעתם מ"מ נגמר הדין ע"י הנה שלשה וחיובין לשלם הפל: סי' לט אינו מןמחה דדן ולא נו"נ ביד דדינו אינו פלום דעת הסמ"ע דהדינינים צריכין לשלם להבע"ד וחוזרים ומוציאים מיד התובע ודעת הש"ך כמו"ש הכ"מ כדעת רמב"ם דאם לא נו"נ ביד א"ח לשלם רק פשאין לבע"ד לשלם ובקצוה"ח כ' דהא במראה דינר לשולחני ונמצא רע ואפטר להחזיר ודאי השולחני פטור וה"נ ל"ה גורם הניזק פלל וי"ל דדעת הסמ"ע דשם לא נפטר זה שהיה לו לתת דינר טוב ואף שפטרו ע"י השולחני מ"מ באפטר להחזיר נשאר חיובו הראשון משא"כ לגבי דינן בחייב את הנפאי וזה שילם עפ"י הוציא ממון עפ"י פסקו אף דאפטר להחזיר מ"מ חייב זה לשלם דעל פיו הוציא הממון.

אמנם דעת הכ"מ והש"ך דכיון דלא נו"נ ביד ויכול לחזור ולגבות אם לא כפה אותו להעמיד דינו א"ח בתשלומין ועיין חידושי ר"ן סנהדרין. ואם הלה למדה"י וצריף הוצאות לחזור אחריו כ' הקצוה"ח דדינו כמו דוחף מטבע לים וצריף לשפור בר אמוראי

דלדעת רמ"א (סי' שפ"ו) פֿינן נשלא עשה הניזק בגוף המטבע פטור ה"נ פֿינן דלא נ"נ  
ביד ל"ה רק גורם נאף לדעת המחבר נשם דחייב בהוצאה משום גרמי נשם עשה בידים  
אבל פֿאן ל"ה רק גורם: ולענ"ד אינו דומה לנשם הנשם הטעם מבואר בש"ס ב"ק דאמר  
הא מונח קמיה אי בעית שקליה ועכ"פ לא יצא מרשותו של הבעלים ובכל מקום דמונח  
הוא ברשות בעלים רק דצריה להוציא הוצאות ע"ז להביאו לידי לכה פטור הואיל דלא  
גרם ההניזק בגוף הדבר משא"כ פֿאן פֿינן דזה הוציא המעות מרשותו ונשילם לחבירו  
עפ"י הדין ונכה בו רק דיכול לחזור עליו וכינן דא"י לתבוע אותו בכאן וצריה להוציא  
הוצאות ע"ז י"ל דחייב לשלם לכ"ע: ובתוס' ב"ק (דף צ"ח) כ' הא דמחלק הש"ס בין  
עכורין וצלוילין אורחי דמלתא נקיט אלא כל היכא דמצי למשקל בר אמוראי פטור ואם  
לאו חייב והקשה בקצוה"ח (סי' שפ"ו) מדברי בעה"מ ורמב"ן בהא דבעי בש"ס נשם  
(דף ק"א) אי יש שבח סממנין ע"ג צמר דצבע בהו קופא דלדין דדנין דינא דגרמי חייב  
דהא אותבינהו בדוכתי דל"מ למשקלינהו ואם נאמר היכא דל"מ למשקל בר אמוראי  
חייב אף לרבה אף בצלוילין א"כ היכא משפחת הך אוקימת' דצבע בהו קופא דהא היכא  
דאי אפשר למשקלינהו חייב לכ"ע נאי ע"י צפון הא צפון עבורי מעברי וליתא לצבע  
ולמד מדברי רמב"ן ובעה"מ דכל היכא דחזי לי' פטור והה"ד בצלוילים פטור לרבה  
אפילו ל"מ למשקלינהו ולכאורה יש לומר דאינו דומה לנשם דלא מצי למשקלינהו אף  
דחזי ליה מ"מ הוי כמו זוטי של ים דרחמנא שריה ואפקריה והפקיעו מרשות בעלים  
וכינן דאין בר אמוראי יכול למשקלי' הוי כאבוד מכל אדם ומזיק ממש הוא וחייב  
דהפקיע מרשותו ממונו אבל בצבע קופא לא הפקיע מרשותייהו דבעלים פֿינן דיש שבח  
סממנין ול"ה רק גרמי וכן פתב אלי ש"ב וגיסי הרב הגאון מ' צבי הירש נ"י פנה: אף  
יש לפקפק חדא דא"כ אף היכא דמצי בר אמוראה למשקלי אם צריה להוציא ע"ז כפלים  
כדי למשקלינהו זה ג"כ הוי כמו אבדה ממנו ומכ"א דמי פתי יסור הגה להטריח ע"ז  
ולהוציא כפלים על מטבע המונחת ביים וא"כ נימא דיצא מרשותו ויהיה חייב אף בצלוילין  
דהפקיעו מרשות בעלים וע"כ פֿינן דיש אופן להוציאו ל"ה מזיק מטעם זה נאף  
דהרשב"א גיטין (דף מ"א) כתב בעבד שעשאו רבו אפותקי ושיחררו דהוי הניזק ניכר  
פֿינן דנפקע שעבודו היינו משום דזכה העבד בעצמו אבל במה דהוציא מרשות בעלים  
לבד כ"ז דלא בא לרשות אחר ל"ה הניזק ניכר וראיה ממה דאמרין באיסורי הנאה הרי  
שלה לפניה אף דלדעת כמה ראשונים איסור הנאה הוי כהפקר ועיין מ"ש בזה בהגהות  
בדברי חיים דיני פסח (סי' ט"ו) וכן נראה מדברי רמב"ן בדד"ג דכ' דזורק לים לא דמי  
למטמא דאפסדיה לגמרי אבל בזורק לים ההוא זוזא הוא דאפסדי' וכ' וכן נראין הדברים  
דאי לא אפשר למשקליה לא פטר ליה רבה דדמי למים עכורין דלא קא חזי ליה ואפסדיה  
מיניה לגמרי והאי נזק ניכר הוא שהרי הפהו על ידו והפיל מטבעו מידו לים אע"ג דקא  
חזי ליה הניזק ניכר לעינים הוא עכ"ל [ומתימא על הקצוה"ח דלמד מדברי רמב"ן מהא  
דצבע קופא דפטור בצלוילין אף ל"מ למשקלינהו וכאן מבואר להדיא דגם רמב"ן מודה  
אף דחזי ליה באי אפשר למשקלינהו דדומה לעכורין וע"כ דא"ד להאי דצבע] ולמה לא  
כתב הרמב"ן בפשיטות באי אפשר למשקליה הוציא מרשותו ע"י מעשיו הוי הניזק ניכר  
א"ו פֿינן דלא בא לרשות אחר ל"ה הניזק ניכר רק פֿינן דהפהו ע"י ול"מ למשקליה חייב  
א"כ יקשה בצבע קופא ג"כ כן ויהיה חייב.

ועוד אם תאמר דהחייב במה דהפקיע מרשותו אף בצבע בהו קופא נימא פן פיון דאם  
בא אחר וְהעבירו ע"י צפון נראה דפטור דלא אזיק ליה פלל א"כ אף אם יש שבח סממנין  
ע"ג צמר הוי פהפקיע מרשות' דבפעלים דלא שני הצבע מידי דכ"א יכול להעביר ע"י  
צפון א"ו פיון דעכ"פ מונח לפניו פטור וְהדרי קושית קצוה"ח לדוכתי' למה לא יהיה  
פטור בצלולין כשאינו יכול למשקל: ברם בש"מ ב"ק שם פתב דאף אם דנין דינא דגרמי  
מ"מ אם יש שבח סממנין השבה מעלייתא קא עביד עכ"ל וי"ל דדעת רמב"ן ובעה"מ  
פיון דעכ"פ מחזיר לידו הצבע אף דא"י ליהנות ממנה זה ל"ה רק גרמי ולרבה כמו בזרק  
לים פטור היכא דיכול בר אמוראי להוציא אף דאין לו תועלת והנאת המועיל מן המטבע  
הזאת דצריף להוציא עליה יותר לתת לבר אמוראי מ"מ פיון דמזיק ל"צ לעשות השבה  
פטור רק היכא דא"י להוציא פלל בזה חייב פיון דא"י להביאו לידו דבפעלים פלל וא"י  
להשתמש בה פלל הוי הניק ניקר אבל בצבע קופא אם יש שבח סממנין השבה מעליא  
הוא אף דא"י ליהנות מן הצבע מ"מ פיון דמשתמש בה לא הוי רק גרמי ולדין דחייב  
בגרמי אף דהוי השבה מעליא מ"מ פיון דא"י ליהנות שוב מן הצבע ע"י מעשיו חייב פן  
צריף לומר לנישב דעתם של הראשונים שם ודלא כקצוה"ח דהוציא מדברי רמב"ן דתלי  
במאי דקא חזי ליה.

אולם אם לא חזי ליה פלל בנידון דיון בהלף הבע"ד למדה"י וצריף להוציא הוצאות  
להוציא ממנו בזה הוי פהפקיע ממנו ממונו ונתנו לרשות אחר דא"י לשלנט בו ואף דהוי  
בטעות מ"מ לא נוכל לומר בזה דכל היכא דאית' ברשותא דמר' אית' אם חייב את  
הזכאי ושילם זה על פיו דהוי רק כהלואה מבעל דין שלו ואינו ברשותו בזה אם הוא  
לפניו ויכול בקל להוציא ממנו פטור הדנין אבל אם אינו לפניו וצריף להוציא הוצאות  
דנין אותו פעשה הניק ניקר וחיוב הדנין לשלם לדעת הרי"ף ורמב"ם.

ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ד) דכל היכא דזה שהמעות תח"י לא ידע שבטעות בא לידו אע"ג  
דהוא גברא דציית דינא מ"מ הוי אינו ברשותו וה"נ פן הוא אע"ג דהדין יתבטל אם הנה  
פאן מ"מ עכשיו שאינו לפניו וצריף הוצאות ע"ז להביא לרשותו ולהוציא מהבע"ד הוי  
כמזיק ממש אולם בספרי ח"ר דיני פסח (סי' כ"ה) העליתי דהוי ברשותו מ"מ יש לחלק  
משם כמובן דמה דפרע לו מדעתו אף שהוא בטעות זכה זה והוי כמו מזיק ממש וצ"ע:  
סי' מ יש לחקור בספיקא דדינא להסוברים דמהני תפיסה ואם תפס שוב הראשון  
בהחזרה מן השני אין מוציאין מידו ואף אם בא התופס לב"ד ופסקו דאין מוציאין מידו  
ול"ש בזה לומר קם דינא וכמו שפתיבתי בזה לעיל (סי' ד') אם התופס הראשון הקדיש  
מה שתפס וכן אם מכר לאחר אם שוב מהני תפיסת הראשון מן ההקדש או הלוקח או  
לא מהני שוב תפיסתו.

והנה מדברי תוס' ב"מ (נ"ו ו') גבי האי מסותא דכתבו בדינא דכל דאלם גבר אם גברה  
יד השני והוציא מיד הראשון דזכה מ"מ אם הקדישו בעודנו ביד התופס הראשון שוב  
לא פקע קדושתו ממנו והביא דבריהם בסמ"ע (סי' קל"ח) על הא דמבואר שם בשנים  
אוחזין בטלית ותקפה אחד בפנינו ושתק ולכסוף צונח דאין מוציאין מידו ואם שוב חזר  
השני ותקף דיחלוקו כבתחילה דאם זה שתקפו בראשונה הקדישה שוב לא נפקע

קדושתו ועיי"ש בפ"ד: ולכאורה צריך להבין אמאי מהני ההקדש הא התופס הוא המונחך ואומר דאינו שלו ול"מ ההקדש.

וראייתי שם בנתיבות דכתב לדון מטעם דהוי יאוש ושינוי רשות וכתב דמה"ט הה"ד אם מכר מהני ג"כ ול"מ שוב תפיסת הראשון. וזה צ"ע הא פיון דמהני לעולם תפיסה ממנו בהחזרה והוא גברא דצינת דינא רק שעפ"י הדין מהני תפיסתו ולא בא עליו בתורת גזלן מה"ת יתניאש דהא דאינו יכול להוציא ממנו היינו עפ"י ב"ד פיון דהוא שתיק מתחילה ואם יתפוס ממנו בהחזרה עביד דינא לנפשיה ואין מוציאין מידו מה"ת יתניאש הא לעולם בקל יכול לתפוס ולדבריו הכי נאמר לעולם בספיקא דדינא אם תפס ונעשה שינוי בדבר דלא יהי שוב בהחזרה התפיסה פיון דכבר קנה גוף הדבר וזה דבר תימא לומר כן ולא מצאנו דשינוי רשות או מעשה יהיה קננו רק היכא דקנה הדבר בתורת גזילה ועיין במח"א דיני קננו משיכה (סי' ב') דכתב דש"ר הוי קננו וכבר תמה עליו דודי הרב הגדול הצדיק מ' אליעזר ז"ל בחידושיו בסוף דברי חיים (סי' נ"א) דל"מ ש"ר ושינוי מעשה דהוי קננו רק בקונה בתורת גזילה עיי"ש: ויש לומר דמטעם אחר מהני ההקדש דהא מבואר רש"י פסחים (דף ל"א) הטעם דהיכא דאקדיש לנה דאתי מלנה ופריק משום דכיון דמשעבד להמלנה הוי ביד הלנה כדבר שאינו ברשותו ועיין בבבאור הדברים בקצוה"ח (סי' קי"ז) וקדושת הגוף דחל גם על דבר שאינו ברשותו לכה מפקיע מידי שעבוד.

וא"כ י"ל דוקא באקדיש שנה החוזרת ביוכל דקננו פירות לאו פקננו הגוף ולא הוי שלו רק קננו לזמן אינו יכול להקדיש פיון דהגוף אינו שלו ואף אם נאמר בפשטה החוזרת ביוכל יכול לחפור בה ולשנות צורת הקרקע וכדעת הראב"ד סוף הלכות שמקטה ויובל מ"מ אינו יכול להפקיע בשום אופן מיד בעלים שלא יצטרף להחזיר והאריך לעולם עומדת וזמן ממילא אתי וכשיבא זמן היוכל יהיה חייב להחזיר וחוזר ממילא לבעלים בלא קננו ולכה אינו יכול להקדיש דאיש פי יקדיש את ביתו כתיב משא"כ היכא דחל עליו שם בעלים לכלות ולקלקל הדבר מפל וכל ולשנות גוף הדבר ולעולם לא יתחייב להחזיר רק אם חבירו זה שיש לו עמו הדו"ד תופס אין מוציאין מידו מספק בזה נקרא כמו ביתו ואין לחבירו ע"ז שם בעלים כלל ובהאם הקדישה זה שבא לידו אפילו קדושת דמים בלבד שוב לא פקע פיון שהקדישו לעולם ואין כח ביד אחר להוציא ממנו בדין רק אם תפס ממנו אין בכח הב"ד להוציא מידו ואם שוב תפס הראשון ממנו שוב הוי שלו והב"ד אינם יכולין לדון בזה מ"מ כ"ז שבא ליד התופס הואיל דרשות בידו לעשות פאדם העושה בשלו וא"מ ממנו בדינין לעולם מקרי שם בעלים והוי ממש כביתו ושוב לא נפקע ההקדש ואף דכתבתי בח"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות ה') לדון דהיכא דמהני תפיסה לא מקרי לכה לענין אחרו"ג מ"מ לענין שיהי' נקרא ביתו סברו תוס' דמהני ההקדש דהוי כביתו פיון דיכול לעשות בו פאדם העושה בשלו ושוב לא נפקע ההקדש אף אם תפס הראשון בהחזרה כן נראה בדעת תוס': ולפי"ז יש לומר דוקא הקדש פיון דחל שוב לא פקע ואף אם קדושת דמים פקעו בכדי מ"מ בכה"ג דהקדיש לעולם בדבר שלו ואין לזה עליו שום טענה רק במה שיכול לתפוס בכח ואם הגיע לידו אין מוציאין ממנו אין בכחו לתפוס ולהפקיע מן ההקדש אבל אם מכר הראשון שתפס לאחר י"ל דגם



התוס' מודים דמהני תפיסת האחר מיד הלוקח דמה מכר הראשון לשני רק כל זכות שיש לו בו ולא עדיף מגברא דאחי מתמתו.

וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני חזקת מטלטלין (סי' ו') שכ' הטעם דלא מהני תפיסה אם הקדישו משום דלענין הקדש אזלינן לחומרא ומספק אסור ע"ש וזהו ה"ל ניקא בקהדין דתקפה אחד בפנינו דהוי ספיקא דדינא אם הוי הודאה בזה שוב ל"מ טענות ברי של התופס פיון דלהך צד דהוי הודאה א"נ לומר דלא הודאה וגם בזה יש לגמגם פיון דלדין לא ברור לו אם השתיקה הוי פהודא' או לא נאמר דלענין איסור יהי' נאמן לברר הדבר בנידונו דלא הנה השתיקה פהודא' ועיין מ"ש אג"י הצעיר בכה"ג בד"ח בדיני תפיסה (סי' ד') ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בחיו"ד (סי' מ"ד) בכה"ג לדון מדברי הנ"י ב"ב גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו.

ואף אם יתבינא דא"נ לענין איסור דעכ"פ להך צד דשתיקה' פהודא' א"נ לומר להיפך מ"מ זה דנקא בהך ספק דתקפה אחד בפנינו אבל במסותא דשם טוען טענות ברי דשלו הוא מעיקרא ובגזילה הנה ביד חבירו מה"ת יהי' לו איסור ליהנות ממנו פיון דינע בפשיה דלא חל ההקדש על דבר שאינו שלו.

וע"כ כמו שכתבתי פיון דאז הוי פשלו ממש לכל דבר מקרי ביתו לענין הקדש ולענין מכירה פשמכר נראה דמהני תפיסת האחר מהלוקח: והיכא דהדין הוא כל דאלם גבר פתב הרא"ש מס' ב"ב וז"ל האי כל דאלם גבר דינא הוא כל מי שגבר ידו בפעם הראשון הוא שלו עד שיביא חבירו ראיה וכ"ז שלא יביא ראיה אף אם תגבור ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מינן' דלא מסתבר שיתקנו חכמי' שיהי' כל ימיהם במריב' ובמחלוקת היום יגבר זה ולמחר חבירו אלא חכמים פסקו כל דאלם בפעם הזאת גבר עכ"ל וכ"כ בש"ע (סי' קל"ט) אוילם הש"ך כ' שם דדעת התוס' ב"מ הנו' והגהות מרדכי והג"א אינו פן ואם חזר ויתקפה ממנו זוכה.

ולכאור' נראה לחלק בין מטלטלין לקרקע דבשלמא במטלטלין הוי זה שגבר מוחזק ואף אם גלי כלפי שמיא דהוא של חבירו מ"מ מוחזק הוי שהוא בידו ותפס בו עכ"פ לכה נשאר שיהי' שלו ונשוב ל"מ תפיסת אחר מה שאין פן בקרקע אף שיושב בה מ"מ אם הוא של חבירו אז אף מוחזק לא הוי דקרקע לעולם ברשות בעלים ואינה נגזלת לכה רק כ"ז שיושב בה אין הב"ד מוציאין אותו אבל אם גבר השני ויושב בה שוב אין מוציאין מידו פיון דלדבריו ל"ה הראשון אף מוחזק.

ודומה להא דכתב המר"מ מינץ ועוד גדולי מחברים ליישב הא דכ' הרא"ש במשיכה בגמל והנהגה בחמור אף דהוי ספק קנין מ"מ מוחזק מקרי ותפיסת אחר ל"מ פיון דאף אם הדין הוא דלא קנה מ"מ מוחזק הוי הראשון פיון דתפס בהו ואם החזיק במיצר נכסי הגר לקנות אותה ונתברתה סובר הרא"ש דאם אחר החזיק מהני חזקתו פיון דיש ספק אם קנה וזכה הראשון או לא ולהך צד דלא קנה אף מוחזק לא הוי.

כמו כן בנידון דידן לכה לא מהני תפיסת האחר במטלטלין פיון דעכ"פ הוי הראשון מוחזק בתפיסה שיש בו קנין ואם גבר והוא ת"י שוב הוי שלו ול"מ תפיסה של האחר אבל בקרקע אם אינו שלו אף מוחזק ל"ה י"ל דאם גבר שוב האחר ויושב בה אין הב"ד

מוציאין מידו: ומוכן בזה דברי תוס' ב"מ שם דכתבו במסותא פיון דקרקע הוא והוי דינא כל דאלם גבר ואם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו לא פקע אפילו חזר תבירו ותקפה ממנו וכבר התפלא במעדני מלך למה כתבו תוס' פיון דמקרקע הוא והוי דינא כל דאלם גבר הא אף במטלטלין היכא דאין שניהם מוחזקין הדין הוא כדא"ג.

ולמה שכתבתי אתי שפיר פיון דתוס' שם כתבו דקושית רב המנונא פיון דאסור ספק בכור בגיזה ועבודה מטעם דחל הקדושה הואיל דאם תקפו פהו אין מוציאין מידו ובמסותא נמי פיון דאם תקף אחד אין מוציאין לכך חל ההקדש ובאמת הוי הך מסותא קרקע ובקרקע אף אם תקף אחד מ"מ יכול איך לחזור ולתקוף פיון דלא ידענו של מי הוא ואם באמת אינו של הראשון שהחזיק אין לו בה שום קנין דקרקע אינה נגזלת וא"כ י"ל אף דחזינו דבס' בכור אסור בגיזה ועבודה אף דבחזקת בעלים הוא ואף אם תפס הפהו יכול לחזור ולתפוס ועכשיו הוא ברשות ישאל מ"מ אם תפס הפהו חל ההקדש ושוב לא נפקע לכך אסור בגיזה משא"כ במסותא אף דיש לו זכות לתפוס מ"מ פיון דגם איך יש לו רשות לעולם להתגבר י"ל דאינו חל ההקדש לכך כתבו תוס' דמ"מ אם תפס ושוב לא נפקע לכך מועיל ההקדש גם אם לא תפס.

ורבה השיב דקדושה הפא מאליה שאני. אבל לעולם במטלטלין י"ל דהיכא דהדין כל דאלם גבר ל"מ תפיסה בהחזרה אף לדעת התוס': ולכאורה נראה ג"כ דעת הרמב"ם דבקרקע בכה"ג מהני תפיסה בהחזרה מדכתב (פ"ד) מעירוכין באשה שהקדישה שדה אחוזתה וגאלה בעלה והגיע היובל והיא ת"י הבעל הרי הדבר ספק אם תחזור להאשה או תצא לפהנים קדמה האשה והחזיקה בה אחר היובל אין הפהנים יכולין להוציא מידה וכן אם קדמו הפהנים והחזיקו בה אינה יכולה להוציא מידם וכ' הרמב"ם דהאשה יותר מוחזקת דיד הבעל פאשה והרי הוא זוכה לעצמו בה בשביל פירותיו ועיי"ש בכ"מ ולח"מ דכוננת הרמב"ם דכיון דהוא ביד הבעל ואוכל פירות וידו פיגה אוקי ארעא בחזקתה פדיון כל ספק קרקע.

והרמב"ם סובר פיון שיצאה בנדאי ממר"ק והאשה פבר הקדישה ויד הבעל ל"ה פיגה האשה לענגן זה וצריך להבין אמאי הא ממילא יכול הבעל לזכות בעד האשה פיון דבידו לענגן פירות ובפרט דלוקח הוי ולהנ"ל אתי שפיר מ"מ לו יהא דגברה יד האשה ונשאר ברשותה מ"מ פיון דמרא קמא לא שינוי מהני שוב תפיסת הפהנים כמו בכל דאלם גבר בקרקע: וראיתי בתנאים (סי' קל"ט) שכ' דהתוס' לא כתבו רק לס"ד דקדושה הוי כתקפה וא"כ ע"כ הא דכל דאלם גבר אינו מטעם שכתב הרא"ש דמי שהאמת אתו ימסור נפשו דמה חונק יד יש בדיבור פיו וע"כ הא דכדא"ג הוא משום דאין ידוע למי ינתן והוי כמו בסד"ד דמהני תפיסה ולכך פשיטא ליה לתוס' דאם תפס האחר דאין מוציאין מידו דעכשיו הוא המוחזק אבל למסקנא דהקדישה אינו פלוג שפיר י"ל פטעם הרא"ש דסמכו חז"ל דמי שהדין עמו ימסור נפשו וממילא שוב ל"מ תפיסה בהחזרה ולא אדע לכונן הדברים הא הטעם דהקדישה אינו פלוג מבואר במסקנא משום דכל ממון שאינו יכול להוציא בדיינים הקדישה אינו קדוש אבל אם באם הנה יכול להקדיש אף אם א"י להוציא בדיינים הי' מהני וא"כ מנ"ל להרא"ש לחדש דין זה אם לס"ד דש"ס אין הדין דכל דאלם

גבר מטעם זה א"ו דלהרא"ש הטעמים הנה לסניף ומסברא אמר דל"מ תפיסה בהחזרה  
כדי שלא יהיו כל ימיהם במריבה.

עוד כתב התומים דל"ד דתקפו פהו אין מוציאין חזינו דמהני תפיסה אף נגד מר"ק לכה  
בכל דאלם גבר מהני ג"כ תפיסת השני משא"כ למסקנא דמוציאין י"ל בכל מקום דהדין  
כל דאלם גבר אלמוהו חז"ל לזכור של התוקף הראשון פאלו יש לו חזקת מר"ק ומוציאין  
מיד התוקף השני וכתב דלפי"ז י"ל דהרא"ש לשיטתו דסובר דל"מ תפיסה לאחר שנולד  
הספק לכה גם בכל דאלם גבר ג"כ ל"מ אבל להמחבר דאף בספק לאחר שנולד הספק  
מהני תפיסה אף דין זה ליתא.

ולא אבין הא היכא דלא הוי דררא דממונא לכ"ע ל"מ תפיסה נגד מר"ק וא"כ י"ל לכ"ע  
כמו שכתב הרא"ש שלא יהיה כל ימיהם במריבה תקנו ואלמוהו חז"ל פחו של התוקף  
הראשון פאלו יש לו חזקת מרא קמא: עוד י"ל אף אם נאמר דתוס' חולקין על הרא"ש  
מ"מ היכא דבאו לב"ד ופסקו הב"ד הדין שיהיה כל דאלם גבר בזה פינו דנעשה עפ"י  
פסק דין שינפה מי שיגבר ידו אין סברא שיהיו כל ימיהם במריבה רק מי שיגבור בידו  
בפעם הראשון הוי שוב האחר הממע"ה וע"ז קם דינא דנעשה בכתב ב"ד אבל בטרם  
שפאו לב"ד אף דהדין הוא כל דאלם גבר ואם גבר האחד אין מוציאין הב"ד מידו מ"מ  
אם קודם לכן תפס שוב האחר מידו מהני תפיסתו ושוב אין מוציאין הב"ד מידו וגם  
תפיסת האחר ל"מ שוב אחר פסק ב"ד אבל קודם שפאו לב"ד ולא נפסק הדין ע"ז מן  
הב"ד בזמנו מי שיגבר ידו וינפה קודם לכן מהני תפיסתו זה מזה וזה מאז אח"כ אף  
שפאו לב"ד ואחד תובע מחבירו פסקינו להו הממע"ה משא"כ פשלה ביד אחד מהם  
ובאו שניהם לב"ד בזה פשפסקו הב"ד להם הדין דכל דאלם גבר נעשה בזה דין ופסק  
דמי שיגבר תחילה יהי הוא המוחזק וכל דאלם בפ"ר גבר וי"ל בזה דאין התוס' חולקין  
דהתוס' דכתבו דכל דאלם גבר מהני תפיסת השני היינו בטרם שפסקו ב"ד.

וכן נראה מלשון רמב"ם (פט"ו ה"ד) מטו"נ שכתב מניחין אותן בידיהן וכל המתגבר  
ברד בה ויהיה האחר מידו ועליו הראיה ומזה משמע דהמתגבר הראשון הוי מוחזק  
ממש דאל"כ למה כתב ויהיה האחר מידו ועליו הראיה הא די לומר כל המתגבר  
יחזיק בה א"ו דמשמענו בזה דהמתגבר נעשה מוחזק ממש ועל המוציא מידו עליו  
הראיה אף אם שוב מתגבר בכ"ז עליו הראיה: ודע להסוברים דמהני תפיסה בהחזרה  
במקום דהדין הוא כל דאלם גבר לכאורה י"ל דא"ח זה שת"י עכשיו ליטבע שבועת  
היסת שהוא שלו דיאמר לו למה אני נשבע ולמחר תתפוס ממני דומה למ"ש הר"ן  
המובא בש"ף (סי' נ"ח) גבי טענות סיטראי דא"ח ליטבע כל זמן שאינו מחזיר לו השטר  
והטור דכתב דחייב ליטבע היסת הוא לשיטת הרא"ש דל"מ שוב תפיסה.

אולם ממה דלא כ' הש"ף לשיטתו דפוסק דמהני תפיסה בהחזרה לחלוק על דברי המחבר  
דא"ח ליטבע מבואר דסובר דאעפ"כ חייב ליטבע וכן מבואר בתשב"ץ (ח"ב סי' רע"ב)  
דכתב שם בפשיטות ואי הדר ותפס לא מפקינו מיניה וסובר דלעולם מהני תפיסה זה  
מזה ואעפ"כ כתב שם דצריף ליטבע וע"כ צריף לחלק מדברי הר"ן הנז' דשם אומר  
החזר לי השטר משא"כ כשהוא תובע שמחזיק את שלו חייב ליטבע ועיין ש"ף (סי' פ"ב)  
ס"ק ד') בטוען על שטר שהוא מזונו ואין בידו לקיימו מחויב ליטבע מיד ואין הלה חייב

להחזיר לו השטר אבל בטוען פרוע א"ח לישבע עד דמחזיר לו השטר דומיא דטענות סטראי והש"ף חולק ע"ז עיי"ש דאין הלנה מוחזק בשבועתו וצריף לישבע ואם יקיימו אח"כ גובה בו וכן כתב הט"ז (סוף סי' ע"ה) וכן מצאתי מבואר פדברי הש"ף בש"מ ב"מ (דף ז') משם הרמ"ך ונ"ל ואם לא קיימו נשבע הלנה היסת ופטור להרמב"ם כו' מפאן למדנו שאף עפ"י שהלנה נשבע היסת לבטל שטרו של מלנה אין המלנה חייב להחזיר לו שטרו וכשמקיימו אפילו אח"ז מרובה גובה בו חובו ע"ש והיינו פיון דכל עיקר נאמתו הוא במגו דמזונף לא עדיף מטענות מזונף וחיוב לישבע וא"ד לדברי הר"ן הנז'.

וה"נ אף דנה טוען שיתפוס ממנו אח"כ מ"מ לא יכול להחזיק שבועתו ע"ז וז"פ ועיין נו"ב מהד"ק חח"מ (סי' י"ב) ובמה שיש לעיין בדבריו: סי' מא פתב הרשב"א (ח"א סי' תקע"ב) באחד שמכר קרקע לחבירו ובאו שנים ואמרו כי תנאי הי' בשעת המכירה וקנין שאם יחזיר לו המעות מפאן ועד שלש שנים ויהא המכר בטל והלה מביא עדים שמכרו בלא תנאי שא"ד להא דתו"ת דאוקי ממונא בתזקת מריה דש"ה שלדברי פולקם לוקח זה פדיו ירד והמוכר החזיקו בכסף ושטר ונחזקה בזה קרקע בתזקת לוקח שהוא עכשיו בידו וכ"ש לדעת הר"ח שפסק תו"ת ספיקא דאורייתא ול"א אוקי מילתא אחזקתיה ונ"מ למי שתפס אפי' בעדים ואע"פ שאין הקרקע נתפס מ"מ ל"מ מזה שירד לתוכה ברשות הבועלי'.

והנה מסוף דבריו מבואר דרק תפיסה ברשות מהני בקרקע אבל שלא ברשות ל"מ תפיסה אף לדעת ר"ח דתו"ת ספיקא דאורייתא ולא אזלינן מה"ת בתר חזקה ומהני תפיסה מה"ד מ"מ זה דוקא במטלטלין ולא בקרקע וכן הוא דעת רמב"ן מובא בש"מ ריש ב"מ בדיני תפיסה דקדק וכ' דכל תו"ת מאן דתפס תפס במטלטלין מבואר דבקרקע ל"מ תפיסה ובקה"ס הקשה ע"ז מהא דיבמות (דף ל"א) בבר שטיא דמבואר אי תו"ת ספיקא דאורייתא ל"ה מוציאין מיד הלוקח הרי דאף בקרקע מהני תפיסה וכ' דגבי בר שטיא הוי הלוקח בתפס ברשות ומבואר מדברי הרשב"א דמהני וכבר כתבתי בזה בד"ח דיני תפיסה (סי' ה') דז"א דהא להנה תרי דכשהוא שוטה מכר ליה תפוס ברשות וכתבתי לתרץ דהא יש לברר אם תו"ת ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקה מאי דייגינן ביה לכאורה במטלטלין מ"מ אין מוציאין מיד המוחזק בו עתה מס' דעכ"פ לא נוכל לשנות הדבר מקמות שהוא עכשיו אולם בקרקע דכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא ואף אם אחד מוחזק ל"ש ביה רק מר"ק ובתו"ת דלא אזלינן בי' בתר מר"ק מהראוי דנאמר בי' יחלוקו [ועיין רמב"ן ב"ב (דף ל"ה) דבעדים ועדים דספיקא דאורייתא הוא ל"א בי' כל דאלם גבר פיון דליכא למיקם עלה ועיין טוש"ע (סי' קמ"ו סכ"ב וסכ"ג) ועיי"ש באורים (ס"ק מ"א) וכן כתוב בתומים קיצר ת"כ (ס"ק צ"ו) פיון דלא אזלינן בתר חזקה ממילא יחלוקו וזה דוקא בקרקע דל"ש בי' חזקת תופס בידו דהארץ לעולם עומדת רק מר"ק אבל במטלטלין מבואר ממס' פתובות (דף כ') בהא דתרי אמרו קטנים היו דלא אגבויי מגבינן פלל ול"א יחלוקו פיון דהוי ספק השקול ואין חזקת מר"ק מקרעת מ"מ לא נוכל לשנות הדבר מקמות שהוא עכשיו זה רק במטלטלין דשייף ביה חזקת המוחזק ותופס בו אבל קרקע דל"מ תפיסה ואינה נגזלת לא הוי בעלים פתופס ושייף רק חזקת מר"ק ובתו"ת דל"א בתר חזקה ממיל' הדין יחלוקו ולכן שפיר כתב הרמב"ן דבקרקע ל"מ

תפיסה שיהיה הפל שלו כמו שהוכחנו שם במישור (סי הנז') מן דברי רמב"ן ב"ב ותה"ד ומל"מ דאף היכא דמן הדין הוא דיחלוקו ל"מ תפיסה בקרקע והש"ס יבמות הוכיח שפיר מעובדא דבר שטיא דע"כ תו"ת ספיקא דרבנן הוא דאי ספיקא דאורייתא מדוע אוקי רב אשי נכסי בחזקת בר שטיא להוציא מן הלוקח מפל וכל עכ"פ פיון דלא אזלינן בתר מר"ק הנה לו לומר יחלוקו א"ו דתו"ת ספיקא דרבנן הוא ומה"ת אוקי אחזקה ובאיסורין התימירו חכמים דלא למיזל בתר חזק' ובקמון אוקי אדאורייתא כמ"ש הריטב"א שם ודאי סד"א הנה לו לומר יחלוקו ועיין מ"ש עוד שם בזה וסובר הרשב"א דעכ"פ בנדידונו הואיל דירד בתורת מקר ברשות אין מוציאין אף בקרקע: והנה הש"ך בספרו ת"כ (סי נ"ח) דכתב דנדאי הרשב"א מודה דל"מ תפיסה בקרקע אף בתפס ברשות רק בנדידונו שאני פיון דלדברי פולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן ג' שנים ולחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג' שנים בזה הלוקח נקרא בעל הקרקע ובפרט שיהיה הזמן ג"ש כדין שני חזקה ואיירי דא"י לסלקו תוך הג"ש באיזו זמן שירצה.

ודבריו בזה מבואר להיפך בדברי הרשב"א דהא (ח"ב סי' רכ"ט) מבואר התשובה הזאת בארובה ושם הנה הנדידון שאם יפרע עד ר"ח אייר הקרוב שיתבטל המכיר' ואם לא ישלם הלוקח עד אלה ומאה ועל תנאי הנה שיהיה במכיר' הפך הנה הכחשה בין שני פיתות עדים וע"ז דן הרשב"א פיון שלדברי פולם הלוקח זה כדין ירד לכרמו אלא שיהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן שיתבטל המכירה ואם לאו הפך קיים מעכשיו וכיון שהחזיק בו כדין לדברי פולם אלא לפי עדיו יש לו להסתלק מפי התנאי ולפי עדיו של הלוקח אין מכירתו מתבטלת הפך בחזקת הלוקח שהוא מוחזק בו עיי"ש עוד הרי מבואר דאף אם לא החזיק בהקרקע ג"ש ואף אם יש זכות להמוכר כפי דבריו בכל שעה לסלקו מן הקרקע מ"מ אין הספק תנאי מבטל מכירה הנדאית.

אף צריך להבין אמאי גרע חזקת מר"ק בזה פיון דהספק הוא שיתבטל המכירה למפרע וראיתי בקונטרס הספקות (פל' ז') דכתב משום דתנאי מילתא אחריתי הוא ואינו עושהו כאלו ל"ה פל' אלא דהא והא איתא וכיון דהתנאי אינו עוקר המעשה לגמרי להשיבו פלא הנה מש"ה איתרע ליה חזקת מר"ק דהמוכר ולא מפקינו מהלוקח.

ואפתי לא איתברר החילוק הא פיון דבקרקע ל"מ תפיס' משום דאינה נגזלת ובכ"מ שיהיא עומדת ברשות הבועלים ול"ש בה מוחזק כמו במטלטלין דאף אם פלפי שמים גלי דהיא אינו של המוחזק מ"מ תופס הוא וברשות המוחזק קיים לכה הממע"ה מה שא"כ בקרקע דלהך צד דאינו שלו אף מוחזק ל"ה וכל היכא דאיתא ברשותיה דמרא קנימא א"כ אף אם איתרע החזקת מר"ק משום דתנאי מילתא אחריתי הוא מ"מ פיון דיש לנו ספק בתנאי וזה שתופס אף מוחזק ל"ה מהראוי לומר דנשארה בחזקת מר"ק המבונרת: גם הא דפשיטא ליה דדינו של הרשב"א הוא דוקא באם הלוקח ירד לקרקע וישוב בה אז מחזקינו בידו אבל אם המוכר יושב בהקרקע אין מוציאין מידו כשיש ספק על התנאי הנה המל"מ (פט"ו) מטו"נ האריך הרבה בזה ומדבריו וממה שהביא שם מדברי הראנ"ח נראה דאף להוציא אמרינו סברא הזאת דאין ספק מוצי' מידי נדאי היינו ספק אם הנה תנאי או אף אם הנה תנאי והספק אם נתקיים התנאי לבטל קנין הפרור ג"כ לא מבטלינו.

הן אמת דגם בתשובת מהר"א ששון (סי' קנ"ה) כתב דרק אם הלוקח מוחזק בתוכו זיפה הרשב"א להלוקח אבל אם אין הלוקח מוחזק בתוכו אוקי ממונא בחדקת מר"ק והובא דבריו בכנה"ג (סי' ק"מ אות י"ב) וכתב עליו וז"ל אמר המאסף דקדק זה הרב ממ"ש הרשב"א הרי הקרקע זה בחדקת זה שהוא עכשיו בידו ומשמע ליה להרב ז"ל שז"ל שהוא עכשיו בידו ויש לבעל דין לחלוק ולומר שאינו ר"ל שהוא עכשיו בידו אלא שהוא עכשיו בידו מחמת המכירה כלומר דאי לא העדים שאומרים תנאי הנה הקרקע בחדקת שהוא שלו מחמת שטר המכירה עכ"ל הרי דסובר ג"כ דאף היכא דאינו יושב בקרקע רק מפת מכירה ברורה שבשטר וחדקת ברא אינו ספק תנאי מבטל.

והדברים צריכין טעם להבין סברתו של הרשב"א ובספרי התשובות של בעל כנה"ג בעי חיי חח"מ (ח"א סי' פ"ח) כ' ע"ד המר"א ששון אעפ"י שפקפקתי עליו בכנה"ג לא לענין מעשה פקפקתי עליו אלא לענין הלכה עיי"ש.

אולם בתשובת מהרשד"ם חח"מ (סי' תכ"ג) מבואר פדעת הכנה"ג והמל"מ דאף להוציא קאמר הרשב"א סברתו דשם נשאל הרב ז"ל במלנה שהוציא שט"ח ע"ח שהתחייב לו לשלם לזמן פלוני אף באם יפרע עד זמן פלוני שהוא קודם זמן הפרעון פלוני שבמקום פלוני כף וכף למי שיאמר הבע"ח אז יפטר הלנה ואם לא יפרע פלוני הסף הנז' לזמן הנז' מעתה ומעכשיו נתחייב הבע"ח לפרוע הסף הנאמר בהשטר לזמן פרעון ואח"כ אינם יודעים אם פרע פלוני שבמקום פלוני וכ' לחייב להלנה משום דהוי כא"י אם פרעתיך וכ' ז"ל שמה תאמר דש"ה פשהתובע טוען ברי אבל בנד"ד גם הבע"ח א"י לטעון ברי דשמה פרע הפלוני גם לנה יש לי ראיה מתשובת הרשב"א ז"ל ומתשובת ריטב"א שבב"י (סי' מ"ו) על מכירת חלון וזה אומר בתנאי הנה וזה אומר ל"ה תנאי ושניהם מביאים ראיה והשיב פיון שהמכירה ודאי לכ"ע והתנאי ספק על האומר תנאי להביא ראיה ואם מעט אוסיפה שהרי כתב הרשב"א בתשובה מובא ב"י אה"ע (סקח"י) בנשא אשה וכתב שטר ששיר ליורשיה אם לא ישאר לו ממנה ולד של קיימא ומתה האשה ואח"כ מת הולד תוף ל' יום וכ' ואלו הנה תנאי פל שישאר ממנה ולד של קיימא לא יחזיר פלוני אפי' על הבעל להביא ראיה לפי שלא זכה באותו שיר אח"כ ישאר ממנה ולד של קיימא ועליו הראיה אבל הבעל כפר זכה בכל ממון מנדוני' אלא שהתנה שאם לא ישאר שיתזיר א"כ מי שאמר של"ה ולד ש"ק עליו הראיה הרי נידון דידן ממש שאין אחד יודע אם פרע פלוני ושניהם טוענים בספק יש לנו לראות לשון התנאי והרי כתב אף בזאת שאם יפרע יפטר נמצא שפבר זכה הבע"ח פשנתחייב לו הלנה ובא ליפטר מחמת התנאי עליו להביא ראיה ליפטר עכ"ל הרי מבואר דדעת המרשד"ם דאף להוציא הבא ליפטר מפת התנאי עליו להביא ראיה וע"כ ראיתו מהא דשטר ששיר אינו ממה דזכה הבעל דשם הבעל הוא מוחזק דבא מכחו ורשותו שהוא מבנרר לכל ויורשיה באו לזכות מפת שטר ששיר ודאי אין מוציאן מן הבעל מספק רק ראיתו ממה דכתב הרשב"א דאם הנה תנאי פל שישאר ממנה ולד של קיימא לא יחזיר פלוני אפי' על הבעל להביא ראיה אף שהוא מוחזק מ"מ פיון שהחייב הנה ברור והספק על קיום התנאי מחזקינן להודאי ולא מבטלינן מספק אף היכא שהוא להוציא: אף גם בזה כנראה עיקר טעמא דרשב"א והרשד"ם הוא משום דאזלינן בתר לשון התנאי ואם כתב פל שישאר ולד של קיימא לא יחזור הנה מיז התנאי שעליו לברר וכ"ז שלא יברר חייב להחזיר וכ"כ אם

כתב שאם יפרע פלוני יפטור עליו להביא ראיה ליפטור א"ע והכל הוא מצד הלשון ועינין תשובת חכם צבי (סי' ס"א) שהאר"י בזה בדברי רשב"א ועמד ע"ד רשד"ם אה"ע (סי' קצ"א) ולמד בדבריו דליפא נ"מ בבבאור הלשון ותמה עליו והמענין בדברי מהרשד"ם ח"מ הנ"ל יראה להדיא דכוננתו ג"כ הוא דתליא בהלשון של התנאי ואז דנין אף להוציא דאמרין דכף הנה החיוב דעליו לקרר שנתקנים התנאי.

וראיתי בתשובת עבודת הגרשוני (סי' ס"ח) דכתב בבבאור דברי הרשב"א וסובר דלא תליא פלל בהלשון של השטר רק במי שהוא מוחזק ולעולם הבעל הוא המוחזק דבלעדי השטר הוא יורש מבן רר ומ"ש אלו הנה התנאי כל שישאר וקד של קניימא לא יחזיר אז על הבעל להביא ראיה כוננתו באם הם דנין על אותן נכסים שאין הבעל יורש אף בלא התנאי והתנאי הנה לטובת הבעל עיי"ש וכל מענין ישפוט בצדק דאין זה כוננת הרשב"א מדכ' לא יחזור כלום משמע דבחזקת הבעל הן הנכסים בזולת התנאי.

ועוד הא אף בנכסים דאין הבטל יורש אותן מ"מ מה להן ליורשי אשה כיון דבנה חי יצאו הנכסים מחזקתו והבעל בא לירש מפח הבן שמת ולמה עליו להביא ראיה. ובל"ס כוננת הרשב"א כמו שכ' הח"צ דתליא בלשון התנאי אף שהוא מוחזק מ"מ התנאי הנה שעליו לקרר וכמי שכתב ג"כ הרשד"ם ומה שהקשה שם הח"צ ע"ז מלשונות שבש"ס יש ליישב בנקל להמענין.

עכ"פ מדברי הרשב"א הנז' אינו ראיה דהיכא דיש ספק על התנאי דאמרין אין ספק מוציא מידי נדאי להוציא. אף מתחילת דברי מהרשד"ם דהביא ראי' מדברי רשב"א במכירת הפרם ומדברי הריטב"א לנגידונו לחייב להלנה לפרוע מטע' דהחיוב הנה פרוז והפרעון של התנאי הוא בספק מבן אר דסובר כמ"ש הכנה"ג דכל שהוא בידו מחמת המכירה דבלעדי עדי התנאי הנה בחזקת שלו מחמת המכירה אין מוציאין מידו לבטל המכירה והמכר בחזקתו אף להוציא: ולכאורה יש ראיה שכן דעת הרשב"א דאף להוציא אמרינו דאין ספק תנאי מבטל מכירה הנדאית מדבריו (ח"ב סי' קפ"ח) מובא בקיצור בב"י (סוף סי' ע') באחד שמכר קרקע לחבירו במנה מלנה שהיה לו בידו וכתב לו שטר מכירה ומסרו בידו אבל לא החזיקו בקרקע והלוקח עשה שטר הודאה בעדים להלנה המוכר שכ"ז שיפרע לו אותו מנה מלנה שהיה לו בידו שחייב להחזיר לו שטר מכירה הנזכר ושהמכירה בטילה היא למפרע ולקח הימים רצה הלוקח לירד להקרקע בכח שטר מכר שבידו והוציא זה שטר הודאה וטען שפבר פרעו ותובע ממנו שטר המכר שהניח בידו על אמונתו וכ' דאין דין זה עסק לההיא דאמרין ארעא לגובינא קניימא ולההיא דאילן למיקח קאי דהתם הוא נדאי דצריכין לי' לההוא טעמ' משום דאילן של מטע הוא וכן הקרקע ירושה מאביהם ולולא שאינו אמרים דאילן למיקח קאי וארעא לגובינא ל"ה קוצץ מספק עד שיטול הדמים אבל כאן שהקרקע לראובן ואין המכר מכר וקרקע בחזקת בעליו מה לזה עסק אצל זה ועוד שאלו הנה כאן המכר אלא שהתנה לו לאחר כן שכ"ז שיחזור לו המתנה שנתן לו שיחזור הקרקע ולאחר זמן נפל מחלוקת הכחשה ביניהם שנה אומר החזרתי וזה אומר לא החזרת ל"ה אמרים בכי הא ארעא כיון דלחזרה קניימי החזר וזווי אייתי ראיה ושקול דהכא לא קניימא לחזרה כי שמא לעולם לא תרצה זה להחזיר המעות וליקח הקרקע וא"ד לאינן דבין כף ובין כף למיקח קאי וכן ארעא

בדשונה אפוקה אפוקתי מפורש ע"כ לגבויינא קויימא והגע עצמה בראובן שאמר לשמעון כל אימת דבעית לדידה מזבניה לה האי ארעא במאה זוזי וקנו מידו וארעא בידו דראובן מי אמרינו שיהא שמעון נאמן לומר פבר התרצתי ליקח ופרטתי לה המאה זוזי הב לי ארעא זוזי אייתי ראיה אלא הנדון שלפנינו תלוי בענגן אחר המכר אינו מכר שפך התנו מתחילת הענגן שאם יפרע לו ראובן מטות שהלנה מפבר שיהא המכר בטל מעיקרא ושהמכירה אינה פלום נמצא שאין המקח מקח אלא הלואה הוא זה ושכר קרקע הוא הפירות פעובדא דאת ונוולא ולא גמר ומקנה הלפך כו' פינו דשטר מכר ליכא ושט"ח נמי ליכא הו"ל כמלנה ע"פ ע"כ תוכן דברי רשב"א ומדבריו נראה דאם היה מכר היינו מוציאים הקרקע אף מן המוכר הואיל דלא קויימי לחזרה רק דדן הואיל דל"ה מכר פלל דאינו אלא הלואה ולא גמר ומקנה.

אולם יש להבין הדברים מה נשתנ' דין זה מן הנדון דמכירת הכרם הא גם שם היה לפי דברי העדים שאמרו שתנאי היה באם יסלק המעות עד ר"ח אייר שיתבטל המכירה למפרע ובכ"ז פינו דאם לא יסלק יהיה מכירה למפרע אמרינו דמספק לא נבטל המכר וכאן ג"כ כתב לו שטר מכירה ומסרו בידו רק שאם יפרע לו אותו מנה מלנה אותה המכירה בטילה למפרע נאמר ג"כ דכינו דהוי מכירה לא מבטלינו מן הספק ואי דכאן לכ"ע ליכא הכחשה על התנאי והספק רק על קיום התנאי עדיף זה לא נראה מן דברי רשב"א: ועוד יש להבין מה מדמה הרשב"א לאם אמר כל אימת דבעית לדידה מזבניה דמי אמרינו שיהיה נאמן לומר פבר התרצתי ליקח ופרעתי הב לי ארעא זוזי אייתי ראיה הא שם עיקר חלות המכר הוא אינו למפרע דלא התחייב את עצמו רק שימכור כל אימת שירצה והיינו שימכור לו מאז כשיתרצה ובזה בנדאי קרקע בחזקת בעלים עומדת וא"נ לומר שנתן לו המעות ומכר לו.

וצריך לומר פינו דקנה מידו ע"ז הוי כמו דחל קצת קנגן מעכשיו ועיין קצוה"ח (סי' ר"ג) דסובר דאין אדם יכול לחייב עצמו בחפץ ידוע ואינו מקבל אחריות הואיל דליכא חיוב על גופו וכבר השיג עליו שם בנתיבות דיכול לחייב א"ע בדבר ידוע ועיין מ"ש בזה בחלק ראשון דיני פסח (סי' ה') ומכאן ג"כ משמע דמהני קנגן שימכור לו הקרקע וסובר רשב"א דבזה ג"כ נאמר דכבר איתרע החזקת מר"ק פינו דאם יתן לו המעות חייב למכור לו ובכ"ז נדאי דא"נ לומר שפבר התרצה וקבל ממנו המעות וכשאנו דנין על הקרקע אמרינו דקויימי בחזקת מר"ק כן נמי בנידונו שם פינו דהוי מכר גמור למפרע פינו דלא סמכה דעתו דלוקח אמרינו קרקע בחזקת בעלי' עומדת פינו דהוי מכירה גמורה אם לא יחזיר המעות רק פינו שהתנו מתחילה שהמכר יתבטל אם יפרע לו המעות שהלנה לו מכר ויתבטל מעיקרא אין כאן מקח פלל רק הלואה ונאמן לומר פרעתי ונהו דין דכרם הוי מכר מעליא רק הספק על התנאי והטעם עפ"י מ"ש הסמ"ע (סי' ר"ז ס"ק י"א) בבבאור דברי הש"ע שם שהוא מדברי רמב"ם (פי"א) ממכירה דכ' שם (ה"י) וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשימת המעות הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה ושוב כתב דאם התנה המוכר עם הלוקח כשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע זו הרי הפירות של מוכר הרי דאין כאן מכר פלל וכתב הסמ"ע לחלק בין אם התנה על זמן קצוב דאז עד אותו זמן השדה בידו בקניינו ולא גרע ממתנה ע"מ להחזיר בזמן פלוני משא"כ כשלא קבע לו זמן רק פל זמן שיבא לו מעותיו שיחזיר לו אין שם מקח עליו



כָּלֵל אֵלֶּה הַלְוָאָה וּמְבֹאֵר מְדַבְרֵיו דְּאַף בְּקַבֵּע לֹו זְמַן דְּאָם מְבִיא מְעוֹת נְתִבְטַל הַמְּכָר לְמַפְרַע וְאִינוּ צָרִיף הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה וְאִינוּ דוֹמָה לְגַמְרֵי לְמַתְנָה עַל מַלְה"ח דְּשֵׁם בְּאַמַּת צָרִיף הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה לְדַעַת הָרָא"ש וְרִיטְב"א קִידוּשֵׁין (דָּף ז') אַף בְּכָל עֲנִינֵי מָמוֹן צָרִיף הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה דַּל"כ הָיִי רַק קִנְיָן לְזְמַן וּבְדִין הַלְוָה מִשְׁמַע דְּמוֹתָר אַף דַּל"צ הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה רַק פְּשִׁיטְבְּטַל הַמְּקַח מ"מ פִּינֹן דְּקַבֵּע לֹו זְמַן שֵׁם מְקַח הָיִי עָלָיו וְעִינְיוֹבְמַתְנָה אֲפָרִים דִּינֵי רִיבִית (ס' י"ג) בְּזָה וְשֵׁם הַבִּיא תְּשׁוּבַת רַב עִמְרָם גָּאוֹן דְּכָל שְׁהַתְנַאי נִמְשָׁף לְעוֹלָם הָרִי הַמוֹכֵר מִןבְּטַח לְעוֹלָם לְקַנִּים תְּנָאוּ וְלֹא גָמַר לְהַקְנוֹת כָּלֵל דְּדָמֵי לְאַסְמַכְתָּא.

וּמ"ש שֵׁם הַמַּח"א דְּאַף בְּקַבֵּע זְמַן הַתְנַאי הוּא כַּמְעַלָּה"ח מִמֶּש דְּאַח"כ חוֹזֵר הַלּוֹקֵחַ וּמוֹכֵר לְמוֹכֵר וְצָרִיף לְהַקְנוֹתוֹ לֹו בְּקִנְיָן חֲדָשׁ כַּמוֹ"ש רִיטְב"א קִידוּשֵׁין לֹא נִרְאָה פֶּן מְדַבְרֵי הָרַמְבַּ"ם וּבְפָרְט הָא גַם בַּמְעַלָּה"ח דַּעַת פְּמָה רֵאשׁוֹנִים דַּל"ב הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה פְּמוֹ שְׁהַאֲרִיכוּ הָאֲחֵרוֹנִים וּבְפָרְט כַּמְבּוֹאֵר מְדַבְרֵי תְּשׁוּבַת הַר"י מִיגַאשׁ רַבּוֹ דְּרַמְבַּ"ם דְּאָם אִינוּ מְקַיִים הַתְנַאי וְאִינוּ מַחְזִירוּ כּוֹפִין אוֹתוֹ לְהַחְזִיר וְשׁוֹב נִתְקַנִּים הַתְנַאי מְבּוֹאֵר דַּל"צ הַקְנָאָה בְּהַחְזָרָה פְּמוֹ שְׁהוֹכִיחַ מְזָה אַאמ"ו ז"ל בְּסִפְרוֹ דְּבָרֵי חַיִּים דִּינֵי מַתְנָה (ס' ד') וְיִהְיֶה אִיף שְׁיִהְיֶה מ"מ כַּנִּרְאָה מְדַבְרֵי רַמְבַּ"ם דְּאָם הַתְנָה עַל זְמַן קְבוּעַ הָיִי שֵׁם מְכָר אַף דְּאָם מְבִיא הַמְּעוֹת בְּזְמַנּוֹ נְתִבְטַל הַמְּכָר לְמַפְרַע וְכַמוֹ שֶׁכ' הַסַּמ"ע וְכֵן ג"כ דַּעַת רִשְׁב"א וְלִכֵּן בְּעוֹבְדָא דְּמַכִּירַת הַפָּרָם שְׁהֵי הַתְנַאי אַף לְדַבְרֵי הָעֵדִים שְׁהַעִידוּ עַל הַתְנַאי מ"מ ל"ה רַק עַד זְמַן ר"ח אֵייר לִכֵּן מְקַרֵי הַלּוֹקֵחַ מִןחֲזַק וְעַל הַמוֹכֵר לְבָרַר שְׁהֵי תְנַאי מִשֵּׁא"כ בְּנִידוֹן דְּלוֹה שְׁמַכֵּר קַרְקַע בְּמִנְהַ מְלוֹה וְהַמְלוֹה עָשָׂה שְׁטַר הוֹדָאָה שְׁפָל זְמַן שְׁיִפְרַע לֹו הַלְוָה הַמוֹכֵר אוֹתָהּ מְנָה שְׁאוֹתָהּ מְכִירָה בְּטִילָה וְשִׁחִיב לְהַחְזִיר לֹו הַשְּׁטַר מְכָר פִּינֹן דִּישׁ לֹו זְמַן לְעוֹלָם לְהַחְזִיר הַמְּעוֹ' וְהַקְרַקַע לֹא תִהְיֶה מְכוּרָה אִין הַמְּקַח מְקַח כָּלֵל אֵלֶּה הַלְוָאָה הוּא וְכִינֹן דְּשְׁטַר הַלְוָאָה נְתִבְטַל ג"כ נְאָמֵן לּוֹמַר פְּרַעְתִּי וְהַקְרַקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלִים אֲבָל אִם הֵי מְכָר רַק שְׁהַתְנָה לֹאח"כ שֶׁכ"ז שְׁיִחְזִיר לֹו שְׁיִחְזִיר הַקְרַקַע וְלֹאח"כ נִפְל הַכְּחָשָׁה בִּינֵיהֶם שְׁזָה אוֹמַר הַחְזִירִי הָיִי הַלּוֹקֵחַ מִןחֲזַק בְּקַרְקַע דְּשִׁמְא לְעוֹלָם לֹא יִתְרַצָּה זָה לְהַחְזִיר הַמְּעוֹת הֵינּוּ אַף שְׁהוּא אִינוּ מִןחֲזַק בְּהַקְרַקַע מ"מ פִּינֹן דְּהַמְכִירָה הָיִי בְּבִירוֹר הָיִי כַּתְנַאי שְׁיִחְזִיר וְיִמְכּוֹר לֹו כַּמ"ש הַגַּע עֲצָמָה.

אֲבָל לְעוֹלָם י"ל בְּנִידוֹן דְּכָרָם דְּהָיִי תו"ת עַל בִּיטוּל הַמְּקַח מְעַקְרָא אַף דְּכַתְב הָרַשְׁב"א דְּכִינֹן דְּהָיִי מְכִירָה בְּרוּרָה עַל הַמוֹכֵר לְבָרַר דְּהוּא דִּנְקָא אִם יֵרַד וְיֹושֵׁב בְּהַקְרַקַע אֲבָל לֹא לְהוֹצִיא מִן הַמוֹכֵר וְכַדַּעַת מְהַר"י שְׁשׁוֹן.

וְכֵן נִרְאָה מְדַבְרֵי מְהַרְש"א קִידוּשֵׁין (דָּף מ"ט) בְּעוֹבְדָא דְּהָיִי גְבַרָא דְּזָכוּ נְכֶסֶיהָ אַדְעָתָא לְמִיִּסְק לֹא"י דְּפִירוּשׁ רַש"י קַרְקַע וְכַתְב מְהַרְש"א דְּאָם מְטַלְטְלִין מַה קְאָמַר לְחוּמְרָא דְּאָם בְּמַטְלְטְלִין הָיִי ע"כ בְּמִשְׁפָּה וְהַלּוֹקֵחַ מִןחֲזַק א"ו דְּאֵיירִי בְּקַרְקַע וּמוֹקְמִינֵן עַל חַמַּר"ק הָרִי אַף דְּהַמְכִירָה הֵי בְּנוֹדָי וְהַסְפַּק עַל הַתְנַאי מ"מ בְּקַרְקַע אִם לֹא יֵרַד הַלּוֹקֵחַ בְּהַקְרַקַע ל"ה אֲמַרִּינוּ לְקַנִּים מְקַח הַבְּרוּר אוֹלָם מְדַבְרֵיו מִשְׁמַע אַף אִם אֵיירִי דְּוִמְיָא דְּמַטְלְטְלִין דִּישׁוּב בּוֹ הַלּוֹקֵחַ מ"מ מוֹצִיאִין וְע"כ דְּשֵׁם הָיִי עֵיקַר הַקְנִיָן עַל תְּנַאי זָה אַדְעָתָא לְמִיִּסְק לְהַפֵּד צַד דְּהָיִי דְּבָרִים וְהָיִי סְפַק בְּעֵיקַר הַקְנִיָן וְעִינֵן בְּמַחְלוּקַת הָרַמְבַּ"ם וְהָרָא"ש פ' הָאֲוִמְנִין גְּבִי עֵייל וְנִפְק אֲזוּזֵי בְּהַנָּה דְּקִימֹו בְּתִיקוֹ אִם מוֹקְמִינֵן עַל חַמַּר"ק וּבַמְרִי"ט (ח"א ס' כ') וּבַש"ע (ס' ק"ץ סְעִיף י"ג וִי"ד) וּבַטו"ז שֵׁם וְכַמָּה שְׁפַתְב שֵׁם בְּנִתִּיבוֹת לְבָאֵר

דְּבָרָיו עַפְ"י דְּבָרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁפֵּ"א הֵנּוּ וּלְמִ"ש א"ד לְדְבָרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁפֵּ"א דְּשֵׁם הַסֵּפֶק הוּא בְּתַנְאֵי לְבַטֵּל הַמִּקְחָ מִשְׁא"כ בְּסִפְקָ אֲנֻמְדָנָא הוּי הַסֵּפֶק עַל תְּנַאי לְקַיָּים הַמִּקְחָ וְהַקְנָנָ: וַיֵּשׁ לְהַעִיר בְּש"ס קִידוּשֵׁין (דָּף ר' ע"א) וְעֶרְכִין (דָּף ל') בְּעֶבֶד עֲבָרֵי בְּנִמְכָר בְּמִנְהָ וְהַשְׁבִּיט וְעַמֵּד עַל ר' דָּאִין מְחַשְׁבִּין אֲלֵא מִנְהָ דְּפָרִיף הֵהוּא מְרַבְּנָן לְאַבְיֵי מְכַדֵי הֵגֵי קִרְאֵי אִיפָא לְמִדְרָשֵׁינְהוּ לְקוּלָא וְאִיפָא לְמִדְרָשֵׁינְהוּ לְחַוְמָרָא מְאִי חֲזִית דְּדִרְשֵׁינְהוּ לְקוּלָא גִידְרָשֵׁינְהוּ לְחַוְמָרָא וְדָרַשׁ אַבְיֵי מְקָרְאֵי וְכֵן בְּמוֹכַר שְׂדֵהוּ בְּשַׁעַת הַיּוֹבֵל דְּפָרִיף ג"כ מְמַאי דְּלִקוּלָא דְּלִמָּא לְחַוְמָרָא וּמְתַרְז לְמִדְרָשׁ מְקָרְאֵי וּמַאי פָּרִיף פִּינּוּ דֵינֵשׁ לְגִמּוֹר מְקָרְאֵי אוּ לְקוּלָא אוּ לְחַוְמָרָא לוּ יִהְיֶה בְּסִפְקָ הָא אִין הַלּוּקֵחַ חָשִׁיב מְוַחֲזֵק בְּכַה"ג בְּשַׁדָּה פִּינּוּ דְּבִין כָּף וּבִין כָּף חֲזִיב לְהַחֲזִיר וְאִין הַסֵּפֶק רַק עַל פְּמוֹת הַמָּמוֹן אִם הַשְׁבִּיט אִם הַחַיִּיב עַל הַמוֹכֵר לְשַׁלֵּם לוֹ גַם הַשְׁבַּח אוּ לֹא א"כ פִּינּוּ דְּבִין כָּף וּבִין כָּף לְהַחֲזִיר קָאֵי וְהַסֵּפֶק עַל הַמָּמוֹן הוּי הַלּוּקֵחַ מְוַחֲזֵק וְכֵן בְּעֶבֶד עֲבָרֵי הָעֶבֶד מְוַחֲזֵק בְּעַצְמוֹ מַה"ת נִדְרָשׁ לְחַוְמָרָא דָּאִינוּ יוֹצֵא לְחִירוֹת עַד שְׁיִשְׁלַם גַּם מַה שֶּׁהַשְׁבִּיט וְצָרִיף לֹאמַר פִּינּוּ דְּהַקְנָנָ הִנֵּה פָּרוּר וְנָה יָרַד בְּרִשׁוֹת וְהַסֵּפֶק עַל קִיוֹם הַתְּנַאי שְׁיִבְטֵל הַמְּכָר אִם סָגִי בְּמַה דְּמַחֲזִיר לוֹ כְּפִי חֲשַׁבּוֹן מִנְהָ אוּ לֹא הוּי הַלּוּקֵחַ כְּמִנְחָתָא אִף גַּם אִם נֶאֱמַר כֵּן יֵשׁ לְהַבִּין דְּהָא מְאִי דְּצָרִיף לְמִדְרָשֵׁינְהוּ מְקָרְאֵי לְקוּלָא קָאֵי עַל ע"ע הַנְּמַכָּר לְעַפּו"ם כְּמ"ש רִשְׁ"י קִידוּשֵׁין שֵׁם ד"ה שְׁאִין מְחַשְׁבִּין וְלִקְמִיָּה יְלִיף מְאִי חֲזִית דְּדָרִישׁ לְהוּ לְקוּלָא וְיָדוּ שֶׁל עַפּו"ם עַל הַתְּחַתּוּנָה וּלְמ"ש הָרֵא"ה וּמ"מ סוּף פ"א דְּכִתּוּבוֹת דְּלִגְבֵי עַפּו"ם ל"ש חֲזִיקַת מָמוֹן א"כ נִגְדוּ וְדָאֵי שְׁיִיף לְאוּקְמֵי עַל חֲזִיקַת מַר"ק.

וּצ"ל דְּהָא דְּדָרְשׁוּ שֵׁם מְקָרְאֵי הוּא שְׁיִהְיֶה כְּנֻדָּאֵי וְדִין פָּרוּר לֹא מְסַפֵּק: וְרִאִיתִי בְּקוּנְטָרַס הַסְּפִיקוֹת שְׁבַס' קְצוּה"ח (סוּף פָּלֵל ז') שֶׁהָאֵרִיף בְּדְבָרֵי רִשְׁפֵּ"א הַנֵּ"ל וְכַתּוּב בְּסִבְרָתוֹ מִשׁוּם דְּתַנְאֵי מְלִתָּא אַחֲרִיתָא הוּא וְאִתְרַע לִיהַ חֲזִיקַת מְרָא קָמָא דְּמוֹכֵר וְלֹא מְפָקִינוּ מְלוּקֵחַ וְהִבִּיא דְּבָרֵי רִיטְב"א שְׁבַב"י (סִי' מ"ו) בְּעֵינָן חֲזִיקַת חֲלוֹן דְּכ' פִּינּוּ שְׁמוּדִים בְּמְכָר וּכְשִׁירְצָה לְסַתְּמוֹ מִלְּתָא אַחֲרִיתִי הוּא.

וּלְמ"ש בְּדְבָרֵי רִשְׁפֵּ"א דְּהִיכָא דְּהַתְּנַאי הִי' עַל נְעוּלָם כְּשִׁיחֲזִיר לוֹ הַמְּעוֹת יִתְבַטֵּל הַמְּכָר וְלֹא עַל קְבִיעַת זְמַן ל"ה שֵׁם מְכָר פָּלֵל וּמוֹקְמִינוּ עַל חֲזִיקַת מַר"ק יִקְשֶׁה הָא שֵׁם פִּינּוּ שְׁעַפ"י עֲדִים שְׁחַתְּמוּ עַל שְׁטֵר אַחַר שְׁתַּנְאֵי הִנֵּה בְּדָבָר שְׁאִם יִרְצָה אַח"כ לְסוּתְמוֹ הַרְשׁוֹת בְּיָדוֹ א"כ ל"ה שֵׁם מְכָר פָּלֵל וְגֵרַע עוֹד מֵאִם הִנֵּה הַתְּנַאי דְּאִימְתִי שְׁיִחֲזִיר הַמְּעוֹת יִחֲזוֹר לוֹ הַקְּרָקַע דְּשֵׁם עַכ"פ בְּעֵינָן לְקַיָּים הַתְּנַאי בְּקוּם וְעֲשֶׂה שְׁיִתְּנוּ הַמְּעוֹת וּבְכ"ז אֲמָרִינוּ פִּינּוּ דְּתַמִּיד הַבְּרִירָה בְּיָדוֹ לְבַטֵּל הַמְּכָר ע"י שְׁיִחֲזִיר הַמְּעוֹת לְאוֹ שֵׁם מְכָר הוּא ק"ו בְּזֵה דָא"צ לְתַת דְּמִים רַק שְׁבָכָל עַת אִם יִרְצָה לְסוּתְמוֹ הַרְשׁוֹת בְּיָדוֹ דְּלֹא שֵׁם מְכָר הוּא.

וְצָרִיף לֹאמַר דְּהָא מ"מ פִּינּוּ דֵינֵשׁ לְפָנֵינוּ שְׁטֵר מְכִירָה שְׁמָכֵר לוֹ חֲזִיקַת חֲלוֹן בְּחֲצָרוֹ ע"כ אִף אִם הִנֵּה תְּנַאי בְּדָבָר שְׁאִם יִרְצָה אַח"כ לְסוּתְמוֹ יִהִי הַרְשׁוֹת בְּיָדוֹ ל"ה הַכְּנוּנָה עַל יָד דָא"כ לְאִיזָה עֵינָן מְכָר לוֹ אִם מִיַּד הַבְּרִירָה לְסוּתְמוֹ וְע"כ אִיירִי דְּהִי' לְכַה"פ לְזַמֵּן שְׁלֵא יִסְתּוּם וְלִכְּף הוּי שֵׁם מְכָר וְתַנְאֵי מִלְּתָא אַחֲרִיתִי הוּא פִּינּוּ דְּכָבָר זָכָה עַכ"פ הַלּוּקֵחַ בְּחֲזִיקַת הַחֲלוֹן לְזַמֵּן: וּמַה שֶּׁהַקְּשָׁה שֵׁם הַקָּה"ס עַל הָאֵי פָּלֵלָא מְדְבָרֵי רִשְׁפֵּ"א וְר"ן גִּיטִין פ' הַתְּקַבֵּל דְּכַתּוּב דְּנִתְיָנָה בְּע"כ סְפִיקָא דְּדִינָא הוּא אִם שְׁמָה נִתְיָנָה אוּ לֹא כְּתוּבוֹ הַלְּכָף הַנּוֹתֵן מִתְּנָה לְחַבְּירוֹ ע"מ שְׁתַּתְּנוּ לִי מְאִתִּים זוּז וְנִתְּנוּ בְּע"כ אִי מְטַלְטְלִין נִינְהוּ וּמְסָרֵן לִיד הַמְּקַבֵּל

לא מפקינן מיניה ובקרקע לעולם מוקמינן בתוקת מר"ק הרי אף דנתינ' הנה בנדאי וספק בתנאי ואפ"ה מוקמינן בתוקת מר"ק והביא דברי המל"מ דרצה לחלק בין ספיקא דתו"ת לספקא דדינא והעלה דז"א לפי שגם בתו"ת ל"א סלק לגמרי דהרי בב' שאומרים על שטר שפרוע הוא וב' אומרים דאינו פרוע בנדאי לא מפקינן מהלנה הרי דלא מסלקינן לסקודותיהו לגמרי.

ונה אינו ברור אם שפן פשיטא ליה להש"ף (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) דלא מוקמינן השטר על חזקתו כפר מבואר להקפד בתשובת ר"י מיגאש ז"ל (סי' קע"ב) דבאמת מוקמינן השטר על חזקתו ויבואר אפ"ה לקמן ובדיני עדות ובדיני הלואה.

אולם באמת המל"מ בעצמו העלה שם בדעת הרשב"א דאין לחלק בין ספקא דתו"ת לספקא דדינא עוד כ' לחלק בשם המל"מ דהרשב"א ל"א רק פשנפל הספק בעיקר התנאי אבל פשאין ספק על התנאי ובנדאי הנה תנאי ויש תו"ת על קיום התנאי בזה מוקמינן על חמר"ק דכמו שיש נדאי מכירה פן יש נדאי תנאי ולכך בהא דנתינה בע"כ נמי אין הספק בתנאי רק על קיום התנאי וכ' דהך חלוקא לא מסתבר דכיון דתנאי מקלתא אחריתא הוא ולא מרע להמכירה תו אין טעם לחלק דכל תנאי מרע לחזקת מר"ק ומדחיק בזה לתרץ דברי רשב"א.

ולמה שפכתתי נדאי דנראה מדברי רשב"א דכל דהוי שם מוכר מחזקינן בו לקיים המוכר אף אם הנה תנאי מבואר כמבואר מדבריו (בסי' קפ"ח) אולם זה דוקא היכא דהוי עכ"פ מוכר גמור וקבע זמן שבאם לא יחזור לזמן שוב נתקיים המוכר לעולם והוי שם מוכר דדלמא לא יקיים התנאי ולא יחזיר המעות.

ובזה אף דהוי תנאי מבואר והספק על קיום התנאי. ובכה דנתינה בע"כ באמת עיקר הספק ג"כ על פנונת התנאי אם הנה הפנונה בע"מ שמתן ויקבל ברצון או רק על הנתינה ואף דהוי ספיקא דדינא מ"מ הוי כספק בדעת בני אדם וממילא לדין אף דהוי ספיקא דדינא הוי כספק בעיקר התנאי באיזה פנונה הי' התנאי ומ"מ בזה אזלינן בתר מר"ק פיון דתלי בע"מ שיתן ובזה לא אתרע המר"ק ולאו שם מתנה הוא כלל פיון דלעולם הברירה בידו שלא לקבל ואם פנונת התנאי הי' על הקבלה שיקבל ממנו ברצון תלוי כל המתנה בדעת הנותן שאם לא ירצה לקבל לא יתחיל כלל המתנה ממילא הוי פליכא שם מוכר ומתנה עד שיקבל ברצון וכ"ז שא"ר לקבל להך צד דנתינה בע"כ לא שמה נתינ' לא יצא כלל מרשותו בשם מתנה ולכך מוקמינן על חזקת מר"ק: ועיין ים של שלמה גיטין פ' מי שאחזו (סי' י"א) הביא דברי הר"ן שם בד"מ אם אומר לו בית זה אני נותן לה במתנה ע"מ שתזון את בני או את אבא ולא פירש לו זמן דלרבא צריף לזונן כל ימי חייהם ולר"א כמפרש יום אחד וא"ל דבד"מ סתם כמפרש והדבר צריף תלמוד וכתב הוא ולי נראה פשוט שלא יכול להוציא הבית מחזקתו אם טען לא פנונתי אלא כל ימי חייו ואף אם מת הנותן אין להוציא הבית מחזקתו וטעניו לייתי כמו שהיה טוען אביהם וגם אומדנא דמלתא דאין אדם נותן בית כ"א בעד דבר חשוב עכ"ל ודברי הרשב"א הנ"ל פיון דהוי ספק על פנונת התנאי אם סתם פנונתו לעולם או לא א"כ הלוקח הוי מוחזק פיון דבידו לקיים התנאי והמתנה חלה א"כ ל"ה רק הספק על חיוב דמי מזונות והוי הלוקח מוחזק ומ"ש מטעם אומדנא המרש"ל לשיטתו אזיל שמתוכח בתשובת הרש"ל

עם הרמ"א ו"ל דלרמ"א כמו במוכר פשלא התנה לא אזלינו בטר אומדנא דתליא בדעת שניהם כ"כ בנותן במתנה ורש"ל ס"ל דוקא בדבר דתליא בדעת הזוכה והמזכה וכמו בפוסק לזון בת אשתו ה' שנים דחייב לזונ' אף אחר שנתגרש' אמה אף דהוי אומדנא גדולה שלא כ' לה אלא כ"ז שתהי' עמו הואיל דלא התנה כלום חייב דהפסיקה תליא ג"כ בה משא"כ בגידון דרמא באב שנתן במתנות שכ"מ לבתו דירה כל ימי חייה ואח"כ ל"ה צריכה לה הואיל דמתנה לא תליא בדידה מבטלינו המתנה מטעם אומדנ' ועיין טו"ז (סי' ס') ודעת הח"צ שם כמ"ש מהרש"ל ולכן פאן נמי דעת מהרש"ל לחייבו במזונות כל ימי חיי בנו מטעם אומדנא דלא תליא בדעת אחרים רק בדעת הנותן.

איברא דמצינו בזה מחלוקת בין הראשונים דדעת מהר"מ בר' ברוך ו"ל (סי' שט"ו) כמו דל"ש שום אומדן דעת בכה"ג במקר פו במתנה נמי תליא בדעתא דתרנייהו אי לא דעבד לי' נייח נפשיה לא יהיב לי' הלפך לא תליא בדעתא דנותן לחודיה אלא אף בדעת המקבל מתנה ע"ש: שוב ראיתי שדבר זה אם גם התנאי ברור כמו המכירה והמתנ' רק הספק על קיום התנאי אם מוציין מן המוחזק ע"י חזקת מר"ק הוא מחלוקת קדומה בין מהרשד"ם ו"ל ומק"ר"י אדרבי ו"ל דבמהרשד"ם (סירצ"ג) נשאל באחד שהשפיר בתים לזמן מרובה והיה מפורש בפטר שאם המשפיר יחזיר אחר זמן פך וכך לשנה יגופה מן זמן שהושפר ומת השוכר והמשפיר בא להוציא היורשים מן הבית באמרו שפכר החזיר לאביהם הסוף שהיה תנאי ביניהם שאם יחזיר שיפחת זמן מזמן שפירת הבית ודן מהרשד"ם ו"ל לאוקמי הקרקע בחזקת בעלים פינו דמפורש התנאי א"ד לדברי הרשב"א דכרם דשם פולם מודים במקר והספק על התנאי אבל היכא דגם התנאי מבוקר ואי אפשר להכחישו והמשפיר טוען שקיים התנאי הדרין לכלל דקרקע בחזקת בעלים עומדת ולא טענינו ליורשים להוציא וכאן הוי להוציא פינו דהוא קרקע [ומ"ש שם מהרשד"ם לדוסק דתשובת רשב"א בהך דכרם דאירי שלא נשלמו שלשה שנים פשבאו לדון דבריו תמוהין דלהדיא מבואר בתשובת רשב"א (סי' רכ"ט) דבא לדון בשנה ראשונה] ומק"ר"י אדרב"י ו"ל חולק ומדמה לדברי רשב"א פינו דהשכירות ברור אף דתנאי ג"כ ברור צריך על המשפיר להביא ראיה שקיים התנאי ונתבטל השכירות.

ובתשובת פרח מטה אהרן (ח"א ד"ד ע"ד) הביא דברי מהרש"ח שהביא ראיה לדעת רשד"ם מדברי הר"ן ומ"מ בהך ספיקא דנתינ' בע"כ אם שמה נתינ' או לא דמוקמינו הקרקע בחזקת מר"ק וע"כ פינו שהי' תנאי מבוקר ג"כ ל"ש אין ספק מוציא מידי ודאי.

והוא כתב להקשות מב"ב (דף קנ"ב) מי מוציא מיד מי ופסקינו דהן אין מוציין מידו בלא ראיה הרי אף דאין שום תנאי לפנינו ויש שטר מתנה בידו ומ"מ לא מוקמינו בחזקת המקבל וכתב הואיל דאיכא ריעותא בעיקר המתנה שאינו מזכיר בה שהוא מתנות בריא פדרך מתנות הברייאם ויש לנו ספק גם בלא טענותיהם אולם הקשה משם שהוא מתנו' דהנה כתב בי' פד קציר כו' ול"כ בי' ומגו מרע' איפטר דהלכה פאפיי דנכסים בחזקת היורשים מבואר דדעת מהרשד"ם דהיכא דיש תנאי ברור וספק בקיומו מוקמינו בחזקת מר"ק וכינון דהוי מתנות שכ"מ הו"ל כמתנ' ע"מ שימות ויש לנו ספק אם נתקיים וכן הביא מדברי תשובת רשב"א (סי' תרנ"ו) דאם נסתפק אם הי' דעתו לחזור או לא ועל עניינים להביא ראיה עכ"ד: והנה מדברי תשובת רשב"א (סי' קפ"ח) פכר כתבתי דמדבריו

נראה כל שהיא מכירה גמורה אף שהיא תנאי מבן רק תנאי על התנאי הני הלוואה המונח ומבואר אף דהתנאי ג"כ ברור מ"מ לא מבטלינו המכר א"כ כ"כ בנידון דמרשד"ם.

אף דהני תנאי מבן מ"מ פיון שהשכירות היא לחלוטין שם על זמן קמ"ח חדשים אף דתנאי היא אם יחזור פה וכה ינופה מזמן השכירו' דומה לנידון דרשב"א שם והני השוכר מונח ועל המשפיר לברר שקיים התנאי.

וראיתי במרשד"ם סוף (סי' רצ"ד) שהביא בקיצור מתשובת רשב"א הנז' דכיון דשטר מכר ליכא הו"ל כמע"פ. ולא אדע פוןנתו הא שם כתב הרשב"א הטעם משום דלא חל כלל המכר אבל בנידונו שם פבר חל השכירות על זמן מוגבל ובזה דומה לחל המכר והני השוכר מונח.

ומה שהקשה מהרש"ח ז"ל מדברי רשב"א גבי נתינה בע"כ פבר פתבתי משם לחלק. ומה שהקש' ממתנת שכ"מ ל"ק דשם הני פספק על עיקר המתנ' פמוכן דאם היא מתנות שכ"מ אף דקונה למפרע מ"מ עיקר הקנין תליא בזה א"ד לדברי רשב"א כלל דשם הוא רק פיון דאף דנתקיים התנאי לבטל המכיר' בא וכן עיקר הקנין תלוי בתנאי ודאי דלא איתרע כלל החזקת מר"ק ועיין במ"מ (פ"ט הכ"ג) מזכ' ומתנה ביש עדים דמתמת מתנה זו בא לידו והמטלטלין הם ביד המקבל הני מונח ובש"א (סי' רנ"א) השיג עליו פיון דאם היא שכ"מ לא יצא מרשות נותן הני פיש עדי פקדון וכבר כתב שם אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט ליישב ע"נ פיון דהני דררא דמזון דיש ספק בלא טענותיהם מהני תפיסה ובקצוה"ח שם כתב עפ"י דברי רשב"א הנ"ל פיון דכדין ירד ונסתפק על התנאי ה"ז בחזקת המקבל עיי"ש וכוונתו דא"כ אף בקרקע נימא ג"כ אם ירד פדין לא נבטל מתנה הברור ע"כ צ"ל משום הך רעותא דלא מזכיר בשטר שהיה מתנות פריא פדרה מתנות הבריאים והני ספק בגוף המתנה לכה מוקמינו עזמר"ק.

אולם באמת א"ד לדברי רשב"א כלל דרק היכא דהני שם מכר והתנאי לבטל המכר בא בזה לא מבטלינו עד דאיתברר אבל בתנאי על קיום המקח או המתנה לעולם מוקמינו על חזקת מר"ק.

ועיין רדב"ז (ח"ג סוף סי' תקח"י) שהביא דברי רשב"א הנ"ל דכרם וכתב וז"ל הא קמן שלא העמיד הכרם בחזקת הלוואה אלא מפני שבדין ירד לכרמו והחזיק בה בדין וכל עוד שלא נתקיים התנאי המכר מכר הוא אבל בנד"ד החומרות לא חלו כלל שלדעתו שהיה שם תנאי ולא נתקיים העמיד גברא על חזקתו שלא חל עליו שום חומרא פיון שלא נתקיים התנאי עכ"ל מבואר כמ"ש דרק אם חלות הדבר הוא ברור והתנאי בא לבטל המעשה בזה צריך ברור על ביטול המעשה משא"כ היכא שהתנאי היא לקיים המעשה כל עוד שלא נתברר שנתקיים התנאי לא מקיימינו להמעשה ועיין פרח מטה אהרן (ח"א סי' ק"ו) עוד בזה: וראיתי בתשובת לחם רב (סי' קמ"ט) שכ' וז"ל הצד השלישי לבטל מכיר' זו על תנאי שלא מקרע לו ראובן תוך ח' שנים דלמא פרע לו ראובן ונתבטלה המכירה דאע"ג דהר"ן כ' פ' מ"ש דהאומר ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראי' שקיים תנאו כו' וא"כ לכאור' בנד"ד דלבטל המכירה צריך קיום מעשה שפרע המעות א"כ עליו להביא ראי' שקיים וכ"ז שלא הביא ראי' המכירה יימת לא היא דהר"ן

פּתב שם דְהַיְינוּ דְוָקָא פְּשֵׁהֲתַנְאִי תְלוּי בְּיַד הַמְקַבֵּל אֲבָל פְּשֵׁהֲתַנְאִי תְלוּי בְּיַד אֲחֵרִים אוּ  
בְּיַד הַנוֹתֵן לֹא שְׁהָרִי בְּאֵם לֹא בְּאֲתִי מִפְּאֵן וְעַד י"ב חוֹדֵשׁ חֲזִישִׁינּוּ שְׁמָא יָבֵא וְלֹא שְׁרִיא  
לְאַנְסוּבִי וְאַפִּילוּ לְאַחַר יב"ח אֲלֵא צְרִיף שְׂיִצְמִינָה שְׁלֵא בָּא וְאַפִּילוּ לְרַמְבַּ"ם הָא יְהִיב  
טַעמָא שְׂאִין דְרַף בְּנִי אָדָם לְבֵא בְּצַנְעָא אֲבָל בְּנִד"ד וְדֵאִי דְרַף בְּנִי אָדָם לְשַׁלּוֹחַ מְעוֹת ע"י  
שְׁלִיחַ וְלְפָרוּעַ מַה שְׁהֵם חֲזִיבִין וּא"כ חֲזִישִׁינּוּ שְׁמָא פְּרַע פִּי הִיכָא דְחִישִׁינּוּ הָתָם בְּגִט  
שְׁמָא בָּא דְהָא הָר"ן ז"ל מְדַמֵּי לְהוּ עֵי"ש עוֹד בְּדַבְרֵיו וַיֵּשׁ לְגַמְגַם טוּבָא בְּדַבְרֵיו חֲדָא  
דְבָר"ן אִינוּ מְבֹאֵר שֵׁם בְּאֵם תְלוּי בְּיַד אֲחֵרִים דְגַם בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת דְאִין לְחַלְקַבּ בֵּין תַּנְאִי  
שְׁהוּא בְּשַׁב וְאַל תַּעֲשֶׂה לְקוּם וְעֲשֶׂה.

וּמ"ש דְלְרַמְבַּ"ם דְשְׁרִיא לְאַחַר י"ב חוֹדֵשׁ הוּא מְשׁוּם שְׂאִין דְרַף ב"א לְבֹא בְּצַנְעָא.  
מְבֹאֵר בְּמ"מ (פ"ט) מְגִירוּשִׁין דְלְכָף פְּסַק לְקוּלָא דְסוּבְר דְאִין חֲשִׁשׁוֹת אֵלוּ דְשְׁמָא פְּיִיס  
וְשְׁמָא בָּא מְדֹאֲרִייתָא מְפִנֵי שְׁבָדִין תּוֹרָה הַעֲמִיד דְבָר עַל חֲזַקְתּוֹ וְכִינּוּ שְׁנַתְגָּרְשָׁה א"ח  
לְדָבָר אַחַר שְׂאִין אָנוּ רוּאִים אוֹתוֹ וְאִין סְפַק מוֹצִיא מִיַּדִּי וְדֵאִי אֲלֵא שְׁחַכְמִים חֲשִׁשׁוּ בְּעֶרְוָה  
הַחֲמוּרָה וְכִינּוּ שְׁמַחְלֻקְתָּ בְּגִמְרָא הוּא בְּדַרְבְּנֵן הַלְף אַחַר הַמִּיקַל וְלְדַבְרֵיו הָא דְכַתְב  
הָרַמְבַּ"ם שְׂאִין דְרַף בְּנִי אָדָם לְבֵא בְּצַנְעָא הֵינּוּ דֵאל"כ הִיָּה לְנוּ לְהַחֲמִיר בְּעֶרְוָה הַחֲמוּרָה  
שְׁלֵא תַנְשֵׂא לְכַתְחִילָה וּא"כ בְּד"מ אָף שְׁהֲתַנְאִי תְלוּי בְּיַד הַנוֹתֵן פְּנִיָּה דְג"כ מוֹקְמִינּוּ עַל  
הַחֲזַקָה וְאִין סְפַק מוֹצִיא וְדֵאִי וְכֵן מְבֹאֵר שֵׁם בְּר"ן פ' מִי שְׁאַחְזוּ דְלְכָף פְּסַק הָרַמְבַּ"ם  
לְקוּלָא מְשׁוּם דְסוּבְר דְחֲשִׁשׁ שְׁמָא בָּא הוּא מְדַרְבְּנֵן בְּעַלְמָא וּמְשַׁמַּע דְבַתְנַאִי שְׁהוּא קוּם  
וְעֲשֶׂה אִין לְחַלְקַבּ בֵּין אֵם תְלוּי בְּיַד הַנוֹתֵן אוּ בְּיַד הַמְקַבֵּל לְעוֹלָם צְרִיף לְהַבִּיא רְאִיָּה שְׁעֲשֶׂה  
הַמְעֲשֶׂה וְכֵן מְבֹאֵר מְדַבְרֵי רִיטְב"א פְּרַק מִי שְׁאַחְזוּ שֵׁם דְאִין לְחַלְקַבּ בְּזֵה שְׁכ' וְלִיכָא לְפָרֵשׁ  
בְּהִיא וְלִיחֻוֹשׁ שְׁמָא בָּא בְּחֲשָׂאֵי דְהָא כְּתִבִּינוּ לְעִיל בְּכָל דְבָר שְׁהוּא בְּקוּם וְעֲשֶׂה אִין אָנוּ  
חוֹשְׁשִׁין וְאַפִּילוּ לְחוּמְרָא שְׁעֲשֵׂאוּ אֵא"כ רְאִינוּ וְכֵן בְּכָל תַּנְאִי ה"ז גִּיטָף ע"מ שְׁתַּתְנִי לּו' ר'  
זוּז אוּ ע"מ שְׁתַּעֲשֶׂה כְּף וְכָף עֲלִיָּה לְהַבִּיא רְאִיָּה שְׁעֲשֵׂאָה וְאֵם לֹא מְחַזְקִינּוּ לְהַ  
בְּמַגְוֹרְשֵׁת וְאַפִּילוּ לְחוּמְרָא שְׁלֵא תַתְיַבֵּם עֵי"ש הָרִי דְאִינוּ מְחַלְקַבּ בֵּין אֵם הַתַּנְאִי תְלוּי  
בְּיַד הָאִשָּׁה אוּ בְּיַד הַבַּעַל וְעֵינּוּ ב"ש (סִיקַמ"ד סִיק"ד) דְהַקְשָׁה ג"כ עַל הָא דְלִיחֻוֹשׁ שְׁמָא  
בָּא הָא הוּי תַנְאִי דְקוּם וְעֲשֶׂה וְכַתְב דְלֹא קו"ע הוּא מְשׁוּם דְלְפַעְעִים בָּא מְפִנֵי אִיזָה עֲסַק  
וְאָף דְדַבְרֵיו דְחוּקִים מ"מ כְּבָר אַתָּה רוּאָה דְלֹא ס"ל לְחַלְקַבּ בְּיַד מִי תְלוּי הַתַּנְאִי.

וְהֵרָא"ש דְפּוֹסֵק שֵׁם לְחוּמְרָא וְכַתְב עַל הָרַמְבַּ"ם וְתִימָא הוּא שְׁפַסֵּק לְקוּלָא בְּאִיסוּר  
דְאֹרְיִיתָא י"ל דְהַיְינוּ דְהַחֲשִׁשׁ הוּא עַל אִיסוּר דְאֹרְיִיתָא מְהֵרָא וִי לְהַחֲמִיר מְדַרְבְּנֵן בְּעֶרְוָה  
הַחֲמוּרָה וְעֵינּוּ מְהֵרִי"ט (סִי' י') שְׁתַּמָּה עַל הָרָא"ש שְׁהָרִי רִש"י וְתוֹס' פִּירְשׁוּ ג"כ דְחֲשִׁשׁ  
דְרַבְּנֵן בְּעַלְמָא הוּא וְכְבָר כְּתַב הַמְהַרְח"ש (סִי' פ"ז) דִּי"ל אַע"ג דְחֲשִׁשׁ דְרַבְּנֵן הוּא סְבָרוּ  
פְּלִישְׁנָא בְּתַרָא עֵי"ש.

אֲבָל לְעוֹלָם בְּד"מ י"ל דְבְּכָל תַּנְאִי שְׁהוּא בְּקוּם וְעֲשֶׂה עֲלִיוּ לְהַבִּיא רְאִיָּה שְׁקִיָּים הַתַּנְאִי:  
בְּרַם בְּנִידוֹן דְהַרְשַׁד"ם וְהַר"י אֲדַרְב"י ז"ל וְנִגְדוֹן דְתַשׁוּבַת לְחַם רַב הַנָּ"ל יֵשׁ לְדוֹן לְמ"ש  
הַמְרִי"ט (סִי' קנ"ב) בְּטַעַם הַדְבָר דְתַנְאִי שְׁהוּא בְּשַׁב וְאַל תַּעֲשֶׂה עַל הַנוֹתֵן לְהַבִּיא רְאִיָּה  
שְׁהַמְקַבֵּל אִיִּדְבִּיא רְאִיָּה אִטוּ עֲדִים בְּכִיפִי תְלוּ לְכָף עַל הַנוֹתֵן לְהַבִּיא רְאִיָּה שְׁבִיטַל אֲבָל  
בְּתַנְאִי שְׁהוּא בְּקוּם וְעֲשֶׂה הָרְאִיָּה עַל הַמְקַבֵּל שְׁיִכּוֹל לְהַבִּיא רְאִיָּה בְּקוּם הַתַּנְאִי וְכ' דִּישׁ  
לְהַסְתַּמֵּךְ עֲפִי"ז הִיכָא דְמִית הַמְקַבֵּל פִּינוּן דְהֵם א"י לְבָרַר הֵינּוּ הַיּוֹרְשִׁים חֲזוֹר הַדִּין לְתַנְאִי

שהוא בשוא"ת עיי"ש ולפי"ז אף בתנאי שתלוי ביד הנותן לבטל המתנה או המכירה או השכירות אף אם נאמר דעליו לברר שקיים התנאי לבטל המעשה היינו דכה"ה דעת התנאי פיון שפידו לעשו' בעדי' אבל אם מת ואין ביד היתומים לברר י"ל ג"כ דהוי כמו תנאי שהוא בשוא"ת ומבטלינו הדבר דשמה קיים אביהן התנאי.

אף מדברי המ"מ הנז' וריטב"א בהא דשרינו מיד לאחר יב"ח דשם מת ואף עפי"כ לא קיישינו מה"ת על שמה בא מבואר דאין לחלק בזה משום דאין זה עיקר הטעם לחלק בין תנאי שהוא בשוא"ת לקו"ע רק משום דמוקמינו על החזקה ואין ספק מוציא מידי ודאי: סי' מב פבר ביארנו לעיל (סי' ד) דהיכא דמהני תפיסה אם תפס הלה בהחזרה דמהני כמבואר בארנפה בס' ת"כ ואף אם באו לב"ד ופסקו דא"י להוציא ממנו מהני תפיסה ויש לחקור בתפס ברשות דלכ"ע מהני תפיס' אם גם בזה מהני תפיסה בהחזר' די"ל פיון דתפס ברשות הוי כפרור שלו והב"ד פסקו דמהני תפיסה י"ל דבזה אינו מועיל תפיסה בהחזרה או די"ל מ"מ פיון דלא פסקו הב"ד בפרור דהוא שלו רק מספק בזה מהני תפיסה י"ל דמ"מ אם תפס זה בהחזרה מהני.

ולכאור' יש להוכיח פן מדברי הש"ך (סי' של"ב ס"ד) דכתב בהא דכ' שם בש"ע א"ל בעה"ב בד' והלה השליח ואמר להם בג' ואמרו כמו שאמר בעה"ב אעפ"י שפלאכתן שנה ד' אין להם אלא ג' שהרי שמעו שלש' וקבלו עליהם ובש"ס ר"פ השוכר את האנמנין הוא בעיא דלא איפשיטא וכתב הרי"ף הלכה לית להו אלא ג' וכתב בש"ך ולפי"ז אם תפסו הפועלים ד' לא מפקינן מנייהו ואפילו אין מלאכתן שנה ד' מהני תפיסתן.

ושם לכאורה הטעם הא דלא אמרינו פועלים בחזקתן קיימו כמו בקרקע במשכיר בית בי"ב דינרין לשנה דינר לחודש דפסקינן כר"נ אפילו בא בסוף החודש קרקע בחזקת בעלים עומד' וכולה למשכיר והיינו דבקרקע דנין בסופו על תחילתו ואם באו בתחילת חודש אמרינו קרקע בחזקת בעלים עומדת פן אף אם באו בסוף החודש וה"נ בפועלים אם באו בתחילת פועלתו הוי הפועלים מוחזקין והנה נמי הדין אף אחר שעבדו עבודתן דיתחיי' לשלם ד' כמו שהוא שנה ד' וצריף לומר דזה דומה לדין דמלמד המבואר בס' (שי"ב) דאם נתעברה השנה דא"ח לשלם והטעם משום דלמד עם הבן מדעתו הו"ל כתפס ברשות וכן כתב שם בקצוה"ח הרי מבואר דאף בתפס ברשות מהני תפיסת הפועלים א"כ וכדברי הש"ך דכ' דמהני תפיסת הפועלים מבואר פן בש"מ ב"מ שם משם הרמ"ד: אולם באמת מדסתם הרמב"ם והפוסקים והש"ע אין להם אלא שלשה שהרי שמעו וקבלו עליהם משמע דהוי מן הדין ולא מצד ספק והטעם י"ל דהא פבר הקשה הר"ן ב"מ בהא דמשכיר בית דאמאי אמרינו קרקע בחזקת בעלים עומדת הא כמו כן השוכר מוחזק במעות ואמאי לשמואל דל"ל קרקע בחזקת בעלים אפי"ה בבא בתחילת חודש צריף לשלם דינר לחודש ולא הוי מוחזק בשכרו וכ' משום דחיובו של שוכר פרור שחייב ליתן לו י"ב לשנה דאפילו את"ל חודש העיבור דשוכר הוי מ"מ אם ירצה המשכיר שידור בו אי אפשר לו שיפטור מחובו די"ב משא"כ חיובו של משכיר יש ספק בעיקר חיובו דשמה אין העיבור בכלל לכה מחייבנו לפרוע למשכיר ששכרו פרור ולא מפקינן מחזקתו.

ובתנאים תמה ע"ז דהא כמו כן חיובו של משפיר אינו ברור דאם אין מניח לו לדור החודש העיבור אמאי מחייבין לו לשלם י"ב הא חסר לו חלק שלש עשר ומעולם לא נתחייב לו שלמים וכבר ביאר ע"נ הדבר בקה"ס פיון שפייד המשפיר להניח לו לדור החודש הי"ג גם פן אין ביזו לגרוע מחובו כלל הלכך אין הספק נופל אלא בקרקעו של המשפיר אם החודש עיבור עדיין משועבד להשוכר או לא ומוקמינו קרקע בתוקת בעלים ודומה לאילן סמוך לעיר דבס' קוצץ ואינו נותן דמים וה"נ דהו"ל פאלו הו"ל למשפיר ביד השוכר הלואה מיוחדת דל"ה תפס ברשות ואף דבשכירות דינשו מתחילה ועד סוף א"כ לא חל מיד פשנגמר השכירות רק כל שעמא ושעמא זמנו דחיובו הוא וא"כ גם חיובו של השוכר אינו ברור דאם השכירות ה"ה בי"ב לשנה עדיין לא נתחייב אלא לפי החשבון והעלה דפלוגמא אם ישנו לשכיר מתחילה ועד סוף ואינו אלא לבסוף אינו רק בשכירות פועלים ולא בשכירת בתים ומטלטלין דשכירות ליומא ממכר הוא מיד פשנגמר נתחייב בכל השכירות והביא לזה ראיה מתשובת רשב"א המובא ב"י (סי' שי"ב) באם מת השוכר דאין היורש יכול לצאת מן הבית דשכירות ליומא ממכר הוא.

אולם המעיין בתשובת רשב"א (סי' שכ"ח) יראה דעמד ע"ז וכו' אף שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכל יום ויום מתחייב כנגד אותו יום מ"מ אין השוכר רשאי לצאת בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות אלא שהוא מחויב שלא להניח לפני זה עד זמנו מבואר דאף בבית דשכירות ליומא ממכר הוא מ"מ החיוב חל כל יום ויום וכן מבואר בתוס' ב"מ (דף ס"ה) ד"ה שכירות דגם בשכירות בתים שייך דינשו לשכירות מתחילה ועד סוף וכבר הרגשותו בזה בהגהותי בד"ח בדיני שומרים (סוף סי' כ"א) להשיג על הקה"ס בזה: אף בדברי הר"ן בטעם הדבר דחיובו של השוכר הוא ברור ודאי אין לנו רק כמו שכתב הקה"ס דדומה לאילן פיון דאם מניח לו לדור החודש העיבור ודאי חייב לשלם הי"ב אין הספק נופל רק על הקרקע לא על חיובו וכן ביאר בספר קרית מלך רב (ח"ר סי' כ"ד) בתשובותיו והרגיש בזה ג"כ דמ"מ עדיין לא חל החיוב וכתב דחיובו של השוכר ברור ליתן לו הי"ב קודם י"ג בלא מנע דאי תפסינו לשון הראשון א"כ סוף סוף למה אמר דינר לחודש ועל כל פנים צריך לומר דה"ק ליה שתתן לי י"ב דינרים לשנה על תנאי שתשלם לי דינר בכל חודש ולא אמתינ עד סוף השנה פדין שכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף א"כ בסוף י"ב חודש חייב לשלם כל השכירות ומכ"ש אי תפסינו לשון אחרון משא"כ בחיובו של משפיר שהרי יש ספק בעיקר חיובו עיי"ש בדבריו וא"כ י"ל בהך בעיא דפרק האומנין דשם הוא ככל פועל דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף ואם באו לדון בתחילה אמרינו דחיובו של הפועלים הוא ברור ונתחייב לעשות פעולתו [אם לא פועל יכול לחזור] ויאמר בעה"ב אף אם הדין הוא דאדבוריה דבעה"ב קא סמכת מ"מ אתה פבר נתחייבת בהפעולה ובזה אין ספק ועיקר הספק הוא על חיובי אם אהי' חייב ג' או ד' לכן אין לו אלא ג' ועיי"ש בס' קרמ"ר ובקה"ס שהעלה עפ"י דהמוכר דבר לחבירו וקנה הלוקח במק"ס ונולד ספק בכמות המכירה פמה מכר לו שאפילו לא נתן הלוקח הדמים כופין אותו ליתן כל הסף שקצוב והמוכר א"צ לתת לו רק כפי השיעור הפחות שהוא מוחזק בשלו אבל חזקת הלוקח בהדמים ל"ח לפי שעכ"פ אם יתן לו המוכר כפי שיעור הגדול לא יפטר מחובו והלוקח נתחייב מיד בכל הדמים והוא רק הלואה והלואה ל"ה כתפס ברשות וכן להיפך כשאין הספק בדבר הנמכר רק



בדמי המקח כמה הן אף שהמוכר מוחזק בחפץ שלו כופין אותו ליתן והלוקח אינו חייב רק שיעור הפחות דמיד שקנה להמקח בקנין נעשה החפץ כפקדון בידי המוכר ופקדון הוי תפיסה שלא ברשות עיי"ש בדבריו באר"ה.

וא"כ בהו איבעיא באמר לו בג' והשליח אמר בד' ואמרו כמו שאמר בעה"ב אין הספק נופל על הפעולה רק אם יתחייב בעה"ב ד' או רק ג' הווי הפעלים מוחזקין וכחו של בעה"ב בזה כמו פחו של בעה"ב כשנופל הספק על חודש העיבור דאמרינן דכיון דהחייב מי"ב דינרים הוא ברור על השוכר להביא רא' כן בזה כיון דחייבו של הפועלים הוא ברור רק הספק בכמה יתחייב בעה"ב הוי הבעה"ב מוחזק וא"כ בזה הוי כפירור גמור דא"ח רק בג' ול"מ א"כ שוב תפיסת הפועלים על ד': ולפי"ז יש לדון כמה שדן שם הקצוה"ח היכא דשלח שליח לשכור לו בית משמעון בשלשה אדומים לשנה ואזיל השליח ואמר לו בשנים ואמר שמעון כמו שאמר השוכר דאפילו אם כבר דר בו השוכר צריף לשלם שלשה כיון דהוא ספק ומוקי קרקע בחזקת המשכיר וכיון דנכנס ברשות חייב לשלם והסכים עמו בנתיבות רק כתב שנה דוקא כשהודיע השליח להמשכיר וידע מן הספק דומה ממש למרחץ והוי כתפס מספק וחייב להחזיר אבל אם השליח לא הגיד דברי המשכיר להשוכר ול"א לו רק ששכר בפחות ונכנס אדעתא דפחות ניהו דנאמר דהמשכיר לא נתרצה רק אעלו"א דהשוכר מ"מ כיון דהשוכר ל"ה לו פיסוק דמים גמור עם המשכיר דמי לדר בתצר חבירו בלא פיסוק דמים ואינו נותן רק שיוויין ולמ"ש יש לדון טובא דבגידון זה כיון דהשוכר זכה במקחו ובזה לא יש שום ספק וחייבו של המשכיר להניח לו לדור בהבית הוא ברור ורק הספק נפל בדמי השכירות בכמות אם נתחייב בג' או רק בב' ובזה יפה פחו של השוכר מפחו של המשכיר דאם יתן לו ג' כבר זכה בהבית וחייבו של השוכר הוא בספק בכמה יתחייב א"כ זה דומה ממש למשכיר לגבי מרחץ ולגבי מוכר ולוקח דלא חשיב חזקת השוכר והלוקח לכלום לפי שביד המשכיר והמוכר להעמיד מקחן בידין כפי המעולה שבמשונות והוי פחו ברור וה"נ השוכר ודאי זכה בהבית שבידו לתת לו העלויה והוי קנין ברור והספק רק על הסף מדמי שכירות ובזה הוי השוכר המוחזק.

וא"כ אף אם באו לדין תחילת השנה י"ל ג"כ דהשוכר הוי כמוחזק כיון דזכה בבירור בהבית והספק על כמות שיהי' מחויב לשלם והממע"ה: ברם בלוקח ומוכר היכא דהספק הוא בכמות החפץ ולא נתן מעות או שהספק הוא בדמי המקח אף דהוכיח כן הקה"ס מדברי המ"מ (פכ"ח) ממכירה כבר הביא דברי הש"ה (סי' רח"י) שפירש דברי המ"מ דאם הלוקח א"ר ליתן המעות עד שיתן לו המוכ' המותר אין כופין אותו ליתן.

וכנראה דזה אינו דומה למרחץ דשם הי"ב דינרים חייבו ברור וכמו שכתב הקמ"ר וא"י לעכב המעות עד שיניח לו לדור החודש י"ג. ובמטלטלין בכה"ג בשכירות בב' לשונות הסותרים בבא בסוף החודש הוי השוכר מוחזק ובבא בתחילת חודש ל"מ תפיסתו כיון דהחייב מתשלומין הוא ברור אבל בלוקח למה לא נימא אף דהחייב הוא ברור אם המוכר נותן לו כמעולה שבמשונות מ"מ יאמר הלוקח אני לא איתן המעות עד שתתן לי כפי המעולה שבמשונות ודומה להא דכ' הח"ץ בהגהות טו"ז (סי' ק"ג) בשומא דהדרא והיכא דהוציא הוצאות ולא השביח דעת המסבר דאינו נוטל הוצאותיו ודעת הסמ"ע דהמלכה

הוא המונחזק ואינו מתזיר עד שנותן לו הוצאותיו וכו' הטו"ז פמחבר ומדמה לאילן סמוך לעיר דבספק קוצץ ואינו נותן דמים ובשומא הדרא פינו דמ"מ הדרא וכינון דהתורה נדאית רק שיש ספק בתשלומין הוי הלנה המוחזק וכתב הח"צ דא"ד לאילן דשם בין פה ובין פה צריף לקוץ האילן תחילה וכינון שפכר קצץ צריף אח"כ להביא ראיה על הדמים וכן ביתומי אמרו אנו השבחנו גובה בלא נתינת המעות לאפוקי הכי אינו מסתלק מן הקרקע עד שימתן לו דמיו תחילה והבע"ח מוחזק בנדאי הרי אף דהתם קיי"ל דשומא הדרא ול"ב שום קננו מחדש לדעת ר"ן ונ"י אלא סלוק בעלמא כמו"ש שם הש"ף (ס"ק י"א) והוי הקרקע כמו פקדון ובכ"ז פינו דא"צ להתזיר הקרקע עד שימתן המעות והוי היושב בקרקע המוחזק א"כ ה"נ אף דכבר זכה הלוקח בהמקח מ"מ פשיש ספק בהכמות שצריף ליתן לו המוכר יאמר הלוקח לא אמתן המעות עד שתמתן לי כפי המעולה שבלשונות וכן פשהספק נפל בכמות דמי המקח יאמר המוכר לא אמתן החפץ עד שתמתן לי דמי המקח כפי המעולה דבזה הוי מוחזק ואף דהוי כפקדון בעלמא מ"מ יכול זה לעכב שלא ליתן המקח עד שימתן הדמים וכן הלוקח שלא ימתן הדמים עד שימתן לו המקח וא"כ הממע"ה כ"ז שנה רוצה ליקח ולהוציא מחבירו ואף די"ל דשם בשומא הדרא כ"ז שאינו נותן לו הדמים הוי מוחזק ממש ושליו הוא ואוכל הפירות משא"כ כאן הוי רק כפקדון מ"מ ל"ה כתופס דבר אחר עבור ספק חובו דכל חיובו של הלוקח אף שהוא ברור מ"מ לא נתחייב רק בתנאי שימסור לו המקח וכ"ז שלא נתן לו המקח לא נתחייב בדמיו לשלם והוי כאפותקי על אחריות המקח ואף דהוי הלנאה ול"ה תפיסה ברשות מ"מ לענין זה הוי מוחזק שלא התחייב לשלם עד שיקבל מקחו וכן המוכר אף דהמקח נקנה ללוקח והוי כפקדון בידו מ"מ יכול לתפוס אצויו וכ"ז שאין הלוקח נותן לו מעותיו ליפא חיוב עליו למסור המקח וא"כ כ"ז שאינו נותן לו כמות הדמים כפי המעולה שבלשונות אמרינו הממע"ה ואינו מחויב לתת המקח ביד הלוקח.

ועיין תשוב' רשפ"א המיוחסת (סי' פ"ה) באם המלוה והלנה מחולקין כמה הנה ההלנאה פינון דהמלוה אינו טוען בגוף המשכון חייב להתזיר כמו שאמר הלנה דהוי פיתומים אמרו אנו השבחנו.

ובש"ף (סי' ע"ב) העלה דהנה מוחזק וע"ש בדברי משפט מאאזמו"ר זצ"ל (ס"ק י"ב) דהערה בזה דתליא במחלוקת הטו"ז והח"צ ונהביא דברי תוס' ב"ק (דף מ"ו) ד"ה שור דכ' לר' ישמעאל דהמזיק יכול לסלקו בזווי הוי המזיק מוחזק ובש"מ שם משם הרשפ"א כתב פינון דהוי כאפותקי עד דנותן לו הדמים אין המזיק נקרא מוחזק וזה כשיטת הח"צ ע"ש וה"נ דכונתיה בלוקח ומוכר דכ"א א"ח לתת לחבירו עד דנותן לו שליו הוי הממע"ה ואין זה יכול להוציא מזה עד שנותן לו כפי המעולה שבב' הלשונות.

ועיין רמ"ה ב"ב פ' מ"ש (סי' ע"ב) דכ' בהא דגבי סבלונות יש שם איבעיא שבח סבלונות מהו ופירש שבחן למי ועלה בתיקו וכתב פינון דאפילו את"ל לאשה דינא הוא דשיימינו לה שבחא ומסלקינו לה מינייהו בדמי ודדרי סבלונות לבעל בעינייהו דדיד' ניגהו כמאן דהדרי דמי וכי מספקא ליה לגמרא לענין דמן הוא דמספקא ליה ולענין דמי הוי איהי תובעת וארוס נתבע ונדמא להא דיתומים אמרו אנו השבחנו וכינון דהני סבלונות למגב' קיימי כמאן דגבוי דמי ודמי אמרינו לתובע אייתי ראיה ושקול הרי אף לה צד דשבחא

דממילא לאשה הוא אינה חייבת להחזיר עד דמסלקה בְּדָמִים מ"מ פִּינּוּ דלמגבא קיימי כּמאן דגבו דמי וְהוּי הָאָרוּס הַמּוֹחֲזֵק וְעֵינָן ב"ש אה"ע (סי' נ' סק"ו) דְּכַתְּבֵי וּבְכוּלָּם אֵין מוֹצִיאֵן מִמְּנָה הֵינּוּ דְּמַפְרֵשׁ בְּהָךְ אִיבְעֵיָא שְׂבַח סְבֻלוֹנוֹת כְּמוֹ שְׂפִירֵשׁ הַנ"י אִם בְּלוּ אִם חֵיבֵית לְשֵׁלֶם אֲבָל לְפִירֵשׁ הָרֵשֶׁבֶ"ם דְּעַל הַשְּׂבַח עֲצֻמוֹ הַאִיבְעֵיָא הוּא מוֹצִיאֵן מִמְּנָה כְּמוֹ ש"ה רמ"ה עכ"פ לְכַאוּרָה דַּעַת רמ"ה פְּשִׁיטַת הַטּו"ז וְדִלָּא כַּהֲח"צ: אָךְ לְמִשְׁפּוֹן אֵינוֹ דוֹמָה דְּהָא גַם שָׁם כְּתִב הָרֵשֶׁבֶ"א הָא דְאֶנְשֵׁן אָךְ שְׂהוּא ת"י א"נ רַק בְּמַגּוֹ דְשָׁם לָאו בְּתוֹרַת מִשְׁפּוֹן בָּא לִידוֹ וְהַפְּנוּנָה אָךְ דְּאֵין לוֹ קִנְיָן רַק כְּפִי הַחֹב וְלֹא בְּכָל הַמִּשְׁפּוֹן וְא"כ נִוְקָמִי עַל חֲמַר"ק וּבִקְצוּה"ח (סי' ע"ב ס"ק כ"ה) פְּתַב דְּהו"ל דְּרָרָא דְּמִמוּנָא פִּינּוּ שְׂפִידוּעַ בְּעֵדִים שְׁלֹנָה וְלֹא יִדְעוּ כְּמָה וּבַע"ח קוּנָה מִשְׁפּוֹן וְהַסְפֵּק לַב"ד עַפ"י עֵדִים אִם חֵלֵק גְּדוּל אוֹ קֶטֶן מְהֵי תְּפִיסָה הַמְּלֻנָה.

וּבְנִתְיָבוֹת שָׁם כ' דְּכֵינּוּ דְּאֵין דְּנִין רַק עַל הַשְּׂעֵבּוּד ל"ה דְּרָרָא דְּמִמוּנָא וּבִלְא"ה אֵי אֶפְשָׁר לֹאמַר כֵּן לְדַעַת רַמְבַּ"ן וְרֵשֶׁבֶ"א דְּאָךְ בְּדְרָרָא דְּמִמוּנָא ל"מ תְּפִיסָה. וְע"כ שָׁם הַטַּעַם דְּהוּי כְּתַפְּסוּ בְּרִשׁוֹת פִּינּוּ דְּהַחֲפִיץ יֵצֵא מִחֻזְקַת מַר"ק וְזֹאת יִדְעֵנוּ בְּבִירוֹר שְׁהֵלְנָה הַשְּׂפִינּוּ בִּידוֹ וְזָכָה בְּקִנְיָנוֹ וְלֹא יִדְעֵנוּ בְּכַמָּה א"כ אִיתְרַע הַחֻזְקַת מַר"ק וְנִאֲמָן זֶה בְּטַעֲנוֹת בְּרִי שְׂהַקְנִינוּ הִי עַל חֵלֵק גְּדוּל.

מִשָּׂא"כ בְּאֶנְשֵׁן אָךְ דִּיכוֹל לְתַפְּסוֹ לְמִשְׁפּוֹן עַל מְמוּנֵי שְׂחֵיב לוֹ מ"מ פִּינּוּ שְׂזָה לֹא הַחֻזְקַת לְמִשְׁפּוֹן הוּי כְּמוֹ תוֹפֵס דְּעֵלְמָא דַּא"נ רַק בְּמַגּוֹ. וְעֵינָן מ"ש אַאזמ"ו ו"ל בַּד"מ שָׁם לִינְשֵׁב קוֹשְׁיַת הַתְּנָמִים מְהָא דְּמִבְּנָאָר בַּא"ה"ע (סי' כ"ח) אִם הַפְּלִי הוּא בְּיַד הָאֶנְשֵׁן וְקִידֵשׁ אִשָּׁה בְּשָׂכְרוֹ דְּמִקְדָּשַׁת הָרִי מַה דְּתַפְּס עַל שְׂכָרוֹ הוּי כְּמִשְׁפּוֹן דְּשָׁם אֵין לוֹ שְׂעֵבּוּד רַק בְּהָאֵי הַנָּאָה וְא"ד לְמִשְׁפּוֹן וּבְאֶמְתַּת בְּפִשְׁטוּת א"ש דְּשָׁם לֹא בָּא לִידוֹ בְּתוֹרַת מִשְׁפּוֹן רַק בְּתוֹפֵס עַל חוֹב בְּרוּר אֲבָל הֵיכָא דְּהַסְפֵּק הוּא בְּטַעֲנוֹתֵיהֶם וְדַאי אֲזֵלִינּוּ בְּתַר חֲמַר"ק וְלִכְךָ א"נ רַק בְּמַגּוֹ מִשָּׂא"כ בְּמַסְרוֹ לִידוֹ בְּתוֹרַת מִשְׁפּוֹן שְׂזָכָה בְּרִשׁוֹתוֹ וְהַקְּנָהוּ בּוֹ לְשַׂעֲבּוּד מִשְׁפּוֹן בְּזָה כְּבָר אִיתְרַע הַחֻזְקַת מַר"ק וְהוּי כְּמוֹחֲזֵק: וְא"כ בַּנְד"ד דְּנִחְזְלָקוּ בְּכַמּוֹת דְּמִי הַמְּקַח אוֹ בְּכַמּוֹת הַמְּקַח אָךְ דְּהוּי דְּרָרָא דְּמִמוּנָא מ"מ פִּינּוּ דַּל"מ תְּפִיסָה בְּסִפְיָךְ דְּדִינָא אָךְ דִּישׁ לוֹ לְמוֹכַר זְכוּת שְׁלֵא לְהוֹצִיא הַמְּקַח מִת"י עַד שְׂיִקְבַּל מְעוּתָיו וְכֵן לְלוֹקֵחַ שְׁלֵא לְהוֹצִיא מְעוּתָיו עַד שְׂיִקְבַּל הַמְּקַח מ"מ פִּינּוּ דְּלֹא בָּא לִידוֹ בְּתוֹרַת מִשְׁפּוֹן וְקִנְיָן וְחִיּוּבוֹ הוּא בְּרוּר יֵשׁ לֹאמַר דַּל"מ תְּפִיסָתוֹ מְסַפֵּק.

וְכֵמוֹ כֵּן יֵשׁ לֹאמַר בְּהָא דְּשׁוּמָא הַדְּרָא אָךְ לְשִׁיטַת הַח"צ דַּא"ד לֵאִילָן הֵינּוּ דְּשָׁם כְּבָר זָכָה הַמְּלֻנָה בְּהַקְּרַע מְדַעַת ב"ד וְאָךְ דַּא"צ הַקְּנָאָה בְּהַחֲזָרָה מ"מ כ"ז שְׂאִינוּ מְקַבְּל דְּמִי הַקְּרַע לֹא יֵצֵא מִרִשׁוֹתוֹ וְכֵינּוּ דְּחֲמַר"ק שְׁל הַבְּעֵלִים אִיתְרַע אָךְ דְּחִיּוּבוֹ בְּרוּר לְהַחֲזִיר אִם נוֹתֵן לוֹ כָּל מְעוּתָיו מ"מ הוּי לְעַנְיָן זֶה כְּמוֹחֲזֵק הוֹאִיל דִּישׁ לוֹ קִנְיָן בְּגוּף הַדְּבָר אָךְ לְהָךְ צַד דַּא"צ לִיתֵּן לוֹ הוֹצֵאוֹתָיו כְּשֵׁלֵא הֵיכָא שְׂבַח לְכֵן בְּסַפֵּק הַנּוֹפֵל הוּי כְּמוֹחֲזֵק עַד שְׂמִסְלֵק לוֹ כָּל דְּמִי מִשָּׂא"כ בַּנְד"ד דְּכְבָר זָכָה הַלּוֹקֵחַ בְּהַמְּקַח וְהוּי כְּפִקְדוֹן וְאֵין לוֹ שׁוּם קִנְיָן בְּהַמְּקַח וְגַם זֶה נִתְחַיֵּיב בְּדְמִי אֲזֵלִינּוּ בְּתַר חִיּוּב הַבְּרוּר וְיַד הַסְּפֵק עַל הַמְּחַתְּוּנָה דְּהוּי כְּתוֹפֵס דְּבָר אַחַר בְּשִׁבְיָל סְפֵק חִיּוּב וְדוּמָה לֵאִילָן שְׂכַתְּבֵי הָרֵשֶׁבֶ"א בְּתַשׁוּבָה (ח"ג סי' מ"ח) דַּאִינוּ קְנוּי לוֹ לְכָךְ וְהַטְּלִית עוֹמֵד לְחֲזָרָה וּמְדַמָּה הָרֵשֶׁבֶ"א לַס' דַּאִילָן מְוַקְדָּם פִּינּוּ

דלמיקז קאי פדקז דמי כ"כ בטלית פיון דעומד לחזרה הוי פמוחזר וה"נ דכונתי אף דהוי דררא דממונא מ"מ ל"מ תפיסתו של הבא בספק.

ואף בבא לידו בתורת משפון אף פי הש"ה הוכיח מדברי רמב"ם דנאמן בשבועה בלא מגו אינו מוכרח ועד נאמן לזה דדעת ר"י מיגאש ז"ל רבו של הרמב"ם מבואר בתשובותיו (סי' קצ"ב) דהיכא דליפא מיגו א"נ וכן דעת הטוש"ע.

והש"ה שיהכריע פדעת רשפ"א דחזר בו ומחלק בין אמן למלנה על המשכון כ' פיון דהרשפ"א חזר בו וליפא מאן דס"ל בהדיא דחייב להחזיר המשפון הכי נקטינו וכיון דזכינו לאורו של הר"י מיגאש ז"ל דכ' להדיא דבלא מיגו א"נ ומדברי הרמב"ם (פי"ג) ממלנה אינו ראיה כמ"ש במל"מ שם ושאר מחברים ודאי דהוי סד"ד.

ולא עוד אלא גם במשפון י"ל בדעת הרשפ"א כפי מ"ש בתשובת בשמים ראש (סי' שנ"א) דהימוני הימני וכי היכא דיהב ליה המשפון דלא לשקר בי' בפירעון הכי נמי יהיב לי' דלא לשקר בי' בסכום הלואה וכיון דשניהם מודים פיצד בא לידו כמו כן יכול להיות שהלנה עליו רב כמו מעט והוא משפנו עד שישלם לו כל כמה דלא משלם זכה האי במשפנו עכ"ל שם ויבואר א"ה לקמן דיני הלואה.

וא"כ מפל זה אינו ראיה דהוי בלוקח ומוכר פמוחזק ורק מטעם תפיסה בסד"ד אתינן עלה ול"מ תפיסה שלא ברשות. ודינו של הקה"ס נכון הוא וכבר כתב שפן נראה מדברי רמב"ן בדיני תפיסה ובאמת שפן כ' בש"מ ב"מ משמו דהיכא דאמר ליה איסתרא וקנה הלוקח בקנין המועיל על המוכר להביא ראיה וליטול וכמו גבי אילן קוצץ וא"נ דמים: הדרן לדברינו די"ל בהך בעיא דפרק האנפנין דל"מ תפיסת הפועלים.

ומ"מ יש לדון פיון דלדעת הסמ"ג ל"מ תפיסה אף בתפס ברשות אף דכל הפוסקים חולקים ע"ז מ"מ יש לומר פיון דל"ה רק תפיסה מהני התפיסה בהחזרה לאוקמי על חמר"ק. שוב ראיתי בס' פתח הבית דיני תפיסה.

(ענף י"ג) דחקר בזה וכנראה דהעלה דמהני תפיסה בהחזרה אף להסוברים ת"כ מוציאין מידו. ועיין בש"מ ב"מ שם בדיני תפיסה להרמב"ן דכ' להדיא דבתפס ברשות כמו הכור בלמד סאה בסלע דראשון ראשון קנה משום דתפס ברשותו של מוכר דאעפ"י שחזר מוכר ותפס מוציאין מידו ע"ש אולם להסוברים ת"כ אין מוציאין מידו י"ל דמהני תפיס' בהחזרה אף בתפס ברשות.

וכן נראה בתפיסה קודם שנולד הספק דהעלה הת"כ דמהני דגם בזה מהני תפיסה בהחזרה. וכינוי דלכמה פוסקים ורמב"ן בראשם אף תפיסה קודם שנולד הס' מוציאין מידו ואזלינן בטרמר"ק א"כ אם תופס ממנו בהחזרה יכול התופס לומר קים לי כהנהך פוסקים דלא מהני תפיסתו דראשון.

שוב ראיתי בקה"ס דמסתפק בזה בתפיסה קודם שנולד הספק וכתב דיותר מסתבר דמהני תפיסת הבעלים מן התופס ובתפיסה ברשות העלה דל"מ תפיסה בהחזרה. ולענ"ד נראה דבתרנויהו מהני תפיסה בהחזרה ויכול לומר קים לי כהנהך פוסקים דל"מ תפיסת התופס ובפרט בתפיסה קודם שנולד הספק דרבו הפוסקים דל"מ א"כ אף דהש"ה בת"כ העלה

דאין מוציאין מ"מ כ' (סי' י"ט) כל היכא דקיי"ל תפסו אין מוציאין מיזדו הה"ד אם חזרו ונתפסוהו בעלים הראשונים א"מ מיזדו.

ובגת"ב כ' פינו דתחילת דינו של השני הוא הממע"ה לא מהני תפיסת הראשון כמו"ש הסמ"ג ולא אדע הא בזה מסייעו להתופס השני חמר"ק וגם דלרוב פוסקים ל"ה מהני תפיסת הראשון ותחילתו של הדין מן תופס שני אינו הממע"ה למה לא יכול לומר קים לי כמו בכל פלוגתא דרבנותא דמהני תפיסה אף אחר שנולד הספק ויכול לטעון קים לי.

ומ"ש הסמ"ג דהיכא דתחילת דינו הוא הממע"ה ל"מ תפיסה זה אם נאמר בתיקו דל"מ תפיסה דאין מי שיקריע מה שהניח הש"ס בתיקו משא"כ במחלוקת הפוסקים וכיון דהוא מחלוקת הפוסקים אם מהני תפיסת הראשון לכל למה לא יכול לומר קים לי אם תופס בהחזרה: סי' מג הגם אם נאמר דבקרע מהני תפיסה היכא דהדין הוא דיתלקו מ"מ בקה דיןא דתה"ד (סי' שנ"ב) בשתוקי שנתן במתנות שכ"מ לאמו בית אחד וכשמת החזיק ראובן בבית ועשה בו קנין המועיל לזכות מן ההפקר וכ' הת"ה פינו דהיא פלוגתא דרבנותא אם מהני צנואת השכ"מ כשהוא שתוקי דיש לו דין גר שאין לו יורשין הדין הוא דחולקין והקשה הקצוה"ח דהא פינו דהחזיק אין תפיסה גדולה מזה וכתבתי בדברי חיים בדיני תפיסה (סי' ה') דבקרע ל"מ ובאמת יש לומר דהיכא דהחזיק ויושב בהקרע דמהני תפיסה היכא דליכא מר"ק משא"כ אם החזיק ועשה קנין ולא נכנס בהבית זה ל"מ גבי קרע וכן משמע הלשון של התה"ד שכתב כה"ג דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין וישם הנה תפיסה שעשה קנין א"ו פינו דאינו יושב בהבית ל"ה פתופס ועיין בקה"ס (פ"ל ג' אות ז) דגבי תפיסה בטענת ברי או בפלוגתא דרבנותא להסוברים דמהני תפיסה כל שהניח התופס הדבר שתפס מרשותו לרה"ר ואתי אינדו ותבע לי לקמן לדינא יתבינו ליה לאידו שיש לו חמר"ק ובדבר שאין אחד מוחזק בו מוקמינו אחזקת מר"ק אלא דכ"ז שהלה תופס לא מפקינן מיניה ואין כחו בתפיסתו אלא בזמן תפיסתו עיי"ש וא"כ מכ"ש בקרע כשאין יושב בו דאינו בא אלא בכח חזקתו שהחזיק בו כ"ז שאינו יושב בו אף דליכא מר"ק מ"מ פינו שהיא ספיקא דדינא הדין הוא דיתלקו.

ואף דבמטלטלין לא משמע פן מפל המחברים רק אם מהני תפיסה כשזכה פעם אחד בו בכ"מ שהוא מונח הוי פתופס בו מ"מ בקרע ודאי יש לחלק בין אם יושב בה או לא. ועוד יש לומר דשם בגידון דתה"ד שייך קצת חזקה להנכסים שלא יצאו מרשות שיהיו הפקר דאם נאמר דמהני צנואת השתוקי שתזכה אמו בהבית לא יצא הבית מעולם מחזקת בעלים דכשמת השתוקי זכתה האם ולא יצא להפקר ואם לא מהני הצנואה תיכף כשמת יצא מחזקת בעלים ונעשה הפקר בלא בעלים והוי כמו חזקת הגוף דלא נעשה הפקר ואף דלא מוקמינו על חזקה הזאת בטרם שזכה אחר להחזיק בחזקת האם עפ"י צנואתו היינו דהחזקה כזו ל"מ להכריע הדין לכה דנינו יתלקו אבל מ"מ לגרוע תפיסת האחר שפא לזכות במה דעשה חזקה וקנין המועיל לנכסי הפקר מהני חזקה הזאת.

ואף די"ל ג"כ דדומה קצת להא דיבמות (דף צ) אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וכתב שם רשב"א דהחזקה הי' כשימות בעלה תהיה מותרת עד שישתנה הדבר וכיון דהוי ספק

במעשה המכשיר מוקמינו על התזקה שהיינו מחזיקו בה דהרי מת וקברו לפניה וה"נ היינו מחזיקין פשימות יהיו נכסיו הפקר ובהרי מת וקברו לפניה ואנו באנו לומר דנעשה השתנות בשביל שנתן לאמו במתנות שכ"מ וכיון דהוי ספיקא דדינא אם מהני המתנה עליה להביא ראיה מ"מ י"ל פיון דאנחנו דנין על הבית אם הוא הפקר או לא מחזיקינו בתזקה דמעיקרא שיש לו בעלים: וגם במטלטלין מצינו בהכרח לדון על תזקה הזאת דהא מבואר מס' ב"מ (דף כ"ו) דקתני שם במתניתין מצא בכותל חדש מחציו ולפנים של בעה"ב קאמר בש"ס תנא אם היה כותל ממונא מהו חולקין ופריה בש"ס פשיטא ומשני ל"צ דמשפע בחד גיסא מ"ד אשתפוכי אשתפוף קמ"ל ולכאורה קשה ל"מ דאין פאן פשיטות אף אליבא דאמת אמאי יחלקו הוה פיון דהוי ספק במציאות אם אחד מבני רה"ר נתנו שם ושכחו וכיון דשתיף כפר נתיאשו הבעלי כמו שכתב שם רש"י ותוס' או דבעה"ב הניח שם ואינו שוכח חפציו ימים רבים א"כ אף אם היה הכותל ממולא ולא ידענו ממי בא לשם למה ל"מ תפיסת המוצא לשיטת הסוברים דבכל ספק אמרינו הממע"ה ואף אם ל"מ תפיסה נגד מר"ק מ"מ פאן ליפא חזקת מר"ק דאנו לא ידענו משל מי בא לשם אמאי אמרינו יחלקו וצריף לומר דעכ"פ יש תזקה דכמו שהי' להחפץ הנמצא פעם אחד בעלים פן נשאר לו בעלים ואם בא מבני רה"ר לשם בהכרח אנו מוציין החפץ מרשות בעלים ונאמר דהיה הפקר עד שזכה המוצא ואם נאמר דמבעה"ב בא לשם מחזיקינו להחפץ שלא יצא מרשות בעלים ולא נעשה הפקר לכה הדין הוא דיחלקו הואיל דל"ה תזקה ברורה להוציא בזה מיד המוצא ואף לדעת הרמב"ם וסייעתו דת"כ אין מוציין אף דהוא נגד חזקת מר"ק ואמאי לא מהני שם תפיסת המוצא.

בע"כ צריף לחלק דדוקא במקום שיש דררא דמונא ובלא טענותיהם ואף בטרם שפא התופס לזכות ה"ג"כ דררא דמונא אם זה ממון של בעלים או שחייב לתת לכהו וכן בכל הספקות שיש דררא דמונא מי היו הבעלים משא"כ שם בטרם שפא המוצא החפץ ל"ה לו בו שום דררא דמונא פל שיעדיין לא זכה בו.

לכהו א"י לזכות מן הספק. פיון דיש לבעה"ב לסייעו תזקה שהחפץ הנמצא ל"ה הפקר מעיקרא: וקצת י"ל דשם לכהו ל"מ תפיסה למ"ש הרא"ש (פ"א) דב"מ גבי בעיא דמשיף בהמה זו לקנות פלים שעליה דבמציאה והפקר אם אמר אני מושף בהמה לקנותה והפלים דקנה פיון דהוא מוחזק מספק ול"מ תפיסת האחר שאין לו שום טענה.

ובמס' ב"ב גבי החזיק בשדה לקנותה ונחברתה דכ' הרא"ש דאם החזיק אחר קנה ומחלקו הגדולי האחרונים בין קרקע למטלטלין במטלטלין הוי הראשון עכ"פ תופס ומחזיק לכהו ל"מ תפיסת השני משא"כ בקרקע וע' קצוה"ח (סי' ר"ב) שביאר הדברים אף דתפיסת הראשון אם אינו זוכה ל"ה מוחזק וכתב דמ"מ תפיסה הוי וכמונח ברשותו אף דאינו קונה ע"י חצר מהלכת מ"מ רשותו הוי ואם מונח בחצר שאינו משתמרת הוי ג"כ מוחזק עיי"ש וא"כ יש לומר נמי לענין זה דהא סוף סוף היה מונח ברשותו וא"כ ה"נ אף דהחצר אינו קונה לו היכא דאינו רגיל ומצוי כמ"ש הראשונים מ"מ ברשותו היה מונח ול"מ תפיסתו בטענת שפא להוציא מרשות בעלים.

אף מ"מ לשיטת הרמב"ם ע"כ צריף לומר דיש תזקה לסייע לבעה"ב וכמו"ש וגם שם הרמב"ן ור"ן ונ"י ב"מ שם חולקין ע"ז וסוברים דמהני תפיסת השני ואין ספק קנין

מוציא מידי נדאי קנגן שזכה בו השני כמבואר בקה"ס באורח וע"כ צריך לומר דשם יש חזקה לסייע לבעה"ב ולכך הדין הוא יחלוקו.

ואין לומר דשם יש לסייע לבעה"ב שהוא הניח שם דאזלינו בטר קרוב ונאמר דמבעלי פא לשם ותלינו דבא מקרוב ז"א דהא נגד קרוב יש רוב רובא דעלמא ונאמר דבא לשם מן רובא דעלמא ועיין פנ"י פתובות (דף י"ג) דלכך צריך קרא דמתזירין אבידה בסימנין דבלא"ה לא פרי ושמא פרי עדיף משום דאזלינו בטר רובא דעלמא וה"ל דכונתה ואדרבה יש להבין אמאי מוציאין שם מיד המוציא ואמרין יחלוקו הא רוב וקרוב רוב עדיף א"כ גיזל בטר רובא דעלמא ונאמר דמרבא דעלמא פא לשם היינו מבני רה"ר ואולי יש לומר דוקא באבידה דע"כ מאחד נפל תלינו דפריש ובא לכאן מן רובא דעלמא משא"כ בזה דאחד הניח שם מדעתו ואיירי בשתיקה ואם נאמר דא' מבני רה"ר הניחו שם צריך לומר דמסתמא כבד בקשו בעלים ולא מצאו ונתניאשו ובעה"ב אינו שוכח חפציו ימים רבים לכך יש יותר הוכחה לומר שהוא של בעה"ב ממה שנאמר דמאחר הוא ושכחו ונתניאשו יאשו דבקשו ולא מצאו דזה הוי לא שכיח כמו דלא שכיח לנפילה ומצינו דל"ח לנפילה כמ"ש תוס' ב"ב (דף כ"ג) ד"ה ודאי דהיכא דמצי למימר דמשוכח פא לית לן למיתלי ולהחזיקו בנפילה דבני אדם גזרין שלא פול מהם היונה וה"ל דכונתיה נדאי ב"א גזרין לחפש אחרי חפציהם שהניחו במקום אחד ועיין תוס' ב"מ (דף כ"ב) ד"ה דליכא (נדף כ"ה) ובמ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני אבידה (סי' א') בזה.

וה"ל דכונתו יותר שכיח למתלי שבעה"ב הניח שם. אף א"כ נימא דיחזור לבעה"ב דמסייע לו עוד קרוב ונימא דמקרוב פירוש ובא פינו דנגד רובא דעלמא יש סברא דחזקה אין ב"א שוכחין חפציהו ונזקרין לחפש יפה: ויותר קשה למ"ש הרמב"ם (פי"ו) מגזילה לה נאבידה וז"ל יראה לי שאין הדברים אמורים אלא כשטוען הבעה"ב שהמטמון שלו או שהיה יורש שאנו טוענין לו שמא של אביו הו' אבל אם הודה שהו' מציאה הרי הו' של מוציא וכיין דהבעה"ב טוען שהוא שלו למה לא נאמר פרי ושמא פרי עדיף פינו דאין להמוצא חזקת ממון וכבר כתבו הראשונים רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) ובש"מ ריש ב"מ דבכל מקום דהדין הוא יחלוקו אמרינו בו"ש פרי עדיף.

ויש להוכיח מכאן דהיכא דהוא מוחזק אף דליכא חזקת מר"ק לא לזה ולא לזה ג"כ אין מוציאין ול"א בו"ש פרי עדיף וכבר נסתפק בזה בקה"ס בס' קצוה"ח (פ"ל א') ועיין מה שכתבתי בזה לצדד ראיות דא"מ מדברירמ"ד בש"מ ב"מ (דף ק') ותוס' שם בספר דברי חיים דיני תפיסה (סי' ט') ועיין בדברי משפט (סי' פ"ג) ויבואר עוד א"ה בדיני הלואה.

ולכאורה מדברי הרמב"ם יש ראיה דאין מוציאין בטענת פרי. ומ"מ אינו מוכן הא דפריד הש"ס פשיטא דמה פשיטות יש בזה במקום שיש טענת פרי וסייעות קרוב עכ"פ צריך הבריימא ללמדנו דאף עפ"כ הדין הוא דיחלוקו.

ויש להתבונן עוד בדברי הרמב"ם שם דכ' אבל אם הודה שהו' מציאה ה"ה של המוציא וכתב המ"מ שם הטעם דהודאת בע"ד כמאה עדים ומשמע דמטעם הודאתו הוא ואם טוען שאינו זוכר משמע דאינו של המוציא וכרישא אמר דרק כשטוען בעה"ב שהמטמון שלו משמע דבלא טענת פרי שלו ה"ה של המוציא וכן הא דכתב פירוש שאנו טוענין לו שמא של אביו הוא מבואר דאף באינו יודע ג"כ הדין יחלוקו ואינו של המוציא ונדאי לא

טעניגן בעד היורש טענת ברי להוציא רק טענת שמא וכמו שפתיב הרמב"ם שאנו טועניגן לו שמא הרי כל דליכא הודאה אינו של המוצא וצריך לומר דאם בעה"ב טוען שא"י הוי ריעות' ואף בזה הוא של המוצא.

שוב מצאתי בס' בית מאיר(סי' ק"ז) דעמד נשם על הש"ס הנ"ל דמה הפשיטות ועיי"ש דמדחיק א"ע טובא דבטענת שמא ותפיסה גרוע ל"מ ומ"מ צ"ע: סי' מד היכא דיש מחלוקת הפוסקים ומהני תפיסה יש מחלוקת בין המחברים אם צריך התופס לטעון קים לי כמבואר בהכנה"ג רק עבור יורשי טועניגן קים לי לכו"ע והכריע בנתיבות דאם הוא מוחזק מעיקרא שלא מחמת תפיסה טעניגן עבורו קים לי אבל בתפיסה צריך דוקא לטעון קים לי אבל אנו לא טעניגן עבורו רק פשמת טעניגן עבור יתומים וסותר דברי עצמו שכ' (ס"ד) ליישב דברי הטור שפתיב בכמה מקומות אם תפס במאי דהוא בש"ס בתיקו דאין מוציאין ובכמה מקומות מביא מחלוקת הרמב"ם דסובר דאין מוציאין ודעת אביו הרא"ש ז"ל דמוציאין דכיון דבפלוגתא דרבנותא מהני תפיסה אף אם המחלוקת הוא בתפיסה עצמו וכיון דהתופס יכול לומר קים לי כרמב"ם דמהני תפיסה לכה סתם בדבריו ולא הביא דעת הרא"ש פיון שאין נ"מ בדבריו.

ואם הדין הוא דאין טועניגן עבורו קים לי בפלוגתא דרבנותא א"כ נ"מ טובא היכא דאין טוען קים לי כרמב"ם דאז מוציאין מידו פדעת הרא"ש: ועיין בס' ת"כ ריש הספר דתמה על מרן המחבר דסתם ביו"ד (סי' שט"ו) דת"כ אין מוציאין מידו דלמה לא הביא דעת החולקים שהם הרוב ולכאורה יש לומר פנ"ל דאף דיש חולקין מ"מ התופס יכול לומר קים לי כרמב"ם דמהני תפיסה לכה סתם וכן הרמ"א דהביא דעת החולקים דמוציאין לכאורה ליכא נ"מ דהא מ"מ פיון דדעת רמב"ם וסייעתו דאין מוציאין שוב יכול לומר קים לי פדעתם: אולם אם נאמר דצריך דוקא שיעטעון בעצמו קים לי שפיר הביא הרמ"א דעת החולקים.

אולם יש לומר מדברי רמ"א אינו ראיה דהא הוא הכריע דמוציאין וכתב וכן הלכתא וכנראה היכא דהכריע הרמ"א שוב א"י לומר קים לי וכמו שכ' בתומים ונתיבות דהוי פטועה בד"מ רק בדברי המחבר י"ל דלכה לא הביא דעת החולקים פיון דליכא נ"מ דאף בספק בתפיסה עצמה אם מהני יכול התופס לומר קים לי אולם אם נאמר דצריך לטעון קים לי שפיר קשיא ליה להש"ף.

עכ"פ פנראה הספמות הפוסקים דבתופס ואינו מוחזק מעיקרא צריך שיעטעון קים לי ובקה"ס העלה דבכ"מ טענת קים לי לא טעניגן ואף אם לטעון בעבור יתומים חוכה הרבה והמחברים מחלקים בין תופס למוחזק מעיקרא.

אף יש לומר דהיכא דתופס המוחזק מעיקרא בהחזרה מן התופס ממנו א"צ לטעון קים לי והב"ד טועניגן עבורו כמו בשביל המוחזק מעיקר' פיון דמסייע לו חמר"ק או די"ל פיון שזה פבר תפס וזכה בטענות קים לי שוב לא דייניגן מטעם חזקת מר"ק והתופס בהחזרה צריך ג"כ שיעטעון קים לי ולא טעניגן בעדו והדבר צריך הכרעה פדעת האחרונים: ברם להמבואר בסוף ספר גט פשוט (פלל א') בטעם הדבר דיכול לומר קים לי אף נגד רוב הפוסקים משום דאנו הולכין בממון אחר הרוב אף דאמרה התורה אחר רבים להטות ושנים מחייבים ואחד מזה חייב הוא מטעם שכתבו תוס' ב"ק ר"פ המניח



דעתם מיעוט דידהו כמו שאינו והיגו דמיעוט דדיינים מבטלין דעתם מפני הרוב ואף בב"ד של ג' אין היחיד יכול להורות פסקותו נגד חביריו הרבים וכל פללות הב"ד אף המיעוט מבטלים דעתם וזה דוקא פשהדיינים נו"נ ביחד הוי המיעוט כמו שאינו אבל בספרי הפוסקים פשלא ראו אלו את אלו ולא דברו זה עם זה אמרינן אילו אם היו נו"נ ביחד מפת הפלפול והיפוח אפשר דהמרובי' היו מודים לדברי המיעוט ושם האריף להוכיח מדברי רשב"א בתשוב' מובא ב"י (סי' י"ג) דאין הולכין אחר הרוב אלא פשרבו מתוך מו"מ של פולם אבל פשהמיעוט איננו לא שאלו היה שם אותו אחד שמה היה מראה טעם היפה מה שהספימו הרוב ויודו הרוב בכף וכן האריף שם להוכיח מדברי מהרי"ק והרלב"ח דרובו מתוך פולו בעינו שיהיו נו"נ יחד אבל במחלוקת הפוסקים זה אוסר וזה מתיר ל"ש בזה אחרי רבים להטות והוי ספיקא דדינא כל שלא נו"נ יחד ועיי"ש וא"כ פיון דכל עיקר דיכול לומר קים לי הוא באם אין הב"ד יודעים להכריע דאם יודעים ומכריעים מפת דעתם וראייתם לחייב ודאי א"י לומר קים לי דאין לה אלא השופט אשר יהי בימיה פמבואר מדברי רמב"ם (פ"א) מהלכות מקרים ובדברי רמב"ם במס' עדיות ועיין תשובת דרכי נועם ח"מ (סי' ט"ו) הביא דברי רדב"ז פן דמוציאין ממנו בע"כ וכתב דלא עדיף מהפקר ב"ד דכיון שהוא מןמחה אין לו אלא מה שיעניו רואות לזמנו ושעתו וכתב הדרכי נועם דהשתא דאין לנו מןמחה שיכול להפקיר ממון או להפקיעו מ"מ נ"מ פשקבלוהו עליהם לדון פפי מה שיורוהו מן השמי' אין הבע"ד יכול לומר קים לי.

ובקר פתבו פמה מחברים דכל הכלל קים לי ל"ה ולא נברא אלא מחמת חוסר פח הכרעה שא"י להכריע בין סברות החולקים אבל אם הדיין בר הכי הוא שידע להכריע יכול לדון פהכרעתו פיון דברור לו פאחותו ועיין יש"ש ב"ק (פ"ב סי' ה') נרק אם הב"ד א"י להכריע ולא עוז וכתב בינדם להכריע בין הפוסקים אז יכול לומר קים לי פהמזופים אף שהם מיעוטים נגד המחייבים וכיון דהז"ת הואיל דלא נו"נ יחד פמו"מ של הלכה ליפא רוב ולא אמרה התורה בזה אחרי רבים להטות ונשאר הדבר בספק לדינא פיצד יחייבו הב"ד פיון דליפא הכרעת דעתם בראייתם וסברתם רק עפ"י דעת הפוסקים לאו שם ב"ד עליהם לחייבו אף אם לא טוען המתחייב עפ"י רוב קים לי פמיעוט: אף דבר זה צ"ע טובא דאף דמבואר ברשב"א ובכל הגי' מקומות שהביא הג"פ ראיותיו דבעינו רובו מתוך פולו היינו במקום דצריף שיהיה עליהם שם ב"ד ובגונני דרשב"א דקבלו הבע"ד עליהם עשרה לדון ביניהם בזה פשנסתלקו שנים מהם אף דשמנה הספימו לדעת אחת ואף אם היו השנים שנסתלקו עמהם הי' נתבטל דעתם נגד הרוב מ"מ הפסק צריף שיהיה מן עשרה וכיון של"ה עמהם יחד לא מקרי רובו מתוך פולו דאחרי רבים להטות דכתיב לגבי דיינים היינו שהפסק יהי' מכולם ביחד ואז יתקיים הדבר עפ"י רוב וכן בב"ד של שלשה צריף שיצא הדין מן שלשה וצריף ב"ד לזה ובזה אמרה התורה אחרי רבים להטות דוקא פשהם רובו מתוך פולו ואז הוי פאלו שלשתן מספימים לדעת אחד ויצא הדין מכולם וכן פהספמת הצבור וכ"ד שצריף דעת פולם שיתחברו יחד בזה הולכין אחר הרוב פשישבו יחד ונתבטל דעת המיעוט נגד הרוב דחייבין לבטל דעתם של המיעוט ברוב וכשלא יש רוב מתוך פולם לא נתבטל דעת היחיד אבל באיסור והיתר ובדבר שא"צ ב"ד רק אנו לא גזע הדין היכן הוא ודאי אמרינן למיזל פתר רובא דכף נוטה דעת

התורה פֿשֶׁה־דְבָר סִפְק לְמִיזַל בְּתַר רֹב וְאִם הָרֹב וְהַמִּיעוּט לֹא יִשְׁבוּ יַחַד וְלֹא נו"ג זֶה עִם זֶה מ"מ כִּינּוּ דְאֵבְנּוּ לֹא גִדַע דַּעַת מִי שְׁנַחֲזִיק אֲזִלִּינּוּ בְּתַר רֹב דִּיעוּת.

וְעֵינּוּ מ"ש בַּח"ר בְּדִינֵי בַב"ח וְתַעְרוּבוֹת (ס' יוֹד) לְהוֹכִיחַ דַּע"כ אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת בְּבִטּוּל אִיסוּרִין אִף דְּנֻדְאֵי הָאִיסוּר נִשְׁאָר בְּמִקּוּמוֹ וְאִם יָבֵא אֱלִיָּהוּ וַיְבַרֵר נִשְׁאָר בְּאִיסוּרוֹ וּבַכ"ז קי"ל חַד בְּתַרֵי בְּעַל וַע"כ דַּגּוּזָה"כ הוּא אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת בְּכָל אֹפְנִים וּכְמוֹ"ש רַש"י מִס' חֻלִּין (דף י"ב) וַע"כ הָא דְבַעֲיֵנּוּ רֹבּוֹ מִתּוֹךְ פְּלוֹל הוּא רַק הֵיכָא דְצַרִּיף הַסְפָּמוֹת הַמִּיעוּט שְׂוִיעִיל וְאִז אִף דְאֵינָם מְסַפְּיָמִים כִּינּוּ שְׁמַנְכָרְעִים מִהָרֹב הָיִי כְּכֹלָם מְסַפְּיָמִים.

אַבְל פֿשֶׁבְּאוּ הַב"ד לְחַקּוֹר אַחֲרֵי הַדִּין וּמַצָּאוּ וְרָאוּ מַחְלֻקָת הַפּוֹסְקִים בְּזֶה אֲמַרִּינּוּ אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת וּבְנֻדְאֵי אֲמַרִּינּוּ כִּינּוּ דְאֶחָד מֵהֶם טוֹעָה וַיֵּשׁ פָּאן שְׁקַר נְאֻמַת יוֹתֵר מְסַתְּבַר דְּיַחֲדִיד טוֹעָה מִמָּה שְׁנֵאמַר דְּרַבִּים טוֹעִים: וְזֶה דַּעַת הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה (ס' רנ"ג) וְהַרְמ"א (ס' כ"ה) בְּאִם שְׁנֵי פּוֹסְקִים זֶה אוֹסֵר וְזֶה מַתִּיר אִם הָאֶחָד גְּדוֹל בְּחֻמְקָהּ וּבְמַנְיָן וַיִּצָּא שְׁמוֹ הוֹלְכִין אַחֲרֵיוּ בֵּין לְהַחְמִיר בֵּין לְהַקֵּל וּבְשִׁנְיָהֶם שְׁוִיין וְלֹא נוֹדַע מִי גְּדוֹל בְּשַׁל תּוֹרָה הוֹלְכִין אַחֵר הַמַּחְמִיר וּבְשַׁל סוֹפְרִים הוֹלְכִין אַחֵר הַמִּיקַל וְכַתּוּב עוֹד שֶׁם הַרְשָׁב"א וּבְמִקּוּם שְׂיֵשׁ שְׁנֵים שְׁוִיין שְׁהוֹלְכִין אַחֵר הַמַּחְמִיר בְּשַׁל תּוֹרָה דְּנֻקָּא פֿשֶׁה־מֵם אֶחָד נֶגְדַּ אֶחָד אַבְל אִם שְׁנֵים הֵם כְּנֶגְדַּ אֶחָד הוֹלְכִין אַחֵר הָרֹב וְאִם יֵשׁ ת"ח הָרָאוּי לְהוֹרָאָה וְרוֹאָה דְבַרֵי הַמִּיקַל בְּזֶה אֲפֻשֶׁר שְׂיַעֲשֶׂה פְּקוּלוֹ מְפָנִי שֶׁהוּא מְסַפִּים עִם הַמִּיקַל וְהֵם רַבִּים נֶגְדַּ הַיַּחֲדִיד עֵי"ש וְהַג"פ עֲמַד ע"ד רַשְׁב"א דְּזֶה נֶגְדַּ כָּלֵל דְבַעֲיֵנּוּ רֹבּוֹ מִתּוֹךְ פְּלוֹל אוֹלָם דַּעַת רַשְׁב"א בְּרוּר דְּדוּקָא בְּדַבְּר דְצַרִּיף ב"ד וְשִׁיָּהֲנִי נַעֲשֶׂה כַּכֵּחַ כֵּל הַב"ד בְּזֶה בְּעֵינּוּ רֹבּוֹ מִתּוֹךְ פְּלוֹל אַבְל לְהוֹרוֹת הוֹרָאָה הֵן בַּאו"ה דַּל"ב ב"ד נֻדְאֵי הַחַיּוּב לְהוֹרוֹת כְּרֹב הַפּוֹסְקִים מִטַּעַם אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת דִּיּוֹתֵר תּוֹלִין הָאֻמַת בְּהָרֹב וְכֵן בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת הַב"ד כְּלוֹל מְסַפְּיָמִים לְהוֹרוֹת כְּרֹב הַפּוֹסְקִים: וְעֵינּוּ בְּסַפֵּר תּוֹרַת חַיִּים ע"ז (דף ו') דְּמַפְרָשׁ הָא דְקַתְנֵי בְּבַרְיֵית' שֶׁם הַנִּשְׁאָל לְחַכְּמָא לֹא יִשְׁאָל לְחַכְּמָא וַיִּטְהַר מִשׁוּם דְּסַפִּיקָא דְדִינָא הוּא דְמַאי חֲזִית דְאִזְלִית בְּתַר הָי זִיל בְּתַר אִידָף וְאִשְׁמוּעֵינּוּ דַּע"ג דְאִוְתוֹ חַכְּמָא שְׂטִיָּהֵר גְּדוֹל מְאִידָף בְּחֻמְקָהּ וּבְמַנְיָן אַפ"ה הָי סַפִּיקָא דְדִינָא דְלֹא אֲמַר רַחֲמֵנָא אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת אֱלֹא הֵיכָא דְשִׁקְלוּ וְטָרוּ בְּהַדִּי אַבְל בְּלֹא שְׁקִלוּ וְטָרוּ בְּהַדִּי הַדְּדִי לֹא כְּמוֹ ב'ג' דְּיֵינָם דְּהַאוּמַר א"י כְּמֵאן דְּלִיתָא דְמִי כִּינּוּ דַל"א דַּעֲתִיָּה וְדַלְמָא אִי הָי יַדַע הָי מַחְזִירִין וְה"ג כִּינּוּ דְלֹא שְׁקִלוּ וְטָרוּ בְּהַדְּדִי לֹא אֲזִלִּינּוּ בְּתַר רֹבָא דַּל"ל אֵלוּ הָי שְׁקִיל וְטָרִי בְּהַדְּדִיָּהוּ דְלִמָּא הָוּוּ מוֹדוֹ לִיָּה דְטָמָא הוּא עַכ"ד וְזֶה נֶגְדַּ דְבַרֵי הַרְמ"א (ס' כ"ה) וְהַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה הַנְּצ"ל וְעוֹד לְדַבְּרֵיו לְמָה נֶקֶט לֹא יִשְׁאָל לְחַכְּמָא וַיִּטְהַר הָא אִף לְשְׁנֵי חַכְּמִים ג"כ לֹא יִשְׁאָל וְאִף לְדַבְּרֵי הַרְאָב"ד וְהַרְא"ש דְּמִטַּעַם שְׁוִיָּא ח"ד הוּא אֲסוּר ג"כ אִף אִם שְׁנֵי חַכְּמִים מַתִּירִין לוֹ מ"מ נֶקֶט רַק לֹא יִשְׁאָל לְחַכְּמָא דְלַדְּיָהוּ עֵיקַר הַטַּעַם מִשׁוּם דְּשְׁוִיָּא ח"ד וְאִין חִילּוּק בֵּין אֶחָד לְשְׁנֵים אַבְל לְדַבְּרֵי הַתּו"ח הַטַּעַם הוּא אִף לְחַכְּמָא הַגְּדוֹל מְמַנּוּ בְּחֻמְקָהּ לֹא יִשְׁאָל לְהַתִּיר לוֹ כִּינּוּ דְלֹא שְׁקִיל וְטָרִי עִם הַרְאִשׁוֹן א"כ עֵיקַר חֲסַר וְהִנֵּה לוֹמַר אִף לְחַכְּמִים לֹא יִשְׁאָל.

וְעוֹד הָא סַתְּמָא קַתְנֵי אִף בְּטוֹמָאָה דְרַבְּנּוּ ג"כ כְּשִׁטְיָמָא לוֹ הַחַכְּמָא שְׁנִשְׁאָל לֹא יִשְׁאָל לְחַכְּמָא אִף הַגְּדוֹל מְמַנּוּ וְאִם עֵיקַר הַטַּעַם הוּא מִשׁוּם דַּכ"ז שְׂאֵל שְׁקִיל וְטָרִי עִמּוֹ הָי סַפִּיקָא דְדִינָא

א"כ בְּדַבְרֵנוּ יֵשׁ לְהַקְלֵ וְאִם שְׂיֵשׁ לִינִישׁב כ"ז לְשִׁיטַת הַתּוֹ"ח מ"מ עֵינֵקֶר דְּבָרָיו הֵם נִגְדֵ הַרְשָׁב"א וְהַרְמ"א הַג"ל.

שׁוֹב רְאִיתִי בְּסִפְרֵ חַק"ל יו"ד שְׁגָם הוּא הַעֲלָה פֶן דל"ב לְעַנְנֵ הוֹרְאָה רַבּוֹ מִתּוֹךְ פְּלוֹל וְאַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת הוּא בְּכָל עַנְיָן דא"צ הַסְּפָמוֹת פְּוֹלָם וְשִׁיעֲשֵׂה הַמַּעֲשֵׂא מִפְּוֹלָם וְכַמוֹ"שׁ: אוֹלָם בְּכ"ז יֵשׁ לּוֹמֵר דל"ב דִּיטְעֵנוֹן קִים לִי לִפִּי מ"ש הַתְּוֹמִים בְּכַוֵּנוֹת תּוֹס' ב"ק דְּלִקְוֵ אִם בְּד"מ ב' אוֹמְרִים חֵיִב וְאַחַד אוֹמֵר וְפִאִי בְּטַל בְּמִיעוּטוֹ פִּינוֹן דְּהֵם עֵינֵקֶר ב"ד וְלִהְשָׁנִים לִיפֵא שׁוֹם סָפֵק רַק דְּבָר בְּרוּר דְּחֵיִב מִשֵּׂא"כ בְּכ"מ אִין הוֹלְכִין בְּמִמוֹן אַחַר הָרֹב פִּינוֹן דַּעכ"פ סָפֵק הָוִי וְאִינוּ דְּבָר בְּרוּר.

א"כ זֶה דְּוֹקֵא הֵיכָא דְּהוּא דְּבָר בְּרוּר לְב"ד שְׁפֵן הוּא הַדִּין אָבֵל בְּדָבָר שְׂיֵשׁ מִחֲלוֹקֶת הַפּוֹסְקִים פִּינוֹן דְּאִין הַב"ד יוֹדְעִים לְהַכְרִיעַ וּבְאִים לְחֵיִבוֹ מִפְּח רֹב פּוֹסְקִים לְאוֹ שֵׁם ב"ד עֲלֵיהֶם לְחֵיִבוֹ פִּינוֹן שֵׂא"י בְּבִירוֹר הַדִּין וְהַדְרִינוּ לְכָלְלֵא דְּאִין הוֹלְכִין בְּמִמוֹן אַחַר הָרֹב וְאִין מוֹצִיאִין מִמוֹן אִם פְּשָׂאִין הֵלָה טוֹעֵן קִים לִי.

וּבְתוֹמִים פְּתַב עוֹד דְּרָוֵ אַחַר בְּבִיאור דְּבָרֵי תּוֹס' ב"ק הַג"ל דְּבְכ"מ יֵשׁ מִיעוּט בְּעוֹלָם אָבֵל בְּדִינִים הַמְּחַוְלָקִים דְּאַחַד מֵהֶם טוֹעֵה וְיֵשׁ שְׂקָר וְאַמֶּת וְיִוֹתֵר מִסְתַּבֵּר דִּיחִיד טוֹעֵה וְאִין נִימָא לְמִיזֵל בְּתֵר מִיעוּט וְכִי גַלְוֵ בְּתֵר שְׂקָרָא וְלִדְבָרָיו גַּם בְּמִחֲלוֹקֶת הַפּוֹסְקִים אֲזַלִּינוּ בְּמִמוֹן בְּתֵר רֹב.

וּבַקָּה"ס (פְּלוֹל ו' אוֹת ז) גְּמָגָם עֲלִיו וְכָל מַעֲיָין יִשְׁפּוֹט בְּצִדֵק פִּי דְּבָרֵי הַתְּוֹמִים נְעִימִים וְטַעְמוֹ וְנִימוֹקוֹ עִמוֹ: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ נ"מ נְמִי לְדִינָא בְּזֵה לְהַמְבַּוֵּאֵר בַּהֲגַה"א סְנֵהֲדִרִין וְכֹן הַעֲלָה הַשְּׂוֹף (סִי' כ"ה ס"ק י"ט) בְּאֵם ב"ד שְׁל ג' שְׁנִים מְזַפִּים וְאַחַד מְחֵיִב וְאַמְנָם הַמְזַפִּים חֲלוּקִין זֶה ע"ז בְּרֵאִיְתָם מ"מ פִּינוֹן שְׂשִׁנִּיהֶם שְׁנִים בְּזָכוֹת אוֹ בְּחֻבָּה הו"ל רַבִּים וְיֵשׁ לּוֹמֵר דְּזֵה דְּוֹקֵא בְּאֵם חֲלוּקִין זֶה ע"ז בְּרֵאִיְתוֹ שְׁל חֲבִירוֹ וּמ"מ שְׂשִׁנִּיהֶם מְסַפִּימִים שְׂזֵה חֵיִב אוֹ זְפִאי בְּתַבִּיעָה זֹו שְׂדִינִין עֲלֵיהֶ אָבֵל אִם יֵשׁ בְּדִין זֶה שְׁנֵי טַעְמִים לְחֵיִבוֹ וְאִם אִם הֵיָה נּוֹפֵל בְּהַנְדִּדוֹן רַק טַעַם אַחַד אוֹמֵר זֶה שְׂחֵיִב בְּשִׁבִיל הַטַּעַם שְׁלוֹ וְחֲבִירוֹ אוֹמֵר שְׂרַק ע"פ טַעַם הָאֲחַר מְחֵיִבוֹ וְע"ז הַטַּעַם שְׁל חֲבִירוֹ מְסַפִּים עִם זֶה שְׂחֻלְקַ עַל שְׂשִׁנִּיהֶם א"כ י"ל פִּינוֹן דְּמִשְׁפַּחַת הַדִּין שְׂשִׁיבָה בְּנִפְרָד בִּין הַטַּעְמִים וְעַל כָּל טַעַם שְׁל חֲבִירוֹ יֵשׁ רֹב פְּנִגְדוֹ א"כ ל"ש לְמִיזֵל בְּתֵר רֹב לְחֵיִבוֹ פִּינוֹן דַּעכ"פ נִגְדֵ הַסְּפָמַת כָּל אַחַד יֵשׁ רֹב לְהִיפְוֵ אוֹ דִי"ל פִּינוֹן דַּעכ"פ לְדְבָרֵי שְׂשִׁנִּיהֶ יָצֵא זֶה חֵיִב לְשֵׁלֵם וְכִינוֹן דְּהַקְרָה הַנְּדִדוֹן בְּמִקּוֹם שְׁלִדְבָרֵי הָרֹב חֵיִב לְשֵׁלֵם מִמֶּנּוּ"פ הָוִי רֹב לְחֵיִבוֹ: וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת נו"ב מֵהַד"ת חַח"מ (סִי' ג') תַּשׁוּבָה מִבְּנוֹ הַגָּאוֹן מְהַר"ש ז"ל בְּנִדְוֹן שְׂאַחַד תּוֹבַע מְחַבְּרוֹ מֵאָה חֲמִשִּׁים בְּעַבּוּר הִיזְק שְׁגָרָם לוֹ בְּיָדִים נְחַמְשִׁים שְׂהוֹצִיא עֲלִיו הוֹצֵאָה לְהַצְלוֹת מְמוֹנוֹ וְנִחְלָקוּ הַדִּינִים לִג' דִּיעוֹת דִּינֵין אַחַד פּוֹטֵר אֶת הַנְּתַבָּע מִכָּל תַּבִּיעוֹתָיו וְדִינֵין הַשְּׁנֵי מְחֵיִב אוֹתוֹ בְּחֲמִשִּׁים בְּעַבּוּר הַהִיזְק בְּאִמְרוֹ עַפ"י הַדִּין שְׂזֵה מִזִּיק בְּיָדִים וְדִינֵין הַשְּׁלִישִׁי מְחֵיִב אוֹתוֹ בְּחֲמִשִּׁים שְׂטַעֵן שְׂהוֹצִיא עַבּוּרוֹ וּפּוֹטֵר אוֹתוֹ בְּהַחֲמִשִּׁים שְׂטַעֵן עַבּוּר הַהִיזְק וְכַתּוּב הַשּׁוֹאֵל דִי"ל אִם דַּעכ"פ יֵשׁ רֹב דִּיעוֹת חֵיִב בְּחֲמִשִּׁים י"ל דְּהָוִי נִגְדֵ כָּל אַחַד הַמְּחֵיִב רֹב לְפָטוֹר פִּינוֹן דַּעַל כָּל תַּבִּיעָה אִיפֵא שְׁנִים לְפָטוֹר וְהַגָּאוֹן מוֹהַר"ש ז"ל הַשִּׁיב לְחֵיִבוֹ וּמְדַבֵּה אוֹתוֹ לְעַדוֹת מִיְּחֻדָּת דְּמַצְטָרְפִין וְה"נ פִּינוֹן דַּעכ"פ יֵשׁ רֹב דִּינִים חֵיִב לְשֵׁלֵם חֲמִשִּׁים חוֹתְכִין הַדִּין עַל פִּיהֶם עִי"ש

באנרד בדבריו דאף אם היו אלו ב' תביעות בב' פעמים היה פטור מ"מ פיון דתבע בפ"א בב"א ויצא חייב בתמישי' מרוב דיעות חייב לשלם התמישים.

והדברים מתמיהים ל"מ פשהיה משני תביעות דאם באנו לדון על כ"א בפ"ע היה יצא זכאי אמאי יתחייב פיון שתבע בב"א הא מ"מ על כל תמישים יש רוב לפטרו וא"ד פלל לתובע חבירו תמישים מלנה ותמישים פקדון והודה לו באחד דהוי מודה במקצת לחייבו שבועה שמדמה אותו הרב מוהר"ש ו"ל דשם פיון דהודה במקצת יכול להעיד וחיוב שבועה פי היכא דלודה משא"כ בזה דעל כל תביעה יש לנו ספק בדין אם חייב וכיון דעל כל תביעה יש רוב דיינים הפוטרים אחרים רבים להטות ומקראוי לפטרו מפל וכל אלא אף בתביעה אחת מ"מ פיון שמצד מה שחייבו דיון אחד פטרו שנים ואם היה הנדון זה בא לפנייהם ול"ה מקום לחייבו מפח הדין שחייבו האחר היה פטור דהוי רוב לזכותו מה"ת יתחייב עכשיו פיון דהדין השני מחייבו מצד מקום וסברא אחרת ובאם היה בא הנדון באופן דל"ה יתלכדו יחד השני סיבות החיוב ל"ה מקום לחייבו מקראוי לפטרו אף כשהקרה השני סיבות יחד דכל מה שאינו בנפרד אינו במקורב.

וע"כ לא כתבו דאף משני טעמים מצטרפין לרוב רק היכא דליכא נ"מ לענן הדין במ"א ולא היכא דיש נ"מ לענן הדין במ"א אז ממילא הוי רוב להיפך לפטרו. אולם למ"ש התנאים בכוננת תוס' דכיון דהוי ברור לב"ד לחייבו לא משגחינו על המיעוט דהרוב הם הב"ד ולהם הדין ברור שחייב ולא איכפת לן בהסד המיעוט שחולק יש מקום לומר דעכ"פ פיון דברור לשנים שחייב בתמישים מוציאין מידו אף שהוא משני טעמים ואף משני תביעות הא מ"מ הרוב פוסקים דחייב בבירור תמישים.

אבל להסברא השניה שכתב התנאים דיותר מסתבר שהיחיד טועה משנימא דרבים טועים ולא נוכל לילך בתר מיעוט ושקרא ח"ו נראה ברור דבנדון הנ"ל פיון דעל כל תביעה ותביעה יש רבים לפטור יותר מסתבר לומר דהיחיד טועה וכ"א המחייב בעד תביעה אחת טועה נגד שנים הפוטרים ואף בתביעה אחת אם יש נ"מ בטעמים המחייבים ודין שחומה הדין אחד לחייבו אם היה רק טעם וסיבה הזאת יש שנים חולקין רק דיון אחד מחייב בדין מחמת טעם אחר בלעדי טעם אחר וכ"א חולק על טעם חבירו ומסתבר דאין מוציאין ממון פיון דהוי רוב לפסוק הדין לפטור: והנה הג"פ שם הביא דברי רדב"ז בתשובה דס"ל דמ"ש תורה אחרים רבים להטות הוי אפילו בדברי פוסקים שלא דברו זה עם זה פנים בפנים ואף להוציא ממון אצליו בתר רוב הפוסקים מה"ת ומשיג עליו דסוגיין דעלמא דלא פנותייה ובפרט התופסים דגל קים לי דאין רוב כ"מ אלא הבא מתוך הפלל וכבר כתבתי לעיל דז"א בדבר שא"צ לצרף המיעוט ומ"מ התופסים דגל קים לי הוא או פשוטען פן באם היה בכח הב"ד לברר היו מקריעין בהמיעוט וכמ"ש התנאים או מטעם דלא נודע רוב דיעות ומי יודע כמה פוסקים שלא נודעים לנו היו פוסקים פדעת המיעוט בהכרעתם וכבר כתב הש"ג ב"ב פ"ב דאף באיסורין דהולכין אחר הרוב הוא דוקא אם הוא רוב ברור ולא פשיש ספק רוב ק"ו בממון.

ועיין רדב"ז (ח"א סי' שנ"ג) בשנותפים שהיו ביניהם תנאים ונכתב על הענן ג' שטרות שנים בידי כ"א מהשנותפים ואחד בידי שלוש ונמצאו השטרות מחולקים בתנאים פי טעה הסופר באחד מהם ויש חלוק דין כפי הלשונות על איזה שטר נסמוך וכתב התורה אמרה

אחרי רבים להטות והביא מדברי רשב"א לענין ספר תורה שנמצאו מחולפים נתקן אותם  
אחר הרוב ולכאורה קשה הא במזמון אין הולכין אחר הרוב ואף ברובא דאיתא קמן  
קיי"ל בח"מ (סי' רצ"ב) דאין הולכין אחר הרוב וא"כ מאי הביא ראיה מדברי הרשב"א  
דהוא לענין איסור וכבר עמד ע"ד בזה בספר שער משפט (סי' מ"ב) וי"ל דהרב"ז  
לשיטתו דגם במחלוקת הפוסקים פסקינן בתר רובא דפוסקים אף להוציא ממון והטעם  
כנ"ל דא"ד לרוב דרדקא דיש להמיעוט מציאות בעולם משא"כ בין אמת לשקר יותר  
מסתבר דיחיד טועה וכמ"ש התנאים וה"נ פנין דע"כ יש פאן טעות יותר מסתבר דטעה  
הסופר פעם אחד משנימא דטעה שני פעמים והוי כמו רוב שהוא מצד הסברא והשכל  
דמהני אף במזמון כמו חזקה דא"א פורע תו"ז וכדומה דמוציאין ממון: עוד י"ל בטעמא  
דרדק"ז הנז' דסקינן בתר רוב שטרות למה שהעלה בס' ש"ש (ש"א פ' כ"ד) דהיכא  
דאיתא שטר ארובא וס"ס דהו"ל פמחזק עיי"ש וה"נ פנין דיש שטר מהני רובא  
אולם באמת יש לגמגם שם בדבריו טובא דכ' כל שהיה בפנינו קודם שנולד הספק בחזקת  
כתובה מאתים כמו כל הנשים השתא אע"ג דנולד הספק ולטענתו לא התחיל החיוב מ"מ  
ע"י רוב וס"ס דמסייע לה מפקינן דא"כ מה הקשה הסוגיא פתובות (דף י"ג) בפלוגתא  
דר"ה ור"י אם ברי עדיף מפלוגתא דר"ג ור"י בהיא אומרת משארסתי נאנסתי  
אם נאמנת הא שם הוי פתובה ושטר לפנינו לכך אמר ר"ג דברי ושמה ברי עדיף א"ו  
פנין דאם הייתה בעולה והוי מקח טעות לא התחיל כלל החיוב והוי כמו ב"ש בעלמא  
במע"פ ועיין ב"ש אה"ע (סי' ס"ח ס"ק כ"ב) ובש"מ שם משם רמב"ן ואכ"מ בזה ויבואר  
אנ"ה במ"א עכ"פ קשה להוציא אף בשטר היכא דרוב מסייע: וי"ל עוד לדון דבשטר  
מהני למיזל בתר רוב עפ"י מ"ש תוספות חולין (דף צ"ו) דאף דאין מוציאין ממון  
בסימנין מ"מ שטר מחזירין להמלוה בסימנין פנין דאין מוציאין רק דמחזירין השטר  
ועיין קצוה"ח (סי' מ"ו ס"ק ח') דמה"ט מהני בקיום שטרות ע"י דימוי בצורות האותיות  
דזה הוי כמו סימנים ובכ"י ל"מ דהו"ל כמעידין דפלגיא דהאי סימנא חייב דאין מוציאין  
ממון בסימנים.

וכנראה י"ל דרוב לא גרע מסימנים דהא לרב מוציאין אף ממון ברוב ובסימנים אין  
מוציאין ממון ועכ"פ אף לדין דאין מוציאין ממון י"ל דעכ"פ רוב לא גרע מסימנים  
וא"כ כמו דמחזירין שטר ליד המלוה בסימנים הואיל דל"ה פהוצאות ממון רק להחזיק  
השטר פן נמי ע"י הרוב מחזיקין להשטר דמסייע לו הרוב ואזלינן בתר רובא בכה"ג  
לכ"ע ועיין מ"ש בדברי משפט אאזמ"ו ז"ל (סי' א' ס"ק) להשיג על הקצוה"ח ולדבריו  
יש לחלק מדברי תוס' חולין הנ"ל לנגידון דרדק"ז: סי' מה והיכא דתובע לתבירו  
בערפאות של עכו"ם ומחייבים אותו שבועה ובדיני ישראל הוי פוטרי' אותו משום דמצי  
לומר קים לי אם יכול הנתבע לישיבע בערפאות כת' בתשובת מהר"א ששון (סי' מ"ז)  
לצד דאף דאין יכול לטעון ברי מפי אחרים מ"מ פנין דהוא מחלוקת הפוסקים והפקר  
ב"ד הפקר מה"ת וכיין שהב"ד ראשונים ואחרונים מפקירים ממון התובע היכא דמצי  
לומר קים לי י"ל דיכול לישיבע שאינו חייב והניח בצ"ע ולכאורה י"ל דלא שייך בזה  
לומר הפקר ב"ד הפקר חזא פנין דאם היה בכח הב"ד להכריע כדעת המחייבין הי' בידם  
לחייב רק פנין דגם להב"ד הוא ספק מסלקין א"ע מדין זה ואין בכחם להוציא אבל מ"מ  
ל"ש לומר בזה הפקר ב"ד הפקר ועוד להמבואר בתוס' במות (דף פ"ט) דהיכא דנשאר

באותו ממון זכות לבעלים הראשונים ל"ש לומר הפקר ב"ד הפקר א"כ בספיקא דדינא היכא דמהני תפיסה לא נוכל לפטור את הנתבע מטעם הפקר ב"ד דהא ל"ה החיוב הפקר דהא אם תפס אין מוציאין גם ממנו וע"כ הפטור הוא משום דאין בלח ב"ד יפה להוציא אבל אם פלפי שמים גליא דהדין לחייבו נשאר בחיובו וא"כ א"י ליטבע דאינו חייב לו כיון דרוב הפוסקים פוסקין לחיוב גם להמבואר מדברי רש"י ב"מ (דף צ"ו) דב"ד שפכל דור ודור שפל משפטי תלויים בהם וע"י נהגות חוקות המתקנים לציפור מאז והוי כמו שתקנו לו הם קנין זה משמע דכל מאי דאתינן מפח הפקר ב"ד הפקר תלוי בב"ד שפכל דור ודור א"כ כל זמן דלא נפסק הדין דיכול לומר קים לי ל"ש לומר בזה הפקר ב"ד הפקר שיהיה יכול ליטבע דאינו חייב ועיין בכנה"ג יו"ד (סי' רל"ב ס"ק ס"ב): ובאמת יש לדון אף היכא דעפ"י רוב הפוסקים אין מוציאין מיז המוחזק אם יכול ליטבע דא"ח לו היכא דתובע אותו בערפאות כיון דבאמת רוב אינו בקרור גמור שכן הוא וכמו"ש הש"מ ב"מ סוגיא דת"כ דרק פה גזרה התורה שכן אנו צריכין לילף בטר רוב אבל מ"מ ל"ה בקרור גמור שכן הוא כמו שמעיד הרוב.

אף י"ל מ"מ כיון דכף החיוב לדון עפ"י ד"ת דהמע"ה ממיל' יכול ליטבע דא"ח לו ועיין מרדכי סוף יבמות ובתשובת הגהות מיימוני הלכות גירושין (סי' י"א) על עובדא דחסא סוף יבמות כיון דאשתו אסורה האיה אשתבע ר"נ דאכלו פנורי לחסא וכתב דלעגני איסור שבועה אזלינן בטר רובא רק לגבי חומר ערוה מחמירינו לחוש למיעוטא ובמ"א הבאתי ראיה מזה בנידון דנפלה אשתו למים שאין להם סוף דאזלינן בטר רובא דנטבעה ורק בחומר איסור ערוה החמירו חז"ל ולא לגבי איסור אחר והעד לזה דר"נ אשתבע דאכלו פנורי לחסא אולם י"ל לדברי הש"מ הנ"ל דרוב אינו בקרור גמור למה יהיה רשאי ליטבע על אמתת העגני שכן הוא פאשר יעיד הרוב.

ואף על דבר שהעידו שני עדים נראה ג"כ דאסור לאחר ליטבע שכן הוא האמת לאמתו דדלמא משקרי דהא דסמכין לדון על כל דבר עפ"י עדים לאו מצד דהאמת לאמתו כן הוא דיכול להיות דשקורי משקרי רק גזה"כ הוא לדון עפ"י עדים וכמבואר בדברי רמב"ם הלכות יסה"ת (פ"ח ה"ג) שצוננו לחתוף הדבר עפ"י ב' עדים אעפ"י שאין אנו יודעים אם העידו אמת או שקר ולקמן דיני עדות א"ה יבוא דבר זה בארובה וא"כ פנראה א"י שום אדם אחר ליטבע על בקרור הדבר שכן הוא.

ובתשובת חז"ת יאיר (סי' קפ"ב) כתב וז"ל כי נהי דמצי ליטבע על דברי אשתו בזה דהתורה הימנה ממ"ש וספירה לה משא"כ ע"ד אשה אחרת שאמרה לו שהיא נדה וגם באשתו צ"ע אי מצי ליטבע די"ל דלא הימנה התורה רק לבוא עליה משום דלא סגי בלא"ה.

ולענ"ד נדאי אף דהאמינה התורה לומר שפירסה נדה מ"מ על אמתת הדבר שכן הוא נדאי אינו רשאי ליטבע ואף בשני עדים מעידין י"ל דרק גזה"כ הוא מה שצריף לדון עפ"י חייבין אנו לדון ע"י עדותן אבל לא ליטבע שדבריהם אמתים וכנים הם דמ"מ אינו בקרור גמור שכן הוא.

שוב ראיתי בס' תקפו פהן (סי' ע"ט) שהביא דברי מהר"א ששון הנ"ל וכתב בפשיטות דבטענות פרי עפ"י ע"א או ב' עדים פשיטא דא"י לטבע. וצ"ע בדברי המרדכי והגה"מ

הנ"ל וגם בלא"ה הא שם אף עדים פשרים ל"ה רק נכרי מסלפ"ת ואיך סמך ר"נ לישבע  
ע"ז ויש לדבר בזה אי"ה במקום אחר עכ"פ ודאי שישבע דא"ח לו היכא דבאמת חייב  
לרוב הפוסקים רק מטעם קים לי אין מוציאין ממנו אסור לישבע דא"ח ואף במקום  
דרוב פוסקים פוטרין אותו אם אינו אצלו ברור גמור צ"ע אם יכול לישבע בסתם דברור  
לו דא"ח ואף דכחול לישבע על דעתו כפי שהוא הדין דאין מוציאין מידו מ"מ אם נשבע  
ע"ד התובע או אחרים דבאמת א"ח ואם כלפי שמיא גליא דחייב נשבע לשקר ודאי  
באופן זה אסור לו שישבע: סי' מו דעת הש"ך בת"כ דהלואה הוי תפס ברשות ואם  
חייב לחבירו ממון ברור ונולד אח"כ ספקא דדינא ממ"א אם המלנה חייב ללוה הוי  
הלואה הברורה כתפס פינו דלהוצאה ניתנה ולאו ברשותא דמר"ק קאי אבל אם יש  
לשכנגדו שטר על החוב ל"מ תפיסה ומכרח לשלם תחילה שטרו והו"ל פגבוי והוכיח  
כן מתשובת רשפ"א (סי' תקע"א) באשה שמסרה לבעלה ויש ס' אם עשו תקנות נגזל  
במסור דל"ה הבעל פמוחזק בכתובתה כמו בטענ' סטראי דמהימן במגו ול"ה להוציא  
לפי שהשטר פמוחזק וכן הוכיח מדעת הרי"ף פ' י"ג גבי איבעיא בבריא שכתב כל נכסיו  
לבניו וכ' לאשתו קרקע כ"ש אם אבדה כתובתה דדעת הרי"ף דמוקמינן הכתובה על  
חזקתה ועל הבעל להביא ראיה דמחלה ודעת כל הפוסקים דמפסידה פמבנאר אה"ע (סי'  
ק"ו) הוא משום דנולד הס' על הכתובה גופה ועיין באו"ת דמשיג עליו ובנתיבות מישב  
כל השגותיו: ויש לעיין על הש"ע אה"ע (סי' ק"ו) דסתם פדעת החולקים על הרי"ף  
ובב"ש שם כ' דבבריא מהני תפיסה פדעת הרי"ף והג"א ובאמת שפן ג"כ דעת הר"י  
מיגאש ז"ל ב"ב (דף קל"ב) וברמ"ה שם דל"ה מחילה ואוקי שטר כתובה אחזקתו דכל  
ספיקא דממונא פדמעיקרא מוקמינן לה.

אולם הם מפרשי דבשכ"מ אפילו קנה נכסי אח"כ לא גבי מידי דאחולי אסתתה לכתובתה  
ובבריא אם קנה אח"כ נכסי מצי אמרה דלא אחלה רק מהני נכסי דכתב לבניו מהם  
אחילת שעבודא ואם קנה בתר הכי גביא מנייהו דלא אסתתה לכתובתה לגמרי או דלמה  
פינו דהשתא לית ליה נשתקה ודאי אסתתה אפילו קנה נכסים אח"כ וכינון דליכא ראיה  
דמחלה מוקמינן לה לכתובתה אחזקה ואי קנה נכסי אח"כ גביא נהיגו דאמר ר"כ שם  
(דף קל"ג) אלו הדר קנה מי לא גביא ובשכ"מ אחולי אסתתה לכתובתה לגמרי ואפילו  
עמד נהדר קנה נכסים לא גביא ולא משפח' לה אלא בברי זהו פירושו של הר"י מיגאש  
ז"ל ולישטתו בשכ"מ א"ג אף ממה שקנה אח"כ דאסתלה לכתובה לגמרי וכן בבריא הוי  
מחילה בבירור מהני נכסים שכתב לבניו סלקה שעבודתה ועיקר האיבעיא הי' על נכסים  
שקנה אח"כ ובה פוסק דגביא והוכיח מהך דר"כ.

והרמ"ה מפרש דאם הדר קני נכסי לא תיבעי לה דודאי אית לה שעבודא בגייהו פדמוכח  
מדר"כ רק היכא דלא הדר קני האיבעיא אי אבדה מהני נכסי דדוקא בשכ"מ דידעא  
דל"ה ליה נכסי אחרניא וקמחלה אמאי דכתב לבניו אבל בבריא סברא הדר קנה נאדעתא  
דהכי קא מחלה וכינון דלא הדר קנה איגלאי מילתא למפרע דמחילה בטעות הוי או דלמא  
דמחלה שעבוד כתובתה מהני נכסי לגמרי ומסיק דמוקמינן הכתובה על חזקתה.

ולשיטתו אם לא הדר קנה גביא אף מנכסים שכתב לבניו. עכ"פ תרנוייהו ס"ל להלכה  
דמנכסי שקנה אח"כ בבריא גביא והש"ע שם פלל תרנוייהו הן בבריא הן בשכ"מ

דהפסידה פתונפתה ומנכסים שיבאו לו אח"כ גובה מהם ולדעת הר"י מיגאש בשכ"מ איבדה הפתונה ומחלה לגמרי ואף מנכסים שיזקה בהם אח"כ לא גביא ולו יהיה דהוי ספיקא דדינא אם כהר"י מיגאש והרי"ף או פדעת הרא"ש והטור דלעולם לא הפסידה ממה שיקנה אח"כ הן בכריא הן בשכ"מ הא מ"מ איה נוציא ממון בשכ"מ וגביא מנכסים שיקנה אח"כ ואולי פנין דגם הרמ"ה העלה שם (פ' י"ג סי' קנ"ב) דעונדא דר"כ הנה בשכ"מ דגביא מנכסים שיקנה אח"כ הוי הר"י מיגאש בשיטתו דעת יחיד: ועיין מהרי"ט (סי' קי"ט) שכתב דדבר ברור שמ"ש הרי"ף דעל הפעל להביא ראיה היא היתה נוסחא הראשונה והוא מן התורות שחזר בו הרי"ף דמאחר דקיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי אף פאן מספיקא לא גביא ובדעת ר"ב שהביא הג"א כ' דהיורשים הו"ל כא"י אם פרעתיך שפאו בספק מחילה אמרינו בו"ש פרי עדיף עיי"ש.

אולם למה שמבואר בפנינו דעת הר"י מיגאש תלמידו של הרי"ף והרמ"ה דמוקמינו הפתונה על חזקתה אין מן התימא לומר שפון ג"כ דעת הרי"ף ובנדאי תפיסה עכ"פ מהני. ובאמת בני"ב שם כ' וז"ל ועליה להביא ראיה דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הפנשר מקרי בעל השטר המוציא ולשון זה צריך ביאור וכנראה דכוננתו הוא דוקא בכתובה הואיל דלא נתנה לגבות מחיים ולא ברור חיובו עד שימות הבעל או תתגרש לא מקרי חיוב עד עת ראוי לגביה ועיין תומים (סי' ע"ה ס"ק כ"ב) שכתב פן בכריא דברי תוס' סוטה (דף כ"ה) בהא דמתה עד שלא שתתה דהקשו רק לר"ה ור"י אמאי ל"א פרי ושמא פרי עדיף ול"א גם לדין דהוי כא"י אם פרעתיך דהטעם הוא דל"ש לומר אין ספק מוציא מידי נדאי דגם החוב אינו נדאי דאלו תמות לא יתחייב לה כלל עיי"ש ונה נמי פנונת הנ"י דלית ליה לשטרא שעת הפנשר לכך מקרי בעל השטר המוציא ונה הוא דוקא בכתובה אבל לא בשאר חוב דברור י"ל דלכ"ע מוקמינו השטר על החזקה.

ולדעת הרי"ף והר"י מיגאש ור"ב והרמ"ה גם בכתובה מוקמינו על החזקה דהם סברו דכיון דהשטר פתונה והחיוב נשאר במקומו רק שפלקה שעבודה מהני נכסי וכיון שהספק הוא על סילוק השעבוד דומה לשאר שט"ח דמוקמינו השעבוד על חזקתו ואף בתרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע דעת הר"י מיגאש ז"ל בתשובה (סי' קע"ב) בשם רבינו וכנראה שהוא הרי"ף ז"ל דמוקמינו השטר על חזקתו ודלא כמו שהעלה הש"ך (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) ויבואר בדין זה עוד אי"ה לקמן דיני עדות ודיני הלואה: אף ממה דפסקינו (סי' מ"ב) דיד בעל השובר על העליונ' משמע דאין לחלק בין פתונה לשאר חוב.

ועיין ב"ש (סי' ס"ו ס"ק ט') דבספיקא דדינא אם מהני מחילה מדמה להא דמבואר ח"מ (סי' ס"ה ס"ג) ברמ"א דהקטן מחל ולא הגדול ובכ"מ שם משגי עליו דשם הוא הטעם דאין בלשון זה שאמר שטר אחד מחול כ"א הקטן מכ"ש אם טוען פרי והנמחל א"י דהוי כא"י אם פרעתיך אבל בספיקא דדינא אם המחילה הוא טוב הא פסקינו שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואמרינו הממע"ה והביא ראיה מהא דאה"ע (סי' ק"ו) ולמ"ש יש לחלק בין פתונה לשאר חוב וכמו שכתבתי מלשון הנ"י ב"ב ועיין בקונטרס הספיקות בקצוה"ח (פ"ל ז' סי' ב') שתמה על דעת הרא"ש דפוסק בכ"מ דל"מ תפיסה בתיקו מדוע מהני התם תפיסת היתומים הא ספק מחילה הוי פתופס שלא ברשות.



ולא אדע קונשיתו הא עכ"פ היורשים הוו מןחזקים מעיקרא והממע"ה אף דהחוב הנה ברור מ"מ אף אם נאמר דהלואה ל"ה כתפוס קונדם שגולד הספק מ"מ כיון דהוי ספק בדין על שטר זה בעצמו אמרינן הממע"ה.

ומ"ש במהרי"ט לדון דבו"ש ברי עדיף יש לומר כיון דלחכז"ל הוא ספק בדעת בני אדם שוב לא מקבלינן לברי שלא כיון דלהך צד דהוי מחילה שוב א"נ בטענתה נגד דעת חכז"ל כמבואר בתה"ד (סי' ר"ז) משם א"ז ואף דעכ"פ עכשיו הוי ספק מ"מ מבואר מפמה מקומות דא"נ וכתבתי בזה בכמה מקומות בהגהותי בד"ח ועוד יבואר א"ה במ"א הטעם בזה עפ"י מש"כ התוס' רי"ד במס' חולין דמה שהוא ספק ונשאר בתיקו אין אתנו יודע כי אפשר כבר הנכרע פעם אחד וא"כ אם הנכרע דעת בני אדם דע"י שתיקתה מחלה אף בברי שוב א"נ לומר ההיפך וכיון דלא מקבלינן לטענתה לטענת ברי אין מוציאין מיד היורשין והממע"ה.

גם י"ל דהיורשים הוו כעין א"י אם נתחייבנו ועיין ב"מ (סי' קע"ח סט"ו) אולם דבריו שם תמוהין כמו שהשיג עליו כבר אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ד') מ"מ לגבי כתובה דאין החוב אז ברור כמו שכתבתי לעיל מדברי נ"י שפיר פוסק הרא"ש דהממע"ה והוי היתומים כמחזקין מעיקרא ואף אם ל"מ תפיסה להוציא ממר"ק מ"מ כשפא להוציא ממחזק מעיקרא היכא דיש דררא דממונא וספק בלא טענותיהם לכ"ע אין מוציאין: ומה שכתב שם בקה"ס ליישב דברי רמ"א (סי' ס"ה) הנ"ל והוא מדברי רד"ך ומטו בי' משם רשב"א דבמחילה הקטן מחל והש"ך שם הקשה דהא מחזק בהמעות ואף בשובר שכתוב לשון מחילה אמרינן יד בעל השובר על העליונה וכתב הוא לשיטתו דחולק על הש"ך וסובר דהמלנה הוי ג"כ תפס שלא ברשות ולכך בספק מחילה מוקמינן השטר על חזקתו משא"כ בשטר אחד פרוע אין אנו מוציאין מחזקתו אינו מוכן החילוק בין מחילה לפרוע הא כמו כן אפשר דמחל הגדול ואף דיש חזקה להשטר מ"מ כמו כן יש חזקת ממון ונימא הממע"ה כיון דיש דררא דממונא ונולד הספק בפנינו איזהו נמחל.

גם הא אף אם נודה לדבריו דלכך דעת הרי"ף בהך איבעיא דבבריא האיה דמוקמינן הכתובה על חזקתה וסובר דל"מ תפיסה בתיקו מ"מ הא דעת הרמ"א בכ"מ דמהני תפיס' א"כ בספק השקול כשיש דררא דממונא דג"כ מהני תפיסה אף בטענת שפא יקשה למה לא יועיל תפיסת הלנה דהגדול נמחל.

ברם פנראה עיקר דינו של רד"ך ורמ"א הנ"ל הוא מדברי תשובת רשב"א המובא ב"י אה"ע (סי' צ"ג) וכתב הטעם דבנותן או מחל עליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו וכן מבואר הטעם בדברי ריטב"א כתובות ר"פ הכותב דכשיש בלשון השובר לשון סתום שסובל ב' משמעות ידו על העליונה כיון שחייבו ברור והוא כמו שכתב בנתיבות בכללי תפיסה (ס"ק י"א) דכל שקונה מחמת הלשון אינו קונה רק מה שהוא ברור בלשונו ולא כמה שיש בו ספק: עוד כתב שם להכריע דהלואה כתפס ברשות ומקרי הלנה תפס אף שיש להמלנה שטר ודלא כש"ך מדברי רמב"ן ורשב"א ור"ן פרק א"נ שהשיבו על הרמב"ד דסובר דבאבק ריבית חייב לציד"ש להחזיר ואם תפס הלנה אין מוציאין ממה דלא מחשבינן משטרא לשטרא ואמאי הא תפס הלנה ואי משום שטרא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי הרי היכא דמהני תפיסה מהני אף דנקיט אינך שטרא ורא' הזאת

אינה מכרעת דדעת הש"ך היכא דהוי רק ספק חיוב במקום אחר בזה אמרינו דאין ספק חיוב שיש לו בידו פנגדו מוציא מידי ודאי חיוב השטר משא"כ לגבי אבק ריבית דלא יש שום ספק במציאות או בהדין רק לדעת הראב"ד פה הוא הדין דאף דאין מוציאין בדינינים מ"מ לציד"ש חייב להחזיר ותפיסה מהני בזה אף דחובו בשטר ברור ובחזקת חיוב קאי מ"מ הא גם חובו של הלנה פרי והוי פיש לי בידה פנגדו בבירור פיון דכה הדין דחייב בד"ש ותפיסת הלנה מהני הוי כמו שכופין הלנה להחזיר מה שתפס משא"כ היכא דל"מ תפיסה רק מספק ואמרינו דאין לנו להוציא וזווי היכא דקאי קאי בזה פישיש לו שטר יש לומר דלא מבטלינו השטר מחזקתו ואין ספק מוציא מידי ודאי: ובעיקר הדין הנה הנתיבות הכריע פדעת הש"ך דל"מ תפיסת הלנה פישיש שטר היכא דהגידון יש לו בידה פנגדו מספק בא ממ"א.

וכן נראה דעת הנו"ב מהד"ק חח"מ (סי' ה') אף הוא יצא לדון פיון דכל ראיות הש"ך הוא דמהני מגו אף דמגו להוציא ל"א לכן דן אמת שהלנה לא נקרא מוחזק ואין המלנה נקרא מוציא פיון ששטרו בידו נחשב לזה פגבוי אבל ג"כ אין הלנה נקרא מוציא מיד המלנה לכן פישיש להם ספיקא דדינא ממ"א והלנה רוצה לתפוס חוב זה ולנפות בטענת קים לי לכן פיון דאינו תופס אף שחבירו ג"כ אינו תופס ל"ש לומר קים לי אבל במקום שהדין הוא היכא שאין שום אחד מוחזק מחויב לשלם לראובן רק היכא ששמעון מוחזק בזה אם ראובן חייב לשמעון אף דנקיט שטרא יכול ראובן להחזיק החוב שבידו פי פאן תפיסת ראובן אינו מטעם קים לי ומספיקא דדינא רק הוא מצד הדין שאם אין שמעון נקרא מוחזק הדין נותן לנפות לראובן לכן דן שם בבתולה שקשרה א"ע בתנאים ובחייב קנס ואבי החתן קבל מגדו נגד שט"ח ואח"כ חזרה הפלה ודן שם דאף דעכשיו נמצאת גדולה מ"מ יכולה לחזור וא"מ ממנה החצי גזן קנס דדלמא אז היתה קטנה והיינו דחזקה דרבא ל"מ להוציא ממון אבל שיתחייב אבי החתן להחזיר החוב שבשטר יכול לתפוס פיון דהוי כמו שאין שום אחד מוחזק בממון זה אזלינו בטר חזקה דהשתא דגדולה היתה בשעת כתיבת התנאים ואף דהש"ך הביא משם הרמב"ן פיון שהשטר פשר פאלו הפמון הוא ביד המלנה ע"כ דלאו דוקא דהא אין הבכור נוטל פי שנים במלנה בשטר ולאו פגבוי רק דל"ה מגו להוציא דאין המלנה נקרא מוציא אבל ג"כ ל"ה מוחזק.

גם דן דיש אף להוציא השטר מיד הפלה פיון דאבי החתן הטוען קים לי פהרא"ש דאזלינו בטר חזקה דהשתא ולהחולקים ל"ה רק ספק יש לומר דע"כ לא קאמר הש"ך דאין הלנה יכול להחזיק על סד"ד ממ"א רק היכא שכ"א אומר קים לי דהוי פברי או בספק פגוף הדבר והוי כ"א שאם ולכה גובה המלנה שטרו אבל פאן טענת הלנה שהיא אבי החתן פרי וטענת היתומה שאם עכ"ד: אולם ממ"ש הש"ך בת"כ דכיון דיש לו שטר מוכרח לשלם לו מתחילה שטרו והו"ל פגבוי ולא מקרי זה שבידו המעות מוחזק לתפסו בשביל סד"ד ממ"א וכן משמע לכאורה בתשובת הרשב"א שם עכ"ל והיינו ממה שדן הרשב"א דהבעל ל"ה פתופס הפתובה וכ' מפמה דברים חזא דל"מ רק פשתפס שלא בעדלי והיינו דהרשב"א סובר דל"מ תפיסה בתיקו וכתב ועוד דאין זה תפיסה אלא פאומר פרעתיה והגע עצמה אלו הנה אחד חייב לחבירו בשטר ואמר יש לי בידה פנגדון מלנה ופקדון מי מהימן ואמרינו פיון דתפס תפס עכ"ל מזה דן הש"ך דאף אם מהני תפיסה מספק מ"מ פיון דיש ביד שפנגדו שטר ל"מ ושם הודה דה האשה שהפסידה לבעלה ע"י המסירות

והאשה טוענת שמא והבעל פרי ורצו לחייבה מטעם שהוא איבעיא דלא איפשיט' אם עשו תקנות נגדל במסור וא"כ מבואר אף דהוי דררא דמונא והיה מהני תפיסה מ"מ פיון שיש לה שטר פתובה ל"מ תפיסת הבעל אף שהוא טוען פרי שפך וכך הפסידה והיא טוענת שמא פמבואר שם בתשובת רשב"א רק דבו"ש לאו פרי עדיף הרי דאף בבו"ש חייב ג"כ לשלם השטר לדעת הש"ך ואף דשם בנידון דהרשב"א הוי שמא טוב דל"ה לה למידע כמה הפסיד' וכמו שכתב שם הרשב"א דמטעם זה ל"ה מתוך שאנ"ל ותשלם מ"מ הא גם בנידון דהנו"ב שם הוי שמא גרוע דל"ה למידע אם היתה אז גדולה או לא ואפ"ה דן לומר בזה בו"ש פרי עדיף לסברתו דהויכאלו אין שניהם מוחזקין וכוננתו דכינון דאין שניהם מוחזקין אמרי' בזה בו"ש פרי עדיף ובזה מבואר מדעת הש"ך דלא כן הוא רק אף בבו"ש אינו מפסיד בעל השטר.

והטעם דחשבינו ליה לבעל השטר פמוחזק ממש וכאלו הממון הפתוב בו מוחזק בידי המלנה ואוקמי ממונא הוא. וכן מבואר להדיא בדברי תשובת רשב"א המינוחסת (סי' ה') שהביא הש"ך ממנו ראיה דזה סברתו של רב"ח גבי פוגמות דקאמר ש"ד משום דמוחזקת היא ובעל דאיתי לאורועי שטרא חשבינו ליה פמוציא ותובע ואיהו מודה במקצת ממה שהחזק עיי"ש שהביא מן ירושלמי פן דלכך הוא פועין שבועת התורה וכתב ולא כמו שגבתה ממש דליכא למימר דשקבי ב"ה ועבדי כב"ש והמעניין בדבריו יראה מבואר דלא כמו"ש הנו"ב דהוי פאלו אין שניהם מוחזקין וכמונח בסקימטא רק דבעל השטר הוי פמוחז' וממילא י"ל אף בפרי טוב ושמא גרוע פשטוענין על יש לי בידיך פנגדו מ"מ א"ג"כ גובה בשטר וכמו שדן פן הקצוה"ח (סי' נ"ט) והספים עמו שם בנתיבות ועוד יבואר אנ"ה לקמן בדיני הלואה בזה: פרם לדינא אף פי הש"ך תלה יחד ע"ד הרשב"א בתשובה (סי' תקע"ב) הנ"ל בהכרח צריך לומר דהרשב"א שם עיקר טעמו משום דסובר דתפיסה בעדים ל"מ אבל במקום דמהני תפיסה כמו בתרי נגד תרי בטענת פרי אז אף שיש לו שטר מבורר והספק דתו"ת על חוב שיש לו פידו פנגדו בא מ"מ א מהני תפיסת הלנה ואין בעל השטר גובה ודלא פהש"ך דהא מבואר בתשובת הרשב"א (ח"ב סי' כ"ה) באשה שתובעת מבפלה אחר שנתגרשה מתנתה ונדונייתא ובעלה מוציא עליה שטר חוב שחייבתה עצמה לו לאחר נישואין ואמר לגבות מנדונייתה והאשה טוענת שהיתה אנוסה בנתינת השט"ח וכתב דאם פתב ידן של עדי השטר יוצא מ"מ אעפ"י ששני עדים אמרו דהיתה אנוסה הוי פתרי נגד תרי ואי תפס אפילו בעדים לא מפקינן והכי נמי פמאן דתפס הבעל הוא פיון דהוא חייב לה פתובה ונדוניא ויכול הוא לומר יש לי בידיך פנגדו פך וכך מעות וסיים שם ודיו זה שנה פמי שנתגרשה פכר ובמי שהיא יושבת תחת בעלה עדיין עיי"ש הרי מבואר אף דיש לאשה שטר מבורר על נדונייתה וכתובתה ולא יש בו שום ריעותא וספק רק על היש לי בידיך פנגדו נולד הספק מ"מ פיון דמהני תפיסה בתו"ת הוי הבעל פתפס ועומד אף נגד שטר מבורר וא"כ ע"כ עיקר טעמו פהך (דתקע"ג) הוא משום דל"מ תפיסה בתיקו לשיתו והלואה ל"ה פתפס ברשות ודלא פדעת הש"ך והספמת הנתיבות רק פהתנמים וקה"ס והיכא דמהני תפיסה מהני אף שיש לו שטר פן נלע"ד: פעת הגיע לידי ספר תפארת צבי ח"ב הנדפס מחדש מגאון האמיתי המפורסם בדורו מ' צבי הירש זצ"ל מוצמושט אבד"ק אה"ו וראיתי בו (סי' ע"ז) שהעלה ג"כ להלכה דכמו דמהני תפיסת חפץ בסד"ד ול"מ מר"ק כ"ש תופס בדמי

הלואה ול"מ השטר ביקא ואף אם הוא סד"ד אין מוציאים מיד המוחזק וראיתי שם סברתו דיקא צריך טעם למה בסיטראי המלנה נאמן פיון דל"ש חזקה שטר בינדה מה בעי דל"ה רצה להחזיר לו וכן למה א"נ יש לי בינדה פנגדו רק במגו לכה כ' הטעם פיון דקיי"ל (סי' פ"ה) זה גובה וזה גובה ואם אחד מכר השט"ח גובה הלוקח דלא נפקע השעבוד רק משום הפוכי מטרתא כ"א עומד בשלו וכן ג"כ אם גזל המלנה מן הלנה לא נפקע השעבוד לכן פשמודה בהחוב רק שאמר יש לי בינדה פנגדו הוי פרוצה לגבות משאר חפצים ול"מ תפיסה בעדים לכן בטענת סיטראי פיון דהמלנה לא קבל על חוב זה אף שא"ח לו חוב אחר ורוצה לגזלו מ"מ לא נפקע החוב וא"ד לפרעון בע"כ דשם א"ר לגזול ונשאר ברשותי דמרני אבל הגזל את חבירו א"י ליתן לו זה בפרעון דשוב אינו ברשותו כמו שא"י ליתן לאחר פה א"י ליתן להגזלן בפרעון החוב אם א"ר ונשאר החוב בתוקפו רק זה רוצה לתפוס החוב עבור שאומר שגזל ממנו ביקא א"נ אבל מ"מ אם יש ספק לפנינו י"ל דמהני תפיסה.

והנה כל חילו דהש"ף הוא מדברי תשובת רמב"ן ורשב"א הנ"ל והם פתבו דכיון שהספק מצד אחר הוי פגבוי. וגם דינו אינו נראה אף דכן מבואר בטוש"ע (סי' פ"ה) דלא נפקע החוב ומה"ט פתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ב) [ונדפס שם בטעות בסוף סי' ל"א ושייך לסוף סי' ל"ב] במחלוקת הראנ"ח והש"ף (סי' ס"ו) במוכר שט"ח ללווי ולוי חייב להלנה אם יכול המוכר למחול דדעת הש"ף פיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה ל"ה בפרעון וכתבתי שם דמוכר מדברי הטוש"ע (סי' פ"ה) הנ"ל דכ"ז שלא פסקו הב"ד דזה יעמוד בשלו וזה בשלו החוב נשאר לכ"א שיעבוד הגוף על חבירו וכמו דמהני המכירה כ"כ יכול למחול אף מ"מ פתבתי שם לעיני ברמ"א (סי' ע"ב סי"ז) והיינו דמשם מוכר דזה הפל קודם שרוצה לפרוע לו ושיעמוד זה בשלו וזה בשלו אבל כשאחד רוצה לפרוע בחובו שזה חייב לו ושיפקע חובו בחוב שחייב לו מהני אף בע"כ דיקא מבואר שם דבכ"מ שיכול לטעון על מה שת"י יכול ליטבע סתם שא"ח לו פלוס ובלבד שידע בודאי שזה שפנגדו חייב לו פגון שיש לו מלנה בינו או פקדון וברור לו שלא נאנס משפנגדו שהוא חייב ליתן לו פקדונו או דמיו ועיי"ש בסמ"ע ושא"ף דאף אם הנפקד טוען להד"מ הרי מודה שלא נאנס יכול ליטבע שא"ח לו והוא דוקא במקום דהדין הוא כ"א עומד בשלו עכ"פ מבואר אף בהלוא' וגזל אף דהוי אינו ברשותו מ"מ יכול לפרוע להגזלן או להמלנה שלו בגזילה וחוב שיש לו בינו והיינו אף אם מכר החוב שלו לאחר גובה הלוקח הוא כ"ז שלא גילה לו שנותן לו זה בפרעון חובו אבל אם גמר בדעתו לסלק לו בעד חובו כמו דאם היה ידוע להב"ד והיו דנין שכ"א יעמוד בשלו כמו כן יכול הוא ג"כ למיעבד הדין לנפשו ולסלק לו חובו וגזל שפידו עבור חובו ועיין בריטב"א ובש"מ ב"מ (דף ו') בזה בארנפה ואף דאינו ברשותו מ"מ מלבד דלדעת פמה גדולים יכול לתת להגזלן בעצמו ואף אם אינו יכול להקנות לו בע"כ מ"מ פיון דשלו הוא אף דא"ב יכול לסלק לו בזה בעד חובו ועיין בש"ג ר"פ הפרה ביקא דנזקקין לתובע תחילה באם תבע לו בשטר וחזר זה ותבע לו שיש לו בינו חפץ אומרים לו פרע תחילה שטרך ואח"כ תתבעהו בב"ד אבל אם תובע דבר הראוי לפרעון שטרך פגון שאומר שחייב לו פה וכהו ממון ממ"א הוי פאלו אמר שהשטר פרוע ואם טוען השבע לי חייב שבועה כמו באומר אשתבע לי דלא פרעתיך עיין קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ו') וצריך לומר הו דבכפץ אינו

חייב לישבע אם טוען השבע לי היינו פינן דאינו נותן לו בתורת פירעון אבל פשוטה ליתן לו בתורת פירעון יכול לסלקו דהא חזינו דיכול זה לישבע שא"ח לו.

ולכך בהא דנאמן סיטראי אתי עלה הרמב"ן מטעם פגבוי דמי ובאמת ברמב"ן מס' ב"ב אתי עלה מטעם אחר דאין דנין רק על ממון זה שקבל ולכך ל"ה מגו להוציא אולם הפל הוא מטעם דלענין זה הוי השטר פגבוי וכמ"ש בתשובה המינוחה ובתשובת הרשב"א הנז' ומזה פל חילו דבעל הש"ף.

עכ"פ בגוף הדין אחרי דמבואר מתשובת הרשב"א הנז' דבמקום דמהני תפיסה יכול לתפוס החוב הברור אף פשיש שטר נדאי דאין מוציאין מן המוחזק ועוד יבואר אי"ה בזה לקמן בדיני הלואה: סי' מז היכא דחייב לציד"ש דעת פמה פוסקים דמהני תפיסה ומקורו מדברי רש"י ב"מ (דף צ"א) בהא דאמר רבא אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו וכתב רש"י פינן דרמו תשלומין אלא שאין פח לענשו בשמים אבל ביד"ש לא יצא עד שישלם א"נ אי תפסה לא מפקינן מינה ועיין ש"ף (סי' כ"ח) משם היש"ש דדוקא בקלבד"מ רמו עליו החיוב לציד"ש בזה מהני תפיסה ולא במ"א וכבר פתבו אחרונים דיש בזה מחלוקת הראשונים ודעת ראב"ד וס' החינוך גבי אבק ריבית דאי תפס לא מפקינן מינה ועיין נ"י פ' א"נ ובמל"מ (פכ"א) ממלנה: וראיתי בס' שעה"מ (פ"ה) מעבדים דהקשה מש"ס קידושין (דף כ"ז) הבהו פנגד עיניו ואינו רואה פנגד אָזנו ואינו שומע אין עבד יוצא בהן לחירות ופרכינן עלה למימרא דקלא לאו פלוס הוא והתני רמי בר יחזקאל תרגול שהושיט ראשו כו' ומשני שאני אדם פינן דבר דעה הוא איהו מביעית בפשיה פדתניא המביעית את חבירו פטור מד"א וחייב בד"ש ואם בחיוב לציד"ש מהני תפיסה א"כ העבד תפס בעצמו וכמו שכתבו הראשונים דאף דאין דנין דיני קנסות בבבל מ"מ ביציאת ראשי אברים העבד תפס בעצמו וה"נ מהני תפיסת העבד וכתב דכיון דאיפא מ"ע דלעולם בהם תעבדו אפילו מד"ש לא מחייב ויש לגמגם בזה למ"ש הר"ן מס' גיטין דלצורך ותועלת עצמו אם משחרר אינו עובר פינן דאין עושה בחנם א"כ אם רמו עליו החיוב בד"ש נאמר דליכא פלל העשה ברם ל"ק פלל דאף דהמביעית חבירו חייב בד"ש גבי עבד שהוא קנין כספו פטור רק אם הבהו על עיניו ועל אָזנו גלי לן קרא דיוצא לחירות ועיין מכילתא פ' משפטים ע"פ וכי יפה איש את עין עבדו ל"נ לפי שהוא אומר לעולם בהם תעבדו שומע אני אף הפיל את שנו ת"ל וכי יפה כו' ומבואר עוד שם את עין עבדו שומע אני אפילו העלתה ירוד ת"ל ושחתה לא אמרתי אלא מפה שיש בה השחתה מכאן אמרו טפח על אָזנו וחרשו על עינו וסימא אותו ה"ז יוצא ב"ח פנגד עינו ואינו רואה פנגד אָזנו ואינו שומע א"י ב"ח דברי רחב"ג שניאמר וכי יפה איש עד שיעשה מעשה עכ"ל והיינו שיעשה מעשה על העין והאזן עצמו הרי דגזה"כ הוא הואיל דקנין כספו הוא וליכא שום חיוב רק היכא דגלי קרא וז"פ: עוד הקשה שם מירושלמי פ' א"נ בהא דמודה בקנס פטור מהו שיאמרו לו צא יד"ש נשמענא ממעשה דר"ג שסימא את עין עבדו ואמר לו ר"י שאין לו עדים ומוכת דאין אומרים לו צא יד"ש הא איכא למימר בעבד א"ח בד"ש מטעם דאיכא צורך מצוה.

ולמ"ש א"ש דנדאי אם יש חיוב בד"ש אף בלא עדים רשאי לשחררו שאינו בחנם. ומה שהקשה דלמה צריך להוכיח ממה שלא אמר לו ר"לר"ג צא יד"ש הא בפשיטות אם

חייב לציד"ש גבי עבד פיון שתפס בעצמו הרי יצא לחירות לא קשה ג"כ להמבואר בתוס' פתובות (דף ל"ג ע"ב) דדוקא במזון חייב בקא לציד"ש אבל קנס ל"ה מתחייב בנפשו אלא עפ"י ב"ד פדאמרין אשר ירשיעון כו' פרט למרשיע עצמו.

א"כ אף אם מהני תפיסה היכא דחייב בד"ש מ"מ בקנס ל"מ במה שאין ביד הב"ד לחייבו ואף היכא דליכא סמוכין מהני תפיס' העבד היינו דעביד דינא לנפשי' דאם היו סמוכין היו מחייבי ועומד הוא במקום סמוכין אבל במה דהב"ד ל"ה מחייבי רק לציד"ש לא מהני תפיסתו רק אם חייבו הב"ד לכן שפיר הוכיח רק ממה דלא אמר לו ר"ג לציד"ש דאז הנה חייבי והנה מהני תפיסת העבד א"ו דליכא חייב בד"ש: עוד הקשו האחרונים למ"ש הרשב"א שבועות (דף ל"א) בהא דאמרין שם משחק בקוביא מדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו דאף דמ"מ ל"מ עדותן מ"מ הנה מועיל תפיסה ואם נאמר דבבלבד"מ מהני תפיסה למה קתני במתניתין משביע אני עליכם שתעידו שהדליק גודשי בשבת דפטורין הא הנה מהני לתפיסה ותירצו דע"כ לא כתב הרשב"א דהני כפירת מזון ע"י תפיסה רק הואיל דמדאורייתא מיחזא חזי אבל היכא דליכא רק חייב תפיסה ל"ה כפירת מזון ועיין שם שמתתא (ש"ז פ"ג) ובספרו אבני מילואים (ח"ב סי' צ"ו) ובדברי חיים מאאמ"ו ו"ל דיני גניבה וגזי' (סי' מ') ומ"מ דוחק הוא דאם מהני תפיסה למה ל"ה כפירת מזון גם במתניתין מס' שבועות (דף ל"ג) סתמא קתני הרי אף אלו פטורין משמע אף אם הי' חייב לו מזון והנה יכול לתפוס בעד היזקו.

ואף למ"ש הנתיבות (סי' כ"ח) דמ"מ אף בקלבד"מ דמהני תפיסה הוא בדיעבד אבל לכתחילה אסור לו לתפוס מלבד שפבר כתבתי לעיל (סי' ג') דלא משמע פן מ"מ אף אם נאמר פן ולכך א"ח להעיד פיון דלכתחילה אינו רשאי לתפוס מ"מ ודאי אם חייב לו מ"מ א"י יכול לתפוס חובו על חובו בד"ש א"כ למה קתני במתניתין סתמא הרי אלו פטורין.

וגם הא כפר תפס וכו' זה לתפוע ממנו בב"ד והתופס טוען שחייב לו בשביל שהדליק גדישו בשבת וזה כופר ומשביע להעדים שיבאו ויעידו למה לא יהיו חייבים פיון שעכשיו לאחר שפבר תפס נ"מ לענגן מזון לפטרו ואנן תנן סתמא דפטורין וראיתי למי שהוכיח ממה שכתבו הרא"ש וטוש"ע (סי' כ"ד) דחובל בשבת פטור וביוה"כ חייב למה נ"מ הא אין דנין חבלות בזה"ז דליכא סמוכין רק תפיסה מהני וכיון דאף בקלבד"מ מהני תפיסה ליכא נ"מ ומה"ט כתב הרא"ש ב"ק דהשמיט הרי"ף בענייני משום דאין נ"מ רק לתפיסה וה"נ אם אף בקלבד"מ מהני תפיסה ליכא נ"מ אלא נדאי דלא מהני תפיסה היכא דפטור מטעם קלבד"מ.

ואינו הוכחה דהא כפר כתב הרי"ף פ' החובל דמנדין אותו עד דמפיס ליה לבע"ד ויתן לו שיעור הראוי ליתן וכ"כ הרמב"ם והרא"ש פ' החובל כ' דכן הוא מתקנות הגאונים שלא יהיו פרוצים בגזקין וע"ש וביש"ש פ' החובל (סי' ו') דרק לענגן חבלה ומריבה אבל שאר מזלי אף ח"נ דקרן לא תקנו חכמים א"כ בשאר נזקין שפיר כתב הרא"ש דליכא נ"מ רק לענגן תפיסה אבל בחובל צריך הרא"ש והטוש"ע להביא הדין דחובל בשבת פטור דאף דבקם ליה בדרבא מינ' חייב בלא"ה לצאת ידי שמים ומהני תפיסה מ"מ לא משמתינן ליה עד דמפיס וביוה"כ אינו פטור מטעם קלבד"מ לכן חייב ואף

דליפא סמוכין מ"מ אף אם לא תפס משמתינן ליה בחובל עד דמפניי מה שאין כן בח"נ דצוררות שפיר פתב הרא"ש דליפא נ"מ רק לענין תפיסה דשם ליפא תקנות הגאונים לנדות כמ"ש היש"ש: ואי לא דמסתפינא הנה נראה לומר דלאו בכל אנפי דחייב בד"ש אף בקלבד"מ מהני תפיסה לדעת רש"י דהנה בחידושי הר"ן סנהדרין (דף ע"ב) פתב בהא דרבא איגבבו ליה דיקרי במחמתא אהדרינהו גיהליה ולא קבלינהו הואיל דנפק מפומיה דרב והקשו בתוס' הא חייבין לציד"ש וכתב לתרץ בשם הר"ד ז"ל וז"ל דל"ד לאתנו דצריף האדם לעמוד בדבורו אעפ"י שלא יתחייב מה"ד אבל פאן אחר שקנו בדמיהו לפי סבתו של רב קנויה לגמרי ביד הגנבים ולא נתנה להשבון וכף הוא עובר אם הוא מחזיר פמי שאינו מחזיר שאחר שקנאה אם החזיר מתנה בעלמא הוא דקא יתיב וגם אין צריף למחילה של בעל המזון עיי"ש ובקצוה"ח תמה עליו דקא בש"ס ע"ז ר"פ השוכר את הפועל פריף וכי אמר טלה זה מ"ה הא מיתסרא משיכה והא התם ג"כ מחויב לעמוד בדבורו פינן שהבטיח לה הרי דבשביל זה לא חל שם אתנו.

אולם פנראה הר"ד ז"ל פינן לשיטת הי"מ מובא בש"מ ב"מ שם דבאתנו בדינא נמי מחייבי ליה לשלומי וטעמא משום דאיהו אתני אנפשיה למיתן לה ואמרין ליה זיל הב לה מאי דאתנית והראב"ד הקשה לפירוש זה ועיי"ש עוד בלשון הראב"ד דב"ד לא מחייבי ליה אלא מאי דחייב איהו נפשיה וכן בעקוץ תאנה ב"ק (דף ע') איהו קבל על נפשיה הכי ואע"ג דקלבד"מ וכ' דהאי פירושא לא מסתגי הקא לגבי תשלומי פרה דקא איהו לא אתני בהדיה ולא מידי.

אולם בש"מ ב"ק שם הובא משם הרב המאירי שהוא שיטת חכמי הצרפתים שאף ב"ד מחייבין ליתן האתנו אף בחייבי מיתות ואמרין ליה זיל שלים דלא אמרו אין אדם מת ומשלם אלא בדבר הכא דרף גיזקין אבל בדבר שקבלו עליו דרף תנאי ומשא ומתן פגון אתנו וחוסם פרה שקבל עליו שלא לחסום ואף אם לא קבל עליו מ"ה"ה כמו שקבל עליו הואיל ומה"ת הוא וכן מכר בשפת בלקיטת תאנים מכירה הוא ומשלם בב"ד עכ"ל הרי דדעתם דרק במזיק אין אדם מת ומשלם אבל מה שקבל עליו אף הב"ד מחייבין אותו ובחוסם פי פרה הוי קבל פשעו פרתו של חבירו ירד ע"ד זה דאסרה התורה עליו לחסום והוי פהתנה לכה חייב לשלם וזה נמי דעת ר"ד ז"ל דרק באתנו צריף לעמוד בדבורו אף שלא נתחייב מן הדין ואין הפנונה דבדבור בלבד דז"א פדמוכח מש"ס מס' ע"ז דצריף קנין רק היכא דהתנו והיה דרף מו"מ חייב לעמוד בדבורו אף במקום דאם לא התנה היה פטור מטעם קם ליה בד"מ אבל היכא דלא ירד ע"ד להתחייב פטור בקלבד"מ אף לציד"ש.

ולפי"ז י"ל דאף רש"י וסייעתו דחולקים ע"ז ודעתם דאף בהתנו והתחייב דרף מו"מ ג"כ לא מחייבין הב"ד רק לציד"ש ומהני תפיסה מ"מ לא מהני תפיסה רק היכא דהתחייב א"ע והתנו לתת בזה פינן דחייב לקיים דבורו אף דהב"ד אין מחייבין אותו מ"מ צריף לציד"ש לקיים דבריו מה שהי' בקנין ואין פוטרן רק המיתה דהב"ד א"י לחייבו שתי רשעות אבל תפיסתו מהני אבל בשאר מזיקין י"ל דמודה רש"י לדעת חכמי צרפתים ור"ד ז"ל ה"ל דאף לציד"ש א"ח ול"מ תפיסה ולדרף זה לא קשה על דעת רש"י כל השניות וענין מ"ש בזה פמה הערות לעיל (סי' ג): אף מ"מ דעת כל הפוסקים בשיטת





ועיין ריטב"א פתובות דהקשה למה לא קאמר גנב בשבת וטבח בחול דג"כ פטור דאם אין גניבה אין טביחה וכתב דאז נעשה גנב משעת טביחה וכבר הקשו עליו הא אין הגונב אחר הגנב חייב בפלגונגונב מבית האיש פתיב ועיימ"ש בזה אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' נ"ב) ואאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני גניבה (סי' כ"ד) וראיתי בס' דו"ח למרן רבינו עק"א ו"ל מס' פתובות שם דהרגיש בעצמו בדברי הריטב"א הנז' וכ' וז"ל דאלו טבחו בחול הטביחה עצמ' הוי גניבה וטביחה דאף די"ל פיון דגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גניבה דאין הגונב אחר הגנב חייב דמ"ש גנב אחר או שהוא עצמו חזר וגנבו מ"מ י"ל פיון דהגניבה הנה בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב דקלבד"מ לא נעשה גנב בזה ומשו"ה בטבח בחול שפיר מקרי גניבה עכ"ל מזה מבואר דעתו דליפא שום חיוב עליו ולא הבנתי הא מ"מ ודאי אף דא"ח באונסין היינו מטעם דעיקר חיוב זה צריף שפיא משעת גניבה דאז חייב להשיב או הגוף או הממון כמבואר בש"מ ב"ק (דף ס"ו ע"א) וכיון דעל שעת גניבה הנה חייב מיתה ליפא בידי אדם עליו חיוב תשלומין וממילא פטור מן אונסין אבל מ"מ אינו ברשותא דבעלים לענגן הקדש ושאר דברים ואף דבד"ש רמ"א עליו חיוב השבה א"כ לא קרינו ביה וגונב מבית האיש לחייבו בכפל ע"י טביחה וצ"ע עדיין בזה ויבואר א"ה במ"א: ומ"מ נראה אף למ"ש בשיטת רש"י וראב"ד דבלצאת ידי שמים בקים ליה בדרבה מיניה בכ"ג מהני תפיסה אף במזיק ממש וכמו שכתבתי מתשובת מהר"ם רויטנבורג וכן מבואר בהג"א מא"ז דכל קים לי' בדרבה מיניה חייב בבא לציד"ש ואי תפס לא מפקינן מיניה מ"מ יש לומר אם זה בא ותפס בהחזרה דלא מפקינן מיניה דלכאורה לדעתם בתפס מעות יש לומר דמפקינן מיניה דתופס השני פיון דתופס הראשון זכה מן הדין רק דלא נמסר לב"ד אבל אם עבד דינא לנפשיה ותפס שוב הוי שלו ממש ואם הב"ד מחייב אח"כ להתופס השני להחזיר אין מחייבין אותו משום חיוב הראשון רק ממה שתפס שלא כדיון.

מ"מ י"ל דהתופס השני יכול לומר קים לי דל"מ תפיסה ובפרט לשיטת חכמי צרפתים אף בד"ש אינו חייב רק היכא דהתנה והבטיח ליתן אז חייב מן הדין א"כ יכול לומר עכ"פ קים לי כהנהגה הסוברים דל"מ תפיסה.

וכן בשאר חיובים שעיקר חיובם הוא רק לציד"ש אף דדעת פמה ראשונים דל"מ תפיסה העלה במל"מ (פכ"א) ממלנה דהתופס יכול לומר קים לי ובזה בנדאי מהני לכ"ע תפיסה בהחזרה ועיין חות יאיר (סי' מ"ד) דהעלה להלכה כדעת מהרש"ל דל"מ תפיסה ושאין המוחזק יכול לומר קים לי נגד רש"ל וריב"ש.

ומ"מ פיון דיש פמה ראשונים ובכנה"ג (סי' כ"ח) הביא דעת מהר"ם מינץ דמהני תפיס' ודאי דיקול לומר קים לי שלא להוציא מידו פהספמת הש"ף והאחרוני' דאף במקום שהוא המחלוקה בתפיסה עצמה יכול לומר קים לי ובס' מח"א דיני רבית (סי' ט"ו) העלה דרק היכא דחייב מן התור' לציד"ש אז אי תפס לא מפקינן מיניה אבל בחיוב דרבנן אינו אלם כ"כ לכן באבק ריבית אי תפס מפקינן מיניה וכן העלה בשבות יעקב (ח"א סי' קמ"ו) ומ"מ אף בלא טענת קים לי יש לומר דאף בחיוב מדרבנן מ"מ מצוה איפא שפיא יד"ש.

ועיין ש"מ ב"ק פ' הפוגס דכל שחייב בד"ש פסול לעדות א"כ איך יסייעו הב"ד להוציא ממנו שלא יקיים מצוות חכמים ובאמת בני"פ א"נ פשפכת דברי הרמב"ן ורשב"א להשיב על דעת הראב"ד רק דאפילו תפס ליה מפקינן מיניה פתב וכיון שכן הדבר ברור דאבק ריבית אפילו לציד"ש א"ח משמע דע"כ פינו דמפקינן מיניה מוכח דא"ח אף לציד"ש דאל"כ אף שהיא מדרבנן מ"מ ל"ה מפקינן למען שלא יסייעו לעובר עבירה ועיין כנה"ג (סי' ק"ז) הגהת בני"פ (אות ב') שסתפק אם יכול לתפוס בדבר שאין לו חיוב אלא משום מצנה.

ומ"מ י"ל דלא מפקינן בע"כ לכ"ע רק הב"ד אומרים לו שפגזל הוא בידו ועיין מ"ש בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') מענין זה אם כופין להחזיר ועוד יבואר אג"ה במ"א: סי' מח באו"ת בקיצור ת"כ (ס"ק קכ"ט) הביא ראיה דל"מ תפיס' בטענת שמה בפלוגת' דרבנות' מש"ס ב"ק (דף צ"ט) שהיא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב טרפיה ופטריה לטבח מלשלומי דמי נאמר ר"כ ור"א עבדו ביה רב תרתי למעליותא דלא אוכלו ספק איסורא ומנעוהו מספק גזילה לפירש"י ור"י דהיה ספק טריפות ומה טובה יש פאן במניעת ספק גזל הא אם תפס וקא לידו מותר להחזיק לדעת הש"ך ובכל מקום דמצי למטעון קים לי א"ח אפילו לציד"ש א"כ מה ספק גזל יש א"ו דאין חזקתו מועיל ולכך הוי בידו ס' גזל וכ' שנה ראי' שאין אחר' תשובה: וקצת יש ליישב דהא מבואר בתה"ד (סי' קפ"ו) דטבח אומן השוחט בשכר וקלקל בשחיטה אף בדבר שהיא רק מצד חומרות בהלכות שחיטה חייב לשלם וכן בספק גבילה וטריפה דמ"מ הנה לו לאסוקי אדעתיה שיתמירו וכתב הא דפטר'יה רב להטבח אע"ג דרש"י ור"י מפרשי דבשאר טבעות הוי המעשה ורב הוי מסופק אי קיי"ל כר' יוסי בשאר טבעות אי לאו ולכך אסרה מס' לחומרא ואפי"ה פטר להטבח דשמה פשירה הנה הרי דלא מחייבין אף בס' דאורייתא נימא דהו"ל לאסוקי אדעתיה דיאסרו לו מספק וכתב דלא ברורה נמי הך דהו"ל לאסוקי אדעתיה דבימי רב הנה הרבה מורים להתיר בשאר טבעות כו' ושמה הנה סובר הטבח שיתיר לו רב ג"כ עכ"ד ועיין בש"ך (סי' ש"ו) ולכאורה קשה הא ברש"י שם כ' ומנעוהו מספק גזילה דאי פשירה היא הוי הטבח פטור הרי דכתב דלכך הוי ספק גזל דדלמא פשירה הוא ואמאי הא אף אם פלפי שמאי גליא דכשירה היא מ"מ פינו דמספק הדין פיצד הוא מטריפין חייב לשלם ואי משום דשמה הנה סבר הטבח שיתיר לו רב ג"כ ול"ה ליה לאסוקי אדעתיה א"כ אפילו אם פלפי שמאי גלי' דהוא טריפה ג"כ פטור פינו דל"ה לאסוקי אדעתיה ולמה נקט רש"י הספק גזל דדילמא פשירה היא.

לכך י"ל דהא באמת אם יש רק ספק אחד אם הו"ל לאסוקי אדעתיה שיתריף מספק בזה מהני תפיסה ול"ה פלל ספק גזל דכך הוא הדין כמו שהקשה התנאים פינו דתפיסה מהני וספק גזל במקום דמהני מן הדין תפיסה הוא משום דהממע"ה וקותר מה"ת כמו"ש בתנאים רק דשם הוי ספק ספיקא חדא דלמא פשירה הוא ורב טרפיה שלא פדין ואפשר אם הי' שואל משאר מורים היו מתירין כמו"ש התה"ד שם דכמה אמוראי פליגי בזה כדאיתא (פ"א) דחולין ור"ז אכל מוגרמת דרב ושמואל נגם דלמא ל"ה לאסוקי אדעתיה ואף אם הוא טריפה פלפי שמאי מ"מ אם ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה פטור דהא פל הטעם דחייב בשכר משום דהו"ל אונס פועין אבידה כמו"ש תוס' והו"ל לאסוקי אדעתיה ואם ל"ה לו לאסוקי אדעתיה הוי כאונס ופטור ולכך שפיר קאמר דמנעוהו מספק גזל פינו

דהוי פֿעין ס"ס אף דאָינו מתהפך מ"מ מתחילין מן עיקר אם חייב לשלם נאמר דלמא טרפיה שלא כדון ואף אם טרפיה כדון דלמא ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה ופטור לגמרי אף אם היא טרפיה כלפי שמאי וכיון דהוי ס"ס אף תפיסה לא מהני ולכך שפיר נקט רש"י הספק העיקרי דלמא פשיטה היא אף דצריה לזה ג"כ עוד הס' דשמא ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה.

וכמו שכתב התה"ד ולפי"ז מוכח מדברי רש"י דבספק השקול מהני תפיסה: עוד יש לומר דהא דנקט רש"י דאי פשיטה הוי הטבח פטור דהא לכאורה יש לדון בטבח אומן שקלקל בחינם אף דפטור מ"מ היינו בדיני אדם אבל בדיני שמים יש לומר דחייב דהא בש"ס שם מדמה למחלוקת ר"מ ונחמיהם אם נתקל פושע הוא או לא ואנן קי"ל דלאו פושע הוא והוי לגבי ש"ח פֿעין אונס וכתקל אמרו חכמי פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים הרי דמ"מ דנעשה בגרמתו ההיזק חייב בדיני שמים אף דל"ה פפושע א"כ כמו כן בטבח שקלקל כיון דמסרו לו לשמור ובמעשיו בא ההיזק חייב עכ"פ בדיני שמים לשלם וא"כ לדעת כמה אחרונים בדעת רש"י דלאו דוקא בקים לי בדבר מ מהני תפיסה רק בכ"מ דחייב לשלם בד"ש מ מהני תפיסה א"כ מאי אמרו ליה דמנעף מספק גזל הא הטבח עכ"פ חייב בד"ש אף אם נאמר דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה מ"מ בגרמתו בא ההיזק וחייב בד"ש.

אולם זה דוקא אם עשה לו בבירור ההיזק אבל אם כלפי שמים גליא דכשיטה היא רק רב טרפיה בחנם בזה נראה דפטור אף בד"ש כיון דבחנם הוי כאונס אף מה דהו"ל להיות נזק רק בד"ש חייב זה אם בא ההיזק בבירור אבל אם הוא ספק פטור אף בד"ש ולכך נקט רש"י הספק גזל דאי פשיטה היא הוי הטבח פטור היינו דלכך הוי ספק גזל דאם פשיטה היא הוי פטור אף בד"ש: סי' מט היכא דיעבור על השבועה ונוגע לאיסור מבואר בכנה"ג משם כמה פוסקים דאינו יכול לומר קים לי ובש"י יו"ד סוף הלכות רבית הביא משם מהרשד"ם דבס' דדינא או מחלוקת בין הפוסקים אי הוי רבית קצוצה או אבק רבית דאזלינן לחומרא משום דהוי ספק דאורייתא ודעת מהר"א שישון דהוי ספק ממונא ולקולא דהממע"ה אם לא היכא דרוב הפוסקים סברו דהוי ר"ק ובכ"ז אין הב"ד מוציאין ממון וביא הש"י ראיה ממתנות כהונה וס' בכור דפטור משום הממע"ה אע"ג דהוי מ"ע שבתורה.

וראיתי בכתם סופר יו"ד (סי' רמ"א) דכתב דהרשד"ם איירי היכא דהוא מחלוקת הפוסקים אי הוי רבית קצוצה והמלנה רוצה לומר קים לי וכיון דתחילת פלוגתייהו הוא לענין איסור אי הוי א"ר או ר"ק והלנה והערב והעדים שאין להם ענין בממון כלל וכן המלנה אפילו לא נטל הרבית מ"מ בשעת ההלנה אי הוי רבית קצוצה נפסלו לעדות ולשבועה ובהא פליגו הפוסקים ול"ש לומר בזה קים לי א"כ ממילא אעפ"י שעשה הסתעף מזה אפוקי ממונא שהמלנה כבר קבל וצריה להחזיר ל"מ למימר קים לי כהמיעוט כיון דעיקר פלוגתייהו לענין איסור וכ"ע מודים דכל ספק ממונא קולא לנתבע אעפ"י שהוא איסור גזלה ועושה וכדומה עיי"ש שכתב דדין זה ברור הוא.

ולע"ד לכאורה מבואר להיפך בדברי רמב"ן הלכות בכורות (פ"ג) בהא דקיי"ל דטינוף פוטר בבכורה ואין חוששין לטינוף כתב וז"ל ומסתברא לן דכי א"ח לטינוף משום דהוי

מיעוט ולמיעוטא ל"ח דנקא לגבי בכור גופיה לאכשוריה למזבח ולמלקי עניה בגיזה ועבודה ולמינהג בגופיה כל דיני בכור ודאי אכל לאפוקי פהו מנייהו דבעלים לא מצי מפיק דקיי"ל אין הולכין במזון אחר הרוב אלא זה קלל גדול בדין הממע"ה וכן מבואר שם מדברי הרא"ש ודלא כמו"ש שם בתוס' דלא עבדינן תרתי דסתרי וכיון דלכל דיני בכור מחזקין לבכור ודאי מטעם רוב מזון נגרר אחריו ודעת רמב"ן ורא"ש דכל חד דדינו ואף דלענין מלקות דין ודאי בכור יש לו מ"מ לענין מזון הממע"ה וא"ה אחר הרוב וכן משמע דעת הטוש"ע יו"ד (סשי"ו) הרי אף דלענין איסור הוי פנדאי מ"מ לענין מזון הממע"ה ושם תחילת הספק הוא לענין איסור דהא לענין מצות נתינה לא חל עליו מיד שנולד הבכור דאין נותנין פשינולד אלא יטפל בו בעליו עד שיגדל מעט כמבואר מס' בכורות וש"ע יו"ד (סי' ש"ו) ומיד פשינולד דנין על האיסור להחזיקו לנדאי בכור וחיוב מלקות בגיזה ועבודה ואעפ"כ פשינולדנו לדון לענין איסור ולקיים מצות נתינה הנוגע למזון אמרינן הממע"ה וא"כ אף בנידון זה אף דלענין איסור קיי"ל פרוך הפוסקים דהוי רבית קצוצה מ"מ פשכר קבל המלנה ובאנו לדון על המזון אם חייב להחזיר למה לא מצי למימר קים לי פהמיעוט אף דעיקר פלוגתיהו לענין איסור: ולכאורה יש לומר בטעמו של הרשד"ם דשאני איסור רבית משאר עניני מזון דהא בגזל ואונאה ועושק יכול הנגזל לומר הרני פאלו התקבלתי ואם מוחל לו מהני מחילתו וברבית לדעת הגאונים ל"מ מחילה וחינו טעמא דברבית ליכא שום שעבוד הגוף ללנה על המלנה ולא שעבוד נכסים וגלי לן קרא דאי עביד מהני פיון דמדעת נתן רק רמי רחמנא מצנה על המלנה להחיות הלנה ולקיים בו המצנה להחזיר לו לכה חייב למיחדר וא"י למחול כמו שאר מצות עשה אשר אין שום אדם יכול למחול וכמבואר טעם זה בש"מ ר"פ א"נ ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח דיני דיינים (סי' ב') דאף הסוכרי' דברבית ל"מ מחיל' מ"מ בשוחד מהני מחילה פיון דיש לו שיעבוד יכול למחול השעבוד משא"כ ברבית ודלא כמו"ש שם הקצוה"ח וכ"כ לעיל (סי' ט"ז).

וא"כ פיון דליכא שעבוד נכסים ואף מחילתו ל"מ לכה בס' רבית י"ל ג"כ דאזלינן בתר רוב הפוסקים לחייבו לקיים המצנה פיון דאין בזה נגיעת מזון רק חיוב הגוף לקיים המצנה ואף מחילה ל"מ היכא דמהני מחילת הלה שפא לזכות ממנו בזה אף דהרוב מחייבו לקיים המצנה מ"מ פיון שהוא רק ברצון שפנגדו ואם יאמר הרני פאלו התקבלתי מהני בזה פיון דהדין הוא דהמע"ה לגבי מזון הוי פאומר הרני פאלו התקבלתי.

ואף במתנות פהונה ובכור דפטור מספק אף דכהן א"י לומר הרני פאלו התקבלתי מ"מ אם קבל הפהו יכול להחזיר ועיקר המצנה הוא שינקה בו הפהו מצד המזון וגם דמתנה ע"מ להחזיר מהני פהו ולכה בספק אמרינן הממע"ה משא"כ ברבית אם מקבל הלנה ומחזיר לו בשביל לקיים הבטחתו שהבטיח לתת הרבית אינו רשאי ועיקר המצנה הוא שיקיים בו נחי אחיה עמה אהדר ליה שינקה בו לחלוטין לכן אף בספק אם פטור להחזיר מ"מ היכא דרוב הפוסקים אסרו ופסקו דהוי רבית קצוצה חייב להחזיר: אף לפי"ז תליא במחלוקת הפוסקים אם מהני ברבית שקבל מחילת הלנה דלדעת הרמב"ם דמהני מחילה אח"כ לכן גם בספק פיון שהדין הוא הממע"ה וחיוב הלנה לקיים הדין הוי כמחילה ויש לו דין מזון אף דבאיסורא אתי לידו ויש בו ספק חיוב קיום העשה דומה לכ"מ דהמע"ה דהנוגע למזון א"ח רק בדבר ברור.

וי"ל דהא דכתב בעה"ת (שער מ"ו) בשם הר"ר אברהם בר' יצחק במשפנתא בלא נכיינתא וכתב אין פנו פח לפסוק ואם יסתפק בדבר יעמוד ממון על חזקתו וא"י בדיינין ומזה הוכיח בס' דברי אמת בשו"ת (סי' ט' וי"א) היפך דברי מהרשד"ם ולמ"ש יש מקום לומר דהוא סובר דברבית מהני מחילה של הלנה וכינן דביד הלנה למחול הרי דל"ה רק עגנון ממון לכה בספיקא דדינא פטור דהמהע"ה אבל להסוברים דל"מ מחילה הרי דהקפידה התורה שיתקיים המצוה דהתורה בפועל פינון דאף מתחילה מדעתו יהיב ואפ"ה אסרה התורה לכן הוי כמו ספק איסור דהוא לחומרא וי"ל דמהרשד"ם מספקא לי' לדינא אם פדעת הגאונים דל"מ מחילה או פדעת הרמב"ם דמהני מחילה לכן כ' שפיר דהוי ספק איסורא ולחומרא אבל לדין דפסקינן פדעת הרמב"ם דמהני מחילה כמבואר בש"ע יו"ד (סי' ק"ס) ל"ה רק כמו שאר ספק ממון דהוא לקולא וכמו בספק גזל דא"ח בהשבה מספק כ"כ ברבית: וראיתי שם שהרב דברי אמת הביא ראיה מדברי תוס' (סוף פ"א) דכתובות גבי מצא תינוק מושלף אם רוב ישראל חייב להחזיר לו אבידה וכתבו תוס' אף דאין הולכין בממון אחר הרוב היכא שבהיתר בא לידו ומדעתו נתנם לו הרי דאם הי' חזק גמורה היינו דוחין הרוב אעפ"י שיש לאו דלא תוכל להתעלם ועשה דהשב תשיבם והו"ל מילתא דאיסורא א"ו פינון שהוא דבר של ממון אף דפתיך בהדיה איסור אם הוי חזקה גמורה אין ב"ד יורדין לנכסיו להוציא בע"כ אלא הוא יחוש לעצמו ולמ"ש אינו ראיה דשם דומה ממש לספק גזל דמהני מחילה משא"כ לגבי רבית וי"ל נמי דאינו ראיה מהנהג פוסקים דפסקו בספק ממון עניים ובצדקה ובקדוש לחומרא דשם שייך איסור שאין בידי אחד למחול.

ולכה בהך איבעיא דב"ב בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם חוזר כשעמד כתב הר"ן בטעמא דל"ח למעילה משום דאיהו ידע בנפשו דלא גמר ומקנה ומשמע היכא דליכא הך טעמא ספיקא דאיסורא לחומרא אף דדעת הר"ן בנדרים (דף ז') דספק ממון עניים לקולא אף דפתיך ביה איסורא דשם בממון עניים מהני מחילה אם פולם מחלו משא"כ בהקדש דאין בידי אדם למחול.

וכן בכל ספק ממון שיש בו חומר שבועה וחרם דאעפ"כ אזלינן לקולא ואין מוציאין בדיינים יש לומר גם כן דהוא דוקא במקום דמהני מחילת התובע ואף דפתיך ביה איסור שבועה מ"מ דיינין ביה דין ממון והממע"ה אבל במקום דל"מ מחילה י"ל דהוי פספק איסורא ולחומרא ועיין עוד שם בדברי אמת מ"ש דבממון עניים הטעם דיש בו משום בל תאחר והוי פספק איסור וכן כתב הגת"יבות וכבר כתבתי בעגנון זה באורף בספר דברי חיים דיני תפיסה (סי' ח') עיי"ש.

די"ל דכינן דפטור מן הדין מצד ממון דהמע"ה אין בו משום בל תאחר וראיה לזה מהא דמבואר מס' כריתות (פ"ה) דר"ע מחייב על ספק מעילות א"ת ונחכמים פוטרים ומודה ר"ע שאינו מביא את מעילתו הרי אף דמספקי לי' אם נהנה מן ההקדש או לא וחיוב להביא א"ת להגין עליו מ"מ א"צ להביא הממון ובאם באמת נהנה מן ההקדש וחיוב להביא מעילתו עובר על בל תאחר כמבואר רמב"ם (פי"ד הי"ג) הלכות מע"ק דכל מה דאדם חייב להקדש ולעניים עובר בכל תאחר ובכ"ז פינון דהדין הוא דספק ממון לקולא ליכא חיוב עליו משום דלא יעבור על בל תאחר ורק בס' מתנות עניים לדעת רמב"ן

ורש"ב"א וסייעתם אמרו דהוי ספק איסורא ומשום הקרא דכ' עני ורש הצדיקו הצדיקוהו  
במתנותיו גלי לן הקרא דלא למיזל בטר חזקת ממון אבל בהקדשות ובשאר איסורין אף  
דהוי ספק איסור ג"כ לעגנן בל תאחר וחיוב מעילה דהקדש אמרינן הממע"ה ועינן מה  
שכתבתי זה באנרף בדברי חיים שם.

וגדולה מזו ראיתי בס' הלכות יו"ט מגאון עולם מהרי"ט אלגזי זצ"ל הלכות בכורות  
(פ"ה) שהביא מדברי בעל שיטה מקובצת כ"י יבמות (דף ק' ע"ב) דאיתא שם במתנין  
היה אחד ישראל ואחד פהן כו' ובכורו יהיה רועה עד שיסתאב והקשה שם בקרבן עדה  
משמע לעולם הוא רועה עד שיפול בו מום ואמאי הא חייב להקריב בכור תוך שנתו וכי  
בשביל הנאתו יעברו על מצוות על ל"ת והביא ע"ז דברי ר' בצלאל משם גליון נו"ל  
ובכורו ירעו כו' י"מ עד שנה אבל משנה ואילך עובר בבל תאחר וי"מ דדוקא בבכור  
נדאי אבל בבכור תערוכות ליכא בל תאחר עכ"ל הרי אף דהוא נדאי בכור וחייב  
להקריבו רק כיון דיש לו ספק אם הוא פהן וא"ח לתת לכהנים אחרים וגם א"י להקריב  
בעצמו ואם יחייבוהו לתת לכהנים יפסיד מספק ממון אמרינן הממע"ה אף דהוא נדאי  
לאו דבל תאחר מ"מ כיון דהדין הוא הממע"ה ובעצמו אינו רשאי להקריב אינו עובר  
בבל תאחר ק"ו היכא דהוא ספק אם חייב פלל דכיון דאמרינן הממע"ה שוב אינו עובר  
בספק בבל תאחר.

וי"מ הראשונים סוברים כיון דנדאי חייב בהקרבה עובר בבל תאחר ובאמת יש להבין  
דעד שנה ימתין עד שיפול בו מום הא גם קודם שנה איכא עשה שייכא הכל ברגל שפגע  
בו תחילה כדכתיב ובאת שמה והבאתם שמה כמבואר ברמב"ם (פט"ו) ממעשה  
הקרבות ובפ"א דר"ה וכיון דעשה זו מוטל עליו מ"ש תוך שנה או משנה ואילך דיש  
בל תאחר וצריך לדחוק בזה או דלאו דוקא.

אבל הי"מ אחרים סוברים דכל דיפסיד ממון מספק אף דחייב בנדאי בהקרבה ליכא בל  
תאחר וק"ו בספק איסורא דבל תאחר. וכל הנוגע לממון פללא הוא דהמע"ה וספק  
מותר.

וראיתי שם בח"ס שכתב בטעם הדבר דבכל מ"ע מפין אותו עד שתצא נפשו אין רשות  
לירד לנכסיו לכופו להניח תפילין והטעם משום דלמא נ"מ בגין דמעלי והנוגע לממון  
מוטב לירד לנכסיו ואי משום בגין דמעלי יתמי דאכלי דלאו דידהו לזלו בטר שבקיהו  
ובס' בשאר איסורין נמי מפין אותו עד שיסיר הספק מ"מ בס' ממון אין מפין אפילו  
בגופו דעי"ז? תן הממון המסופק ואולי נ"מ בגין דמעלי ולדידהו ל"ה ספק איסורא דאינהו  
לא עבדי איסור ולא מוטל עליהם פבע"ח וספק ממון דידהו קולא לנתבע ע"כ ספק ממונא  
לקולא אעפ"י דכל ממונא אית ביה איסורא עכ"ד והדברים נפלאים לי תדא היכן מצינו  
להקפיד על זה שיכניס א"ע בס' איסור בשביל הבנים ועוד אף ס' גזל אם כלפי שמיא  
הוא דהוי גזל חייבין אף היו רשעים להחזיר מטעם השבת אבידה.

ועוד אם צריך לחוש עבור בניו אם הוא גר זקן וסריס דנדאי לא יהיה לו בנים ולא  
יורשים האם לא נאמר בו ג"כ ספק ממון לקולא ועוד א"כ בממון דיש רוב גמור אמאי  
לא חיישינן בממון ובפרט היכא דהוי כנדאי איסור אף לעגנן מלקות ומ"מ לעגנן ממון  
אמרינן הממע"ה וכמ"ש הרמב"ן הנ"ל למה לא נחוש לס' איסור גזל ונחוש על דלמא

נ"מ בנן דמעלי אתמהה ועוד הא בספק ממון בשמא ושמא לא אמרינן ליה לחייבו אף בד"ש ולמה לא נאמר לו עכ"פ דחייב בדיני שמים לשלם לחבירו ולצאת ידי ספק איסור הכי בשביל דלמא נפקי מיניה בנן דמעלי לא יחוש לעצמו לצאת ידי ס' איסור זה ונדאי אינו לכן אין שחר לדברים האלה ועוד לדין דא"ה בממון אחר הרוב אף לציד"ש א"ח ובכנה"ג מספקי לי בטענת קים לי כמיעוט אם חייב לציד"ש וכתב דפטור ואמ"ו ז"ל בדברי חיים חיו"ד (סי' נ"ב) צידד לומר דרוב לא גרע מברי נגד שמא דחייב לצאת ידי"ש ואני פתבתי שם להביא ראיה דפטור מדברי נ"י ב"ק (פ"ד) דכתב בשור שחרג לאדם פחות מל' יום אפי' בן ט' מספיקא ל"מ ממונא וכתב פיון דכופרא פפרה חייב בבא לציד"ש הרי דוקא משום דכפרה הוא חייב בבא לציד"ש אבל בלא"ה אף דרוב מחייבו א"ח אף לציד"ש וראיה הזאת ראיתי פתוב בספר כ"י הגאון בעל מחבר ברית אברהם ז"ל וע"כ צ"ל טעם אחר בממון כמו שפתבו כל אחרונים דס' גזל לא אסרה תורה וח"מ אלם טובא שאף לצד הרוב אינו מכחיש החזקה וכמו שפתב התה"ד (סי' שמ"ט) או כמו"ש הפנ"י גיטין פ' הניזקין וב"ק ר"פ שור שנגח שהוא גזה"כ מי בעל דברים יגש אליהם: ומ"מ מצינו לגבי הקדש לפעמים דאזלינן לחומרא כמו מסכת מנחות (דף ק"ו) פירשתי ואיני יודע מה פירשתי יביא עד שיאמר לא לקה נתפוננתי וכן מבואר ברמב"ם (פי"ו) ממע"ק ועיין רמב"ם הלכות ערכין (פ"ב ה"י) ושם (ה"ח) כל אלו ספק ומביא לפי ממונו עד שיאמר לא לקה נתפוננתי ואם מת יתנו היורשים פחות שבפלוניות וכ"הכ"מ שם דלגבי יורשים הוי פדין ספיקא דממונא דהוי לקולא אבל לגבי דידיה פסק שפביא ממונו עד שיאמר לא לקה נתפוננתי משום דאפשר לברר פוננתו עפ"י דבריו נראה מדבריו דלקה צריף שיתן ויהיה מביא עד שיאמר לא לקה נתפוננתי אף דבכ"מ הממע"ה והקדש ג"כ דין ממון יש לו ואף דנדאי נתחייב בדבר מ"מ פיון דהוי ספק בחיובו מהראוי לומר הממע"ה מ"מ פיון דאפשר לברר פוננתו עפ"י דבריו חייב לצאת ידי חובו עד שיאמר לא לקה נתפוננתי.

ואפשר דלענין קרפן והקדש פיון דנדאי היה חיוב יש לו ג"כ הדין כמו בקמה דבחוזת חיוב קנימי וס' לקט לקט ושייף ג"כ לגבי' הצדיקהו משלה ותנו לו ועיין תנאים (ס"ק קכ"ז) ועיי"ש בסוף דבריו דבהזק הגוף לחבירו כגון קנטרא ובה"כ דכ' מהר"א ששון דאין לומר קים לי דהרי הוא מילתא דאיסורא וכתב בתנאים דהא יכול השני לצאת מן הבית ולהרחיק דירתו ואין כאן רק הזק ממון שייניס ביתו הפקר ובספיקא דממון יכול לומר קים לי וזה רבות בשנים הבאתי ראיה לומר פיון דאנו דנין על לכתחיל' על מי להרחיק שלא יזק אם על המזיק להרחיק או לא הוי כספק איסור מדברי רשב"א ריש ב"ק דכתב דניזקין איסורא הוא ולחומרא.

וע"כ אף דבכל עניני ממון אמרינן הממע"ה אף בניזקין זה דוקא אם אנו דנין על התשלומין אבל אם אנו דנין במה שצריף אדם ליהדר שלא יזיק יותר משלא יזק כמו"ש תוס' ב"ק (דף כ"ג) בזה אזלינן לחומרא וראיתי אח"כ שביאר פן הגאון בעל ח"ס ז"ל שם דברי רשב"א א"כ נראה דהדין הוא עם המר"א ששון אף דיכול השני להרחיק דירתו ולצאת מן הבית מ"מ כשיושב בהבית ואין שום חיוב עליו לצאת ולהפקיר ביתו ואנו דנין על זה אם יכול להזיק לו י"ל דלכתחילה אם יעשה בשלו להזיק לחבירו הוי מילתא דאיסורא ולחומרא וא"י לומר קים לי וצ"ע בכל זה: סי' נ כפר פתבתי בדיני

תפיסה בספרו של אאמ"ו ו"ל בדברי חיים (סי' ז') לדון בדעת הרא"ש דלמד בדעת הרי"ף דמהני תפיסה בתיקו ודלא פרמב"ן בדעת הרי"ף ויסוד ראיתו של הרמב"ן הוא מהא דהביא הרי"ף מס' ב"מ (סופ"ז) האיבעיא דלסטים מזונין ורועה מזונין דפטור מטעם דהאי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה ובש"ס הוא בתיקו ואם הנה מהני תפיסה למה כתב הרי"ף דפטור בבירור א"ו דל"מ תפיסה ובס' תקפו פהו מדחיק א"ע בגירסת הש"ס בהה בעיא ואני בעניו פתבתי דלכאורה י"ל דבבעיא זו מודה הרא"ש דל"מ תפיסה ואינו ראיה ומדברי הרי"ף למ"א דעד פאן ל"מ תפיסה רק היכא דהספק נולד על חיוב ממון אם הנתבע חייב או לא ואמרין הממע"ה ובזה בספיקא דדינא מהני תפיסה פיון דהוא מוחזק אמרין שוב הממע"ה והב"ד מסלקין א"ע מדין זה כמו"ש רשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) או מטעם שכתב בס' ת"כ ובשאר אחרונים הפאים אחריו אבל בבעיא הזאת דלסטים מזונין ורועה מזונין אין עיקר הס' נולד על חיוב ממון לבד פי גם הספק נולד על חיוב השומר אם מחזיק בשמירה פזו למסור נפשו נגד הלסטים מזונין או לא ובזה מוקמינן על מר"ק ומספק אינו מחזיק למסור נפשו נגד הלסטים מזונין ולא קבל עליו שמירה מעולה פזאת ממילא שוב ל"מ תפיסה ואף דהתופס מוחזק בממון ל"מ חזקתו דלא על זה נולד הספק על חיוב הממון ועיקר הספק נולד על חיוב שמירה וממילא מסתעף מזה חיוב ממון אם נתחייב בשמירה מעולה.

וכמו דמצינו לענין איסור דדעת הראשונים דלא אזלינן בטר חזקה רק על מה שנוולד הספק כמבאר בדברי ריטב"א מס' עירובין (דל"ו) משם הר"מ בר שניאור ו"ל שפכל מקום אין לנו לדון חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו עיי"ש וברשב"א ובמהר"מ לובלין ריש גדה ובמל"מ הל' אבות הטומאה ותוס' רי"ד וריטב"א קידושין (דף ע"ט) ובתשובת רבינו אלי' מזרחי (ח"ב סי' כ"א) ובתשובת מהרי"ל (סי' קמ"ב) פן גמי י"ל לענין שלא להוציא מהתופס בתיקו לחלק דרק היכא דנולד הספק על חיוב ממון אף דהמע"ה מ"מ פשתפס הני הוא הנוחזק אבל אם נולד הספק על חיוב השמירה אם נתחייב למסור נפשו וכיון דמספק אינו מחזיק שוב ממילא פטור ול"מ תפיסת התובע דלא אזלינן בטר חזקתו פיון דלא נולד הספק ע"ז.

ובפרט למ"ש תוס' פתובות (דף נ"ו) דחייב השומרים פדינם הוא דהתורה ירדה לסוף דעתן דמתחייבין בזה וכיון דהני ספק אם השומר נתחייב ממילא פטור ושוב ל"מ תפיסה. ומינושב בזה קו' הלח"מ (פ"ב) משכירות על הרמב"ם שכ' בהנח לפניה או הנח סתם אינו לא ש"ח ולא ש"ש הא בהנח סתם הוא איבעיא דלא איפשטא ולמה לא כתב דאי תפס לא מפקין פדרכו בכל תיקו ובהגה"מ שם כ' משם הראב"ה והנח סתמא איבעיא דלא איפשטא והמע"ה ופטור ואם תפס משלו הני תפיס' מספק ול"מ וכן משמע שם בדברי הרמב"ם מדכנייל הנח לפניה והנח סתם בלשון אחד דא"ח בשמירה משמע דשניהם שוין הן ולמ"ש א"ש פיון דהספק נולד על חיוב שמירה אם נתחייב או לא וכיון דהשומר הוא מוחזק וא"ח בשמירה תו ל"מ תפיסה.

ואולם דעת הרמב"ן ריש מס' גדה דבכ"מ דנין על החזקה אף במה דלא נולד הספק לכו שפיר הוכיח מהא דלסטים מזונין ורועה מזונין דכ' הרי"ף דפטור ע"כ דסובר דבכ"מ בתיקו ל"מ תפיסה מספק דאם נאמר דמהני משום דעכשיו התופס הוא מוחזק הנה מהני



חזקתו אם תפס שלא להוציא ממנו גם שם בלסטים מזונין ורועה מזונין פיון דעכ"פ עכשיו הספק לנו אם חייב לשלם.

ובש"ס ב"ק (דף מ"ז) בבעיא אי קיבל נטירותא דידי' או דעלמא כ' הים ש"ש מוכא בש"ף (סי' רצ"א ס"ק ט') דאי תפס לא מפקינן מיניה מבואר דגם בכה"ג מהני תפיסה. וקושית הלח"מ ה"ל כתבתי שם ליישב קצת פיון דהספק הוא בדעת ולשון בני אדם אם מקבל עי"ז שמירה או לא שוב נאמן בדבריו של"ה פונתו לשמירה וחשיב טענת פרי עיי"ש: אף בסברא הזאת יקשה מכמה מקומות בכל ספיקות בקניינים וחיובין למה מהני תפיסה יהיה המונח.

ראשון בטענתו שטוען פרי שפך היה דעתו במקום דתלוי בדעתו ולחכו"ל יש ספק בדעת בני אדם יהיה נאמן לברר שפך היה דעתו וכבר העירותי בזה בכמה מקומות ואי"ה בחידושי לאה"ע ובואר בזה בארנפה וביותר יש להעיר בהנה"א איבעיא דקניינים כמו בהקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר ואמר קנה המטלטלין ע"ג קרקע שהחזיק האחר הוא ספק אם קנה או לא ואם תפס אחר שחזר המקנה לדעת רמב"ם וסייעתו אין מוציאין מיזו וכמבואר ש"ע (סי' ר"ב) וכדומה נימא פיון דעיקר קנין תלוי בדעת המקנה וסמיכת דעת הקונה וכיון דלדין הוא ספק אם קונה או לא וכשפאו לדין דנין בו הממע"ה א"כ שוב ליכא סמיכת דעת הקונה ואף אם כלפי שמיא גליא דהדין הוא דמהני הקנין מ"מ פיון דלא ידעו הב"ד לדון בזה ומספק אין מוציאין מחזקת מר"ק שוב ליכא סמיכות דעת לקנין ושוב לא יהני תפיסה.

והא דדין הוא בכל גוונא בני אדם אף באינשי דגמירי דינא וכיון דשניהם יודעין הדין דהב"ד יפסקו הממע"ה אין כאן סמיכת דעת מן הקונה והמקנה ועיין ספר חמדת שלמה (סי' א') בהתנפחו שם עם הגאון בעל חנות דעת ז"ל בכל קניינים אם תלוי בדעת המקנה והיכא דאנו סהדי דמקנה בלב שלם ואין ריעותא בגוף המקח רק בקנין אם תלוי בפי שרואה להקנות ולהוציא מרשותו שיהי' גמיר ומקנה וממילא הוי נגד הקונה קנין המועיל או דתליא בהקונה גם כן ויבואר אי"ה לקמן בדיני מו"מ בזה.

אולם עכ"פ תליא בסמיכת דעת וכשליכא סמיכת דעת מהקונה ומקנה ליכא קנין והוצאה מרשות וכיון דעכשיו הוא ספיקא דדינא אם זה הוא קנין המועיל ואין מוציאין מבועלים שוב ליכא סמיכת דעת ואמאי מהני תפיסה: וראיתי בס' יד יהודא ב"ב (דף פ"א) דהעיר בהא דמבואר שם דר"מ ספוקי מספקי ליה בקונה אילן אחד אם קנה קרקע לכד מביא מספק ואינו קורא דאמאי פיון דל"ק והמע"ה ומידע ידעי דמפני הספק אין לו קרקע המוכר אינו מכונן להקנות והלוקח אינו מכונן לקנות משום ספק פשיטא ודאי דל"ק קרקע מתורת ודאי ואף אי אמי אליהו ויימא דקונה ב' אילנות קונה קרקע מ"מ פיון דלא פונונו זה להקנות וזה לקנות מפני הספק אין לו קרקע מתורת ודאי עוד העיר שם דלכתר דמתו אילנות וקם קרקע ברשות מוכר ונטע אילנות נימא ג"כ דמביא ואינו קורא דהא מספקי לו בהאי קרקע דלמא דלוקח הוא ולמה לא אשמועינן פלוגתא דר"מ ורפנן גם לגבי מוכר וכתב לתרץ פיון דכל זמן אילן יש ללוקח קרקע לאשמושי לצורך האילן כמלא אורה וסלו חוצה לו ויש פאן פנונת קונה ומקנה לענין קרקע נמי רק אנו מספקין אם בקניה זו נקנית גוף הקרקע לגמרי או לא אהני רק לענין שעבוד בעלמא כל ימי העץ

וילך מביא דשׁמא קני קרקע הואיל דיש עכ"פ פנונת מקנה וקונה אבל בטר מיתת האילן ונטע המוכר לא מספקי לו כלל דאף אם קנה קרקע מ"מ ל"ה פנונת קונה ומקנה וילך אה"כ אין לו בהקרקע מתורת נדאי עיי"ש בדברי.

ול"נ דמ"מ פינו דאח"כ אין לו קרקע מתורת נדאי דל"ה פנונת קנין לגוף קרקע יהיה פטור מלהביא ג"כ דבמה דהתפנוין לקנות לענין שעבוד בעלמא אין לו רק ק"פ דלאו כקה"ג הוא וקא דקשאי ליה למה לא אשמועינן פלוגתתם לגבי מוכר אם נטע אח"כ לא קשה כלל דלגבי מוכר נדאי הוי שלו מצד חזקת מר"ק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואף אם כלפי שמאי גליא דהלוקח קנה קרקע מ"מ פינו דאין מוציאין מיד המוכר והדין הוא לאוקמי על חזקת מר"ק לא יהא רק פלוקח בהחזרה מהמוכר גוף הקרקע דמביא וקורא.

וכמה נלחצו גדולי האחרונים להקשות על מה חייב הלוקח להביא מספק פינו דקרקע אין לו ומוקמונן על חזקת מר"ק דומה להא דמבואר ב"מ דהספיקו נכנסות לדיר להתעשר והוכיח הש"ס מזה דת"כ מוציאין מידו דא"כ פוטר זה בממונו של פהן וע"כ דכינו דמצד הדין מוקמינן על חמר"ק ונקפו פהן מוציאין מידו נשאר שלו מעיקרא דלוקח פטור מן המעשר וכבר האריכו בזה אחרונים עיין בחמדת שלמה או"ח (סי' א') ובשאר ספרי אחרונים ובמ"ש אאמ"ו ו"ל בדברי חיים או"ח (סי' ג') ובמ"ש אג"י בספר הג"ל באיזה מקומות ובמ"ש בספרי הקטן חלק ראשון דיני תו"מ (סי' יוד) בבואור נכון בדברי הרמב"ם (פ"ט ה"ו) מתרומות וע"כ קא דלוקח מביא דאף דאין לו בהקרקע מ"מ שׁמא כלפי שמאי גליא דקנה קרקע אבל המוכר אם נטע נדאי חייב להביא וקורא ג"כ פינו דקרקע נשאר בחזקתו ואף אם כלפי שמאי גליא דהדין הוא דלוקח קנה קרקע מ"מ פינו דנשאר בידו דמוכר והמע"ה הוי פלוקח בהחזרה ועדיף.

ומ"מ קשה קא אף לצד אם הדין הוא דקנה קרקע מ"מ פינו דאין בכחו להוציא ממנו אף דאין החזקה מכריע הדין לענין איסור מ"מ ממילא ל"ק הואיל דליכא סמיכת דעת דלוקח ואמאי חייב להביא ובהכרח צריך לומר דכוננתם על דעת התורה ואם הד"ת דקונה הוי שלו ועדיין צ"ע: ועל קושאי הג"ל דאמאי חייב להביא פינו דמ"מ אין הקרקע שלו וקא ראיה דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר מטעם חמר"ק אפרינן דלא יצא מרשות בעלים ול"ה פלוקח לפטור ממעשר ומ"ש שם הגאון בעל ח"ד ו"ל לחלק דמטעם יאוש אתינן עלה משא"כ בקרקע דאם זכה בו א"י מרשותו ביאוש פבר כתבתי שם לגמגם דבכה"ג דא"י להוציא בשום אופן עפ"י הדין מהני יאוש גם בקרקע בהכרח צריך לחלק כמו"ש שם הח"ש בין מתנות פהונה לשאר דררא דממונא וביתר ביאור למ"ש הר"ן מס' חולין וכן הוא דעת הרמב"ם דמזיק מתנות פהונה דפטור מטעם דהוי ממון שאין לו תובעין פטור אף בד"ש דלאו ממונם דכהנים הוא דלא זכה בהם הפהן עד שיגיע לידו ורק עליו לקיים מצות נתינה א"כ בספק פדיון פטר חמור דהספק רק על קיום מצות נתינה וכינו דהדין הוא הממע"ה לפטור מלידתו לכהן נכנסין לדיר להתעשר דמעולם לא יצאו מרשות בעלים ואף במפירי פהונה דהוי פאלו בא לידו זה דוקא היכא דחייב ליתן לו בנדאי אבל פינו דמספק א"ח ליתן דהמע"ה שוב אף אם כלפי שמאי גליא דחייב ליתן לפהן מ"מ ל"ה פבא לידו בטרם שבא ליד פהן משא"כ בשאר ספק ממון דלהך צד שהוא של הלוקח פבר זכה בו ועיי"מ ש בבואור דברי הר"ן חולין הג"ל ח"א דיני תו"מ (סי' ד').

גם י"ל ד'אף אם חמר"ק ה'וי פ'מו ח'זקה מ'בוררת והממע"ה ול"מ ת'פ'סה ו'ב'אמת מד"ת מ'בררת ג"כ לענ'ן א'יסור [ועינ'ן ב'קונטרס הס'פיקות (פ'ל א') ד'אם התופס מקד'ש א'שה ב'מה ש'תפס אין ב'קידושין ח'ש'ש פ'לל ו'הא ד'כתב ה'רא"ש ד'יחוש א'י ק'ונה מ'דרבנ'ן ה'וי ס' ול'חומרא ח'וש'שין לק'ידושין א'ף ד'לענ'ן ח'זרה מ'חויב ל'החזיר ל'דעת ה'רא"ש ו'הטור ד'סברו דל"מ ת'פ'ס' בסד"ד מ"מ ש'ם פ'ינן ד'הא'שה א"ח ל'החזיר ו'הא'שה נ'דאי ק'ונה ד'יחוש ו'ש"ר הוא רק הס'פק אם מ'ש'לו ק'י'היב ל'ה ל'כ'ף ח'וש'שין ל'חומרא.

ובד'בריו א"ש ג"כ ה'א ד'מבואר ב'רשב"א ח'ולין (ד'ף כ"ו) ב'הא ד'אמר ר"נ ת'מד ש'לקחה ב'כסף מ'ע'ש'ר ש'ני ול'כסוף ה'חמי'ץ ק'נה מ'ע'ש'ר ד'איג'לאי מ'לתת ל'מפ'רע ד'פרי הוא ו'פרי'ף מ'מתני'תין ד'קת'ני ה'חמי'ץ אין לא ה'חמי'ץ לא ד'למ'א א'י ש'ב'קה ה'וי מ'חמי'ץ וע"ש ב'פירש"י ו'כ' ה'רשב"א מ'ש'ם י"מ ד'ב'אמת ל"ה ר'נב'א רק ה'קוש'ף' הוא אם ה'מוכ'ר מקד'ש ב'מעו' א'שה א'לו ר'אוי ל'היות ס'פק מ'קונ'ד'שת ד'דלמ'א ה'חמי'ץ ל'כסוף ו'הוי ל'מפ'רע י'נו ו'הכ'סף י'וצא ל'חולין ו'יק'שה ה'א מ"מ פ'ינן ד'מס' לא י'צא ה'מעו'ת ל'חולין ו'הוי מ"ש ב'מה מ'קונ'ד'שה ו'ב'זה א"ש ד'הא א'ף ד'מע"ש מ'מון ג'בוה מ"מ ה'יא י'כול'ה ל'יהנות ו'לא'כול ב'קונ'ד'שת מ'ע'ש'ר ב'ירו'ש'לם ו'אין ש'ום א'חד י'כול ל'תפ'נס מ'את'ה רק אם ה'וי נ'דאי מע"ש א'ינה מ'קונ'ד'שת דל"ה ג'תינה מ'המקד'ש ול'כן פ'ינן ד'הוי ס' אם י'צא ל'חולין ש'פיר ה'וי ס' מ'קונ'ד'שת ד'אין ה'ס' רק אם ז'כת'ה מ'המקד'ש או לא ועמ"ש ב'הג'הו'תי בד"ח ד'יני ג'ניב'ה (ס'י י"ג) ד'מכ'ל ה'אחרו'נים ד'פיר'שו בד' ה'רא"ש ב"ק ה'נ"ל ד'אי'ירי ב'אופ'נים דל"ה ש"ר מ'שמע ד'בכ'ל אופ'נים א'ף ד'ח'י'בת מס' ל'החזיר ה'כסף ק'ידושין ג"כ ח'וש'שין לק'ידושין ו'מה ש'כ' ש'ם ה'קה ס' מד'ברי ה'מפ'ר'ש ב'תוס' ר'י"ד מס' ק'ידושין (ד'ף מ"ח) ד'בריו ת'מוה'ין כ'מו"ש ש'ם ו'יבוא'ר א'י"ה עוד ל'קמן ב'דיני ה'לוא'ה ו'ב'דיני ק'ידושין מ'כ'מה מ'קומות ד'מ"מ לענ'ן ק'ידושין ח'וש'שין] ו'רק מ'דרבנ'ן אין ה'חזקת מ'מון ו'חזקת מר"ק מ'כרעת לענ'ן א'יסור כ'מ"ש ה'אחרו'נים ב'א'יסורין ד'לא א'זלינו מ'דרבנ'ן עכ"פ ב'תר ח'זקה ד'מעיק'ר'.

פ'מו כ'ן אין ח'זקה ד'מעיק'רא מ'כרעת לענ'ן א'יסורין ש'הן מה"ת. ו'א'תי ש'פיר ה'א ד'הס'פיקות ג'כנס'ין ל'דיר ל'התע'ש'ר פ'ינן דל"מ ת'פ'ס' ו'מה"ת הממע"ה א'ף ד'אסור ב'גי'זה ו'עב'ודה מ"מ פ'ינן ד'לא י'צא מ'ר'שו' ה'ב'ע'לים ע'דיף מ'לוקח ו'פוט'ר ב'ממו'נו מ'שא"כ ש'ם ב'מס' ב"ב א'ף ד'אין ל'לוקח ק'רקע מ'טע'ם ד'קרקע ב'חזקת ב'ע'לים ע'ומדת מ"מ מ'דרבנ'ן א'זלינו ל'חומרא ש'לא ל'סמ'ן'ף על ה'חזקה: ו'א'תי ש'פיר ב'זה ה'א ד'פרי'ף ה'ש"ס ב"ב ש'ם ו'ל'יחוש ד'למ'א ל'או ב'פורים ו'מ'ע'י'ל ח'ולין ב'ע'זרה ו'פ'י ה'רשב"א ד'בל'א ה'קרב'ת ק'רב'ן הוא רק א'יסור ד'רבנ'ן ל'מ'ע'י'ל ח'ולין ב'ע'זרה ו'ה'רמב"ן ש'ם ה'ק'שה ע'ליו דא"כ מ'אי ק'וש'יא מ'חולין ב'ע'זרה פ'ינן ד'איכ'א ל'ספ'קינהו ב'בכורים ל'א א'תי ד'רבנ'ן ו'ד'חי ד'אור'י'תא.

ולמ"ש י"ל ד'ה'רשב"א ס'ובר ד'עיק'ר ה'חויב ש'ם ב'בכורים הוא רק מ'דרבנ'ן ד'מה"ת ק'רקע ב'חזקת ב'ע'לים ע'ומדת ו'הוי כ'ב'ירור ד'לית ל'יה ל'לוקח ק'רקע ו'רק מ'דרבנ'ן ח'י'ב ש'לא ל'מיז'ל ב'תר ח'זקה ד'מעיק'רא ל'כן פ'רי'ף ש'פיר ה'א ק'א מ'ע'י'ל ח'ולין ב'ע'זרה א'ף דל"ה רק א'יסור ד'רבנ'ן מ"מ פ'ינן ד'תרנ'י'הו ד'רבנ'ן ש'ב ו'א"ת ע'דיף.

ו'א"ש נ'מי ד'ברי ח'ידו'שי ה'ר"ן ח'ולין (ד'ף כ"ב) ש'כ' ל'פ'ר'ש ב'קוש'י'ת ה'ש"ס ר'יש ח'גי'גה א'צ'ט'רי'ף ק'רא ל'מעו'טי ס'פיק'א פ'לומר פ'ינן ד'לא פ'שיט'א ל'ן ו'דאי ל'א מ'י'ת'ינ'ן ע'ולת ר'אי' ש'מ'א י'ביא ח'ולין ל'ע'זרה ו'כ"ת י'תנ'דב ו'י'ביא על ה'ספ'ק ל'או ק'וש'ף' הוא ש'אין לו ח'י'וב

להתנדב בס' ראיה דלא מצינו חיוב עולת ראיה רק אם יכול להביא בחיובו אבל פיון דיש ס' בחיובו ומספק א"י להביא ממילא ידענא אף בלא מיעוט דזכורה נדאי ולא ס' ויקשה לכאורה מש"ס ב"ב ה"ל דקאמר דמביא ומקדיש להו נימא ג"כ פיון שהוא ס' אם קנה קרקע או לא ואינו יכול להביא דשמא מביא חולין לעזרה לא יתחייב להביא ולהקדיש פמו שם בעולת ראיה ולהנ"ל א"ש דע"כ לא כתב הר"ן פן דא"ח להביא ולהתנדב מס' רק על חיובו מה"ת דשם קאי על הדרש בתורה בזה שפיר אף דס' דאורייתא מה"ת לחומרא מ"מ פיון דיש חשש איסור להיפוך דלמא א"ח ומביא חולין בעזרה פטור דלא מצינו דחייבו התורה לעשות תקינות שייביא עצמו לידי חיוב ושייתנדב ולמה צריך קרא לפטור אותו אבל מ"מ מדרבנן נדאי רמזא עליו חיוב לצאת ידי ס' ושללא פול בס' איסור אחר דמעניל חולין בעזרה צריך שיקדיש.

ואף אם החיוב הוא רק מדרבנן להביא הבכורים חייב להקדיש ולחוש על איסור הבאת חולין בעזרה שלא יפול בו ועיין מ"ש בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ד') ובמ"ש פבר מזה בח"ר מספרי דיני שחיטה (סי' כ"ד) ובד"ח שם פתבתי כמה ענינים שונים בדיני תפיסה.

ועוד יבואר א"י"ה לקמן ביתר הלכות כמה פרטים בדינים אלו. דיני עדות סי' א' היא דכתיב בתורה ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר מבואר מדברי הרמב"ם הלכות יסוה"ת (פ"ה ה"ב) שהוא מצד חק התורה וגיזירה דאורייתא לומר שפן הוא ולדון ע"פ דבריהם לא שנאמר שפן הוא האמת הברור.

שכ' וז"ל כמו שצונונו לחתוך הדבר ע"פ שנים ואעפ"י שאין אנו יודעין אם העידו אמת או שקר כף מצוה לשמוע מזה הנביא אעפ"י שאין אנו יודעים אם הם האות אמת יעיי"ש הרי דכ' להדיא דחק התורה הוא אבל אין לומר שפן הוא האמת די"ל גם שנים י"ל דמשקרים רק התורה צונתה לנו לדון ולקיים דבריהם.

ומה"ט גזרה התורה לדרוש ולחקור בדבריהם בשבע תקירות ואם אמרו אין אנו יודעים עדותן בטילה ומבואר בש"ס סנהדרין (דף מ"א ע"ב) הטעם דהו"ל עדות שאי אפה יכול להזימה יעיי"ש היינו פיון שאומרים אין אנו יודעים ואין מגבילים הזמן חזינו דיראים שלא יתפסו לשקרנים דע"י הזמן יוכלו לבא לידי הזמה וכיון דהתורה לא גילתה לנו רק לדון ע"י עדותן אף שיוכל להיות ששקר הוא מ"מ למיזל בכל ענינים ולחתוך הדין עפ"י עדותן הטילה התורה תנאי בדבר לחקור אותם על כל הזמנים שיוכלו להתפס לשקרנים ע"י הזמה ואם חסר לעדותן תנאי הזאת באנו לחוש דלמא שקרנים המה ובפועל לא יאמרו להגביל כל הזמנים כדי שלא יותזמו ויתגלה הדבר ששקר העידו.

ועיי"ש בפירוש המשנה לרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל ואם אמרו בתקירות א"י אי אפשר בהם הזמה בשום פנים ולפיכך עדותן בטלה ונאמר עדות שקר הוא וזה שאומר בתקירות א"י הוא כדי שלא תתקנים עליהם הזמה עכ"ל ולכאורה למה אמר הרמב"ם ז"ל דנאמר עדות שקר הוא ולא סגי ליה לומר דגזיה"כ הוא דבעינו שיבררו התקירות כדי שיהיו יכולין להזימן ולקיים בהו הזמה ומה לי אם שקר אומרים או אמת הא זה מחק התורה דבעינו לקיים בהו דין הזמה כדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם.

אולם למ"ש אתי שפיר דהא תינח במקום דשייך הוה ובעי שיהיו ראוי' לקיים בהם הוה. אבל במקום דל"ש לקיים בהם פאשר זמם דל"ב בזה לקיים פאשר זמם למה בעי דו"ח וגם אם יאמרו א"י דפסול למה ל"ה כמו לגבי בדיקות דא"י פאשר פמבואר במתניתין דסנהדרין הנ"ל ובש"ס מפדי אידי ואידי דאורייתא מ"ש חקירות ומ"ש בדיקות א"ל הכי השתא בתקירו' עדותן בטילה דהוי ליה עדות שאי אתה יכול להזימה וא"כ היינו אומרים דכיון דמטעם הוה א"י בתקירות פסול במקום דל"ש לקיים הוה דל"ב בזה עדות שאתה יכול להזימה כמ"ש תוס' ריש מס' מפות גם פשאומרים א"י בתקירות יהיה פאשר דדמי לבדיקות לכך הוסיף הרמב"ם פיון דאי אפאשר בהו הוה אומרינו עדות שקר הוא דזה תנאי התורה להאמין שני עדים במקום דמגבילין הזמן ואינם יראים שיותזמו ואף דל"ש לקיים בהם דין הוה מ"מ יתפסו לשקרנים ויראים גם מזה אז האמינם התורה אבל פשאומרים א"י עדותן בטילה.

וכן מבואר מלשון רש"י מס' ב"ק (דף ע"ה ע"ב) בהא דקאמר שם הש"ס והא קי"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה ל"ה עדות ה"מ היכא דלא ידעו באיזה יום באיזה שעה דליכא לעדות פלל וכתב רש"י דאיכא למימר דלהכי עבדי דמיסתפו דלא ליתו סהדי דליזמוהו ונהלא באותו שעה עמנו היתם ועדים שקרני' הם עיי"ש והיינו אף במקום דלא נקיים בהו דין הוה מ"מ יראים שלא יתפסו לשקרנים וכיון דלא הגבילו הזמן באנו לבית הספק אולי שקרנים הם וכבר רמז על דברי רש"י אלו אאזמ"ו זל"ה בספרו דברי משפט (סי' ל"ח): ובנ"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ע"ב) כ' באורו לחדש דהיכא דלא שייך לקיים בהעדים דין הוה שונון תקירו' עם דרישו' וכאשר אף באומר איני יודע והעלה מפח זה דלאסור אשה לבעלה דל"ש פאשר זמם פשאמרו העדי' א"י דין התקירות שנה לדין הבדיקות ועדותן קיימת עיי"ש באורו בזה.

ולמ"ש אף היכא דל"ש פאשר זמם ולעשות דין ועונש הוה מ"מ א"י בתקירות פסול מטעם גזירת הפתוב דבעינן עדות שאתה יכול להזימה פדי שישתפו שלא יתפסו לשקרנים ובפרט במקום שיתפסו ע"י הוה שפאשרו על לאו דלא תענה דאם אמרו לאסרה על בעלה ודאי עברו על לאו דלא תענה ונפסלין.

וכ"ז דלא נתקיים בעדותן תנאי שהטילה התורה פדי שגדע לסמוך עליהם דאמרו אמת באנו לספק דלמא שקרנים הם. משא"כ בבדיקות אף שגזרה התורה לחקור מ"מ פיון שזה אינו נפ"מ שיותזמו ויתגלה שקרוםם לכך אם אמרו א"י פאשר עדותן.

ויכמו כן בע"א המסייב שבוע מד"ת בעינן דו"ח. וגם באומר אינו יודע בטל עדותו אף דליכא נפ"מ לענין דין הוה והיה לנו לומר דהוי לגבי ע"א דו"ח כמו בדיקות דאף דבעי מד"ת מ"מ באומרים אין אנו יודעין פאשר כמו כן דו"ח פיון דליכא נפ"מ לענין הוה היה לנו לומר דכאשר וכן העלה שם הנו"ב להוכיח דאף דל"ב בד"מ עדות שאתה יכול להזימה מ"מ דו"ח בעינן כמו בבדיקות ואין חילוק בין אחד לב' אף דבאחד ל"ש דין הוה וגם אף מלקות אינו לוקה דאין עד שקר לוקה רק מטעם שהרשיעו את הצדיק ובע"א לחייבו רק שבועה לא הרשיעו לכלום מ"מ מצד גזה"כ בעינן דו"ח כמו בדיקות עיי"ש באורו פל הבגנו ודבריו תמוהין דלדבריו פיון דדין הוה לא שייך ביה למה בעי פלל דו"ח פיון דגם באומר איני יודע פאשר דדומה לבדיקות לדעתו במקום דל"ש בי' הוה וא' פאשר



וא"י פֿשר בֿהוּ לְכַף כ' דא"צ לְפָרֵשׁ יוֹתֵר הֵינּוּ שְׂאֵף א"י פֿשר פֿינן דְּתוּ לֹא צָרִיכִינוּ לְהַזְמִינָה עי"ז וּבִסִּי ע"ד כ' שְׂמֵדְבָרֵי הָרִזְ"ה יֵשׁ לִי הוֹכְחוֹת בְּרִזְל מְדַמְכָּשִׁיר א"י בְּאַמְשׁ הָרְגוּ וּמְרַמְבֿ"ן וְר"ן לִיכָא הוֹכְחָה לְהִיפּוֹף דִּי"ל דְּטַעֲמִינְהוּ דְאַפְשָׁר לֹא יַעֲלָה עַל לְבֹן דְּהַמְזִימִין רַק יוֹם הַחֻנְדֵּשׁ א"כ שׁוֹב אֲנִי תוֹכֵס מְדַבְּרֵי רִזְ"ה דְּבַמְקוֹם דְּל"ש פֿלֵל אִין דו"ח מְעַפֵּב כְּשֵׁא"י פֿי לְמָה נַעֲשֶׂה מַחְלוּקוֹת בֵּין הַפּוֹסְקִים עכ"ל.

וְכַל מְעִינן יִשְׁפּוֹט בְּצִדְקָה דְּדַבְּרֵי דְּבַעַת רִזְ"ה דְּחוֹקִים דְּנֻדְאֵי פְּנוּנַת הָרִזְ"ה פֿינן דא"י פֿשר לְמָה צָרִיף לְשִׂאוֹל אוֹתוֹ וְאַף אִם יִכְחִישׁוּ זֶה אֶת זֶה לֹא יִתְבַּטֵּל עֲדוּתָן פֿינן דְּכַבֵּר אֲמָרוּ שְׂנִינְהֶם אֲמַשׁ הָרְגוּ מָה אֵיכְפַת לָן אִם מְכַחִישִׁין א"ע בְּכַמָּה בְּשַׁבַּת אוּ בְּכַמָּה בַּחֻנְדֵּשׁ.

וְגַם מִדְּכ' א"צ לְפָרֵשׁ יוֹתֵר אֲלֵא בְּאִיזָה שְׁעָה כו' וְלֹא הִצְרִיכוּ לְפָרֵשׁ פֿל אֵלּוּ הַחֻקִּירוֹת אֲלֵא פֿשְׁאוֹמֵר זְמַן מְרַנְבָּה מְבֹנָאָר דְּכְשָׁאוֹמֵר אֲמַשׁ א"צ פֿלֵל לְחֻקִּירוֹת אֵלּוּ: וּמָה שְׁהַקְשָׁה הָר"ן עַל הָרִזְ"ה מְפִשְׁטָה דְּגַמְרָא נִרְאָה בְּרוּר דְּדַעַתוֹ בְּפִירוּשָׁא דְּש"ס שְׁם כְּמוֹ"ש הֶרְמ"ה בְּחִדּוּשָׁיו שְׁם דְּדִיִּיק מְדַקְאָמֵר ר"י לְדַבְּרֵיכֶם כו' אוֹמְרִים לוֹ בְּאִיזָה יוֹם דָּאִם הַכְּנֵנָה אִפ"ה אוֹמְרִין לִי הֵאֵי אוֹמְרִים לִי מְפִנִי מָה אוֹמְרִים לִי מִיבְּעֵי לִי לְמִימֵר אֲלֵא מְדַמְתְּמָה אוֹמְרִים לוֹ ש"מ פֿשִׁיטָא לִי דְלֵא אֲמָרִינוּ רַק הַפֿירוּשׁ הוּא דְּבַמְתְּנִיתִין קְתַנִּי הָיוּ בּוֹדְקִין בְּשַׁבַּע חֻקִּירוֹת לְמָה לְהוּ לְשַׁבַּע הָא פֿשִׁיטָא דָּאִם אֲמַר אֲמַשׁ לֹא צָרִיכִינוּ תוּ לְשִׂאוֹל עַל חֻקִּירוֹת הַקּוֹדְמוֹת וְהוֹאִיל וְאַפְשָׁר דְּאַמְשׁ הָרְגוּ לֹא נִשְׂאֵל בְּתַחֲלִילָה אֲלֵא בְּאִיזָה יוֹם וּבְאִיזָה שְׁעָה וְנִתְבָּרַר פֿל הַדְּבָר עַל בְּנֵי רִזְ"ה וְכִי אֲמָרוּ סְתָם הָרְגוּ נִימָא לִיהַ אִימְת' הָנִי וְאִי אֲמַר עַכְשָׁיו שְׁפִיר וְא"נ מֵאֲתָמוֹל אֲמָרִינוּ לִיהַ בְּאִיזָה שְׁעָה אֲלֵא מֵאִי אִית לָךְ לְמִימֵר אַע"ג דְּאִי אֲמַר עַכְשָׁיו הָרְגוּ ל"צ תוּ לְמַבְדֵּק פֿי אֲמַר סְתָמָא רְמִינוּ כּוֹלְהוּ הָנִי חֻקִּירוֹת דִּידָן כְּרִשְׁבֿ"א פְּדִי שְׁתַּטְרַף דַּעַתָּן וְר"י אֲמַר לָךְ חֻקִּירוֹת דִּידִי לֹא מִשּׁוֹם דְּרִשְׁבֿ"א אֲלֵא מִשּׁוֹם דְּשִׁכְחִי בְּרוּב עֲדוּיוֹת עי"ש בֶּרְמ"ה דְּסִיִּים וּמ"מ שְׁמַעֲינָן מִינָה דְּהִיכָא דְּאֲתִי וְאַמֵּר אֲמַשׁ הָרְגוּ א"נ עַכְשָׁיו הָרְגוּ תוּ ל"צ לְמִימֵר עִילְגוּיָה מִיְדַעַם וְהֵאֵי דְּקֵאָמְרִינוּ רְמִינוּ עֲלֵיהַ כְּדִרְשְׁבֿ"א הִיכָא דְּאֲמַר סְתָמָא עי"ש עוֹד וְכֵן כְּתִב שְׁם בְּחִדּוּשֵׁי רַבִּינוּ יוֹנָה דְּהַפִּיר' בְּגַמְרָא אַע"ג דְּל"צ רְמִינוּ הֵינּוּ מְדַרְבְּנָן כְּדִרְשְׁבֿ"א וּבַמְתְּנִיתִין קְתַנִּי סְתָם הָיוּ בּוֹדְקִין הַחֻמְרֵי חֻקִּיִּים פֿשְׁאוֹמֵר סְתָם לְבַדּוֹק אוֹתָם בְּכָל חֻקִּירוֹת וְלִהְתַּחֲלִיל מִן אִיזָה שְׁבֻעָה אִיזָה שְׁנָה וְלֹא לְקַצֵּר לִהְתַּחֲלִיל מִן אִיזָה יוֹם פְּדִי לְהַאֲרִיף וְלִתַּת זְמַן לְהַעֲדִים שְׁיִכּוֹלִין לְחַזֵּר וְלִהְגִיד אֲבָל בְּאִם כְּבָר הַעִידוּ אֲמַשׁ ל"צ פֿלֵל לְשִׂאוֹל וְאַף אִם שְׂאֵלִינוּ לְהוּ וְהַכְחִישׁוּ א"ע לֹא אֵיכְפַת לָן וְאַמְרִינוּ דְּחַזְזֵר וּמַגִּיד וְזֶה דַּעַת רִזְ"ה בְּבִירוֹר וְאִין מְזָה שׁוֹם רֵאִי לְזַמּוֹת חֻקִּירוֹת הִיכָא דְּלִיכָא נ"מ לְהַזְמִינָה לְבְּדִיקוֹת שֵׁא"י יֵהֵא פֿשֵׁר לְגַבִּינְהוּ וְדִלֵּא כְּנו"ב.

וְדַעַת רַמְבֿ"ם דְּצָרִיף לְשִׂאוֹל מַגְזֵה"כ וְלִפִּי מ"ש הָר"ן בְּדַעַתוֹ אֲפֵי פֿשְׁאוֹמֵר א"י עֲדוּתוֹ בְּטַל. וּמ"ש הַנּו"ב הַטַּעַם דְּלֹא יַעֲלָה עַל לְבֹן דְּהַמְזִימִין רַק יוֹם הַחֻנְדֵּשׁ הוּא דְּחַסֵּק גְּדוֹל דְּמ"מ לְמָה צָרִיף שְׁעַד הַמַּעִיד יַדַּע יוֹם הַחֻנְדֵּשׁ אִם אוֹמֵר אֲמַשׁ הָרְגוּ אוּ עַכְשָׁיו פֿינן שְׁהַב"ד יוֹדְעִים וְיִתְפָּרֵס לְכָל יוֹם הַחֻנְדֵּשׁ וְיַדְעוּ הַמְזִימִין לְהַזְמִין וּבְמָה יִתְבָּרַר יוֹתֵר לְהַמְזִימִין ע"י שְׁיַגְבִּילוּ הַעֲדִים יוֹם הַחֻנְדֵּשׁ.

וְגַם הַשְּׁנָה וְהַשְּׁבֻעָה מָה אֵיכְפַת לָן בְּמָה שְׁהַעֲד הַמַּעִיד אִינוּ יוֹדְעֵי פֿינן שְׂאִין זֶה גְּרַעוֹן לְהַמְזִימִין. וְע"כ צ"ל דְּהַרְמְבֿ"ם סוֹבֵר דְּגַזֵּה"כ הוּא לְשִׂאוֹל עַל פֿל הַז' חֻקִּירוֹת וְכִינוּן דְּלַפְעָמִים פֿשְׁאוֹמְרִים א"י יֵשׁ רִיעוּתָא בְּזֶה לְצוֹרֵף הַזְמָה פֿל אֲנַפִּין שְׁוִין דְּכְשָׁאוֹמֵר א"י

בטל עדותו ומוכח מדבריו דבכ"מ אף היכא דל"ש הזמה מ"מ א"י בבקירות פוסל עדותו ובפרט למ"ש לעיל דהא דהאמינה התורה לשני עדים לאו מטעם בירור הוא דלא משקרי רק גזה"כ וכמ"ש הרמב"ם (הל' יסה"ת): וביותר יש ראיה ממ"ש תוס' פסחים (דף י"ב) ד"ה באיזה יום הטעם דאף דכבר פונונו יום אהד לחודש ולמה צריף למישאל ליהו באיזה יום הוא משום דתקירות ילפינו מקראי צריף שלא יכחישו זא"ז ושא לא יכחישו א"ע וכיון דבמתניתין קתני דבתקירות אם אמר א' א"י עדותן בטילה מבואר דקאי על כל השבע תקירות ואמאי הא אם כבר פונונו יום אהד לחודש כבר ישנו בהזמה ואין צורף להזמה בהד תקירה דאיזה יום ואמאי יפסול בהו א"י בשלמא למאי דכתב רש"י ר"פ היו בודקין דנ"מ פדי שעדי הזמה ישימו לב להזימם יש בהו צורף סיבת הזמה וכן למ"ש תוס' בתירוץ א"נ דנפ"מ לא' אומר בב' וא' אומר בג' שפיר פיון דלפעמים נ"מ להזמה לא פלוג ובכ"מ א"י בקל תקירות בטל אבל אם מטעם גזה"כ הוא אמאי יזיה א"י פסול פיון דל"ש בזה אופן הזמה נימא דהוי כמו בדיקון וע"כ צ"ל דבתקירות לא פלגו חז"ל ובכ"מ א"י מבטל עדותן: סי' ב להמתבאר לעיל דשני עדים לאו בירור גמור אמת לאמיתו הוא שפן הוא רק גזה"כ לדון על עדותן.

נלענ"ד לבאר ע"נ סוגית הש"ס ב"מ (דף ג' ע"ב) ומאי ק"ו ומה פיו שאין מחייבו ממון מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו ממון אינו דין שמחייבין אותו שבועה ופיו אין מחייבו ממון והא הודאת בעל דין פמאה עדים דמי מאי ממון קנס עיי"ש פל הסוגי' עד דמסיק אלא מה לפיו שפן אינו בהכחשה והזמה תאמר בעדים שישפן בהכחשה והזמה וכתב הנ"י שם דע"כ פיו אינו בהכחשה אף באומר נזפרתי דאי בעומד בדבורו מאי אולמי' דפיו מתנה הוא דקא יתיב ליה א"ו אף בשאינו מעמיד דבריו וחוזר בו ומ"מ לא משגיחין אעדים והקשה מפח זה על הרמב"ם דפוסק דיכול לומר נזפרתי ועיי"ש בש"מ משם הר"ן ובש"ע (סי' ע"ט) ובס' אורת שם.

ועוד יש פמה דקדוקים בסוגי' הש"ס שם חזא מה ס"ד דפיו אינו מחייבו ממון וכי לא ידע דהודאות בע"ד מהני. גם מה אולמי' דפיו שפן מחייבו קרפן פיון שמ"מ לענן חיוב אדם לתבירו עדים יש להם מעלה יתירה מפיו דאינו מחייבו קנס: ולמ"ש א"ש פיון דחזינו דהתורה חייבו שבועה על הודאה במקצת מדכ' פי הוא זה והא ס"ד דזה ודאי לאו בירור הוא שפן הוא האמת לאמיתו רק דמטעם מתנה הוא ומה שהודא חייב לשלם אף אם באמת יוכל להיות דשקר הוא או שטע' ואעפ"כ פיון שחייב לתת מקצת ממון גורר החיוב זה שישבע על מה שפפר ומה דקאמר ומה פיו שאין מחייבו ממון הי' ס"ד אף דחייב לשלם אבל מ"מ בירור שהוא פן האמת לאמיתו אין כאן ומ"מ פיון שצריף לשלם גורר החיוב זה על שבועה על השאר עדים שמחייבין ממון והי' סובר מטעם בירור הוא שפן הוא האמת שחייב לו מפבר והיה הלואה במקצת אינו דין שחייב זה גרור שיתחייב שבועה על השאר ופריף ופיו אין מחייבו ממון והא הודאת בע"ד פמאה עדים דמי ומאה עדים לאו דוקא רק פיון שהודאתו מהני אף נגד עדים ע"כ דזה הוי בירור יותר מן עדים שנדאי פן הוא שלוח ממנו באמת לכה גורר החיוב ממון זה שישבע על השאר פיון שהי' הלואה וקאמר מאי ממון קנס דפיו אין מחייבו ע"כ דהודאות בע"ד לאו מטעם בירור הוא שפן הוא האמת שלוח ממנו רק שייכול לחייב א"ע וחייבו התורה מטעם הודאתו לדון עפ"י הודאתו אבל לקנוס אותו גזה"כ אשר ירשיעון אלקים פרט



למרשיע א"ע והטע' פיון דלא ידענו אם האמת פן הוא שעשה המעשה שמחייב אותו הקנס אין הב"ד יכולין לחייבו על זה הקנס ובכ"ז פיו מחייבו שבועה חזינו דכיון שחייב עכ"פ לשלם יהיה מעשה הלואה אמת או שקר חייב התשלומין גורר השבועה.

עדים שמחייבין אותו קנס חזינו דהתורה האמינה להעדים על פעולת המעשה שפן הוא האמת שעשה הפועל הזאת המחייבו קנס א"ד שמחייבין אותו שבוע' פיון שנתברר ע"י העדים שמעשה הלואה הי' אמת למה לא יגרור חיוב התשלומין ע"י מעשה הלואה שישבע על השאר ומינשב קושית הש"מ שם דנימא דיו בעדים המחייבין קנס חזינו על מה שמעדידי' ע"ש פיון דכל הוכחת הש"ס הי' פיון דמחייבין קנס ע"כ דבירור גמור הוא שהאמת פן הוא יותר ממה שיתברר האמת לפני ב"ד ע"י פיו כמובן.

ופריד' מה לפיו שפן מחייבו קרבו וחינו פיון דחייב ע"י הודאתו בקרבן אף שלא נודע לנו אם האמת פן הוא בכ"ז רשאין וחיובין הפהנים להקריב הקרבן ע"כ דע"י פיו מבןרר שהאמת פן הוא כמו שאמר תאמר בעדים שאין מחייבין אותו קרבן ועמ"ש בתוס' דפיו מחייבו בקרבן אף אם עדים מכחישין אותו וחינו כמ"ש דמזה נלמוד דפיו עדיף שמברר האמת וע"י עדים לא נתברר האמת וקאמר ר"ח כר"מ ס"ל ומסיק מה לפיו שפן אינו בהכחשה ובהזמ' חזינו אף שעומד בדבורו מ"מ פיון שחזינו דעדים אינם יכולין להכחיש אותו וגזרה התורה שיגרור חיוב זה שחייב לשלם ממון בבירור שישבע על השאר פיון דע"כ צותה התורה להחזיק זה לאמת שחייב לשלם דאם מטעם מתנה הוא למה יגרור לשבועה עוד על מה שפפר וע"כ פיון שחייב שבועה עי"ז אמרינו שהתורה ירדה לדעת בני אדם כשמודים על חיוב ממון אדם נאמן על ממונו שפן הוא האמת לכך גורר שבועה על השאר ועיין רש"י קידושין (דף ס"ה) הודאת בע"ד כמאה עדים פדכתיב אשר יאמר פי הוא זה הרי שפמה על מקצת הודאתו עי"ש וחינו דהודאה לאו בתורת חיוב הוא רק דהתורה אמרה שפן הוא האמת שהלנה ממנו פיון שגורר לשבועה ומזה ידענו שפן הוא דאל"כ למה יגרור עוד לשבועה ומזה ידענו ג"כ דהודאות בע"ד יותר מן העדים פיון שרמזה לנו התורה דמחזקינו להודאתו לאמת גמור פיון דחייב עי"ז שבועה על מה שפפר ע"כ דאינו בהכחשה תאמר בעדים שישנו בהכחשה ואיך נוכל לסמוך עליהם שפן הוא האמת כמו שהעידו פיון שישנם בהכחשה ועל פן מצד הסברא הא דהאמינה התורה לשני עדים לאו מטעם שהאמת פן הוא רק ע"פ שנים עדים יקום דבר שפן יתקיים הדבר לדון ע"פ עדותן אבל לא מטעם בירור הדבר הוא ומניין לנו שעוד נחזיק הדבר שיגרור עדותן לחייבו שבועה אף על מה שאינם מעידין ומינשב היטב קושית הר"ן על הרמב"ם דנדאי פיו שאינו בהכחשה רק כשעומד בדבורו ולא נוכל לומר מתנה קא יהיב ליה דא"כ למה יגרור עוד לחייבו שבועה על מה שפפר א"ו פיון שחייבו התורה שישבע מטעם בירור הוא אבל ע"י עדים לאו בירור הוא רק מצד גזה"כ לקיים דבריהם אבל מ"מ מנ"ל שזה יגרור עוד שיתחייב שבועה על מה שאינם מעידין: שוב ראיתי בקצוה"ח (סי' ל"ד) שהקשה מנ"ל דהודאת בע"ד יותר מעדים ואי משום דכ' פי הוא זה חזינו היכא דליפא עדים דמכחשי ליה ומשום מיגו הוא דנאמן דאי בעי יהיב ליה במתנה אבל היכא דאיפא עדים דהוי מיגו במקום עדים ל"א וא"ל דהוא מסברא דהא חזינו מדברי רש"י דיליף לה מקרא דכתיב פי הוא זה עי"ש ולמ"ש א"ש פיון דהודאתו מחייבו שבועה ע"כ לאו מטעם מתנה הוא ונאמן שמחייב מכבר והמעשה הי' אמת וכיון שגורר לשבועה ליפא

שום ספק בהודאתו ממילא מהני אף נגד עדים דעדים מועילים על ספק ולא נגד הברור  
ונאמת ואף אליבא דאמת דעדים גם כן מחייבי שבועה אף דלאו ברור הוא פדמטיק שם  
בש"ס מ"מ מה שנתחייב על ידי הודאתו מטעם ברור הוא מדכ' בקרא כי הוא זה משמע  
שפן הוא הדבר לאמיתו ולכך אינו בהכחשה ומהני הודאתו אף נגד עדים: ועוד נראה  
די"ל למ"ש תוס' שם בד"ה מה לפיו שפן מחייבו קרפן אפי' העדים מכחישין אותו  
ואומרים לאו חלב הוא אלא שונמן וכ"כ שם בש"מ דמפאן נולד דבר זה שפיו מחייבו  
אפילו במכחישין אותו לרבנן ולר"מ עדים ולא פיו ושפא אף לר"מ פיו ועדים שונים  
שניהם מחייבין אותו ושניהם אין פוטרין אותו עיי"ש משם הרמב"ן ומשם ר"פ כ' וא"ת  
כשהעדים מכחישין אותו האיה יסמכו הפהנים ע"פ להקריב קרפן הא הוי חוליו בעזרה  
וי"ל פיון דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אף אנו סומכין עליו פיון דכפרה  
דנפשיה הוא עיי"ש א"כ י"ל הא דקאמר מה לפיו שפן אינו בהכחשה תאמר בעדים  
ששישנו בהכחשה היינו דפיו ברור גמור הוא ואף אם עדים מכחישין אותו נאמן יותר  
מעדים דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים ואף לחייבו קרפן אכל עדים אף אם נאמנים ג"כ  
לחייבו קרפן נגד הכחשת הבועלים וכו' מ"מ מ"מ נגד הכחשת עדים הוי תו"ת ואינם נאמנים  
ומינשב קושית הנ"י והר"ן על הרמב"ם דבאמת באינו מעמיד דבריו ואומר נזפרתי נאמן  
ופיו דאינו בהכחשה הוא רק במעמיד דבריו ומ"מ הוי רבותא דנאמן יותר מעדים אף  
להביא קרפן ע"י פיו אף במקום הכחשת עדים והפהנים מקריבין.

והא דפשיט' לי' להש"ס דנאמן הוא מדכ' או הודע אליו חטאתו חזינו דהתורה האמינו  
להקריב שיתכפר ותל' רק אם נודע אליו אף נגד הכחשת עדים ועיי"ש בש"מ שפכתב  
דלקך פירש"י פיו מחייבו קרפן והתודה אשר חטא והביא.

ולא הביא רש"י מדכתב או הודע אליו. דמדכתב בעלמא והתודה כו' מדריש לן או הודע  
אליו אפי' בהכחשת עדים עיי"ש ומזה ילפינו בכ"מ דיכול אדם לשונו' על נפשו חתיקא  
דאיסורא אף נגד עדים.

ובאמת י"ל דאיסורא מן ממונא לא ילפינו ול"ה ידענו דאדם נאמן ע"ע באיסור רק דיחוש  
לעצמו אם יודע אכל באם חוזר אח"כ מדבריו הראשונים לא איכפת לן ועיין רשפ"א  
קידושין (דף ס"ה) דגבי ממון אי לא דכתב רחמנא אשר יאמר כי הוא זה דמינה גמרין  
הודאות בע"ד הו"א דלעולם לא מקיימא מילתא אלא בסהדי משום דכ' ע"פ שנים עדים  
או ג' עדים יקום דבר כו' אלא דאמתא פי הוא זה וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובה  
לאחרני פתיב ע"ש והינו דודאי ע"פ סברא אדם שליט בממונו ויכול לעשות בו פטוב  
בעיניו רק דהב"ד לא נתחייבו בזה להוציא ממנו והב"ד אומר לו אם חייב אתה צא תן  
לו ואם אינו רוצה אח"כ אינו נידון לגזלן פיון דכ' ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר  
שיהיה קיום לדבר לדון ע"ז צריף לעדים וגלי לן קרא דכי הוא זה שיתקיים ע"י הודאתו  
ולדון ע"ז לחייבו שבועה ושיהיה קיום להודאתו מזה ידענו דיקום דבר במקום דאיכ'  
חובה לאחרני פתיב אכל מ"מ למילף מזה לדון באיסור י"ל מה דגלי גלי להוציא הקרא  
דע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר ממשמעויותו היינו בממון אכל באיסור דלא גלי  
מנ"ל וביותר יקשה למ"ש הש"ף (סי' פ"א ס"ק נ"ו) וכן העלה שם בקצוה"ח (ס"ק כ"ב)  
דמן פי הוא זה לא ידענו דהודאתו מהני רק בתבעו והודה אז הודאת בע"ד כמאה עדים

אָבֵל בְּהוֹדָה שְׁלֵא ע"י תְּבִיעָה ל"מ הוֹדָאתוּ דְבִקְרָא ע"כ בְּתַבְעוּ אֵינְרִי פִינּוֹן דְּחֵיב שְׁבוּעָה וּבְהוֹדָא קְדָמָה לְתַבִּיעָה אֵינּוּ חֵיב וְכִינּוֹן דְּאֵינְרִי ע"כ בְּתַבְעוּ אָמְרִינּוּ דְּהוֹדָאתוּ שְׁלֵא ע"י תְּבִיעָה לָאוּ הוֹדָאָה הוּא עֵי"ש א"כ אָמְאִי לְגַבִּי אִיסוּר אָמְרִינּוּ שׁוּל' אַנְפְּשִׁי חַד"א אָף הֵיכָא דְהֵי הַהוֹדָאָה ע"י עֲצָמוּ וְשְׁלֵא ע"י תְּבִיעָה פְּמִבְנָאָר בְּכֶמָה דְּוֹכְתִי אֵינּוּ מְסַפֵּר וְאִם יִלְפִינּוּ מִן מָמוֹן לְגַבִּי אִיסוּר דִּי לְבָא מִן הַדִּין וְרַק ע"י תְּבִיעָה נִימָא דְמִהֲנִי הוֹדָאתוּ וְשְׁלֵא ע"י תְּבִיעָה יְהִיָּה יָכוֹל לֹמַר אַח"כ טְעִיתִי וְלַחֲזוֹר מִן הוֹדָאתוּ [ובמ"א פְּתַבְתִּי דְאָף בַּד"מ מְשַׁמַּע מְש"ס שְׁבוּעוֹת (דַּמ"ב) דְּפָרִיף וְרַאב"י לִית לִי מְשִׁיב אֲבִידָה מְשַׁמַּע דְּאִי לָאוּ מְשׁוּם מְשִׁיב אֲבִידָה הָיָה חֵיב לִישָׁבַע אָף בְּלֵא תְּבִיעוּ וּמ"ש הָר"ן וְהַרְמַב"ן דְּכָל שְׁלֵא תְּבִיעוּ וְקְדָמָה הוֹדָאָה לְתַבִּיעַת הַתּוֹבַע דְּפִטוּר מְבִנָּאָר בְּמֶרְדְּכִי שֵׁם דְּהוּא ג"כ מְטַעַם מְשִׁיב אֲבִידָה וְעֵינּוּן מַהֲרִי"ט (סִי' קַנ"א) וּבְגִיטִין (דָּף מ' ע"ב) בְּאוּמַר נְתַתִּי שְׂדֵה לְפִלוּנִי כו' מְשַׁמַּע ג"כ דְּמִהֲנִי הוֹדָאָה שְׁלֵא בְּפִנֵּי הַמְּקַבֵּל וּבִיּוֹמֵר אָף שְׁהִלָּה הוֹדָה לְהִיפּוּף הָיָה פְּסַפֵּק תּוֹ"ת פְּמִבְנָאָר שֵׁם בְּרִשְׁבָּ"א בְּתַרִּי הוֹדָאוֹת דְּסִתְרִי אֶהְדְּדִי וּבִרְפ"ב דְּכַתְּנֻבוֹת בְּהָא דְשְׂדֵה זֹו שְׁלֵא אֲבִידָה כו' בְּמַחְלֻקַּת רִשְׁ"י וְתוֹס' אִי אֵינְרִי בְּתַבְעוּ מַכ"ז מְבִנָּאָר דְּמִהֲנִי הוֹדָאָה אָף בְּלֵא תְּבִיעוּ וּיְבִנָּאָר אֵי"ה לְקַמֵּן בְּדִינִי טו"ן] אוּלַם לַמ"ש אֶתִּי שְׁפִיר דְּמַקְרָא אוּ הוֹדַע אֵלָיו חֲטָאתוּ יִלְפִינּוּ דְנֶאֱמָן ע"ע שְׁיִתְקַדַּשׁ הַקְּרָבָן וְשְׁיִקְרִיבוּ הַפְּהֲגִים וּמְקִינִים הַדְּבָר עַפ"י הוֹדָאתוּ וְאָף נֶגְדַּד עֲדִים וְכַנ"ל.

וּבְזָה מְצָאנּוּ מְקוּר נֶאֱמָן לְדַבְרֵי רַמְב"ם (פַּכ"ד ה"ט) מְאִישׁוֹת שַׁכ' מִי שְׁרָאָה אֲשֶׁתּוֹ שְׁזִינְתָה אוּ שְׁאֲמָרָה לֹו אַחַת מְקַרְוֹבוֹתֶיהָ שֶׁהוּא מְאִמֵּנָם כו' ה"ז חֵיב לְהוֹצִיא וְאִיסוּר לֹו לְבוֹא עָלֶיהָ כו' וְאֵינּוּ ב"ד כּוֹפִין אֶת אִישׁ לְגַרְשׁ אֶת אֲשֶׁתּוֹ בְּדַבְרֵי מְדַבְרִים אֵלָיו עַד שְׁיִבֹאוּ שְׁנֵי עֲדִים וְיַעֲדוּ שְׁזִינְתָה אֲשֶׁתּוֹ זֹאת בְּפִנֵּיהֶם בְּרִצּוֹנָה וְאַח"כ כּוֹפִין אוֹתוֹ לְהוֹצִיאָה וְעֵי"ש בַּמ"מ וּבַאֲהָ"ע (סִי' קַט"ו) וְהַדְּבָרִים מְתַמְּהִי לְכַאוּרָה פִּינּוֹן דְּשׁוֹנִי' עַל נִפְשׁוֹ חַד"א נֶאֱמָן מְטַעַם הוֹדָאת בַּע"ד וְכַעֲדִים וְעַדִּיף יוֹמֵר דְּאָף נֶגְדַּד עֲדִים נֶאֱמָן אָמְאִי אֵינּוּ כּוֹפִין אוֹתוֹ פִּינּוֹן דְּהַתּוֹרָה הֶאֱמִינוּ.

וְעֵינּוּן סֵפֶר בֵּית מַאִיר שֶׁהֵבִיא לְתַמְנֵה לְמָה לֹא נִכּוֹפוּ הָא דְמִי לְאוּמַר לְאֲשֶׁה קַדְשִׁתִּיף שְׁאִיסוּר בְּקַרְוֹבוֹתֶיהָ וּבְרוּר אִם נִשְׁאַה שְׁכּוֹפִין לְהוֹצִיאָה וְהֵבִיא מְשֵׁם הַגָּאוֹן מוה"י ז"ל אֲחִי הַטו"ז דְּכַתְּבַת דְּסוּבֵר הַרְמַב"ם לְהוֹצִיא מִן הַבַּעַל בְּכַפְיָה צָרִיף דְּנִקָּא עֲדִים וְכַתְּבַת בְּטַעַם הַדְּבָר דְּכָל שְׁאִין הַב"ד מְעַנְשִׁין בְּדַבְרֵי בְּדִינֵי אָדָם אָף אֵינּוּ נִזְקָקִין לְהוֹצִיא דְּכָל שְׁאִין הַעֲנִין בְּרוּר לַב"ד ע"י עֲדִים אוּ חֲזָקָה לֹא מְעַנְשִׁין וְהַה"ד י"ל דְּאֵינּוּ כּוֹפִין וּמָה שְׁנֶאֱמַר בְּכַתְּנֻבוֹת וּפ"פ כְּעַדִּי אֶפְשָׁר דְּמָה דְנֶאֱמַר לְאוּסְרָה עָלָיו הֵינּוּ לְעַנְיָן זֶה שְׁאִין הַב"ד מוֹנְעִין הַגִּירוּשִׁין אָף בְּזִיוּג הָרָאוּשׁוֹן וְאָף בַּע"כ וְאָף בַּפ"פ אֵינּוּ כּוֹפִין וְחַתֵּר שֵׁם הַב"מ לְמַצּוֹא רְאִיָּה.

וְהֵינּוּ מ"ש בַּפ"פ מְבִנָּאָר בַּש"מ כְּתַנְבוֹת שֵׁם דְּמַדְלָא קְאָמַר נֶאֱמָן לְאוּסְרָה ע"ע קַמ"ל פִּינּוֹן שְׁטַעַן כֵּן בַּב"ד טַעֲנוֹת בְּרִיא ב"ד אוּסְרִין אוֹתָהּ עָלָיו וְאַפְקִינּוּ לָהּ מִינֵי' עֵי"ש. אוּלַם י"ל שֵׁם הָיָה כְּבִירוּר מְטַעַם חֲזָקָה דְּאֵינּוּ טוֹרַח בְּסַעוּדָה וּמְפָסִיד' אוּלַם בְּרִיטְב"א קִידּוּשִׁין (דָּף פ"א) מְבִנָּאָר דְּכּוֹפִין לְהוֹצִיא.

וּמָה שַׁכ' מְאוּמַר קַדְשִׁתִּיף דָּאִם נִשְׁא קַרְוֹבוֹתֶיהָ דְּכּוֹפִין לְהוֹצִיא שֵׁם י"ל בַּלֵּא"ה דַּעַכ"פ הַקְּרוּבָה פִּינּוֹן שְׁאִיסוּרָה עָלָיו מְוַזְהֵרַת עַל לַפ"ע מְשַׁא"כ בְּרָאָה שְׁזִינְתָה דְּשְׁנִיָּהֶם יוֹדְעִין הַבִּירוּר י"ל שְׁפִיר דַּהַב"ד אֵינּוּ אַחְרָאִין לְזָה פִּינּוֹן דְּאֵינּוּ יוֹדְעִין ע"פ עֲדִים אוּמְרִים לְהֵם

הזקרו בנפשותיכם: ולכאורה רציתי לומר דכוננת הרמב"ם רק לכוף לגרש דתיישינו על גט מעושה כיון דהב"ד אינם יודעין האמת אולם ממה דסיים הרמב"ם עד שיבואו ב' עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם כו' ואח"כ כופין אותו להוציאה משמע מדבריו דאף להוציאה מביתו אין כופין דאי משום חשש גט מעושה לא נכוף אותו לגרש אבל עכ"פ נכוף אותו להוציאה מביתו ובלא"ה אף בהעידו עדים שזינתה אינו פרוור דתייב לגרשה אף דאסורה עליו בבירור וכמו שכ' תוס' ריש זבחים.

שוב ראיתי בס' ח"ס אה"ע (סי' כ"ח) שכתב פן בכוננת הרמב"ם דמשום חשש גט מעושה אין כופין. ולענ"ד כמו"ש דמדברי הרמב"ם לא משמע פן וגם מצד הסברא אם נאמר דכופין אותו שלא יבא עליה מטעם נאמנות שלו שנתנה לו התורה שוב הוי הגט מעושה כדן דהא אף בשני עדים יש חשש דמשקרים ואם הוא יודע בעצמו דמשקרים למה לא נאמר דעושה בע"כ ובכ"ז כייפין ליה לגרש כיון דגזרה התורה עפ"י שנים עדים יקום דבר ועל הב"ד מוטל לעשות כמו שהעידו אנו סהדי דכייף יצרו לעשות ברצון כדן תורה כמו שכתב הרמב"ם ה' גירושין פן נמי היכא דנאמן מטעם הודאתו אם נאמר דנמסר לב"ד לעשות קיום לדבר ע"י הודאתו למה לא נכוף אותו ונאמר אף אם יודע בנפשו דשקר ענה בה מ"מ כיון דהחיוב על הב"ד לכופו אנו סהדי דכייף יצרו לעשות ברצון כדן ב"ד ומצוה לשמוע דברי חכמים: ולמ"ש אתי שפיר דגלי לן קרא עפ"י שנים עדים יקום דבר ול"ה נותנים שום קיום לדבר בלתי עדים וכמו"ש הרשב"א קידושין הנז' רק במקומו גלי לן קרא מדכ' כי הוא זה.

ובאיסור ידענו מדכ' או הודע אליו חעאתו דאדם נאמן על עצמו ואנו עושין קיום לדבריו אף להקריב הקרבן אולם דיו לבא מן הדין וכמו בחייבי חטאת דאין ממשפנין אותו פן נמי בכ"מ דאוסר אדם על נפשו כיון דמלתא דנפשו הוא על הב"ד לצוות שיעשה עפ"י הודאתו ומ"מ לא כייפין ליה דע"ז שוב אין אנו מוציאים הקרא דע"פ שנים עדים יקום דבר מן משמעותו ואין נותנים קיום לדבריו באיסורין רק במה מצינו מקרא או הודע אליו חטאתו.

וידעתי מה שיש לגמגם בזה מדברי תוס' יבמות (דף פ"ז ע"ב) דאם אומר שלא להביא אף בחייבי חטאות ממשפנין אותו ויש בזה דברים ארוכים ויבואר א"ה במ"א: סי' ג למה שכתבתי להוכיח מאו הודע אליו דאדם נאמן לאסור את שלו ומבואר דאף נגד עדים נאמן וכמו שהוכיח במישור במל"מ (פ"ט הט"ו) מאישות מתשובת רשב"א המובא יו"ד (סי' א') בטבח שאמר על בהמה אחת שהוא לא שחט' וכאו עדים ואמרו ששחטו והוא עומד בדבורו דלכ"ע מותר' דהא איכא עדים דשחטה ולדידיה אסורה דשון' אנפשי' חתיכה דאיסורא ועיי"ש במל"מ בסוף דבריו בשם ריא"ז וכתב וקצת לא ראיתי מי שחולק בסברא זו.

ובס' שעה"מ שם כ' ועיין במ"מ הלכה (ל"א) שכ' וז"ל שאפ"י אם בא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מן השני שהרי אין עדים מעידים כדבריה ועיי"ש פנאיה שחולק על דברי הרשב"א הקלו עכ"ד ולענ"ד אינני רואה חולק כיון דילפינו מקרא דאו הודע דנאמן אף לנגד עדים לגבי נפשו.

וּדְבָרֵי הַמַּ"מ שֶׁם בְּרוּרִים דָּשֵׁם כ' הַרְמַב"ם בְּאִמְרָה מְקוֹדֶשֶׁת אֲנִי וְלֹאח"ו עֲמֵדָה וְקִדְשָׁה עֲצֻמָּה דָּאם לֹא נִתְּנָה אֲמִתְּלָא אוֹ דִּנְתָּנָה וְאִין בְּהֵן מִמֶּשׁ ה"ה אֲסוּרָה וְקִדְוִישֵׁי שְׁנֵי קִדְוִישֵׁי סִפְק לְפִיכָּה נֹתֵן לָהּ גִּט וְתִהְיֶה אֲסוּרָה עָלֶיהָ וְעַל הַפֶּל עַד שְׂיָבֵא אַרוּסָה וְע"ז פֶּתַב הַמַּ"מ דָּאָף אִם בָּא אַרוּסָה אֵינָה מְוַתֵּרֵת לוֹ בְּלֹא גִט מִהֶשְׁנֵי שְׁהָרֵי אֵין עֵדִים מְעִידִים כְּדְבָרֵי וְאִם יֵשׁ עֵדִים שְׁזָה קִדְשָׁה מְקוֹדֶם לֹא חֲלִין קִדְוִישֵׁי הַשְּׁנֵי דִּינְעֵנוּ דֵּהִיא א"א וְאֵינָה יְכוּלָה לְשׁוֹנֵי נִפְשָׁה חַד"א לְבַעֲלָהּ הֲרֵאשׁוֹן פִּינּוֹן דִּנְתַּפְרֵר בְּעֵדִים שְׁהִיְתָה אֲגוּדָה גְּבִי דְרֵאשׁוֹן לֹא מְצִי מִפְקִיעַ מִבְּעַל' וְכַמו"ש בְּתוֹס' רִי"ד קִדְוִישֵׁין (דָּף י"ב) בְּהֵאֵי דְבִיתָהּוּ דֵּהוּ"ל צַעַר לִיְהִי עֵי"ש דֵּהִיכָא דְאֲגוּדָה בִּי וְיִמְשַׁעְבְּדָה לִיהָ וְיִמְטִי אִיסוּר' לְגַבֵּי לֹא מִהִימְנָא וְעֵי"ש בִּשְׁעָה"מ (הַט"ו) מ"ש מִשֶּׁם מִהֲרִי"ט דָּאָף אִם מְדִינָה יְכוּלָה לְשׁוֹנֵי נִפְשָׁה חַד"א מ"מ מִשׁוּם טַעַם דְּעֵינָהּ נִתְּנָה בְּאַחַר א"נ וּמ"מ אֵינוֹ רְאִיָּה מְדְבָרֵי הַמַּ"מ: וְהִנֵּה הִיכָא דִּנְאָמֵן לְגַבֵּי עֲצָמוֹ לֹאמַר שְׁזָה אֲסוּר אָף נֶגֶד עֵדִים אִם הוּא מְמוֹנֵוּ מוֹכַח מְקַרָּא דָּאוּ הוֹדַע דָּאָף לְגַבֵּי אַחֲרִים נְאָמֵן דֵּהֵא מְפָרִישׁ קֶרְבָּן חֲטָאֵת וְהַפְּהָנִים אוֹכְלֵי וּמְקַרִּיבֵי וְלֹא חִיְיִשֵׁי לְחֻלִּין בַּעֲזָרָה וְגַם וְדֹאֵי פִינּוֹן דְּקֶרְבָּן כְּשֶׁר הוּא הַנְּהֵגָה מִמֶּנּוּ מַעַל אָף דִּישׁ לְפָנֵינוּ עֵדִים דִּשְׁוֹמֵן אֲכַל וְהַקֶּרְבָּן אֵינוֹ קֶרְבָּן הוּא כָּל מ"מ פִּינּוֹן דְּכָשֶׁר לְהַקְרִיבָה וְהַתּוֹרָה הֲאֵמִינוּ אָף לְנֶגֶד עֵדִים מִמִּילָא מַעַל מִי שְׁנֵהֵגָה מִמֶּנּוּ וְכ"כ בְּטַבַּח דֹּא"נ רַק לְגַבֵּי עֲצָמוֹ הֵינּוּ מִשׁוּם דל"ה שְׁלוֹ וְיְכוּל לֹאמַר דְּגוּפּוֹ אֲסוּר בְּזָה כְּמוֹ שְׂיָכוּל לֹאמַר שְׁחֵיב לְהַפְרִישׁ קֶרְבָּן וּלְגַבֵּי אַחֲרִים א"נ לְאֲסוּר הַבְּהֵמָה פִּינּוֹן דֹּאֵינוֹ שְׁלוֹ אֲבָל אִם הַבְּהֵמָה שְׁלוֹ וְאֹמַר דְּלֹא שְׁחַט שְׁפִיר אָף דֵּהֲעֵדִים מְעִידִים שְׁשַׁחֲטָה דִּנְאָמֵן לְאֲסוּר לְגַבֵּי נִפְשׁוֹ מִמִּילָא אֲסוּר לְכָל הָעוֹלָם אָף לְנֶגֶד עֵדִים דְּעַל מְמוֹנֵוּ נְאָמֵן כְּמוֹ גְּבִי קֶרְבָּן דִּנְאָמֵן לְגַמְרֵי אָף נֶגֶד אַחֲרִים דְּכֵהָנִים מְחַוְיָיְבִים לְהַקְרִיב הַקֶּרְבָּן וְאָף נֶגֶד עֵדִים כ"כ בְּאוֹמַר עַל שְׁלוֹ דְּדָבָר זֶה אֲסוּר וּמִהִימָן אָף נֶגֶד עֵדִים אֲסוּר עַל כָּל הָעוֹלָם.

וְעֵינּוּ סִפְר חֲנֻת דְּעַת (סִי קפ"ה) דכ' כְּמוֹ שְׂאָדָם יְכוּל לְהַשְׁוֹת חַד"א אֲנִפְשֵׁי כְּמוֹ כֵּן יְכוּל לְהַשְׁוֹת חַד"א בְּדָבָר שֶׁהוּא שְׁלוֹ אַכ"ע עֵי"ש דכ' דְּלִכְּהָ מִהֵנִי אֲמִתְּלָא וְכַתְּב דֵּהֵא דְּבַעֲלִים נְאָמִנִים עַל שְׁלָהֶם לְהַתִּיר כ' רש"י בִּיבְמוֹת דֵּהוּא מִצַּד הַסְּבָרָא דֹּא"ל כ' אֵין לָהּ אֲדָם מִתְּאָכְסֵן אֲצֵל חֲבִירוֹ וּבְחֻלִּין כ' הַטַּעַם מְקַרָּא דוֹשְׁחַט וְלֹאִיסוּר לֹא מְצִינוּ לְמִילָף מִהִתֵּר וְע"כ הָא דִּנְאָמֵן לְאֲסוּר בְּדָבָר שְׂפִידוֹ הוּא מִטַּעַם דִּיכוּלִּין לְהַשְׁוֹת חַד"א בְּדָבָר שֶׁהוּא שְׁלָהֶן אַכ"ע עֵי"ש וְלִמ"ש הַדְּבָר מוֹכַח מְקַרָּא דָּאוּ הוֹדַע אֵלֶיהָ וְאָף נֶגֶד עֵדִים נְאָמֵן.

וְהָא דְּלֹא מְחִיבֵינוּ אוֹתוֹ אַח"כ מְלָקוֹת אָף דְּבַע"א בְּעֵלְמָא הִיכָא דִּנְאָמֵן לֹקִין ע"י כְּמוֹ"ש הַרְמַב"ם דְּאִיסוּר עֲצָמוֹ הִנְחֻזַּק בַּע"א וּבְמִקוֹם דִּשְׁוֹנֵי אֲנִפְשֵׁיהָ חַד"א אֵין לֹקִין ע"י אַח"כ אָף לְעֲצָמוֹ מְכ"ש לְאַחֲרִים וְכַמְבֹּנָר בַּש"ס קִדְוִישֵׁין (דָּף ס"ג) וּבְרַמְב"ם לִמ"ש בְּדַעַת הַרְמַב"ם הַנ"ל דָּאָף בְּאוֹמַר שְׂרָאָה שְׁזִינְתָהּ.

לְכָּהּ אֵין כּוֹפִין דְּלֹא נְמַסֵּר לַב"ד פִּינּוֹן דִּילְפִינּוּן רַק מֵאוּ הוֹדַע אֵלֶיהָ דִּיו לְכָּא מִה"ד כְּמוֹ חֵיבֵי חֲטָאֵת דֹּאֵין מְמַשְׁכְּנִין אוֹתָן כֵּן נְמִי בְּזָה הַטַּעַם דָּאָף דִּנְתַּחֲזַק לְאִיסוּר מ"מ לֹא נְמַסֵּר לַב"ד לְעַנּוּשׁ ע"י דִּיבּוּרוֹ פִּינּוֹן דֹּאֵין לוֹ נְאָמְנוֹת מִצַּד עֲדוּת וּלְכָּהּ מִהֵנִי ג"כ אֲמִתְּלָא וְלֹא נִתְּחַזַּק לְאִיסוּר בְּרוּר בְּמִקוֹם דְּלִיכָּא עֵדִים דַּעַפ"י שְׁנִים אוֹ שְׁלֹשָׁה עֵדִים יְקוּם דְּבָר כְּתִיב וְעֵינּוּ רַמְב"ם (פ"א) מֵאִיסוּרֵי בִיאַה אֵישׁ וְאִשָּׁה שְׂבָאוּ מִמֵּדָה"י הִיא אוֹמַר' זֶה בְּעֵלִי וְהוּא אוֹמַר זֶה אִשְׁתִּי אִם הִנְחֻזְקוּ בְּעִיר שְׁלֹשִׁים יוֹם שֶׁהִיא אִשְׁתּוֹ הוֹרְגִין עָלֶיהָ וְעֵינּוּ ב"ח אַה"ע (סִי י"ט) וּבַח"מ וְטו"ז וּב"ש שֶׁם שְׁהַשְׁגִּיגוּ עָלֶיהָ דְּרַק אַחַר שְׁנִתְּחַזַּק הַדְּבָר דל"מ אֲמִתְּלָא

והיינו פניו שפבר נתחזק לאיסור ממילא העובר ע"ז נמסר לב"ד לענוש אותו אחר שפבר.

וקצת יש להבין בדברי רמב"ם (פכ"ד) מהל' אישות הנ"ל למ"ש דאין פופין אותו להוציא משום דלא נמסר לב"ד ולמ"ש הב"מ פניו דאין ב"ד עונשין עפ"י דבריו לכה אין פופין. מ"מ אם פבר נתחזק אשתו לזונה שלשים יום למה לא פייפין לי' להוציא פניו דאם בא עליה אח"כ נמסר לב"ד לענוש.

וצריך לומר דוקא היכא דאינו אומר נגד החזקה כמו בנדון דרמב"ם (פ"א מא"ב) דרך מבררים הדבר בזה אחר שהחזק נמסר לב"ד לענוש ע"י דהוי פנתקיים ע"י עדים אבל היכא דאמר נגד החזקה אף דנאמן לגבי דנפשי' והתורה האמינתו מ"מ לא נתחזק הדבר לברור אין הב"ד דנין ע"פ.

ואף דהרמב"ם כ' (פט"ז) מהל' סנהדרין ובהל' נזיר (פ"ט) וסוף (פ"א) דא"ב דהחזק האיסור עפ"י ע"א פגון ע"א אומר חלב פליות הוא זה כ"כ פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בע"א עיי"ש ומקורו נאמן מירושלמי (פ"ו) דסוטה ובש"ש (ש"ו פ"י) האריף לכאר דאיירי ג"כ היכא דהחזק שלשים יום דאל"כ איף לוק' פניו דמהני אמתלא לחזור והוי התראת ספק דבריו דחוקין למאד בדברי הרמב"ם לומר שסמך א"ע על מ"ש במ"א ולסתום בכל מקומות בפרט בדברי ירושלמי הנ"ל דחוק למאד לומר דאיירי אחר שנתחזק נוסף לזה מ"ש המל"מ והש"ש דגם מה שכתב הרמב"ם (פ"ב) מאיסורי ביאה במי שבא בזה"ז ואמר פהן אני א"נ כו' אבל אוסר עצמו בגרושה זונה ונחלה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה דאיירי ג"כ אחר שהחזק דשם אדנפא לגבי כל העולם לא החזק וגם דין זה כ' ג"כ בש"ע אה"ע (סי' ג') דלוקה ול"כ אחר שהחזק ועיי"ש בבבאורי הגרא"ו ו"ל דכ' ג"כ אף בלא החזק.

ועיין ח"ד יו"ד (סי' קפ"ה) דהעלה דבעינן דוקא שיעיד בפני ב"ד דאל"כ איף לוקין פניו שעדיין יכול לחזור עיי"ש. ובדבריו הי' מיושב קוש' הש"ש (פט"ו) לשיטת הרמב"ם במעיד על אשה שהיא זונה או גרושה הו"ל איסור ועא"נ באיסורין יקשה מהא דקידושין דף ס"ד) קדשתי את בתי קדשתי וגרשתי כשהיא קטנה וה"ה גדולה א"נ נשבת ופדיתה בין כשהיא קטנה בין כשהיא גדולה א"נ ואמאי א"נ לומר נשבת בתורת ע"א ואף דבגדולה י"ל דמכחישתו תינח גדולה קטנה מאי איכא למימר דלא ידעה אם נשבת בעודה קטנה עיי"ש שהניח בצ"ע ולמ"ש הח"ד דצריך להעיד בב"ד א"ש דכיון דצריך שיתקבל עדותו בפני ב"ד צריך שיעיד בפני הבע"ד דאין חבין לאדם אלא בפניו וקטנה כשלא בפניה הוי.

אף באמת דחוק גדול לומר בדעת רמב"ם דיהיה צריך הגדה בפני ב"ד. ומ"ש דהוי התראות ס' י"ל דמוקמינן על החזקה שלא ישפנה הדבר וכבר פתבתי בהגהותי לד"ח חיו"ד (סי' כ"ז) בזה ואחר שמלקין אותו שוב אין העד יכול לחזור כמבואר בתשובת הר"ן דאף היכא דלא בעינן הגדה בפני ב"ד דכיון העד לחזור מעדותו זה דוקא כ"ז שלא נעשה מעשה בב"ד ע"י עדותו אבל אם נעשה מעשה ע"י עדותו בב"ד שוב א"י לחזור מעדותו.

אולם קונשית הש"ש בלא"ה ל"ק דכבר פתבתי שם דנדאי הרמב"ם מודה להעיד על אשה שהיא זונה או גרושה לפסלה לכהן הוי פדבר שבפירוה וא"נ וכמו שהוכיח בש"ש שם וראיה מדברי הירושלמי סוטה שם נסתרה בפני ב' אומר א' שנטמאת וכא בעלה פהו עליה והתרו בו ב' לוקה עיי"ש בפ"מ וב"מ"ב"ם (סוף פ"א דא"ב) הרי דנקטי דנקא בכה"ג שע"א נאמן בספק סוטה ולמה לא נקטו באשה דעלמא שהעיד ע"א עליה שזונה היא ונשאת לכהן ובעלה והתרו בו דלוקה א"ו דא"נ רק היכא דהוי ס' בלא"ה וכ"כ פוננת הרמב"ם ה' סנהדרין על גרושה במקום דבלא עדותו הוי ס' אז נאמן ועיי"ש עוד במ"ש: גם מה שכ' הש"ש שם (בפי"ב) בדברי רמב"ם (פ"א מא"ב) שפתב ב"ב ש"אמר בתי זו מקודשת לזה אעפ"י שנאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת ע"פ עד שיהיה שם ב' עדים שנתארסה בפניהם וכו' האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת ע"פ עד שיהי' שם ב' עדים או הוחזק עכ"ל וכו' הש"ש ויהי' או הוחזק אפוליהו ב"ב קאי גם ע"פ האב ורק בלא הוחזק אינה נהרגת ע"פ אב.

הנה מדברי רש"י קידושין (דס"ג) מבואר באומרת נתקדשתי אע"פ שהוחזקה ע"פ דבריה דכתב ואעפ"י שהחזיקה עצמה קודם זנות בחזקת ארוסה יע"ש והטעם דל"מ חזקה רק היכא דנאמנים בבירור אבל לדידה לא הימנה כמבואר בש"ס שם והיינו אף דנאמנת מטעם שוי' אנפשי' חד"א מ"מ לא נמסר לב"ד לאיש רק פניו דבינו ובין קונו חייב לעשו' כמו שאמר אבל לענוש על זה שאומר לא נמסר לב"ד ואף דהוחזק מ"מ לא הוחזק יותר ממה שהאמינה התורה ונשארו בס' והא דכ' הרמב"ם באיש ואשה שפאו ממדה"י והוחזקו שלשים יום דהורגין עליה שם בכאן לא הוחזקו לא האשה לפנויה ולא האיש שאין זאת אשתו בזה דנין על החזקה.

אבל בהוחזקה לפנינו לפנויה א"נ רק שתהי' אסורה לשוק אבל לא ללקות. וכו' הא דאף האב א"נ לסקול הוא ג"כ משום דהתורה לא האמינתו בתורת עדות רק שפתו כממונו לענין זה וכבר פתבתי בהגהותי לס' ד"ח שם דלדברי הריב"ש מובא במ"מ (פ"ט) מאישיות דהאב נאמן לגבי תרי ותרי ומבואר מזה דנאמנות האב על פתו לאו בתורת עדות הוא דאי הוי פת עדות לאסרה הא תרי כמאה ואיך נסלק התרי ותרי ונאמין להאב א"ו דסובר דנאמנות האב הוא מצד בעלים על פתו וכמו דהיא נאמנת לומר נתקדשתי אף נגד עדים כ"כ האב נאמן וכיון דעיקר נאמנותו מצד שוי' נפשה חד"א שוב אינו נמסר לב"ד דבאמת הוי דבר שבפירוה עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר כתיב רק מצד שונו' נפשה חתיכ' דאיסורא נאמן לכך אין סוקלין ע"י משא"כ היכא דעד אחד מעיד בדבר שנתנה' התורה נאמנות אז יש קיום לדבר ונתחזק הדבר שהב"ד דון ע"ז ועיין מ"ש שם אאמ"ו ז"ל ליישב קונשית הפנ"י מהא דסוקלין ע"י דאם אב א"נ בהכחשת עדים לית ליה בזה דין פל מקום שהאמינה תורה ע"א שיהי' פשנים דכיון דאחד יכול להכחישו לא נוכל לדון ע"ז דין מיתה ועיי"ש מ"ש אני בעניויתי להסוברים דאף נגד שנים האב נאמן א"כ ע"כ דאין לו תורת עדות לכך אין סוקלין ע"י עיי"ש בדברים נכונים: והא דכתב הרמב"ם באומר פהו אני כו' אם נשא או נטמא לוקה וכבר פתבתי דלגבי שוי' אנפשי' חד"א ל"מ אף בהוחזק וגם דבש"ע אה"ע משמע אף בלא הוחזק פניו דלא הזכיר וגם שם ל"ש כ"כ הוחזק פניו דא"נ להחזיקו לכהן רק לגבי דנפשיה.

אולם בלא"ה קשה שם דהרמב"ם כ' דהנבעלת ס' חללה וביאר המ"מ אם בא על אחת מפסולי פהונה זרעו ספק וכ"כ בש"ע. וקשה הא מבואר בתוס' ורא"ש יבמות (דף מ"ז) ביה דנאמן אתה לפסול עצמה לא לענין אם בא על בת ישראל לפסלה דקיי"ל אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משע"ר רק דמהני עדותו לעצמו דשני' לנפשי' חד"א ואסור בבת ישראל וכתב הרא"ש וכיוצא בזה מצינו הוא אומ' קדשתיך והיא אומרת לא קדשתיני הוא אסור בקרובותיה ואעפ"י שהוא אסור אם בא עליהן לא פסלן דלא מיתסר בהן אלא משום דשונינהו אנפשיה חתיכה דאיסורא עיי"ש הרי דא"נ לגבי אחרים כלל ולמה באומר פהן אני זרעו ס' חללה וכבר הרגיש בזה בחידושי הגרא"ו ז"ל שם באה"ע.

אמנם ע"כ צ"ל כמו שפכת בס' מח"א הלכות א"ב שם דבאומר פהן אני אינו אומר נגד חזקה ונאמן בתורת עדות לקב' לוקין ע"י. ובהגהותי לד"ח הרגשתי על דבריו דא"כ למה אין ע"א נאמן להעלות לכהונה פמבואר שם ברמב"ם אם נאמר דל"ה נגד חזקה ובאמת בר"ן פתובות (פ"ב) תמה ע"ז הא לא הוי נגד חזקה ועיין ספרי פרשת שופטים ע"פ לא יקום ע"א להעלות לכהונה ולהוריד מן הכהונה מניין ת"ל לכל עון ולכל חטאת דמשמע מדאורייתא א"נ ואולי שם איירי נגד קול וכדומה אולם כבר כתבו המחברים דשם הוי נגד רוב דרובא דעלמא לאו פהנים הם וגם חזקה דבמע"י אמו זר הוא.

אולם ע"כ צ"ל דבאמת עא"נ במקום רוב לברר פאשר האריכו בזה האחרונים וכתבתי בזה במ"א להוכיח מפמה מקומות וגם לומר חזקה דבמע"י אמו זר הוא ג"כ טעות הוא דלדבריו הנה אז ג"כ חזקה שאחר שיוגד ויצא לאויר העולם יהיה פהן וקדש בקדושת פהונה ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בספרו חיו"ד (סי' ו') להשיג על הס' ש"ש וע"כ הא דאין עד אחד נאמן הוא מצד מעלה דיוחסין.

וא"כ מה"ד הנה ראוי שיהי' גם הוא נאמן דבמקום דעא"נ גם בעלים בעצמם נאמנים. ואף שכ' בס' פנ"י מס' פתובות ריש סוג' דפ"פ דאף דע"א נאמן על חתיכה ס' חלב ס' שונן ואף הבע"ד נאמן מ"מ אפשר היכא שהספק בגופה ל"מ פדאשפחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא עיי"ש היינו ע"כ מדרבנן דמעלה עשו ביוחסין דמד"ת נאמנת אף ע"ע וראנ' מדברי תוס' ריש גיטין דהקשו אם עא"נ אף באמתוק איסורא ולא בידו אמאי איצטרף וספרה לה לעצמה ועיין מהרי"ק (סי' ע"ב) הרי דהיכא דעא"נ אף בע"ד ועל גופיה נאמן.

וא"כ בבא ואמר פהן אני מה"ד הי' נאמן רק מצד מעלת יוחסין עכ"פ אף דרבנן הקמירו מ"מ פאנו לבית הספק עכ"פ פיון דלגבי נפשיה מהימן ומה"ד הנה ראוי להאמין לו לגמרי אף דמעיד נגד הרוב מ"מ נאמן לברר רק מצד מעלה אינו נאמן לקב' זרעו הוי עכ"פ ספק חללה משא"כ באומר לאשה קדשתיך דמה"ד א"נ דאשה הי' לה חזקת פנויה וגם אין דבר שבערנה פחות משנים רק לגבי דנפשיה נאמן להיות אסור בקרובותיה לקב' אם בא עליה לא פסלה מן הפהונה וכן באמר נתגייירתי ביני לבין עצמי דהי' מוחזק לישראל וא"נ לפסול גופו דאמע"ר רק לשניא נפשי' חתיכה דאיסור' נאמן לקב' א"נ לפסול את בת ישראל אם בא עליה פיון דלכ"ע בחזקת ישראל הוא: ובאמת דעת היש"ש בפ' החולץ נראה דרק באומר לאשה קדשתיך והיא מכחשת בזה אינו פוסל אבל באינו מי שיכחיש אותו פוסל אח"כ ודלא כמו"ש הרא"ש והטיו"ד (סי' רס"ח) וכוונאי פנראה דבזה גם



הרא"ש והטור מודים הבנים שינלדו להם אח"כ המה פמותו דרך הבנים שיש לו א"נ לפסול משא"כ הנולדי אח"כ וע"כ הטעם דע"ז נאמן שיהיו הבנים שינלדו להם אחר פה פמותו ועיין ב"ש (סי' ו' ס"ק כ"ז) בהא דמבואר שם אשת פהו דאינו נאמנת לומר נאנסתי ואחר שימות בעלה אסורה לכהן שהרי הודית פתב הב"ש דאם נשאת לכהן בניה פשרים דא"נ לפסול בניה דוקא לאב נתן התורה נאמנות ולא לאם ובספר בית מאיר שם השיג עליו מהר"ם דיבמות הנז' דמשמע דהבנים שינלדו לו אח"כ הן פמותו אף דלדבריו נכרי הוא ואין עדות לנכרי עי"ש ולמ"ש אינו ראי' דע"כ צריף לחלק בזה די"ל זרע שינלד אח"כ יש לו פח שיהיו פמותו ע"י הודאתו משא"כ לפסול אחרים אינו פוסל פן נמי בנידון דב"ש א"נ לפסול זרעו של פהו אם נישאת לו אחר מות בעלה הראשון וצ"ע וגם נ"מ באשה שאמרה נתקדשתי לפלוני ופ' מכחיש' דיכולה לשונן' נפש' ח"ד אם נישאת אח"כ לאחר אם הנלד הוא ספק ממזר או לא ויש בזה אריכות דברים אכ"מ.

וראיתי בס' ש"ש שם (בפי"א) שהקשה למה באומר פהו אני ל"ה זרעו ודאי חללה פמו דנאמן אדם לומר בני זה פן גרושה יעיי"ש אולם נראה למה דמבואר בני מס' ב"ב (דף ל"ד) ונ"ל ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהיו אח"כ משום בני זונה דאימר דשוגגת היתה ואינה נאסרת באשת ישראל ואפ"ן אמר שהיא מודה א"ל עליה להפסיד פתובתה ולא על הבנים שינלדו אח"כ לפסולם לכהונה עכ"ל וכבר פתבתי בהגהותי לס' ד"ח דיני נחלות (סי' ד') להבין דברי הנ"י דכוננתו על הבנים אם ינלדו אח"כ ממנו דלזה ל"מ אמירתו דהשתא לפסול בניו של אח"כ ויהיו בני זונה עיי"ש וה"נ דכוננתו אף דנאמן אף על עובר שבמעיי אמו מ"מ היכא דאינו מעיד על הבנים רק ע"ע א"נ ע"י דבורו של השתא לפסול הבנים ואם גם אח"כ אמר שכהן אני פדי לפסול הבת אם הי' מזיד א"נ כמ"ש הנ"י שם דהא דנאמן לומר על בנו שהיא פן גרושה ונלוצה הוא דוקא אם אומר שבא עליה בשוגג אבל לומר שבמזיד לאו פל פמינ' לשונן' נפשו רשע ועיי"ש בד"ח מ"ש בזה בספיקו של רבינו עק"א ו"ל אם אב רשע ופסול נאמן על בנו לפסולו.

וראיתי אח"כ שפבר עמד על חקירה הזאת בספר בית מאיר ושם הבאתי ראיה ברורה מש"ס גיטין (דף ע"א) דא"צ תורת עדות ויבואר עוד אפי"ה במ"א. סי' ד ראייתי למי שהקשה בהא דיבמות (דף מ"ז) באומר נתגזירת בלב"ע דנאמן לפסול א"ע וכתב רמב"ם (פי"ד מא"ב) וחוזר וטובל בב"ד וכ"כ בש"ע יו"ד (סי' רס"ח) וקשה למ"ש בש"ע (ס"ג) לרי"ף ורמב"ם אף אם פדיעבד מל ועבל בפני ב' מעפב ואסור בישראלית וא"כ לדבריו שגגיר א"ע בינו לב"ע והיינו גם המילה יתיה צריף הטפת דם ברית.

וכן כ' באמת פר"ן קידושין (דף ע"ח) ונ"ל נאמן אתה לפסול עצמה שאסור אתה לבא בקהל עד שתטוף דם ברית ותטבול בפני שלשה שהרי הודית ושונן' נפשך חתיכה דאיסורא עכ"ל ולמה השמיט הש"ע ענין הטפת דם ברית.

ונראה דנדאי אחרים אסור להם להטוף דם ברית פינו דבחזקת ישראל ואינו נאמן לגבי אחרים רק לשונא נפשי' חז"א נאנן לכל דבר בחזקת ישראל מחזקינן לי' אסור לחבול בו ואף לחבול בעצמו אסור דאין אדם רשאי לחבול בעצמו פמבואר בש"ס ב"ק (דף צ"א) וכן לצוות לאחרים וא"כ בלתי אפשר להאמין לו להטוף דם בברית דאף דלדבריו

נְכָרִי הוּא וְרֵשָׁאֵי לְחַבְּוֹל בְּעַצְמוֹ לְשֵׁם גִּירוֹת לְהַתְּיָהֵד עִי"ז מ"מ פִּינּוּן דַּא"נ מְצַד עֵדוּת רַק  
לְגַבֵּי עַצְמוֹ יָכוֹל לְשׁוּנֵי נִפְשׁוֹ חַד"א וְאַנּוּ מִחֻזְקֵינוּ לִי שְׂכָבֵר נִתְגַּיֵיר פְּדִין אֲסוּר לְחַבְּוֹל בּוֹ  
וְאַף שְׂגִיגֵיר א"ע בְּזֶה לְהַטִּיף דָּם בְּרִית אֵינּוּ מוֹעִיל דְּלִדְבָרֵינוּ דְּנְכָרִי הוּא לֹא יְמוּל וְאַף  
לְמַ"שׁ הַש"ע (סִי רַס"ד ס"א) דָּאָם מָל א"צ לְחַזּוֹר וְלְמוּל פְּעַם שְׁנִית מְבוֹנָאָר בְּב"י מְשֵׁם  
ר' מְנוּחַ דְּאֶפְשָׁר אַף הֶרְמַב"ם מוֹדָה שְׂצָרִיף לְהַטִּיף מִמְּנוּ דָּם בְּרִית רַק דַּא"צ לְחַזּוֹר  
וְלְחַתּוּף וְהֶרְמ"א פְּתַב שֵׁם דְּכֹן עֵינְקֵר דְּצָרִיף לְחַזּוֹר וְלְהַטִּיף.

גַּם אַף אִם נֹאמֵר דְּבְדִיעֵבַד א"צ לְחַזּוֹר וְלְהַטִּיף פְּשָׁמֶל אוֹתוֹ נְכָרִי וְיָכוֹל בְּעַצְמוֹ לְחַזּוֹר  
וְלְהַטִּיף לְשֵׁם גִּירוֹת מ"מ אֵין מְנִיחִין אוֹתוֹ דְּאַף דְּנֶאֱמָן לְגַבֵּי עַצְמוֹ לְשׁוּנֵי נִפְשׁוֹ חַד"א הֵינּוּ  
לְעַנְנֵן אֲסוּר נֶאֱמָן אֲבָל לְחַבְּוֹל בְּעַצְמוֹ אֵין מְנִיחִין אוֹתוֹ דְּלְעַנְנֵן זֶה ל"ש נֶאֱמָנוֹת וְכָבֵר פְּתַב  
מֵהֵרִי"ק (סִי ע"ב) דְּלְעַנְנֵן מְמוֹן אָדָם נֶאֱמָן עַל שְׁלוֹ לְאַסּוּר אוֹ לְהַתִּיר אַף הֵיכָא דְלֹא הָוִי  
בְּיָדוֹ וְלְגַבֵּי גּוּפוֹ א"נ וְעֵינֵן סֶפֶר ש"ש (ש"ו פ"ו) עֵינֵי"ש וַא"כ לְעַנְנֵן זֶה בְּלִתֵּי בְּאַפְשָׁרוֹת  
לְהֶאֱמִין לוֹ דְּאֵין לוֹ תְּקֻנָּה וּבְדָבָר שְׂאֵין לוֹ תְּקֻנָּה לְעוֹלָם ל"ש לְהֶאֱמִינוּ לְגַבֵּי דְּנִפְשָׁי וְצ"ע  
בְּזֶה עוֹד כִּי לְדָבָרֵי מֵהֵרִי"ק דְּעַל גּוּפוֹ אֵינּוּ נֶאֱמָן לְהַתִּיר וְכֹן לְאַסּוּר א"נ מְצַד בְּעָלִים  
וְעֵינֵן ש"ש (ש"ו פח"י) דְּחֻקֵּי מַנ"ל דְּאִשָּׁה נֶאֱמָנָת לֹאמֵר לְבַעַל טְמֵאָה אֲנִי לָהּ שְׂרָאָתָה  
פִּינּוּן דְּכָל הַנְּשִׂימִים בְּחֻזְקַת טְהָרָה לְבַעַלֵּיהֶן וְאֵין עַא"נ נֶגֶד חֻזְקָה וְעַל סְפִירַת שְׁבַעָה נְקִיִּים  
כְּבָר כ' תּוֹס' רִישׁ גִּיטִין הַטַּע' מְסוּפָּרָה לָהּ אֲבָל לֹאמֵר טְמֵאָה אֲנִי לָהּ מַנ"ל דַּא"ל מִתּוֹרַת  
בְּעָלִים דְּנֶאֱמָנִין בְּשִׁלְהֶן אִפִּי' נֶגֶד חֻזְקָה דַּא"כ לֹא מְקַשֵּׁי תּוֹס' מְסוּפִירַת ז' נְקִיִּים וְע"כ דַּל"א  
בְּעָלִים נֶאֱמָנִין בְּשִׁלְהֶן אֲלֵא בְּמִמוֹנָם וְכַמ"ש מֵהֵרִי"ק.

וְהֶאָרִיף שֵׁם דְּמִטְעַם שׁוֹי נִפְשָׁי חַד"א אֵי אֶפְשָׁר לֹאמֵר דְּהָא הַבַּעַל חַיִּיב קָרְבָן עֵינֵי"ש  
וְכָבֵר פְּתַבְתִּי בְּהַגְהוֹמִי לַד"ח חִיו"ד (סִי כ"ג) לִיִּשְׁבֵּב זֶה דַּא"כ פְּנֶאֱמָנָת בְּתוֹרַת עֵדוּת פִּינּוּן  
דְּכָבֵר אֵיתֵר' הַחֻזְקַת טְהָרָה מִפְּחַ שְׁוֹנֵי אֲנִפְשָׁי חַד"א.

וְהֶעֱיָקֵר פְּתַבְתִּי שֵׁם הַטְעַם דְּנֶאֱמָנוֹת דְּכָל אִשָּׁה לְגַבֵּי בְּעָלָהּ הָוִי כְּמֵהִימְנַת אֲצִלוֹ לְזֶה דַּא"כ  
אַלְד"ס הָכִי לְעוֹלָם תִּצְטָרֵף לְבָרֵר ע"י עֵדִים כְּשִׁתְּרָאָה עֵינֵי"ש אֲבָל מִטְעַם בְּעָלִים א"נ רַק  
עַל שְׁלֵהֶם הֵינּוּ מְמוֹנָם אֲבָל גּוּפָם א"נ לְגַבֵּי אַחֲרִים א"כ מַנ"ל דִּיכּוֹל לְשׁוּנֵי נִפְשָׁי חַד"א  
לְפָסוּל גּוּפוֹ.

וְצ"ל פִּינּוּן דִּידְעָנוּ מֵאוֹ הוֹדַע אֲלֵינוּ חֲטָאתוֹ דִּיכּוֹל לֹאמֵר שְׂמִחְוִיב קָרְבָן בְּבִירוֹר דְּשֵׁם בְּשׁוּם  
פְּנִים אֵי אֶפְשָׁר לֹאמֵר דְּהַמְעַשָּׂה שְׂקָר רַק דְּנֶאֱמָן לְגַבֵּי נִפְשָׁיָהּ דַּאֵי אֶפְשָׁר לְהִבְיָא הַחֲטָאת  
בְּנֶדְבָה וְע"כ צָרִיף לֹאמֵר דְּלְגַבֵּי נִפְשׁוֹ נֶאֱמָן שְׂמִחְוִיב מְכָבֵר לְהִבְיָא הַקָּרְבָן וְחִיבוֹ רַמְיָא  
אַקְרָקְפָתָא דְּגַבְרָא כֹּן נְמִי יָכוֹל לֹאמֵר שְׂיִישׁ עָלֵינוּ חִיבוֹ דְּאַסּוּר לְעֲשׂוֹת דְּכָל אֲסוּרֵי תוֹרָה  
אֲסוּרָא דְּגַבְרָא הֵמָּה כְּמִבְּנָאָר ר"ן נְדָרִים (דָּף ח"י) וְרִיטְב"א קִידוּשִׁין (דָּף נ"ד) וּמְמִילָא  
נֶאֱמָן לֹאמֵר קְדוּשַׁתִּי אִשָּׁה פְּלוֹנִית וְאַסּוּר בְּקִרְוֹבוּתָהּ דְּהֵינּוּ לֹא שְׂהַקְרוּבוֹת אֲסוּרִים רַק  
הוּא אֲסוּר בְּקִרְוֹבוּתִי כְּכָל אֲסוּרֵי שְׁל תוֹרָה.

וְזֶה הַכֹּל דְּנֶאֱמָן לְאַסּוּר א"ע בְּאֲסוּרֵי תוֹרָה אֲבָל לְחַיִּיב א"ע לְחַבְּוֹל בְּגוּפוֹ זֶה לֹא מְצִינוּ  
שְׂיָהֵל' אָדָם נֶאֱמָן ע"ע יוֹתֵר מְעַדִּים וְלִכְּךָ בְּהַחֲזוֹק אֲצִלְנוּ לְיִשְׂרָאֵל א"נ עַל הַטְּפַת דָּם  
בְּרִית וְלֹא הַזְכִּירוּ רַק דְּאַסּוּר עַד שְׂיִטְבּוֹל וְיִקְבַּל גִּירוֹת מְחַדֵּשׁ אֲבָל לֹא שְׂיִצְטָרֵף לְהַטִּיף  
דָּם בְּרִית דְּלְעַנְנֵן זֶה לֹא מְצִינוּ שְׁנִתְּנָה הַתּוֹרָה נֶאֱמָנוּ לְאָדָם ע"ע וְעֵדֵינֵן צ"ע בְּזֶה דַּמ"מ  
יָכוֹל לְאַסּוּר ע"ע עַד שְׂיִסְתַּלֵּק לְגַמְרֵי הָאֲסוּר דְּהֵינּוּ שְׂיִתְגַּיֵיר ע"י הַטְּפַת דָּם ג"כ וַאֲכ"מ

להאריף בזה: ס"ה פתב הרמב"ם (פ"ב ה"ט) הלכות ריו"נ אדם טריפה שנהרג את הנפש  
נהרג כו' והוא שנהרג בפני ב"ד אבל בפני עדים פטור ששמו יונמו ואם הונמו אינו נהרגין  
שקרי לא זממו אלא להרוג טריפה וכל עדות שאינה ראוי להזימה אינו עדות בדיני  
נפשות ע"כ ומדסיים אינו עדות בדנ"פ משמע דבד"מ הוי עדות והקשה הלח"מ (סוף  
פ"כ) מהלכות עדות הא בסנהדרין (נ"ח ע"ח) אמרו סתם כל עדות שאי אתה יכול להזימה  
אינו עדות ומשמע בין במזון בין בדנ"פ ובש"ד (סי' ל"ג) מדחק א"ע בזה בדברי רמב"ם  
דקאי לענן תקירות עיי"ש ולכאורה י"ל בפשיטות דהא התוס' ריש מפות העלה דהיכא  
דאי אפשר לקיים דין הזמה כמו במעידין שהוא ב"ג וב"ח מקיימין במלקות וכתבו  
דהיכא שבאו לחייבו מיתה וזממו להרוג את הנפש לא מקיימין פאשר זמם במלקות דהא  
בהדיא פתיב נפש בנפש גבי הזמה דעדות נפשות ול"ח יכול להזימה במלקות אבל בלא  
כונן אלא לשוני' ב"ג דליכא כ"א לאו בעלמא פיון שלקו חשיב שפיר יכול להזימה ובתוס'  
פנתובות (נ"ח ע"ג) כתבו דל"ח עדות שאין אתה יכול להזימה אלא במעידין על הטריפה  
דאי"א לקיימי בשום דבר לא במיתה ולא במלקות דגברא קטילא בעו למיקטל משמע  
לכאורה דאף מלקו' אינו חייב ועיין נו"ב (סי' ע"ד) בהתנפחו עם הגאון הספרדי בעל  
דברי אמת ז"ל שכתב להדיא פן דלא עשו שום דבר דגברא קטילא בעו למקטל והרשיעו  
את הרשע פתיב וזה לא מיחשב רשע דגברא קטילא בע' למקטל עיי"ש.

אמנם נראה באמת די"ל דחייבין מלקות פיון דמ"מ העידו עליו להרשיעו ולפסלו לעדות  
דהא טריפה פשר לשאר עדי' כמבאר בש"ד (סי' ל"ג) וכן לשבועה פסלי אותו ובזה  
חשוב עדות גמור שהרשיעו את הצדיק פאשר יבואר לפנינו דלא כנו"ב.

רק מ"מ אף אם הונמו לוקין לא מקיימין בזה פאשר זמם פיון שזממו להרוג נפש אין  
במלקות פאשר זמם וכן פתב להדיא בתוספות שנ"ץ ריש מס' מפות וז"ל דהתם היינו  
גבי טריפה פיון דלהרוג באו ל"ח לי' עדות שאתה יכול להזימה משום דלוקין בלבד אבל  
הכא שלא באו להרוג אלא לעשותו בן גרושה או לחייבו גלות פיון דאי מתזמי לוקין  
חשבינן ליה שפיר עדות שאתה יכול להזימה עכ"ל הרי דעיקר הטעם דמלקות לגבי  
מיתה אף מיתת הטריפה חמור ול"ה פאשר זמם פלל במה שלוקין דבב"ג זממו ג"כ  
לחייבו מלקות אם יעבוד ע"ג מזבח מקיימין ע"י מלקות פאשר זמם אבל בהעידו להרוג  
ולבערו מן העולם בזה לא מקיימין פאשר זמם במה שלוקין העדים וזה ג"כ פוננת  
הרמב"ם וכל עדות שאינה ראוי להזימה אינו עדות לגבי דנ"פ היינו דל"ת פיון דלוקין  
מקיימין בזה פאשר זמם כמו בהעידו על ב"ג וב"ח קאמר דלגבי דיני נפשות שהם זממו  
להרוג לא מקיימין בזה דין הזמה עם מלקות אף אם ילקה לכה אינה עדות ואינו נהרג  
על פיהם אבל מ"מ י"ל דנאמנים לפסלו וממילא לוקין ג"כ משום דעברו על לאו דלא  
תענה ברעיה עד שקר: והנו"ב שם ד"ה שוב שכתב דהיכא דבא לפוסלו לא מקרי  
הרשיעו הצדיק לחייבו בשביל זה מלקות והוכיח מדברי תוס' הנ"ל עיי"ש ותמהני הא  
התוס' שם קאי דבעינו בכל אופן לקיים עכ"פ דין הזמה במלקות רק לגבי טריפה פיון  
שהעידו להרוג לא מקיימין בזה דין הזמה אבל משום ל"ת ודאי לוקין פשבאו לפסלו  
דאל"כ לא משפחת לקבל עדות לפסלו בלבד והא דכתב שם (ובסי' ע"ב) דעד המחייבו  
שבועה פשהוים א"ב תורת הזמה פלל ואף מלקות אינו חייב דלא הרשיעו פלום בעדותו  
והביא ראיה מדברי רמב"ן מלחמות סוף סנהדרין והמעניין שם ברמב"ן יראה דזה דוקא

אם לא נגמר הדין עדיין כדי לפסלו אבל בנגמר הדין ודאי דלוקה וגדולה מזו מבואר בדברי רמב"ם (פ"ק כ"א) מעדות עדי קנוי וסתירה שהוזמו לוקין אף דלא הרשיעו רק לשמות ועיין ירושלמי פ"א דסוטה דמבואר דאף עדי קנוי בלבד שנומצאו זוממין לוקין אף דשם לא הרשיעה לשום דבר עדיין פ"ן דל"ה סתירה מ"מ לוקין ומכ"ש פשפוא לפסול אדם לעדות ולשבועה.

ועיין בדבריו (סי' נ"ז) שם כ' ג"כ דבעדים שבאו לפסול פ"ש א"י בחקירות פ"ן דל"ש בם הזמה ואף מלקות אינן חייבין דלא איכפת ליה במה שפוסלין אותו לעדות והוסיף עוד אף לד' הש"ף (סי' ל"ח) דחולק על הריב"ש ופוסל עדות שלא בפני בע"ד לפסלו דאיכפת ליה לשבועה מ"מ מן התורה לא איכפת לי דכשפגדו נשבע ונוטל תקנתא היא ול"ש בזה מלקות מה"ת ול"ש פא"ש זמם כלל.

והנה כבר פתבתי לעיל להוכיח דא"י בחקירות פסול אף אם ל"ש כלל דין הזמה מ"מ צריף שיהיו בגדר הזמה וממילא פשהעידו לפסול עדי צריף דו"ח וי"ל דא"י פסול לגבי זה דאף דל"ש דין הזמה לעשות בו מ"מ בעי שגיביל העד הזמן שיתפס לשקרן כשיוזם כמו שפתבתי למעלה בארובה (סי' א') וגם מ"ש דל"ש מלקות מה"ת קשה עליו הא מ"מ פ"ן דתקנתא הוא שיהיה שפגדו נשבע ונוטל ונ"מ בעדותן לפסלו ודאי דחייבין מלקות וממיל' שייף בזה הזמה ולתרוץ השני של התוס' מ"מ פ"ן דיש מקום לקיים הזמה בעינן שיהיה יכול להזימם ממילא א"י פסול עכ"פ מדרבנן פ"ן דנ"מ לגבי הזמה לדין מלקות: גם יש ראיה מש"ס שבועות (דף מ"ח) דפריף לר"ח דסובר בהדי סהדי שיקרא ל"ל מהא דאחד אומר גבוה ג' מרדעות וא' אומר חמש עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות מ"מ ועיי"ש ברש"י אעפ"י שיזענו שאחד פסול וקשיא לר"ח.

ומה הרשיעו בזה שהעיד בשקר ואעפ"כ מיפסל לעדות ואמאי הא בלאו דלא תענה לא מיפסלי דהוי לאו שאין בו מעשה רק מקרא דנהצדיקו את הצדיק והרשיעו את הרשע ובזה במה הרשיעו במה שהעיד שקר הן אם גרם שלא יקדש החודש הן אם גרם לקדש פ"ן דעיקר הדבר תלוי בב"ד אם יקדשו אף בטעות החודש מקודש ואם לא הוי מעובר א"כ אף דנ"מ לגבי פמה ענינים לענין מ"מ זה ל"ה רק גרמא בעלמא מה שיתקדש החודש ע"י עדותו או שלא יתקדש וככל אשר יעשה עפ"י ב"ד הגדול קם ויהי' באמת והעד רק סיבה וגרם לזה ומה שייף הרשיעו בזה ואמאי מיפסל אף אם עובר על ל"ת מ"מ הוי לאו שא"ב מעשה: וראיתי בתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' קע"ו) שפתב דעדות החודש אם הוזמו אין שום עונש על העדים דגם מלקות ליכא דהא לא העידו כלל על רעיף וע"כ מוכח דגם לתרוץ הא' בתוס' מפות דזוקא פא"ש זמם לאחיה בעינן יכול להזימה אבל היכא דלא העידו כלל על אחיה אינו צריף יכול להזימה עיי"ש וע"כ הפוננה כמו שפתבתי דעיקר עדותן הוא על ענין שיתקדש או שלא יתקדש ומה שנעשה ע"פ הוא פ"ן אף אם בשקר העידו תלוי בקדושת ב"ד הגדול אוכלם דבריו צ"ע הא מש"ס שבועות מבואר דמיפסל בהעיד בשקר וע"כ דלא תענה קאי גם ע"ז ואף הרשיעו חשיב פ"ן שיהי' נ"מ לכל ישראל ושקר העידו בפני ב"ד ובדאי לוקין בשביל זה.

וגם מפסל לעדות אם הוכחש האחד מן שנים כמבואר שם בחידושי ריטב"א בהא דמתרין רבא אליבא דר"ח הוא ואחר מצטרפין לעדות אחרת של ר"ח דהוי להו תרי וסד ואין

דבריו של אחד במקום שנים וכתב ריטב"א דל"ת פיון שפבר הנוכחש ע"א בהכחשה אינו פלום להצטרף עם אחד קמ"ל דהא עדות אחרת מקריא ואיגלאי מלתא למפרע דהאי אמר קושטא וכשר לעדות זו ולכל עדיות שבעולם ואידך דהוי חד במקום ב' פסול אף לכל עדות דעלמא ואע"ג דהאי תירוץא אליבא דר"ח הלכתא הוא דכ"ש דמוך' ר"ה בהא עכ"ל הרי מבואר דהמנכחש מתרי מפסל אף דלא העיד ברעה ממש: גם מ"ש הנו"ב שם בע"א המעיד לחייב שבועה דלא מפסל אם הוזהר אח"כ מבואר ברמ"ה סנהדרין (דף כ"ז) להדיא להיפך דכתב שם לפרש דאסהידו תרי בחד דמינירי בחד סהדי גרידא פגון דאתא לחיוביה שבועה ואיתזים עיי"ש הרי דבזה לכ"ע למפרע נפסל אף דלא הרשיעו לחבירו רק לחייבו שבוע' ובאמת יש להבין הא בקרא פתיב לא תענה ברעיה עד שקר וכלל הוא כ"מ שפאמר עד הרי פאן שנים עד שיפרוט הפתוב אחד א"כ מנ"ל דע"א עובר על ל"ת ועיין תוס' ריש מס' סוטה ובס' יראים (סי' רמ"ג) היטב: עוד כתב שם רבינו הגדול דלעגנן עדות להכחיש עדים הראשונים ל"ב יכול להזימן ואם עדים אמרו פלוני הרג ובאו ב' והכחישו דלא הרג מה יכול להזימם שיניף בהא דהא לא רצו לחייב לשום דבר ע"י עדותן אלא לפטור להאיש שהעידו עליו הפת הראשונה גם מלקות אינם חייבין דל"ש בזה ל"ת ברעיה דהא לא העידו פלל על רעהו להפסידו בשום דבר וע"כ דל"ב בזה יכול להזימן עכ"ד וג"כ מוקשה הוא חדא אם אינם עוברים פלל על לא תענה למה נאמנים נגד הראשונים להכחישן פיון דתרי לגבי תרי גינהו ונתקבל עדותן של הראשונים מטעם חזקת פשרות שלהן דכשרין הן ולא יעברו על לא תענה ברעיה עד שקר ואם המכחישין אינם עוברים על ל"ת א"כ עדיף חזקתן של הראשונים ובאיזה פח יכולין להכחישן פיון דלאו תורת עדות עליהן ואינם עוברים על לא תענה אלא נדאי פיון דלדבריהם העידו הראשונים בשקר ועברו על לא תענה ופסולין המה אף דקיי"ל כר"ה זו באה בפ"ע ומעידה מ"מ פיון דאחד מפת זו וא' מפת זו פסולין להעיד הרשיעו לפסול אותן לאיזה אופן עוברי' על לא תענה ברעיה ועוד פיון דע"י עדותן רצי לבטל המצנה מן הב"ד לקיים ובערת הרעה אין רשעות גדול מזה ובנדאי עברו על לא תענה ברעיה שהעידו שהב"ד פטורין ואינם חייבין במצות ביעור וכיפור הארץ בדם שופכו.

הדרן לדברינו דנדאי נראה דהיכא דהעידו לפסול לאדם והוזמו דלוקין ועברו על לא דלא תענה להרשיעו וא"כ י"ל אף אם העידו על טריפה שהרג דלא מקבלין עדותן להרגו מ"מ כשהוזמו חייבין מלקות דזממו לפסלו: אף יש לדון דכיון דא"נ שיהרג ע"י עדותן הואיל דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן ומלקות לגבי מיתה לא מתקיים בזה דין הזמה ועדותן בטילה ממילא נתבטל מפל וכל אף שלא לפסלו מטעם דעדות שבטלה מקצתה בטלה פולה כמו בעדים הקרובי' ורחוקים לזה דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה וכמו"ש ראב"ד הטעם משום דכתיב עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר דבעינן מגזה"כ לקיים פל הדבר ולא החצי פמבואר ברא"ש (סוף פ"א) דמכות: אולם יש לדון בזה דהא מבואר סנהדרין (דף פ"א ע"ב) ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לפיפה כו' וקאמר בש"ס מנא ידעינן ואמר רב בעדות מיוחדת ושמואל אמר שלא בהתרא' ור"ח אמר אבימי פגון דאימכחש בבדיקות ולא אתפחש בחקירות ועיי"ש ברש"י והרמב"ם פסק פכל האופנים [ובפירוש המשנה שם יש ע"כ ט"ס דקאמר אף באם אתפחש בחקירות וז"א דכן מבואר בש"ס ולא אתפחש בחקירות וכן פסק הרמב"ם בהלכותיו.

ומזה ראיה למ"ש לעיל (סי' א') לחלק בין תקירות לבדיקות דחקירות תליא בהזמה ויש ריעותא בגוף פח העדים לדעת אם אמת יהגה חייכם לכו אף להכניסו לכיפה א"נ משא"כ בבדיקות דרק מצד גזה"כ וחק התורה לבטל עדותו ומיהו עדות אמת הוא וכמו"ש רש"י [וק' לכאורה נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה פינן דנתבטל לענין להמית אותו במיתת ב"ד הראוי לו או מטעם דהוי עדות מיוחדת דגזה"כ הוא לא יומת ע"פ ע"א.

או מטעם דהוי שלא בהתרא' או מטע' דלא נמצא נכון הדבר ואתכחשו בבדיקות יתבטל ג"כ לענין להכניסו לכיפה ואף דדבר זה לא נאמר רק ברציחה וחקר דשפיכת דמים ונהלכה למ"ס הוא כמו שכתב הרמב"ם בפה"מ ובהל' רוצח.

מ"מ אף דרק הלמ"ס הוא ברציחה למסור להב"ד להכניסו לכיפה ולא בעניני חייבי מיתת ב"ד מצד איסורים אחרים. עכ"פ נלמוד מזה דמקיימינן מן העדים מה דנוכל לקיים ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ובאמת פלל הזה דיקום דבר לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מחזקינן אף בעדות דיני נפשות דרציחה: וע"כ נראה ללמוד מזה דע"כ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בעלה כולה רק היכא דהריעותא והחסרון הוא בהגדות העדות כמו קרובים לזה ורחוקים לזה דנתבטל דבר מהגדות עדותו דגזה"כ הוא לגבי קרובים לומר דהוי פלא הגידו והעידו דהא דקרובים פסולין להעיד לאו מטעם משקר הוא רק גזה"כ הוא אף משה ואהרן כמבואר ש"ס ב"ב (דף קנ"ט) ואף דבמזון לא אברא סהדי אלא לשקרא כמבואר קידושין (דף ס"ה) והעיקר הוא לדעת אמת הענין ע"כ גזה"כ הא דקרובים א"נ הוא שיהא עדותם פאלו לא הגידו וממילא לא נודע אמת הענין וכן כתב בס' בית מאיר (סי' י"ז) וכיין דהעידו לקרובים ולרחוקים לא נוכל לחלק דבורם ולקיים חצי דבר.

משא"כ היכא דמחזקינן לכל דבריהם רק שחסר תנאי בדבר שלא נמסר לב"ד כמו עדות מיוחדת באחד רוא' מחלון זה וא' רואה מחלון זה דמצד הסברא היינו למדין ממה דכתבה התורה עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר לדון ע"י עדותו רק גלי לן רחמנא לא יומת עפ"י ע"א שלא נמסר לב"ד הדבר עד שיהיו רואין שניהם פאחד כמבואר מכות (דף ח' ע"ב) מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה עיי"ש דמבואר דצריך לימוד לזה מטעם דסתמ' עפ"י ב' או ג' משמע דל"צ רק שיעידו שנים אף דלא ראו זה את זה בשעת מעשה וגלי לן הקרא דלא יומת ע"פ ע"א לפטרו אבל עדותו אמת אלא שאין מיתתו מסורה לב"ד וכמו שכו' רש"י סנהדרין שם לכו"ל א בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דלא נתבטל שום דבר מדבריהם רק התורה חסה בדנ"פ וגזרה שלא נמסר לב"ד: ובאמת יש לעיין אם עברו הב"ד ונהרגו לזה שחייב מיתה בעדות מיוחדת אם חייבין עליו די"ל דלא קאי עליו רק בלאו דלא יומת עפ"י ע"א ולא אהדריה לאיסורא קמא דמפה נפש מות יומת ודומה קצת למ"ש תוס' ביצה (דף י"ב) הטעם דנו"נ דאין קרובין ביו"ט משום דכתיב לכם ולא לגבוה ולא אהדריה קרא לאיסורא דדוקא לגבי גיזה דלא הותרה בפסולי המוקדשין פלל בהדיא והואיל ואישתכח סמוך בהו לאיסורא מוקמינן לה באיסורא קמא אבל גבי יו"ט דאנכל נפש הותר והה"ד דנו"נ מטעם מתוך וכיין דהותרה בהדיא ל"א דאהדריה לאיסורא קמא דלמאי דאהדר' אהדריה ולמאי דלא אהדריה קאי רק בעשה עיי"ש וה"נ דכונתיה פינן דכתבה התורה בהדיא ע"פ ב' או ג' עדים יקום דבר המשמע' הוא לדון

עפ"י בקל דבר רק לגבי עונשי מיתה גלי לן הקרא דלא יומת עפ"י עדות מיוחדת ומ"מ לא אהדריה לאיסורא קמא וליתא רק באזרה אבל לא לחייב מיתה אם דנו עפ"י עדות מיוחדת ויש לחלק משם דמ"מ פיון דלא נמסרה לב"ד שוב הוי בכלל מפה נפש אבל מ"מ לא נוכל לומר בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה פיון דבאמת מקיימנו פל הדבר רק שחסר תנאי שלא נמסר לב"ד וכן אם לא התרה בו דליפא שום ריעותא לגבי עדים וידענו אמיתת הדבר וקיום הדבר ע"י רק מצד אחר בא הפטור דלא ניתנה התרא' אלא להבחין בין שוגג למזיד וכן אם הי' הכחשה בבדיקות דרק מצד חק וגזה"כ הוא דכדי לחייבו מיתה בעינו נכון הדבר ואין זה נכון אבל אמיתת הדבר ידענו מן הגדתם לכן מה דנוכל לחייבו ע"פ עדותם מקבלים עדותם ומכניסין לכיפה פיון דרק מצד גזה"כ שחסר תנאי בדבר לא נמסר לב"ד ל"א בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה פיון דלא בטל שום דבר מן עדותן שאפשר לדון ע"י משא"כ לגבי קרובים דע"כ מסלקינו פל עדותן מצד הקרובים והוי פלא העידו ולא נודע אמיתת הדבר לכן אמרינו בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה.

ועיין בעה"ת (שער ל"ח ח"ד) דפירש בש"ס (ב"ק דף מ"א ע"ב) אלא פשהמית אדם עפ"י ע"א היינו עדות מיוחדת דאחד ראה מחלון זה שהשור הרג את אדם ואחד ראה מחלון אחר והשור אינו נהרג דכמיתת בעלים כד מיתת השור והי' ס"ד דעכ"פ חצי פופר ישלם קמ"ל קרא דבעל השור נקי דתם אינו משלם כופר הרי דאף דהא בהא תליא מ"מ ל"א עדות שבטל מקצתה בטלה פולה וכיון דלא מקבלין עדותן להרוג השור ממילא לא נקבל לעננו פופר זה ל"א פיון דאין רעותא בגוף העדים ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' ק"ה) פנראה דלא ראה אז דברי בעה"ת הנז' ולפ"ז גם בנתבטל דבר מדבריהן בשביל דהוי עדות שאי אמה יכול להזמן כמו בהעידו בטריפה שהרג הנפש ידענו באמת אמיתת הענין רק גזה"כ הוא לדון מיתה אי אפשר דבעינו לגבייהו דעדים שנוכל לקיים בהו דין הזמה ולא נוכל לקיים בשביל שמעידין על הטריפה ואין החסרון בעדותן ונקלל בהפתוב ע"פ שנייהם או ג' עדים יקום דבר רק מצד חק התורה דכתיב ועשיתם להם פאשר זמם דבעינו שיהיו ראוי' לקיים בהם פאשר זמם אבל אמיתת הענין ידענו לכן ל"א בזה עדות שבטלה מקצתו בטלה פולה ומקבלין העדו' עכ"פ לפסלו.

ואם מעידים על הטריפה שהרג בפני ב"ד של שלשה בזה ודאי נאמנים לפסלו ול"ש בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה לכ"ע פיון דלגבי דין נפשות הוי כהעידו חוץ לב"ד דלקבלות עדות לדון דין נפשות בעי כ"ג כמבואר רמב"ן על התורה פ' שופטים ובכ"מ (פ"ד) הלכות עדות רק לפסלו די בפני שלשה ודאי ל"ש בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה פיון דלא נתבטל המקצת ודומה לזה מבואר בתומי' (סי' ל"ד ס"ק כ"ד) רק אף בהעידו בפני כ"ג יש מקום לומר דל"א בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה כמ"ש: סי' ו מהד' דסנהדרין הנ"ל דע"י עדות מיוחדת מכניסין אותו לכיפה מטעם שכתב רש"י דאמת הדבר הואיל ויש שני עדים רק שאין עדותן להמית נמסר לב"ד.

נראה אם אחד ראה מחלון זה בא"א שזינתה ואחד ראה מחלון זה ולא ראו זא"ז פיון ידענו אמיתת הענין רק לב"ד לא נמסר ממילא אסורה על בעלה דלא נמסר לב"ד להרוג ע"ז אבל מ"מ פיון ידענו מהללמ"ס דמכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים

לחץ עד שפרויסו נבקעת מכ"ש דמוטל על הבעל לחוש לעצמו ולא לעשות נגד שני עדים מעשה באיסור וכן על הב"ד למנוע אותה ממנו.

ובב"י ח"מ (סי' ל') הביא הפוסקים בזה אם נאסרת בעדות מיוחדת על שני מעשים. ובתשובת מהר"א ששון (סי' כ"ד) העלה להפיר אף אם ראו זה אחר זה.

וכן אם אחד רואה מחלון זה וא' מזה ועיין נו"ב תנינא חלק אה"ע (סי' י"ג) ובנו"ב (סי' ע"ב) האריף בזה לאסור ואחד מן ראיותיו דאם יהיה פירוש התוספתא דראה אחד שנתמידעמה שחרית ואחד בערב דאין חוששין הטעם כמו"ש הר"ן מטעם דעדות מיוחדת הוא ולא כמו שכתב הב"י דמטעם דהוי כמו מקדש בלא עדים דלא חששו וקשה למה נקט התוספתא באחד ראה שחרית ואחד ערבית לינקט רבותא יותר אפי' אם שניהם העידו על מעשה אחת שאחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה אעפ"כ לאו עדות הוא עיי"ש שכתב שזה ראי' שאין עליו תשובה.

ומבואר מדבריו דכללי כניל לכל גנוני עדות מיוחדת בהתאמתא וכן בעובדא דמהר"א ששון אף בראו זא"ז אותו מעשה הואיל דבדנ"פ מיפסלי כמו כן לאסרה על בעלה א"נ: ולי דבריהם תמוהין וצ"ע דבאופן זה דאחד רואה מחלון זה וא' מחלון זה כ"ע מודים דנאמנין לאסרה על בעלה כדמוכח מהא דמכניסין אותו לכיפה ומדברי רש"י בפירושו דענין זה נדאי אמת הוא רק לענין להרוג ע"י עדותן זה לא נמסר לב"ד אבל אמיתת הענין ידענו ולכך מסבבין להרוצח מיתה ומכ"ש דאסורה על בעלה ומכ"ש היכא דראו בהחור זה אחר זה כמו עובדא דמהר"א ששון דזה עדיף ממה דראו אחד מחלון זה וא' מחלון זה ואין א' מעיד על חברו כמבואר סוף (פ"א) דמכות דנדאי ידענו אמיתת הדבר רק דלא נמסר לב"ד להרוג לרוצח אבל מכניסין לכיפה לסבב לו מיתה נדאי דאסרינו ליה לבוא על אשתו באם יש עדי זנות באופן זה.

וממילא דאין פאן ראי' פלל מן התוספתא דעדות מיוחדת על ב' מעשים מדלא נקט אחד מחלון זה וא' מחלון זה דכה"ג באמת אסורה פנין שהעידו על מעשה אחת רק באחד שחרית וא' ערבית י"ל דאין מצטרפין הואיל דליכא שני עדים על מעשה אחת וזה כשר רק בד"מ ולא בעדות לאסור אשה של בעלה דבכה"ג אף לא ידענו אמיתת הדבר והא ראיה דבכה"ג עדות מיוחדת אין מכניסין אותו לכיפה בהורג נפש: ומ"ש הנו"ב דאם עדות מיוחדת בשני מעשים פסולין בקידושין למה לא נקיט התוספתא רבותא אף במעשה א' למ"ש בזה כ"ע מודים פנין דעדותן אמת רק דלא נמסר לב"ד מ"מ פנין דעפ"י אמת נתקדשה לא נוכל להתירה לשוק דהא הטעם דבעינן בקידושין עדים לקיום הדבר הוא מטעם דחב לאתרינא וכבר כתב הפנ"י מס' קידושין דעיקר הטעם דבעינן עדים כדי להחזיקה למקודשת ע"י עדים כדי שנוכל לדון אותם אם כן במיתה אם תזנה דאל"כ אין קידושין לתצאין עיי"ש ולפי"ז דוקא להחזיק' למקודש' ע"י שני מעשי קידושין משני עדים מיוחדת זה מדמינן לדנ"פ ולא ידענו אם אמת הדבר וחסבינן עכשיו פאלו בא לפנינו הדדון בדיני נפשות ואז ל"ה מועיל עדותן מדכתיב לא יומת עפ"י ע"א וגם לא ידענו אמיתת הדבר.

וכמו כן אינו מועיל להחזיקה למקודשת ע"י עדות כזאת. אבל במעידין על מעשה אחד רק זה ראה מחלון זה וזה ראה מחלון זה ולא ראו זא"ז והמה ראו שניהם בזה פנין



דעדותן אמת וכמו שכ' רש"י רק דל"נ לב"ד לא נוכל לומר דלא תהיה מקודשת רק מחוקינו בכתובת מקודשת וממילא אח"כ פינו שנתחזקה עפ"י אמת למקודשת דנין ע"י קידושין הללו גם לדיני נפשות ושוב ל"ה קידושין לחצאין פינו דידענו אמתת הדבר ועדיין צ"ע בזה: ומ"ש עוד הנו"ב שם דלענין קידושין דוקא כתב הר"ן דל"מ עדות מיוחדת הואיל דנ"מ גם לדנ"פ משא"כ עדי גיטין דאין בעדותן חיוב נפשות דאדרבא בעדותן משוי אותה לפנויה ושתהיה מותרת.

יש לגמגם בו דהא גם בגיטין יש נ"מ אם נתקדשה אח"כ לאחר ואח"כ מת הראשון ואם זינתה אח"כ אם תאמר שהגט מן הראשון פשר ממילא הי' חל קידושין של השני ונתחייבה מיתה ואם לא הי' מהני גט הראשון ולא חל קידושין של השני ופנוי' היא ופטורין ממיתה.

גם נ"מ אם מת הבעל ונשא את אח"כ לכהן אם תהיה לוקה: עוד כתב שם הנו"ב להוכיח דמהני עדות מיוחדת לאסור אשה על בעלה מדברי תוס' מס' מכות שם דהקשו אמאי עדות מיוחדת פשר בד"מ ונגמר מדנ"פ מדכתיב משפט אחד וכתבו דע"כ האי קרא לא בד"מ קאי דע"א מחייב שבועה וכתב לפרש דאף בקרקע דאינו מחייבו שבועה ומ"מ פשר עדות מיוחדת וע"כ צ"ל פינו דיש דיני ממונות המועיל לחייב שבועה ממילא לא קאי האי קרא אשום ד"מ ולפי"ז לאסור אשה על בעלה ג"כ ל"ק האי קרא דהא עכ"פ מועיל ע"א לאסור אשה על בעלה אחר קינוי וסתירה וא"כ אף קודם קינוי וסתירה נאסרה בעדות מיוחדת פינו דיש אשה שמועיל ע"א אלו דבריו.

ולכאורה ל"ה צריך לזה רק דאפילו בעד אחד אי מהימן עליו כפי תרי נאסרה עליו כמבואר מס' קידושין (דף ס"ו) א"כ ע"כ לא קאי האי קרא לאסור אשה על בעלה דל"מ עדות מיוחדת. אולם י"ל דזה דאי מהימן עליו כפי תרי דחייב להוציא' ל"ה רק מדרבנן כמו"ש בספר תומת ישירים (סי' ע') אף מדברי ש"ג ש משמע דהוא מה"ת ולקמן יבואר מזה אי"ה אבל מ"מ י"ל דזה לאו מתורת נאמנות העד הוא רק כמו שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ומזה לא איירי קרא והשתא דאתינן לזה יש לומר ודאי תוס' שפיר כתבו פינו דחזינן דבד"מ ע"א מועיל לשבועה ממילא מצד הסברא מהני אף עדות מיוחדת להוציא ממון ואף בקרקעות דלא מחייב שבועה אמרינן שוב משפט אחד להשוות כל דיני ממונות להדדי לחייבו בעדות מיוחדת.

משא"כ לאסור אשה על בעלה אף דמצינו דמועיל ע"א אחר קינוי וסתירה שם לאו מצד נאמנות ע"א הוא רק משום דרגלים לדבר שהרי קינו' לה ונסתרה ע"י עדים והא ראי' דאף הפסול להעיד ג"כ נאמן כמבואר מס' סוטה ואיך נקיש לזה להאמין עדות מיוחדת לאסרה בלא קינוי וסתירה מה דבעי נאמנות העדים, נוכל לומר שוב לכלול בכלל משפט אחד להתאחד עם דיני נפשות פינו דדומה לזה ומתורת עדות אין שום כח לע"א לאסרה ואחר קינוי וסתירה הוא לאו מתורת נאמנו' ע"א דהא אף פסול נאמן משא"כ לחייב שבועה יש נאמנות מטעם עדות לע"א והא ראי' דהפסול לעדות אינו מחייב שבועה כמו שכ' רמב"ם (פ"ה) מטרות: ויש להבין בדברי תוס' מה זה הוכחה דע"כ האי קרא דלא יומת לא איירי בדיני ממונות הא עיקר דילפינן ממשפט אחד הוא מדכתיב פ' אמור מפה אדם יומת ומפה בהמה ישלמנה משפט א' היינו דמכה בהמה היינו ד"מ יהיה משפט אחד

עם מפה אדם והיינו ד"מ כולם עם דנ"פ ועיין נו"ב (דף פ"ב ע"א) בזה וא"כ דלמא לעולם לענין תשלומין לא מחייבין ע"י עדות מיוחדת במפה בהמה כמו דאינו נהרג במפה אדם.

אבל שבועה מ"מ חייב דזה ילפינן ממ"א מדכתיב לא יקום ע"א לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה אבל מ"מ לחייבו בתשלומין נימא משפט אחד יהיה לכם ויהי פסול עדות מיוחדת.

וי"ל דכוננת תוס' פיון דבממון ידענו דחייבו התורה שבועה נגד ע"א וטעם השבועה הוא לקרר וכ"ז שאינו נשבע חייבהו רחמנא רק ולקח בעליו ולא ישלם ואם אינו רוצה לישבע נחתינו לנכסי וכיון דיש שני עדים אף דלא ראו יחד מ"מ עדותן אמת הוא כמו"ש רש"י דמטעם זה בהורג נפש מכניסין אותו לכיפה.

א"כ מצד הסברא דלא נוכל לחייבו שבועה דכיצד יושבע לקרר האמת נגד בירור של שני עדים ועדיף יותר ממה דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע דמשלם ואף מאן דלית ליה מתוך שאין"ל דמשלם היינו לא לנגד ב' עדים דהוי דבר ברור רק לגבי מיתה הקילה התורה דלא מסרה לב"ד אבל בממון מחייבין לשלם ואף בקרקע וכדומה דלא חייבו שבועה נגד ע"א מ"מ מפילא מוציאן בעדות מיוחדת פיון דיש לנו בירור גמור דומה לזה פתב הנו"ב שם (סי' ע"ד) לשיטתו דבד"מ ל"ב עשאלה"ז דהכחשתו נגד ב' עדים לאו פלוג הוא וכתב ועוד דע"א עכ"פ מחייב שבועה ואינו יכול לישבע נגד שנים והוא מחויב שבועה ואילו"מ עכ"ד.

וכוננתו ודאי לאו מטעם מתוך הוא דהא משפחת בקרקע וכדומה דאינו חייב שבועה וכן למאן דלי"ל מתשאל"מ א"ו פוננתו פיון דעכ"פ נתברר הדבר עפ"י שנים מחייבין ממון פן נמי בעדות מיוחדת פיון דחזינו דהתורה חלקה לנו משפט נפשות מד"מ דבד"מ חייבה התורה שבועה נגד ע"א משא"כ בנפשות אמרינן מסברא דלא הוציא התורה מפשטה דקרא עפ"י שנים עדים יקום דבר דהוא אפי' ע"י עדות מיוחדת פשלא ראו זא"ז רק לגבי מיתה גלי לן קרא דלא ימות עפ"י ע"א דלא נמסר לב"ד לדון ע"י עדות מיוחדת ולא בממון: וראיתי בספר אליהו רבה וזוטא מפעל מכתב מאלהו (דף צ"ה) שם הביא דברי רבינו הרמ"א ז"ל בתשובותיו שכ' דהא דכתב מהר"מ ז"ל במרדכי לזמות עדי זנות לממון הוא רק לענין צירוף העדות דוקא משום דכתיב קרא לא יומת עפ"י ע"א דמינה ילפינן לעדות מיוחדת דפסול והתם לא יומת פתיב משמע דין מיתה דוקא אבל לענין שאר דברים כגון דו"ח או שלא בפניו דמה"ת בענין בתרנונייהו רק חכמים הקלו לענין ממון פשיטא דמדמינן לה לדנ"פ והוא ז"ל משיג עליו מדברי תוס' מס' מכות הנ"ל דלא יומת לאו דוקא מיתה הוא ולולי דע"א קם לשבועה בד"מ הוי מוקמינן קרא גם לענין ממון כמו פסול קרובים דלא יומתו אבות פתיב ואיתא נמי בד"מ א"כ ע"כ הא דמדמה מהר"ם ז"ל עדות זנות לממון היינו מן הפלל דעדי נשים פיון דסריף וסביף פתובה בהדיהו לד"מ דמי ומפילא גם לענין דו"ח.

ואני שמעתי ולא אבין הא דברי הרמ"א מבוארים מדברי תוס' הנ"ל דלולי קרא דעד אחד בממון מחייב שבועה היינו ילפינן משפט אחד דעדות מיוחדת פסול אף בד"מ אבל פיון דאי אפשר אמרינן דלא קאי על דיני ממונות ומצד משפט אחד סובר מהר"ם ז"ל

די"ל פֿינן דְּכָשֶׁר בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת מַה"ת וּע"כ הָא דְּכַתְּבִי לֹא יוֹמֵת עִפְ"י ע"א דְּקָאֵי עַל עֵדוֹת מְיֻחָדָת הוּא דְּנֻקָא בְּדִנ"פ וְלֹא אֲמַרִינן בְּזַה מְשַׁפֵּט אֶחָד עִם ד"מ פֿשֶׁר נְמִי עֵדוֹתוֹן לְעֵנְוִן אִיסוּר דְּהָא דְּבַעֲי תוֹרַת עֵדוֹת לְאִיסוּר עֲרוּהּ הוּא מְדִילְפִינן דְּבָר דְּבָר מְמֻמּוֹן לְכוּן עֵדוֹת הַמוֹעִיל מַה"ת לְחַיִּיב מְמוֹן מוֹעִיל נְמִי לְאִיסוּר אִשָּׁה עַל בְּעֻלָּה.

מִשָּׂא"כ לְעֵנְוִן דְּרו"ח וְלַהֲעִיד שְׁלֵא בְּפִנְיֻדְמָה"ת פֿסוּל בְּמֻמּוֹן וְנֻכְנַס בְּכָלֵל מְשַׁפֵּט אֶחָד אַף דְּמְדַרְבְּנֵן ל"ב מ"מ מוֹדָה דְּבַעֲדֵי זְנוּת אֲזֵלִינן בְּתַר דִּין תּוֹרָה לְגַבֵּי דְּבָר שְׁבַעְרוּהּ רַק לְמִישְׁקֵל פְּתוּבָה הַקִּילוּ חֻכְמִים בְּעֵדוֹת אִשָּׁה מְשוּם חִינּוּא כְּמוֹ שְׁכַתְּבִי הֶרַמ"א שֵׁם בְּתִשׁוּבָה מְדַנְקֵט הַש"ס סוּף יְבָמוֹת פֿינן דְּאִיפָא פְּתוּבָה לְמִישְׁקֵל כְּדִינֵי מְמוֹנוֹת דְּמִי דְּהוּא רַק בְּדִאיפָא לְמִישְׁקֵל דִּיש כה"ג טַעמָא דְּחִינּוּא אֲבָל לְהַפְסִידָה פְּתוּבָתָה דְּלִית בֵּיה טַעמָא לְהַקֵּל בְּעֵינְוִן אַף דו"ח וְעֵינְוִן סוּף יְבָמוֹת בְּחִידוּשֵׁי רַמְבַּ"ן וּבס' אֲבָנֵי מִילּוּאִים אה"ע (סי' י"א): עוֹד רְאִיתִי שֵׁם בַּס' א"ר וְזוּטָא (דָּף צ"ז) בְּעֵנְוִן אִם לְאִיסוּר אִשָּׁה עַל בְּעֻלָּה צָרִיף דְּרִישָׁה וְחֻקִּירָה אַחַר שְׁהֶאָרִיף הֶרְבֵּה בְּזַה הַעֲלָה דְּדוּקָא גַבֵּי גִיטִין וְקִידוּשֵׁין שְׁהוּא דְּבָר כּוֹלֵל לְכָל הָעוֹלָם לְאִסְרָה אוֹ לְהַתִּירָה בְּעֵי ב"ד לְבָרַר הָאִיסוּר וְהַמּוֹתֵר אֲבָל גַבֵּי זְנוּת אִינוּ נּוֹגַע אֲלֵא לְבַעַל לְבָדוֹ וְכָל שְׁיִבּוּאוֹ אֲצֵלוֹ ב' עֵדִים וְיֵאמְרוּ לוֹ שְׁאִשְׁתּוֹ זְנוּתָה הִרִי מִיָּד נְאֻסְרָה לוֹ וּל"ב שְׁיִקְוֵבֵל עֵדוֹתֵן בַּב"ד רַק כְּשִׁיבָא לְגֶרְשָׁה אוֹ לְהַפְסִידָה פְּתוּבָתָה אִז מְזַדְקִין בַּב"ד כְּדִי לְקַבֵּל הָעֵדוֹת כְּדִי שְׁתַּפְסִיד פְּתוּבָתָה וְאִז דִּין מְמוֹן הוּא דְּלִאִסְרָה כְּבָר אִיסוּרָה וְעוֹמְדָת מְשַׁעָה שְׁהַעִידוּ לוֹ הָעֵדִים דְּאִפִּילוּ בַּע"א אִי מְהִימֵן עָלָיו כְּבִי תְרִי נְאֻסְרָה עָלָיו א"כ א"צ ב"ד רַק לְכוּפּוֹ לְגֶרְשָׁה וְלְהַפְסִיד פְּתוּבָתָה וְלִאִסְרָה הַגּוֹי כְּהוֹרָאָה בְּלִבְד וְלְכוּן הַשְׁתָּא דְּלִיפָא דִּינֵי נְפֻשׁוֹת וְאִין עֵדוֹתֵן כִּי אִם לְאִיסוּרָה עַל בְּעֻלָּה וּבְעֻלָּה לְבַד הִרִי כְּשֶׁאֵר אִיסוּרִין שְׁבַתּוּרָה וְאִין עֵנְוִן לְמִישְׁפֵּט שְׁיִצְטָרְכוּ ב"ד מְמוֹחִין נְאֻפִילוּ לְמ"ד בּוֹדְקִין עֲדֵי נְשִׁים בְּדְרִישָׁה וְחֻקִּירָה מוֹדָה הוּא בְּעֵדֵי זְנוּת שֶׁא"צ דו"ח מְפָנֵי שְׁאִין עֵנְוִינָם מְשַׁפֵּט עֵי"ש בְּדַבְּרִיו בְּאִנְרָף.

וְלִי הַדְּבָרִים מְתַמְהִימִים הָא יְלַפִּינן דְּבָר דְּבָר מִן מְמוֹן וּמִמִּילָא בְּעֵינְוִן שְׁנֵי עֵדִים וְשִׁיעִידוּ בְּפָנֵי ב"ד לְאִסְרָה עַל בְּעֻלָּה וְכ"ז שְׁהַעֲדִים לֹא הָעִידוּ בְּפָנֵי ב"ד א"צ לְחוּשׁ לְדַבְּרֵיהֶם וְאִף אִם אָמְרוּ לְבַעֲלָה שְׁזִינְתָה וְשְׁמוּכְנִים לְהַעֲדִיד בְּפָנֵי ב"ד י"ל דְּצָרִיף לְחוּשׁ לְדַבְּרֵיהֶם שְׁיַעֲדוּ בְּפָנֵי ב"ד אֲבָל כ"ז דְּלֹא הָעִידוּ בְּפָנֵי ב"ד בְּתוֹרַת עֵדוֹת אִם מְתוֹ אַח"כ טָרַם שְׁהַעֲדוּ בְּפָנֵי ב"ד אוֹ הִלְכוּ לָהֶם לֹא נְאֻסְרָה עַל בְּעֻלָּה דַּעֲפ"י שְׁנִימֵם עֵדִים יְקוּם דְּבָר פְּתִיב וְיִלְפִינן דְּבָר דְּבָר מִן מְמוֹן וְאִף שְׁאִינוּ דְּבָר הַכּוֹלֵל לְכָל יִשְׂרָאֵל מ"מ צָרִיף הַגְּזָה בְּפָנֵי ב"ד פֿינן דְּצָרִיף שְׁנֵי עֵדִים וּמִמִּיל' צָרִיף דְּרִישָׁה וְחֻקִּירָה וְגַם הָא נ"מ לְהַחֲזִיקָה בְּזוּנָה וְלִאִסְרָה עַל כְּהֵן אִם יְמוֹת בְּעֻלָּה וּמ"ש דְּאִפִּילוּ ע"א אִם מְהִימֵן עָלָיו כַּב' אִיסוּר' לֹא מִיְבַעֲי אִם נֵאמַר כְּמוֹ"ש הַתְּנוּמַת יִשְׂרָיִם (סי' ע') שְׁהוּא רַק מְדַרְבְּנֵן וְדִאי אִינוּ רְאִיָּה אֲלֵא אַף לְמָה שְׁהוֹכַחְתִּי בַּמ"א מְדַבְּרֵי הַש"ג מ"ס סְנֵהֲדָרִין שְׁהוּא מַה"ת אִין עֵנְוִן לְשְׁנֵי עֵדִים דְּשֵׁם הוּא פֿינן דְּמְהִימֵן אֲצֵלוֹ וְסִמְכָה דַּעֲתוֹ עָלָיו צָרִיף לְחוּשׁ לְעַצְמוֹ אֲבָל אִם אִין מְהִימֵן אֲצֵלוֹ אַף תְּרִי מְמֻשׁ אִינוּ בְּיָרוּר הַדְּבָר שְׁכֵן הוּא אַף אַחַר שְׁהַעֲדוּ בְּפָנֵי ב"ד רַק חֻק הַתּוֹרָה הוּא וְגַזִּירַת הַפְּלֵף עִפְ"י שְׁנִימֵם עֵדִים יְקוּם דְּבָר שְׁיִתְנַהֵג כָּל עֵנְוִנֵי מְשַׁפֵּט עִפְ"י ב' עֵדִים הַמְעִידִין בְּפָנֵי ב"ד בְּתוֹרַת עֵדוֹת וְיִשׁ בְּהֶם כָּל הַתְּנָאִים הַצָּרִיף לְזַה לְהַעֲדִיד בְּפָנֵי וּבְפָנֵי ב"ד שֶׁל סְמוּכִין מַה"ת וּבְדו"ח אַף כִּי לֹא נּוֹדַע לְנוּ בְּבִירוּר שְׁאִינָם מְשַׁקְרִים.

אָבֵל כ"ז שְׁלֵא יֵשׁ בָּהֶם תּוֹרַת עֲדוּת בְּכָל הַתְּנָאִים וְדַאי אָף לְאַסּוֹר אִשָּׁה עַל בְּעֻלָּה בְּכָלֵל מְשַׁפֵּט הוּא וְצָרִיף מֵה"ת דו"ס: [וְעֵינֵינוּ בְּחִידוּשֵׁי רַבֵּינוּ יוֹנָה רִישׁ מִס' סִנְהֶדְרִין דְּהַקְשָׁה אַמַּאי לֹא גָמְרִינוּ מִמְשַׁפֵּט אֶחָד דְּכִמּוֹ דְּבַעֲיָנוּ לְדַנ"פ כ"ג כְּמוֹ כֵּן לִיבְעֵי בַד"מ כ"ג וְכַתֵּב פִּינּוּן דְּכַתִּיב ג' אֱלֹקִים בְּפָרְשָׁה גְלִי לָן קָרָא דַל"ב אֱלֹא ג' וְהַקְשָׁה עוֹד אַמַּאי אִיְצְטְרִיף אֱלֹקִים לְמִילָף מִינֵי מוֹמָחָה הָא מֵהַאי קָרָא מְצִי לְמִילָף וְכ' וְשָׂמָא י"ל דְּמְשַׁפֵּט אֶחָד קָאָמַר רַחֲמֵנָא וְלֹא שׁוֹפֵט אֶחָד עַכ"ד.

וּמָאֵד תְּמַהֲנִי הָא מְבוֹאֵר הַקְּוִשָׁיָא בְּתו"כ סוֹף פ' אָמּוֹר וְז"ל מְשַׁפֵּט אֶחָד כּו' כְּמְשַׁפֵּט דִּינֵי נְפֻשׁוֹת דִּינֵי מְמוֹנָ' בְּדו"ס אִי מֵה דַנ"פ בַּכ"ג אָף ד"מ בַּכ"ג ת"ל עֵין תַּחַת עֵין רִיבָה עַכ"ל וְעֵינֵינוּ תוֹס' סִנְהֶדְרִין שָׁם וְצ"ע גַּם מֵה שְׁפָתָבוּ תוֹס' דְּמְשַׁפֵּט אֶחָד לְהַשׁוּוֹת ד"מ לְדַנ"פ קָאָתִי וְלֹא לְהַשׁוּוֹת ד"מ אֶהְדְּדִי וְהִבִּיאוּ רַאִי מֵמָה דְלֹא יִלְפִינוּ דִּינֵי נְפֻשׁוֹת מְהַדְּדִי לְעַנְנוּ דו"ס כְּמְבוֹאֵר (דָּף מ') עֵי"ש וּבַש"ס פְּתוּבוֹת (דָּף ל"ג) מְבוֹאֵר דְּדַרְשֵׁינוּ מִמְשַׁפֵּט א' מְשַׁפֵּט הַשְּׁנֵה לְכוֹלְכֶם דְלֹא בַעֲיָנוּ בַעֲדִים זוּמְמִין הַתְּרָאָה לְמַלְקוֹת מְשׁוּם דְלֹא אֶפְשָׁר וְאָף בְּמַעֲדִין עַל בֶּן גְּרוּשָׁה וְחִלוּצָה דְלֹא מְכַאֲשֵׁר זָמַם קָא מְתַרְבֵּי ל"ב הַתְּרָאָה מְטַעַם מְשַׁפֵּט הַשְּׁנֵה לְכוֹלְכֶם הָרִי דַאָּף לְהַשׁוּוֹת אֶהְדְּדִי יִלְפִינוּ מִמְשַׁפֵּט אֶחָד יְהִי לְכֶם.

וְעֵינֵינוּ ש"ס מְכוֹת (דָּף ה' ע"ב) בְּהָא דַאִין עֲדִים זוּמְמִין נְעַנְשִׁין עַד שִׁיגְמוֹר הַדִּין דִּיִּלְפִינוּ חֲזִיבִי מִיְתָה מְנַפֵּשׁ בְּנַפֵּשׁ וְקָאָמַר חֲזִיבִי מְלַקוֹת מִנֵּין ת"ל רְשַׁע רְשַׁע חֲזִיבִי גְלוֹת מִנֵּין אֶתִּיא רִוּצָח רִוּצָח וְיִקְשָׁה לְמָה לֹא יִלְפִינוּ כ"ז מִן מְשַׁפֵּט אֶחָד יְהִיָּה לְכֶם מְשַׁפֵּט הַשְּׁנֵה לְכוֹלְכֶם וְיֵשׁ לִיִּשְׁב כ"ז לְהַמְעִיָּן וְא"כ מְקוּמוֹ]: וְהוּאִיל שְׁהַזְכַּרְתִּי דְבָרֵי הַנּו"ב הַנֵּ"ל דְּנִגְדַּד שְׁנֵי עֲדִים לֹא נֹכַח לְהַשְׁבִּיעוֹ אֶזְכִּיר מֵה שְׁפָתָבִיתִי בְּסַפֵּר דְבָרֵי חֲזִים דִּינֵי עֲדוּת (ס' ט"ז) הַבֵּאתִי דְבָרֵי רַבֵּינוּ הַגְּדוֹל מֶרֶן עַק"א ו' ז"ל שַׁכ' בְּסַפְרוֹ ס' קע"ט) לְהַסְתַּפֵּק בְּמוֹדָה בְּמַקְצָת וּבָאוּ שְׁלֹשָׁה עֲדִים וְא' מֵהֶם קָאו"פ אִם הָוִי מְחֻיָּב שְׁבוּעָה וְא"י לִישְׁבַע דְּמַשְׁלֵם דַּהֲב"ד אִין מְנִיחִין לוֹ לִישְׁבַע דְּמִיד יְבוֹאוּ ב' עֲדִים הַפְּשָׁרִים וְיַעֲזִדוּ שְׁנַשְׁבַּע לְשַׁקֵּר וְיַפְסִילוּהוּ וּפְקַפְקִיתִי דַא"כ גֵּימָא בֶּן בַּכ"מ בְּנַשְׁבַּע לְהַכְחִישׁ אֶת הָעֵד וְהַתּוֹבַע טוֹעֵן טַעֲנַת בְּרִי דְסַבְּרוּ הַפּוֹסְקִים דִּיכוֹלִים אַח"כ לְפָסְלוֹ לְהַעֲזִיד בְּצִירוּף הַבַּע"ד כְּמְבוֹאֵר רַמ"א (ס' ל"ד סכ"ז) אִיף מְנִיחִין אוֹתוֹ הַב"ד לִישְׁבַע פִּינּוּ דִיפְסִילוּהוּ אַח"כ א"ו פִּינּוּ דִיִּהִיו צָרִיכִין אַח"כ לְהַעֲזִיד מְחַדָּשׁ בְּתוֹרַת עֲדוּת כְּמוֹ שׁ הַסְמ"ע שָׁם לֹא אִיכְפַּת לָן בְּזָה וְכ"כ בְּנַמְצָא אֶחָד מֵהֶם קָא"פ פִּינּוּ דַמ"מ נִתְבַּטַּל הָעֲדוּת מְנִיחִין אוֹתוֹ לִישְׁבַע פִּינּוּ דַאַח"כ צָרִיכִין לְהַעֲזִיד מְחַדָּשׁ וְהַנְּחִיתִי בַצ"ע כִּי בְּאֶמֶת יֵשׁ לְחַלֵּק דְשָׁם הַבַּעַל דְּבָר עֲזִיָּין לֹא בָּא בְּגֵדָר עַד וְלֹא עֶבֶר עַל ל"ת מִשָּׂא"כ בְּנַמְצָא אֶחָד קָא"פ אָף דְּנִתְבַּטַּל גַּם עֲדוּת שֶׁל הַפְּשָׁרִי מ"מ כְּבָר הַעֲזִידוּ בְּתוֹרַת עֲדוּת וְאִם אָמְרוּ שְׁקֵר עֶבְרוּ עַל ל"ת י"ל דַּאִין מְנִיחִין אוֹתוֹ לִישְׁבַע דִּינְדַעְנוּ דְשׁוֹב יַעֲזִידוּ פַּעַם ב'.

וְכֵן הַתְּעוֹרְרוּ כְּמָה ת"ח לְהַשִּׁיג עָלֵי בְּזָה וְכֵן הַתְּעוֹרֵר עַל דְּבָרֵי בְּזָה בַּסַּפ' פְּתַחִי תְּשׁוּבָה עַל ח"מ אָף י"ל אָף דְּמְבוֹאֵר מִד' הַרְמַב"ם (פכ"א) מְעֲדוֹת דְּבְנַמְצָא אֶחָד מֵהֶן קָאו"פ נִפְסְלוּ כְּשֶׁהוֹזְמוּ וְעֶבְרוּ עַל ל"ת הִיָּינוּ הִיָּכָא דְלֹא יָדַעוּ הַב"ד מִן הַפְּסוּל וְגָמְרוּ הַדִּין אֲזַ עֶבְרוּ עַל לֹא תַעֲנָה פִּינּוּ דְרַצּוֹ לְחֲזִיבִי אוֹ לְפָטוֹר ע"י עֲדוּתָן אָבֵל הִיָּכָא דִיָּדַעוּ הַב"ד מִיָּד מִן הַפְּסוּל וְלֹא גָמְרוּ הַדִּין וְלֹא פָּעְלוּ בְּעֲדוּתָן שׁוּם דְּבָר י"ל דְלֹא עֶבְרוּ עַל ל"ת וְכ"כ אַמַּמ"ו ז"ל בְּחִידוּשֵׁי שְׁבַסוּף סַפֵּר דְבָרֵי מְשַׁפֵּט מִמַּר זְקַנֵי ז"ל (ס' ל"ו ס"ק ו') עֵי"ש

בנועם דבריו וא"כ פיון דלא עברו על ל"ת בעדותן של עכשיו מניחין לזה שישיב וול"ח שיבואו ויעידו לפסלו דנדאי לא יעברו על לא תענה: ויותר מזה מבואר מהא דמ"ס סנהדרין (דף ל') לרבנן דר"נ וסברו ע"א כי אתי לשבועה אחי ולא מצטרפינו לחייבו ממון ומשמע דאינו חייב רק שבועה ולא אמרינו דהוי מתוך שאיל"מ א"ו פיון דבעו שייעידו אח"כ מחדש כדי לפסלו לא איכפת לן בזה שהעידו מכפר ומניחין אותו לישבע.

ובהשמות שם רמותי לעיני באורים (סי' ל' ס"ק ח"י) דהביא משם הש"ג דאף לדין דמחייב ממון ע"י עדי צירוף ממנה בניסן ומנה באייר והמלנה תובע שנים אם יאמר המלנה דא"ר בצירופן של ב' העדים רק שישיבע להכחיש את שני ההלואות חייב הנתבע לישבע הרי דלא איכפת לן בזה שיפסלוהו אח"כ וביותר דבכה"ג י"ל דל"ב הגדה פעם שנית ורק עד עם בע"ד כשבאו לפסלו צריף הבע"ד להעיד מחדש ולא העד וכמבואר בג"ת (שער יו"ד ח"א) ואעפ"כ מניחין אותו לישבע וכן משמע מהא (דסי' ל"א ס"א) וישבע על השאך אף דנראה אם באו אח"כ אלו השני עדים להעיד עליו שישבע לשקר נאמנין לפסלו אפ"ה מניחין אותו לישבע ולא מחייבינו ליה לשלם ועיי"ש בתנאים ובנתיבות (סק"ג) מפל זה מוכח דאין להב"ד לחוש על העתיד לבא רק לדון כפי החיוב דהשת' ואם כן בעדות מיוחדת נמי אם לא הי' מועיל לחייבו ממון הנה יכול לישבע ולא איכפת לן במה שיפסלוהו אח"כ.

ועיין קצוה"ח (סי' ע"א ס"ק ה') דהביא דברי המל"מ (פ"ו) מטו"נ דעמד ע"ד המ"מ שם דכתב ראיה דבכ"מ דהחוקק פפרן א"צ התובע לישבע מדין דאם אומר הנתבע לא לוייתי והעדים אמרו דלנה ופרע דחייב לפרוע בלא שבועה דאם איתא דמלנה נשבע האיך מקבלין שבועתו נגד ב' עדים א"ו אינו נשבע והקשה שם המל"מ ממה דמצינו דנשבע אף נגד ב' עדים באם נתן הלנה למלנה נאמנות אף נגד תרי ומחלק בין ליטול דאין מקבלין שבועתו נגד עדים ולפטור מקבלין שבועתו נגד העדים וכתב הקצוה"ח ולא אדע ההפרש בין ליטול או לפטור ויש לומר דליטול פיון שצריף לישבע מקודם אין מניחין לו לישבע פיון דהעדים מעידין בפנינו דלשקר נשבע אבל לפטור פיון דעכשיו חייב לשלם דכבר האמין להמלנה נגד העדים ואח"כ כשתובע ממנו הלנה מניחין אותו לישבע דלא ידענו אם יעידו אח"כ מחדש שלשקר נשבע דלמא ישימו על לבם דהאמת הוא עם המלנה ואף דעכשיו כבר העידו בתורת עדות מ"מ אח"כ כשרוצים לפוסלו צריכין להעיד מחדש ודלמא לא יעידו אח"כ בתורת עדות ולא איכפת לן מה שיהיה אח"כ פיון דלא ברור לנו.

ומ"ש שם בקצוה"ח מה שמתרץ קושית הבעה"ת המובא בש"ף (סוף סי' פ"ב) בהא דמלנה אומר שלא נפרע כלום והלנה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפולו פרוע דנשבע הלנה וגובה מחצה מב"ח דלשתבע מלנה ולשקל פולה שטרא דאין מקבלין שבועתו נגד העדים דלדין העדים פשרים והדברים מבוארים פן ברמ"ה ב"ב פי"נ (סי' קכ"א) ויבואר אפ"ה לקמן בדיני טו"נ: שוב מצאתי בספר חמרא וחי מבעל כנה"ג ובסוף ג' דפס שיטה מקובצת וראיתי שם (דף ט') משם הרב המאירי ז"ל שכ' בג' עדים ונמצא א' מהם קאו"פ דנתבטל העדות דמ"מ משביעין אותו היסת וכ' ושמא תאמר היכן מצינו שבועה להכחיש שני עדי' פשרים טעם הדבר מפני שהעדים כמי שאינן ואם ש מתירא

שְׁמָא יִפְסְלוּהוּ וְיִחְזִיקוּהוּ בְּנִשְׁבַּע לְשֹׁקֵר יוֹצֵיא שְׁטֵר מִן הַב"ד שְׁפָף הִיָּה מַעֲשֵׂה וְאִין עֲדִים אֵלוּ נְאֻמָּנִים לְפָסְלוֹ פְּלָל עַכ"ל וּמְבֹאֵר דְּחֵיִב לִישְׁבַּעֲאוּלָם לֹא אָבִין דְּבָרֵינוּ אִם פְּנוּנְתוֹ עַל הַגְּדָה הָרֵאשׁוֹנָה דְּלֹא מִיִּפְסֵל דְּהַעֲדִים כְּמִי שְׁאִינֵן לְמָה צָרִיף שְׁטֵר מִן הַב"ד שְׁפָף הִיָּה מַעֲשֵׂה הָרֵי הַב"ד עֲכָשְׁיוּ יוֹדְעִין דְּנִתְבַּטַּל עֲדוּתָן וְע"כ פְּנוּנְתוֹ אִם מִתְיַירָא שְׁלֵא יִפְסְלוּהוּ אַח"כ דִּיעֲיֵדוּ מִחֲדָשׁ הֲנֵה תְּרֵי הַפְּשָׁרִים שְׁיִדְעוּ דְּזֵה הָאִישׁ נִשְׁבַּע לְשֹׁקֵר א"כ מָה מוֹעִיל בְּזֵה שְׁטֵר מַב"ד שְׁפָף הִיָּה הַמַּעֲשֵׂה הָא סוּף סוּף עֲכָשְׁיוּ יִגִּידוּ בְּתוֹרַת עֲדוּת מִחֲדָשׁ שְׁזֵה נִשְׁבַּע לְשֹׁקֵר וְכִמוּ שְׁהֵם פְּשָׁרִים לְכָל עֲדוּת שְׁבִתוּרָה לְמָה לֹא יִהְיוּ פְּשָׁרִים ע"ז שְׁנִשְׁבַּע לְשֹׁקֵר וְכִנְרָאָה דְּסִבְרָתוֹ פִּינוּ דְּנִתְבַּטַּל עֲדוּתָן אִז מִלְחֵיבּוּ מְמוֹן נִתְבַּטַּל לְכָל דְּבָר הַמְּסַתְּפָף מְזֵה וְשׁוֹב א"נ לְפָסְלוֹ פְּלָל בְּשִׁבִיל עֶסֶק זֵה וְאִינוּ דוֹמָה לְעַד וְע"ד דְּנְאֻמָּנִים אַח"כ לְפָסְלוֹ דְּבַעַל דְּבָר ל"ה אִז בְּגֵדָר עַד וְעֲדוּתוֹ שֶׁל הָעַד נִתְקַבַּל וְלֹא נִתְבַּטַּל רַק מְשׁוּם דַּל"ה רַק ע"א וְכַחוּ שֶׁל עַד א' לֹא נִתְבַּטַּל מִשְׁא"כ פְּשָׁהִיו שְׁנַיִם פְּשָׁרִים וְנִתְבַּטַּל עֲדוּתָן בְּשִׁבִיל הַשְּׁלִישִׁי שֶׁהִי מְחֻבָּר עִמָּהֶם וְשֶׁהוּא קֵאו"פ שׁוֹב לֹא מְקַבְּלִין מֵהֶם עֲדוּתָן פְּלָל בְּזֵה וְהַדְּבָרִים צ"ע עוֹד: ס' ז אִם הָעֵיד ע"א בַּדֵּא"ה בְּמִקּוֹם שְׁדִינְיָהֶם לְחֵיִב מְמוֹן מְבֹאֵר בְּש"ס ב"ק (נ"ד קי"ד) וּבִש"ע דְּמִשְׁמַתִּינֵן לִי וְדַקְדָּקוּ מְזֵה הַפּוֹסְקִים דְּאִינוּ חֵיִב לְשִׁלְמֵם דִּיכּוֹל לֹאמֵר אֶמֶת הַעֲדָתִי.

וּבַקְצוּה"ח (ס' כ"ח) כָּתַב דְּנִקָּא אִם הוּא עַד פְּשָׁר יְכוֹל לֹאמֵר אֶמֶת הַעֲדָתִי אָבֵל אִם הוּא קֵאו"פ דְּאִין עָלְיוּ שֵׁם עַד א"נ לֹאמֵר אֶמֶת הַעֲדָתִי וְכִמוּ אִם נוֹטֵל בְּזִרְעָה בְּפָנֵי עֲדִים חֲפָץ ש"ח וְנִתְנֵנוּ לְאַחַר דְּחֵיִב לְשִׁלְמֵם מָה שֶׁהִזִּיק וְל"מ לְמִימַר אֶמֶת שֶׁל חֲבִירוֹ הוּא פִּינוּ דַּל"ה לְמִיגוּ וְהִנֵּי גִזְלוֹן ה"נ בְּזֵה הו"ל דִּין מְסוּר בְּעֵלְמָא וְחֵיִב לְשִׁלְמֵם.

וְלֹא מִשְׁמַע פֶּן מִדְּבָרֵי הַמְּרָדְכִי ב"ק דְּכָתַב דְּתְרֵי קְרוּבִין ל"ח אֶלָּא פְּחַד עֵי"ש וּבִיש"ש (פ"י ס' כ"ג) דְּשָׁנֵי קְרוּבִי וְהוּא בְּמִקּוֹם שְׁמוּצִיאִין הַגּוֹזִים מְמוֹן עַפ"י קְרוּבִי מִשְׁמַתִּינֵן לְתַרְוּוּנְהוּ וּמִשְׁמַע אָף דְּהִיוּ מוּצִיאִין רַק ע"י שְׁנֵי עֲדִים דַּל"כ אִמְאֵי מִשְׁמַתִּינֵן לְהַשְׁנִי הָא לֹא גָרַם פְּלוּם דְּגַם בְּלֹא עֲדוּתוֹ ל"ה מוּצִיאֵן וְא"כ אִינוּ בְּגֵדָר עֲדוּת שְׁנִיָּהֶם בְּיַחַד פְּלָל עַפ"י דַּת הַתּוֹרָה וְאֵעַפ"כ א"ח לְשִׁלְמֵם.

וְכֵן בְּדְבָרֵי שְׁלִטֵי הַגְּבוּרִי ב"ק (פ"י) נִרְאָה דְּכָתַב גַּם פְּסוּל לְעֲדוּת פִּינוּ שְׁנִתְכַּוְּנוּן לְהִזִּיק חֲבִירוֹ הִנֵּי דוֹמָא דְּמְסוּר כו' וְאִם מְעִיד לוֹ עֲדוּת מִשְׁמַתִּינֵן לִי הָרֵי דְּהַנְּצָרָה לְהַשְׁמִיעֵנוּ דְּאָף פְּסוּל אֶסוּר לְהָעֵיד וּמִשְׁמַתִּינֵן לִי אָבֵל מ"מ א"ח לְשִׁלְמֵם.

וְע"כ הַטַּעַם אָף בְּעַד פְּשָׁר אָף דְּהִיוּ בְּגֵדָר עַד מ"מ כ"ז שְׁלֵא הָעֵיד בְּפָנֵי ב"ד בְּתוֹרַת עֲדוּת רַק בְּדִינְיָהֶם לֹא שֵׁם עַד פְּשָׁר עָלְיוּ וְאִין דְּנִין בְּדִינְיָי יִשְׁרָאֵל שׁוּם דְּבָר ע"י עֲדוּתוֹ דְּאִינוּ עוֹבֵר עַל ל"ת רַק פְּשָׁמְעִיד בְּפָנֵי ב"ד מִיִּשְׁרָאֵל.

וְא"כ אִמְאֵי יְכוֹל לֹאמֵר אֶמֶת הַעֲדָתִי נִימָא ג"כ דְּהִיוּ פְּתוּקָף חֲפָץ מִחֲבִירוֹ וְיִתְחַיִּיב לְשִׁלְמֵם. אוּלָם זֵה דְּנִקָּא בְּתוּקָף בְּיָדִים דְּגִזְלוֹן הוּא וְחֵיִב בְּהַשְׁבָּה וְא"נ לֹאמֵר דְּשֶׁל חֲבִירוֹ הוּא דְּגַם נַעֲשֵׂה בְּזֵה גִזְלוֹן וּפְסוּל לְעֲדוּת מְכָאן וְלִהָבֵא פִּינוּ דְּאִינוּ דְּנִין עַל הַחֲפָץ וְחִזְקָה פֶּל מָה שְׁבִיַּד אָדָם הוּא שְׁלוֹ חִזְקָה אֵלִימָתָא הוּא וְגִזְלוֹן הִנֵּי הַחוּטָף אָבֵל כְּשִׁאִינוּ עוֹשֵׂה מַעֲשֵׂה בְּגוּף הַדְּבָר רַק שְׁמַעֲיֵד שְׁחֵיִב לְחֲבִירוֹ אוּ אָף שְׁהַחֲפָץ שְׁבִיַּדוֹ דְּשֶׁל חֲבִירוֹ הוּא אוּ דְּשֶׁל גוֹי הוּא בְּזֵה יְכוֹל לֹאמֵר לֹא עֲשִׂיתִי מְאוּמָה רַק הַנְּדָתִי הָאֶמֶת וְאִינוּ חֵיִב לְשִׁלְמֵם: וְאָף בְּתוּקָף מִחֲבִירוֹ וּמְסָר בִּיד אַחַר דְּפִשְׁיָטָא לִי לְקַצוּה"ח דְּחֵיִב לְשִׁלְמֵם אָף אִם אָמַר מִיַּד דְּשֶׁל חֲבִירוֹ

הוא יש מקום לומר למה דכ' רשפ"א בתשובה מובא באורים (סי' ע"ב ס"ק פ"ז) דאף דבבא לידו בתורת פקדון ואיפא עדי פקדון וראיה דא"נ לומר לקוח פיון דיש למערר חזקת מר"ק ומוציאין מיד הפונחוק מ"מ אם נאבד הכלי ואינו בעין ואין אנו דנין רק על הממון לחייב המחזיק לשלם אולינו בטר חזקת ממון ואינו חייב לשלם עיי"ש א"כ ה"נ דכונתו אף אם אנו דנין על החפץ אמרינו חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ לא מפסל עי"ז דמסייעו חזקת פשרות ועיין ב"י (סי' ל"ד) בשם הר"י בן הרא"ש ביש שטר ביד המלוה והלוה נשבע לפרוע ביום פלוני אף דהלוה אינו נאמן לומר פרעתי מטעם חזקה דשטר ביד מה בעי מ"מ אינו נפסל לעדות דכול להיות דפרע וה"נ דכונתו ואף דאם חוטף בעצמו ואומר שלי הוא נראה מדברי הראשונים מס' ב"מ (דף ו') ובסוגי' דנסכי דר"א דהוי גזלן ממש ומיפסל וע' מ"ש נתי' המשפט (סי' צ"א ס"ק ג') מ"מ היינו פיון שתופס לעצמו ובעיני העדים נראה לגזלן ממש פיון דאז אנו דנין על החפץ והוי כגזלן ממש ומיפסל אבל באומר של פלוני הוא אף דאם דנין על החפץ ודאי מוציאין מן חבירו וממילא אם אי אפשר להוציא מן חבירו הוי זה כגזלן מ"מ עדיין צריך ראי' אם מוציאין ממון מזה מטעם מזיק.

ואף אם מוציאין [ולקמן בדיני הלואה יבואר אפי"ה דיש חולקי' על הרשפ"א בזה] מ"מ זה דוקא בעשה בידים אבל לא במעיד עדות יכול לומר אמת העדתי דאינו מזיק ממש רק גורם בזה דאין מוציאין ממנו רק היכא דברור לנו שגורם לחבירו ולא מספק ובאמת בש"מ ב"ק שם מביא דעת הר"מ מסרקוסטה דחייב לשלומי אם משתבע האיד בב"ד ישראל דבשיקרא אסיהד עליה פדין כל בע"ד המכחיש ע"א משום דכמסור דמי וקיי"ל דמסור היכא דידע בסהדי כמה מסר דמחייב לשלומי ה"נ ל"ש עיי"ש אולם דעת כל הראשונים וכן הסכים היש"ש דפטור וא"כ אין לחלק בין אם הי' העד אחד פשר או פסול: ובנתיבות כתב דאם רוצה להשביעו להעד וטוען עליו ששקר העיד והזיקו דא"י להשביעו כמו שאינו יכול להשביע כל ב' עדים או ע"א במקום שמשלם ע"פ ה"נ יכול לומר אמת העדתי ול"ה יכול להשביע וא"ל דישבע עכשיו דלא מצינו נשבע ונוטל ומדברי ש"מ הנז' ל"מ פן דזה ל"ה בגדר נשבע ונוטל ואף דקיי"ל דאינו חייב לשלם מ"מ למה לא יהי' יכול להשביע להעד כמו על טענות אחרות וא"ד לשאר עדים שהעידו בתורת עדות והאמינתו התורה ואמרה עפ"י שני עדים יקום דבר או אף ע"א במקום דהאמינתו התורה או חכז"ל ומקיימינו הדבר לדבר ברור שוב א"י להשביעם וכבר פתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני העו"ש (סי' ה') והבאתי סמך לזה מתשובת ריב"ש (סי' מ"ב) מובא במל"מ (פ"ד) מנחלות דכיון שהאמינתו תורה להאב שאינו בנו וא"ח ליטפל בו וגם אין פאן שבועות היסת שאם היינו מחייבין אותו הנה כשאר כופר הפל ובמל"מ שם הקשה ע"ז הא כופר בכל ג"כ התורה האמינתו ואפ"ה חכמים חייבוהו שבועת היסת ה"נ אף שהאמינתו תורה אי איפא דררא דממונא לישתבע היסת ורמזתי שם בקיצור שיש ליישב להמעין.

והפוננה דא"ד לשאר כופר בכל דבאמת יכול להיות שחייב רק התורה לא מסרה הדבר לב"ד שישטפלו שיברר הדבר ע"י שבועה כמו דהטילה התורה החיוב על מוב"מ ומכחיש ע"א שבאנו לבית הספק וגזרה התורה לברר ע"י חיוב שבועה ובכופר הפל לא הטילה החיוב לברר אבל באמת יכול להיות דחייב דאין אדם תובע אא"כ יש לו לכן הטילו

חז"ל לתיקון העולם לחייבו שבוע' אבל במקום דלא יש לנו שום ספק ואדרבא התורה גזרה לומר שפאנו לידי בירור במה שהאב אומר אין זה בני ונאמן מטעם בירור הדב' ולא יש לנו שום ספק באיזה צד יחייבו חז"ל שבועה להכחיש דאף בשבועה לא נבא לידי בירור יותר מאשר פאנו עכשיו פינן דהתור' האמינתו מצד בירור הדבר.

וכן נמי להשביע שני עדים שהעידו בתור' עדות או אף ע"א במקום דמוציאין ממון עפ"י דמטעם בירור הוא ולא יש לנו שום ספק בדבר דכף גזרה התורה להאמין לכל מה שיעידו עדים בתורת עדות בפני ב"ד דלא יעברו על ל"ת ומוציאין ממון והורגין נפש עי"ז פיצד יהיה עוד לנו ספק להשביעם אח"כ מצד דררא דממונא.

ואולם זה א"ש היכא דהעידו בתורת עדות ומקיימין הדבר אבל במעיד בדא"ה דלאו תורת עדות עליו וזה תובע אותו שמסור אותו ושל"ה חייב להגוי למה לא יתחייב שבועת ה'סת פכל פופר הפל דעלמא וכתובע לחבירו גזלתני אף דלא יש לנו בזה שום ספק ובחזקת פשרות הוא וכשר לעדות מ"מ חייבוהו חכמים לבקר הדבר ע"י שבועה פן נמי בנד"ד ועיין ספר יראים (סי' רמ"ג) שכ' בלאו דלא תענה ברעיה כ' ובמעיד בב"ד במקום שאינו יכול לחזור ולהגיד הפתוב מדבר וילמוד סתום מן המפורש דכתיב גבי שמיעת קול אלה אם לא יגיד ואמרין לא אמרתי אלא במקום שאלו מגיד זה מתחייב זה ממון מבואר דאינו עובר על לאו דל"ת רק במעיד בפני ב"ד מישראל הפשר וא"כ פינן דלא הגיד בת"ע הוי כתובע גזלתני.

ואף גם בה' דיני דריב"ש חולק עליו שפנגדו התשב"ץ ח"ד סי' י"ט) וסובר שחייב ה'סת בטענות פרי אעפ"י שהתורה האמינתו ועיין ס' בית מאיר (סי' ד' סכ"ו) דהסקים ע"י וא"כ י"ל אף לעד' יכול להשביעם אח"כ וגם י"ל אף לדעת הריב"ש היינו לענין אין זה בני דהתורה האמינתו להאב מטעם בירור דלקצת פוסקים י"ל דאב נאמן אף להכחיש עדים כמו"ש במ"א וכן יש להוכיח מדעת ריב"ש דאב נאמן לומר קדשתי את בתי אף נגד עדים פמו שהבאתי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ז) חזינן לדעתו דנאמנות האב אלם יותר מעדים לכן גם באומר אין זה בני פינן דמצד בירור נאמן ל"ש לחייבו תו שבועה משא"כ העדת עדים דלאו בירור גמור הוא רק חק התורה לדון עפ"י עדותן י"ל דאינו מקרר הדבר שלא לחייב אותם אח"כ שבועה וכבר הבאתי שם בד"ח דעת ההפלאה ז"ל דפשיטא לי דחייבי' עדים אח"כ שבועה אם תובע אותם בפרי ששקר העידו עיי"ש וא"כ היכא דלא העידו בתורת עדות ודאי הברור ד יכול להשביעם אח"כ ה'סת דהפסידוהו ממון במה שהעיד לפניהם לחייבו שלא פדין וז"ב.

ואף אם חייב תשלומין מצד גרמי ל"ה לכמה פוסקים רק מדרבנן הא מוכח מכמה דוכתי דאף על חייב דרבנן תיקנו לחייבו להכופר הפל שישבע ה'סת ועיין מ"ש לעיל דיני דינינים (סי' ז') בסופו.

ומ"ש עוד הנתיבות דכין אם הי' מעיד בפני ב"ד שפישראל היה חייב לישבע ש"ד להכחישו א"כ לא מיקרי מזיק ממון אלא גורם לממון דמי יימר דמשתבע כמו"ש הש"ך (סי' כ"ב ס"ק ד') אבל קאו"פ ודאי ד יכול להשביעו ואפשר דחייב לשלם כמו"ש הקצוה"ח עיי"ש גם בזה דבריו תמוהין מפמה צדדים חדא לא אדע מה מקום שבועה בתובע נכרי לישראל הא מבואר (סי' צ"ה) דאף מוב"מ ונגד ע"א אינו נשבע נגד נכרי



דמנפי יתן איש אל רעהו ממעיטנו נכרי ואף מוב"מ וכן נמי אף להכחיש ע"א אף דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה מ"מ לגבי נכרי א"ח כמבואר ברמב"ם ובטור שם ובש"ג שם כ' ג"כ דאף דהי' חייב בד"י שבועה מ"מ הי' יכול לאשתמיט ולמפטר או להתפשר בדבר מועט ועיין בב"ח ואיני מבין הא בד"י ליפא שבועה.

ועוד אף אם הי' חייב שבועה היינו אם הי' מעיד בפני ב"ד ישראל דאז תורת עד פשר עליו ואם מעיד שקר עובר על לא תענה הי' נאמן לחייבו שבועה אבל לא פשהעיד לפניהם דכמו דלא מחייבנו שבועה רק ע"י עד פשר כמבואר ברמב"ם הל' עדות פן נמי לא מחייבנו אף ע"י עד פשר רק במעיד בתור' עדות ובפני ב"ד ישראל וכ"ז שלא העיד בפני ב"ד אין עליו תורת עדות וא"כ זה תובע אותו בבירור שהפסידו ממון שלא פדין פינו דלפי דבריו שהעיד בפני גוים שקר ל"ה מעיד בפני ב"ד של ישראל בתורת עדות ול"ה חייב שבועה.

וגם מה שהביא מדברי ש"ף (סי' כ"ב) א"ד דשם אין העד מחייבו שבועה פינו דל"ב לחייבו ממון רק גורם לממון באם ישבע שפגדו לכה אינו מחייבו שבועה מה שא"כ בנד"ד זה תובע ממון גמור שהזיקו הגע עצמה אם יש ביד אחד שטר על חבירו והלנה טוען פרעתי דא"נ ואם הנה טוען השבע לי שלא פרעתי חייב לי שבע האם נאמר אם בא אחד ושרף השטר שלא יהיה חייב לשלם דמי יימר דמשתבע ועיין בקצוה"ח (סי' ר"צ ס"ק ד') ובמ"ש שם בשער משפט באורה ואף אם נאמר דמזיק פטור בכה"ג היינו שם הוי נשבע ונוטל ממש אם ישבע עכשיו אבל בנד"ד פינו דלפי דבריו ששקר העיד ורוצה לעשות כמו שהיה הדין אם העיד בפני ב"ד הוי פהדר דיני דיני ישראל ונשבע ויהי' חייב לשלם וכמ"ש הש"מ רק דדעת הפוסקים פינו דאין ההיזק ברור פטור ולא מחייבנו ליה לשלם אבל להשביע היסת ודאי דיכול להשביעו ובפרט למ"ש דבד"י אם הנה מעיד ל"ה שום חיוב שבועה נגד הגוי וז"פ: וראיתי בתנאים שחקר דאם יש ביד ישראל ש"ח על גוי והעיד שפרע לפטרו דבזה לא משמתינו ליה דיכול לומר דהעיד למונעו מגזל גוי דאסור.

ובתשובת מהרי"ט צאהלן (סי' ק"ב) מבואר דאף בכה"ג משמתינו לי' פינו דנאמן נגד העד בשבוע' הי' לו להניחו עיי"ש. ובאמת לא אדע הא בד"י הנה הישראל נאמן אף בלא שבועה דשבועת ע"א על שטר שהוא פרוע הוא רק מדרבנן להפיס דעתו של בעה"ב ותקנתא לנכרי לא עבדינו ועיין ח"מ (סי' קמ"ט וא"כ פיצד יהי' נאמן לומר שאמת העיד בקמה דאף שבועה ל"ה יכול לחייבו בדיני ישראל ואף אם צועק שהנה רוצה למונעו מגזל אינו רשאי להעיד מה שאינו יכול לברר לפנינו שהדין עם הנכרי ובנדאי משמתינו לי' ועיין עוד בדבריו (ס"ק י') שהקשה פשיטא אם הם פסקו שישבע להכחיש העד מה הזיקו עיי"ש ולמ"ש לעיל אתי שפיר פינו דבדיני ישראל ל"ה חייב שבועה דאין נשבעין על נכסי עכו"ם ועיקר השמטא הוא על מה דעשה שלא פהוגן הי' ס"ד דגם בזה פינו דעשה שלא פהוגן להשביעו מה שאינו חייב בדיני ישראל דבשבביל זה משמתינו לי' ג"כ קמ"ל פינו דלא הפסידו פלום רק שישבע לא משמתינו ליה וזה פשוט: סי' ח פתב הרמב"ם (פ"א) מעדות העד מצוה להעיד בב"ד בקל עדות שיודע כו' והוא שיתבענו להעיד בד"מ שנאמר והוא עד כו' אם לא יגיד ונשא עונו וכתב בכ"מ דדקדק רבינו

להעיד בב"ד דדוקא בב"ד הוא שחייב להעיד ואם אמר א"י שוב א"י להעיד אבל חוץ לב"ד אין לחוש פניו שיכול להעיד כ"כ תוס' ב"ק ר"פ הפונס א"נ מדכתוב אם לא יגיד במקום שאם הי' מגיד הי' מחייב ממון אבל חוץ לב"ד ל"ה מחייב ממון.

מבואר מדבריו דלמד בד' תוס' היינו פשתובע אותו שיעיד בפני ב"ד ג"כ עובר באם לא יגיד באם אינו רוצה לבא ולהעיד ומה דכ' תוס' דוקא בב"ד היינו שתובע אותו לבא לב"ד ולהעיד ואם יאמרו בב"ד אין אנו יודעין שוב א"י להעיד דכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד והיינו אם לא יגיד דקרא היינו שתובע אותו להעיד בב"ד דאז מה שיאמר שוב א"ח ומגיד בזה אף שלא יגיד כלל ואינו רוצה להגיד עובר באם לא יגיד אבל חוץ לב"ד אין לחוש היינו שתובע אותו שיעיד לו חוץ לב"ד בזה ליפא שום חיוב וע"ז כ' תוס' הטעם שיכול לחזור ולהעיד והכ"מ הוסיף בטעמ' דקרא קפיד על מקום שמועיל ההגדה.

אבל אם נאמר פשתובע אותו שיבא לב"ד ויגיד פשאינו רוצה לילך בזה ליפא איסור דאם לא יגיד נ"מ טובא בין דברי תוס' לדברי הכ"מ והב"י דתוס' פתבו הטעם דאין לחוש שיכול לחזור ולהעיד א"כ אם תרי מעידים על פלוני שחייב לפלוני ורוצים לחייבו ותובע לשנים שיודעים להכחישם ושיבאו לב"ד ויכחישו הראשונים אם אינם מעידים שוב פשיוציאו הב"ד ממון ע"י עדים הראשונים לא יועילו בהכחשתם אח"כ אף אם יעידו בב"ד דהני כתו"ת ואין מוציאין א"כ הי' חייבים לילך מיד ולהעיד ולטעמא דהב"י דדוקא במקום שהי' מגיד הנה מועיל היינו דוקא אם עומד בפני ב"ד וא"ר להעיד אבל כ"ז שלא באו בפני ב"ד אינו עובר גם בנגידון זה אין לחוש ועיין מ"ש אאזמ"ו ו"ל בזה בד"מ (סי' כ"ח סק"ב) ממה נהא נ"מ גדולה לדינא ול"ה לי' לב"י לסתום א"ו דסובר בדעת תוס' דכוננתם רק על עיקר הגדה אם תובע להגיד חוץ לב"ד ע"ז אין לחוש ונתוס' פתבו הטעם פניו שיכול לחזור ולהעיד והיינו אף היכא דיש נ"מ להתובע מ"מ פניו שהוא במקום שיכול לחזור ולהעיד אין לחוש בזה וע"ז הוסיף הב"י הטעם דאם לא יגיד פתיב במקום שאם הי' מגיד הי' מועיל ההגדה ולא בחוץ לב"ד אבל אם תובע אותו שיבא לב"ד ולהעיד חייב מיד לילך ואם אינו הולך עובר על אם לא יגיד: וכן נראה מסברא דאל"כ איזה שיעור תתן לו שילך ואם זה רוצה שיעיד זכותו יאמר שאין לחוש כ"ז שיכול לחזור ולהעיד וזה יפסיד לעולם וכן מבואר להדיא בתשובת ראנ"ח (ח"ב סי' ל"ג) מובא בכנה"ג דאף אם הוא במקום שאין שם ב"ד חייב לשלוח דבריו בכתב למקו' אחר בפני ב"ד ואם מונע וא"ר עובר על אם לא יגיד עי"ש.

וכן נראה מדברי אגודה ב"ק שם שכל דבריו הם דברי תוס' וכתב וז"ל ודוקא בב"ד אבל בלא ב"ד אינו חייב להעיד לו ואם אמר א"י שלא בפני ב"ד יכול לחזור ולהעיד עכ"ל הרי דלמד ג"כ בכוננת תוס' דלהעיד אינו חייב אם הוא חוץ לב"ד אבל אם תובע לו שיבא לב"ד ויעיד בפני ב"ד אם מונע עובר על אם לא יגיד.

וכן מבואר מדברי שו"ת כנה"ג יו"ד (סי' של"ד) ונהרב חק"ל ו"ל השיג עליו בחנם: אולם מדברי מהרש"ל בח"ש ב"ק שם מבואר דהבין מדברי תוס' דכוננתם במ"ש ודוקא בפני ב"ד היינו אם תובע אותם בפני ב"ד שיעידו ואומרים אין אנו יודעין אבל אם תובע אותם חוץ לב"ד שיבאו ויגידו בפני ב"ד ליפא שום איסור ומה"ט מחק בפ"ס שם דהי' פתוב מהו דתימא מי יימר דכי הוי אתינא משהדני ליה הוי מודה כו' מחק תיבת אתינא

פינון דע"כ אייגרי דעמד בפני ב"ד עיי"ש וכן פנים ש"ש שם פתב ג"כ דדוקא שיקיו שואלים אותם בב"ד עיי"ש.

ותמהני איך יעלה עה"ד דלא יהי' שום חיוב הגדה על העדים רק דוקא אם עומדים פבר בפני ב"ד ושואל מהם שייעידו וכ"ז שלא יבאו לפני ב"ד אף אם ימנעו מלבא לא יעשו שום איסור ולא יעברו על אם לא יגיד.

וגם לא יהי' שום חיוב עליו אף מצד השבת אבידה שע"ז יאמרו תוס' שאין לחוש שיכול לחזור ולהעיד דאיזה זמן יתנו לו א"ו הפוננה דוקא על הגדה חוץ לב"ד וכמו שהוכחתי וכדעת הראנ"ח: וכן משמע מפשטא דמתניתין שבועות (דף כ"ט) אומר לעדים בואו והעידוני שבועה שלא נעידך נשבע לבטל את המצוה ואמאי היא לאו בבירור ביטול מצוה הוא אם נאמר דהמצוה חל עלי' רק כשעומד בפני ב"ד ולא שיהי' מחויב לילך לפני הב"ד א"כ לא ילך.

ואף דרמב"ם (פ"ה הט"ו) משבועות כ' גם אם נשבע שלא אעיד לך אם אדע לך עדות דג"כ לוקה משום שבועת שוא שאין בידו שלא ידע עדות היינו פינון דאין בידו הוי כנשבע לבטל אבל שלא יבוא בפני ב"ד זה בידו א"ו דהוי ביטול מצוה דחייב שיבא לפני ב"ד ולהעיד.

ואף דרמב"ם (בפ"א) כ' אם נשבע שלא יתעטף בציצית הוי ג"כ שבועת שוא אף דיקול לקיים אם לא ילפוש בגד עם ד' פנפות. פבר כ' הלח"מ (בפ"ה) דהפוננה שנשבע שלא ישים ציצית בגד שהוא חייב אבל אין פוננתו שלא ישים הפגד אשר בו ציצית עליו ולשון להתעטף ר"ל שנשבע שישים עליו בגד בלא ציצית עיי"ש וזה א"ש שם אבל אם נשבע שלא אעיד לך אם אדע לך עדות דחוק גדול לומר שהפוננה הוא אם ישאל אותו בפני ב"ד דוקא ובנדאי הפוננה ג"כ שלא ילך לפני ב"ד להעיד ואמאי אינו חל א"ו דגם זה הוי בכלל נשבע לבטל את המצוה דאזהרת אם לא יגיד נאמר גם ע"ז שילך אם יתבענו יעיד בפני ב"ד: ואפשר דדעת מהר"ש"ל דהפוננה הוא בשבועתו דוקא על חיוב היינו באם יהי' מחויב להעיד ע"ז נשבע דאל"כ הוא אינו חייב להעיד רק אם יתבענו כמו"ש רמב"ם א"כ נימא דחל עליו עכ"פ שלא יעיד בפני ב"ד אם לא יתבענו הבע"ד ואז אינו באיסור אם לא יגיד ונימא דחל ג"כ אף אם יתבענו בכולל.

א"ו כמו אם נשבע שלא יאכל מצה בליל פסח דהוי שבועת שוא ול"א דכולל בשבועתו ג"כ מצה עשירה וכן בנשבע שלא ישב בצל סוכה דחייב ול"ה פולל סוכה פסולה וכתב הרמב"ם הטעם דהפוננה הי' רק על מצות וסוכת מצוה.

וביותר פתבתי במ"א לדעת הפוסקים דהיכא דמתפנין במצוה שלא לצאת אינו יוצא לכ"ע אף אם מצות אינו צריכות פוננה מ"מ הפוננה שלא לצאת גרע א"כ נימא פינון דחל השבועה שלא יאכל אף מצה הראוי' לצאת בה בפוננה שלא לצאת יחול ג"כ בכולל אף אם מתפנין לצאת.

וע"כ צריך לומר דפוננת השבועה הי' רק על מצנת מצוה ואכילה הראוי' לצאת בה ועיין מהרי"ט בתשוב'ו. וא"כ פן נמי בנשבע שלא יעיד לו הפוננה הי' על עדו' שחייב בו להעיד היינו כשיתבענו להעיד וכן נמי אם נאמר דרק כשעומד בב"ד וא"ר להעיד אז

עובר על אם לא יגיד דבר אף על עליו החיוב ע"כ ה"ל פנונת שבוועתו רק ע"ז לכה הוי שבוועות שוא.

וכן נמי יש אופן שחל עליו השבוועה באם הוא שלא בפני בע"ד דאינו חייב להעיד ואם ירצה הב"ד לקבלו בדיעבד לדעת כמה פוסקים מהני עדותו ומ"מ אינו מצוה ע"ז ואינו עובר על אם לא יגיד אם כובש עדותו ואף דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא רק מדרבנן בממון מ"מ נראה אף אם בדיעבד מהני עדותו מ"מ פיון דחכז"ל אמרו דלכתחילה צריף להיות בפני בע"ד אם העד אינו רוצה להעיד אינו עובר על הלאו דאם לא יגיד אף מה"ת הואיל דליפא חיובא עליו מדרבנן וא"כ יחול בכולל ומכ"ז מוכרת לומר דעיקר השבוועה ה"ל רק על חיוב הגדת עדותו במקום שחייב ול"ק מזה על המרש"ל.

אף מ"מ מראיות האחרות שפכתתי נראה פדעת הראנ"ח ז"ל. וכמו"ש דאיסור אם לא יגיד הוא אם אינו רוצה לילה לב"ד.

ועוד ראה דאם נאמר דאינו עובר רק אם עומד בפני ב"ד ואינו רוצה להעיד יקשה למה צריף להא דאם לא יגיד הא בלא"ה חייב להעיד מטעם השבת אבידה וכבר חייבתו התורה מפל אבידת אחיף וכל מוני מצות מונין לעשה זו דחייב להעיד בב"ד זכות חבירו וא"ל דחייבתו התורה להעיד אף במקום הפסד ממון ז"א דודאי א"ח שיפסיד בזה ממוןו ושכר בעיניה מותר לקבל ואף דרמב"ם במגן לאוין (סי' רצ"א) פתב בלאו דלא תעמוד על דם רעיף דברי הספרי דאם יודע לו עדות אינו רשאי לשנות דקאי גם על ממון אם רואה ממון חבירו אבד ויכול להחזירו אליו באמרו אמת תכללהו ג"כ זאת האזהרה ע"כ צ"ל ג"כ דהוי רק דרף אסמכתא דהא מבואר בש"ס סנהדרין (דף ע"ג) דקרא דלא תעמוד אתי לחייב למיטרח ומיגר ועיי"ש ברש"י לא תעמוד על עצמה משמע אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעיף ועל אבידת ממון א"ח למיטרח ומיגר.

ואם נאמר דאינו עובר על אם לא יגיד רק פשעומד בפני ב"ד א"כ ל"צ קרא רק מטעם אבידה חייב בהשבה ועיין נתיבות דאף אם קבל קרובים דאינם עובדים על אם לא יגיד מ"מ חייבין מטעם השבת אבידה וא"כ פל עדים פשרים ג"כ חייבים מטעם השבת אבידה ול"צ קרא אם לא יגיד א"ו דלולי הקרא ל"ה מחויב לילה לפני ב"ד ולאטרוחי והוסף קרא אם תובע אותו שילה לפני ב"ד אף דמטעם השבת אבידה ליפא מ"מ חייב לילה ולהעיד ואם אינו הולף עובר בעשה דאם לא יגיד: והנה לכאורה קשה על הרמב"ם הלכות שבוועות הנ"ל דנקט באחד שנשבע ובמשנה נקט אמר לעדים משום דכפי המבואר בש"ס ב"ק בחד אינו עובר על אם לא יגיד א"כ חל השבווע' ע"ז דלא עדיף מנשבע שלא לאכול חצי שיעור דהשבוועה חל הואיל דל"ה דבר המפורש בתורה.

כן נמי בע"א לחייב שבוועה דאינו מפורש דעובר על אם לא יגיד חל עליו השבוועה וכ"כ בתנאים (ס"ק א') בפשיטות דחל השבוועה ע"ז א"כ יקשה על הרמב"ם דנקט על ע"א ואף אם נאמר דהשבוועה ה"ל גם על עדות המועיל והחיוב מה"ת פגון במקום דהוי מתשאל"מ דבזה עובר מדאורייתא על אם לא יגיד וכמבואר ברשפ"א ב"ק שם.

מ"מ הא השבועה הי' גם על עדות שחייב בד"ש אם לא יגיד דהיינו לחייב שבועה וא"כ פיון דע"ז חל נימא דחול בכולל על כל עדות שיודע אף על חיוב דאוריית' נענין כ"מ (פ"א) הלכות עדות דכתב בדעת רמב"ם דחד אינו עובר על אם לא יגיד במקום דא"ח ממון רק שבועה יקשה אמאי הוי שבועות שוא פשוט שבע שלא יעיד.

שוב ראיתי בחק"ל דעמד ע"ז ורצה להוכיח דדעת הרמב"ם דלא פפשטת הש"ס ב"ק דחד א"ח להעד רק מדרבנן וכמו שפירש שם הרשב"א רק דאשמועינן דגם חד חייב מדאורייתא וקאי באם לא יגיד אולם לדעתי אין זה הוכחה דהא בלא"ה משפחת כמה אנפי אשר אינו מחויב להגיד אם נאמר דגם בממון מדאורייתא אין מקבלין עדים אלא בפני בע"ד והיא דעדים חולים או רוצים ללקח למדה"י וכדומה במקום אונס דמקבלי הוא מטעם הפקר ב"ד א"כ מדאורייתא באופן זה אינו עובר באם לא יגיד וכל ע"ז השבועה א"כ יחול בכולל אף שלא יעיד בפני בע"ד וכן אף להסוברים דבד"מ מדאורייתא ל"ב שיעידו בפני בעל דבר מ"מ פיון דחכז"ל תיקנו שלא יגיד אלא בפני בע"ד אינו מן שבע ועומד ע"ז שיעיד שלא בפני בע"ד ומ"מ אם העיד והב"ד דנו ע"פ עדותן מהני ובכ"ז אינו מחויב להעיד וא"כ על אופנים האלה חל השבועה ול"ה שבועות שוא וממילא יקשה גם המתניתין דקאי על שני עדים אמאי אינו חל בכולל א"ו ע"כ דאירי באופן דנשבע דוקא היכא דמצוה להעיד מדאורייתא וכן אף בע"א במקום דמחייב ממון דחייב מדאורייתא להעיד וקאי באם לא יגיד פמבואר ש"מ ב"ק וע"ז סובב הולך פוננת הרמב"ם אכל לעולם י"ל דע"א במקום דאינו חייב ממון רק שבועה דאינו קאי מדאורייתא באם לא יגיד: ויש להעיר אם נאמר דעיקר מצוה וחייב להעיד הוא דוקא פשיטבענו הא דמבואר יו"ד (סי' רכ"א ס"ד) במנדר הנאה דיכול להעיד לו עדות בין עדות ממון בין נפשות למ"ש שם לאסור לומר לו שילמד עמו דעושה שליחותו א"כ איך יכול להעיד לו הא אינו חל עליו החיוב עד שיתבענו ואז עושה שליחותו ולמ"ש הש"ך שם (ס"ק ל') בתירוצ השני דאירי שרוצה להיות עד לראות המעשה פדי להעיד וקמ"ל דליכא בזה משום הנאה א"ש דזה עושה אף שלא בשליחותו ואף באינו תובעו אכל לתירוצ הראשון בש"ך שם משמע דהטעם הוא רק משום מצוה קשה הא א"ח עד שיתבענו וא"כ עושה שליחותו ויש ליישב פמוכן.

וענין תומים דחולק על הראנ"ח וסובר היכא דתובע לחבירו וכופר ויש לו ע"א לחייבו שבועת התורה אף דגם בלא עד חייב הדיסט מ"מ לא יעזז להכחיש העד ולא יכפור דיכול אח"כ לפסלו לכה חייב להעיד.

וראיתי גדולה מזה בחות יאיר (סי' ר"ח) דכתב אפילו מקמי דתיקון ר"ג הדיסט אם טען הנתבע פרעתי ומשביעו ע"א שראה שפרע לו חייב להעיד ויש לו תועלת שלא יחשיבוהו לגזלן עכ"ד והדברים צריכין ראיה דלא מצינו שיהי' זה מקרי תועלת בעדותו פיון דבלאו עדותו פטור ולא מצינו שיתחייב זה להעידו בשביל שלא יחשיבוהו לגזלן וצ"ע: והיא דיש אנשים רבים שראו עדות אחד ותבע התובע שילכו פולם לב"ד להעיד כתב בשו"ר כנה"ג יו"ד (סי' של"ד) פל שהלכו שנים מהם הנשוארים אינן בלא יגיד ואם לא הועיל עדותן חייבים הנשוארים ללקח שנים שנים.

ובס' חק"ל כתב ותמהני ששנינו ה'יה שני פתות עדים פ'רה ראשונה ואח"כ פ'רה השניה שניהם חייבין ומוקי בש"ס פגון שהיו קרובין בנשותיהן דבלא"ה ליתניהו הראשונים באם לא יגיד וא"כ א"נ פ'רו הראשונים בב"ד אינן בלא יגיד שאפשר להתקיים בב' הנשואים ולא הפסידו פ'ום עכ"ד ולא אדע מה פ'א להשיג על הכנה"ג הא לא פ'תוב לדון על הראשונים אם ע'רו או לא רק דן על הנותרים דאינן עוברים פינן שהלכו שנים ול'ה ילכו על מ'גן ואח"כ אם לא הועילו כ' דחייבים.

ובנדאי החיוב והמצנה חל על פ'ולם להעיד דאל"כ פ' אחת ידחו רק אם הלכו שנים ללא צורך שילכו הנשואים. גם י"ל דאם השנים פ'רו ע'רו אף אם יש עוד שנים דאל"כ ידחו תמיד כ"א ומתניתין איירי רק אם תבע לכת אחת וכ'רו בזה פ'רה הש"ס אמאי חייבין הא קיימי שניה אכל אם תבע לכולם ביחד י"ל דע'רו אלו שהלכו וכ'רו אף דנשואו שנים וכן משמע מלשון רמב"ם הלכות שבועות (פ"י הט"ו) שכתב וז"ל השביע ב' פתי עדים ושתי'הו ראיות להעיד וכ'רה פ'ת הראשונה כו' פטורים משבועת עדות מפני שהן סומכין על עדות שניה כו' דקדק וכתב השביע שני פתי עדים היינו שתבע לכל פ'ת בפ"ע לכה פטורין אכל אם תבע לכולם בפ"א י"ל דכל פ'ת שתובע חייבין דאל"כ כ"א ידחה על חבירו ואף דנראה בפשיטות דגם בכה"ג פטורין דל"ה רק פפירת דברים פינן דיש עוד פ'ת אחת וא"ח בק"ש מ"מ קאי בחיוב דואם לא יגיד ובכלל נשיאת עון אף בלא שבועה וא"ד לדבר הגול"מ פמובן.

וגם הא יש פ'ה אנפי דא"ח ק"ש פגון קרקע וכדומה ובחיוב להעיד קאי וגם בלא"ה דעת פ'ה ראשונים שם דלדין דפסקינן הכופר במזון שיש עליו עדים חייב פמו כן חייבין הפ'ת הראשונה בק"ש אף דקיימא שניה יע"ש בלח"מ מ"ש בדעת רמב"ם א"כ נדאי קאי פ'ת וכת באם לא יגיד וזה פשוט: סי' ט פתיב עפ"י שני עדים יקום דבר דרשו חכז"ל מפי'הם ולא מפי' פתבם.

נדעת ר"ת דוקא אלם דאינו ראוי להעיד בפיו אכל ביכול להעיד בפיו יכול להעיד מתוך הפ'ת ודעת הרמ"א בתשובה דדיני נפשות מודה ר"ת דצריך להעיד בפיו או למ דעת הר"ש בן התשב"ץ במאמר תיקון סופרים דאף בדנ"פ ודיני קנסות כותבין ושולחין עדותן בב"ד והקשה על ר"ת מהא דמס' שבועות צורבא מרבנן דידע סהדותא לחבריה לא ליזיל לב"ד דזוטר ובאיסורא אין חקמה כו' ואמאי יכתבנה וישלחנו לב"ד וכן באיסורא לא ליזיל וכתב עדותו וישלחנו גם הקשה הא בדנ"פ וקנסו' בעינן דו"ח וכתב דאפשר דר"ת לא הכשיר רק בדבר דא"צ דו"ח גם הביא משם ספר המצות קטן דהקשה מהא דמלך לא מעיד ולא מעידין ואם איתא ישלח פתבו לב"ד.

וראיתי בתנאים (סי' כ"ח ס"ק ט"ו) דעמד ג"כ ע"ז מהו דצורבא מדרבנן וכתב בשלמא פהו גדול דאינו מעיד משום דהוא זקן ואינו לפ"כ ל"ק פינן דאינו במציאות דיכול להעיד בפיו דהוי זקן ואינו לפ"כ א"כ אינו ראוי לביקלה אכל בחזי דראוי להעיד בפני ב"ד הגדול ממנו ראוי לביקלה מיקרי.

ואני לא אדע הא לדעת רמב"ם וש"ע ח"מ (סי' רס"ג) בזקן ואינו לפי כבודו גפי אבידה אם רצה למחול יכול למחול א"כ ראוי לביקלה הוא לגבי עדות והתנאים בעצמו (ס"ק י"ב) סובר דכ"כ לגבי עדות יכול למחול הן אמת דדעת רשב"א מס' שבועות (דף

ל') דלגבי עדות להתבזות לפני ב"ד דזוטר מינני' אינו רשאי להעיד י"ל דכהן גדול נדאי אסור.

ברם לא אדע עיקר הקושיא מי לא עסקינן דהת"ח והכה"ג לא ידעו לכתוב ועיין רמב"ם פ"א המשניות סו"פ האומר בגיטין ונ"ל אינו מן הנמנע שב"ד הגדול לא יהיו בקיאים בכתובה לפי שהתנאי בב"ד שיהיו חכמים לא שיהיו סופרים א"כ בת"ח שאינו יודע לכתוב לא סגי באיסור עד שיעיד ובממון לא יכול להעיד דהא צריך לכתוב בכ"י ממש ואם מצוה לאחר לכתוב ושולח הפתב לב"ד גם ר"ת מודה דל"מ דהוי עד מפי עד ואם אינו יודע בעצמו לכתוב א"י להעיד.

ומ"ש בתנאים דבכנה"ג כיון דלא יש מציאות שיעיד בפיו הוי אינו ראוי לביקלה דבר זה אינו ברור די"ל כיון דיכול להגיד בפיו רק דארני' דרבע עלי' מחמת איסור הוי ראוי לביקלה וכן פתב סברא זו הש"א (סי' י"ו) לענין שומע כעונה וכן מבואר מדברי טו"ז או"ח (סי' ל"ב ס"ק ח"י) משם הב"ח ובמ"א הוכחתי דדעת הר"ן וריטב"א סופה (דף ל"ח) דגם מניעה מצד איסור מקרי אינו ראוי לביקלה וכן הוכחתי מש"ס ותוס' ר"פ פסוי הדם ועיי"מ ש בספרי ח"א או"ח (סי' י'): ומה שהביא התנאים ראי' דבדנ"פ ל"מ לשלוח פתבו לבד מש"ס סנהדרין (דף ס"ה) יצאו עדים זוממין דא"ב מעשה דדיבור ל"ח מעשה וקשה הא אף בהו מצינו מעשה דכתבו עדותן ושלחו לב"ד ואין לה מעשה גדול מזה וע"כ צ"ל דשם איירי בדנ"פ ול"מ פתבו רק בע"פ תמהני הא אף לדעת רש"י דאף בראוי להגיד בפיו ל"מ פתבם היינו דוקא אם שולח פתבו לב"ד דבעינן מפייהם אבל אם פותב עדותו ונותן עדותו פתובה לב"ד ואומר מה שפתוב פאן אני מעיד מפייהם קרינן ביה כמבואר ברנ"ט א מפות (ד"ו ע"ב) א"כ לכ"ע משפחת ע"י מעשה וזה פשר אף בדנ"פ כיון דקרינן ביה מפייהם.

וממילא אף דעיקר גמר עדותן הוא ע"י דיבור שאומר מה שפתוב פאן אני מעיד מ"מ דיבור זה בלא מעשה הפתובה הקדום לאו כלום הוא א"כ הוי יש בו מעשה. אולם לא אבין פלל ראיתו הא שם לס"ד קאמר הש"ס שאני עדים זוממין דינשו בקול ופריד בפשיטות דקול לר"י הוי תמיד מעשה ומשני הואיל וינשו בראייה ופי' רש"י דעיקר העדות תלוי בראייה וראייה לית ביה מעשה עיי"ש ול"ק פלל ואף לשאר פירושים שם יש ליישב בקל פמוכן ועיין לח"מ (פי"ג) משכירות ובמל"מ (ס"ד) ממלנה: עוד פתב התנאים דבמקום דצריך להעיד בפני הבע"ד אינו מועיל הפתב אף דקוראין בפני הבע"ד מ"מ א"ד ראית פנים דאינו מעיז לכתובה שלא בפניו דמעיז ובגתבות כ' דהא דבעינן בפני בע"ד לאו משום דלא מעיז הוא רק גזה"כ.

אולם ברמ"ה בש"מ ב"ק (דף קי"ב) פתב דלקח בעינן בפני בע"ד דמיקסף מינני' לאסהודי שקרא וכן בתשובת רי"ף (סי' ר') פתב פי יתירא ממנו שלא יכחישנו ובקיום שטרות אין לחוש לזה ולקח א"צ בפני בע"ד עיי"ש הרי מבואר דיש הבדל במעיד בפניו דמתירא שלא יכחישנו ומיקסף מיננה ומה"ט נראה בהא דכ' הכנה"ג אם העדים אינם מפירין להבע"ד הוי כמו שמעידין שלא בפני בע"ד דהוא ג"כ מה"ט דלא שייך שמתירא שלא יכחישנו ונ"מ כגון במעיד לחייב יורשי ראובן שישלמו חוב אביהם ואינן מפירין ליורשי

דאף אים עומדין בפני ב"ד פשהעידו על חוב אביהן מ"מ צריף הב"ד להודיע ולהפיר מי  
המה היורשים וכ"ז שלא הפירו הוי פמעידין שלא בפני בע"ד.

ומ"ש הנתיבות להוכיח דאינו מטעם דלא מעיז רק גזה"כ דהא אפילו בשור הנסקל בעינן  
בפני השור אינו ראי' אה"נ דגזה"כ הוא ג"כ אבל ע"כ דלא סגי בהוא לפנינו ואינו יכול  
להתנפת עם העד שינתפחד לשקר וראיה דהא קטן אף אם לפני הוי כמו שלא בפניו  
פמבואר בפוסקים וש"ע א"כ נמי י"ל אף שהב"ד קורין מן כ"י של עדות בפני הבע"ד  
פיון שאין העדים עומדין בפנינו הוי כמו שלא בפני בע"ד וכדעת התומים: ולכאורה יש  
להוכיח דמעידין ע"י פתב הוי בפני הבע"ד אם הבע"ד הוא בפנינו דאל"כ נאמר דהיכא  
דביד עדים לכתוב שטר נקבל עדותו אף שלא בפני בע"ד פיון דבידם לכתוב שטר ועיין  
ב"י מחודש (כ"א) דהביא משם בעל עיטור דאיכ' מ"ד דוקא עדות בלא קנין אבל בקנין  
מקבלין ולא מסתברא ועיין ש"מ ב"ק (דף קי"ב) בלשון המאירי משם מקצת גאונים  
דבקנין דנין פבשטר ומקבלין שלא בפני בע"ד ויש חולקין וסברת איכא מ"ד הוא דעת  
הר"י מגיאש ז"ל פמבואר בתשובותיו (סי' ק"ס) וע"כ טעם הדבר פיון דסובר סתם קנין  
לכתובה עומד וכותבין שטר ראיה אף אם מוחה מלכתוב פמבואר מדבריו מס' ב"ב (דף  
מ') וסובר דאף שלא מדעת המתחייב הוי תורת שטר וכיון דבידם לכתוב שטר והוי  
פנחקרה עדותו בב"ד לכה מקבלין עדותו אף שלא בפני בע"ד ולדבריו הה"ד שטר  
מודעא ומחאה דכותבין שלמ"ד באמת מקבלין עדותו אף שלא בפני בע"ד וכן עדי פרעון  
על שטר פיון דשטר מחילה כותבין אף שלמ"ד ותורת שטר עליו פמבואר (סי' ל"ט וסי'  
פ"א) ובכל אלה הי' מהראוי לומר דמקבלין עדותו אף שלא בפני בע"ד ולא משמע פן  
דעת הפוסקים ומצינו בכמה מקומות להיפך וי"ל דדוקא שטר או אם מעידין ע"י פתיבה  
והפתב פא לפני ב"ד בפני בע"ד הוי פמעידין בפניו לכה מקבלין עדותו אבל אם מעידין  
בע"פ שלא בפני בע"ד ל"מ וכמו שכתב הפעל עיטור דלא מסתבר לקבל עדות בקנין  
שלא בפני בע"ד והינו מטעם הנ"ל דאם פא הפתב לב"ד הוי פמעידין בפני בע"ד וכמו  
שכתב הנתיבות: אף מ"מ אינו ראי' די"ל דמעשה לא עבדי בשקר ולכה עדים החתומים  
בשטר כמו שפחקרה עדותו בב"ד דמחזקינו דלא יעשו מעשה לכתוב דבר למען יעמוד  
ימים רבים בשקר ח"ו ומיפספי ביותר לעשות מעשה בשקר לכה אף במקום דבידם  
לכתוב והוי פנחקרה עדותו בב"ד מ"מ אם מעידין בפניהם שלא בפני בע"ד גרע ולא  
מקבלין עדותו ובפרט למ"ש הרי"ף בטעם דבעינן בפני בע"ד פי יתירא ממנו שלא  
יכחישנו וע"כ הא דשטר מהני הוא משום דמעשה לא עבדי אם לא שברור להם אבל  
דיבורא קאמרי דוגמא דאמרינו בש"ס גיטין (דף ס"ז) וא"כ פל זמן דלא עבדי מעשה  
לכתב' בשטר לא מקבלין עדותיהו שלא בפני בע"ד אף דבידם לכתוב בשטר.

ואף דשם בגיטין פתב רש"י מעשה לא עבדי שיחתמו שקר או יעידו שקר ועיי"ש בתוס'  
מ"מ חששו יותר לגבי עדים אף דבידם לכתוב שטר שנה חמור להם יותר מלהעיד  
בתורת עדות שלא בפני בע"ד ועיין ר"ן פ' אלמנה ניהונת (דף ק') שהביא מדברי רמב"ן  
דדעת הראב"ד דעדי צוואה יש בהו אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וביתומים קטנים  
אין מקבלין רק פמוסר דבריו לב"ד או שכתבו עדותו בשטר וכ' הרמב"ן ואינו פמשמע  
ועוד האיה פתבו עדות צוואה בשטר מחיים ואם פתבו לאחר מיתה אף בשטר אין מקבלין  
עדות דבשעת חתימה הוי כמו שפחקרה עדותו בב"ד וזו בב"ד נמי אין מקבלין אותה



ובב"י (סי' ק"י) כ' דאיפא למימר דאין ה"נ שפוטבים אותה מחיים וחותמין אותה ולקשימות פותבין בה שמאותה חולי מת וחותמין עליה ולא אבין הא גם זה הוא עדות גמור שמת מאותה חולי ושוב יקשה כיצד מקבלין שלא בפני בע"ד עדות הזאת מה שכתבו לאחר מיתה פיון דבשעת חתימה הוי פנחקה עדותן בב"ד וזו בב"ד נמי אין מקבלין אולם למ"ש דמעשה לא עבדי בשקר דבר שיעמוד לימים רבים ומטעם זה מהני כל שטרות והוי פנחקה עדותן בב"ד משעת חתימה פו נמי בעדי צנאה י"ל דהראב"ד סובר אף דלהגיד בעל פה לא מקבלין עדותן שלא בפני בע"ד מ"מ פיון דצנאה נכתב אף שלמ"ד היורשין ויש תורת שטר ע"ז מהני כמו כל שטרות דהוי פנחקה עדותן בפני ב"ד אף דהוא נעשה שלא בב"ד ושלא בפני בע"ד: סי' י באיסורין היכא דבעי תרי סהדי פגון דמכחיש ואתחזק היתרא דלרוב פוסקים אין עא"נ רק תרי אם בעינן ג"כ הגדה בפיו דוקא או לא וסגי לכ"ע בכתב לכאורה תליא בזה אם לא בעינן הגדה בפני ב"ד א"כ ליכא בזה תורת עדות וכשר ג"כ מפי כתבם ובנתיבות פתב (סי' ל"ח) דל"ב הגדה בפני ב"ד ול"ש בהו ג"כ לעשות פאשר זממו והקצוה"ח הביא ראי' מדברי תשובת הר"ן דבתרי בעינן הגדה בפני ב"ד וכבר פתבתי בזה בספר דברי חיים דיני עדות (סי' ל') דמוכח מדברי הר"ן שם דאף בתרי ל"ב הגדה בב"ד דהא הוכיח מדברי ירושלמי דכתב עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לאיסור בין להיתר אם עד שלא נחקרו עדותן בב"ד אמרו מבודין הרי אלו נאמנים הרי גם באיסור כ"ז שלא העידו בב"ד יכולין לחזור ולהגיד ועיי"ש בר"ן (סי' מ"ז) פיון שפלה כל העדות אף אותו שא"צ ב"ד שהרי שנינו בין לאיסור בין להיתר ואפי"ה יכולין לחזור ואם נאמר היכא דצריף ב' עדים לאסור בעינן הגדה בב"ד מה ראי' לנגידון דר"ן שם ששם העיד אחד שזקוקה ליבום והי' נאמן שהיתה בחזקת זקוקה וא"כ י"ל לעולם היכא שלא צריף הגדה בפני ב"ד י"ל דא"י לחזור מהגדתו אף שהגיד חוץ לב"ד והירושלמי דקאמר עדים לשון רבים י"ל דאיירי בתרי והיכא דבעי תרי דצריף הגדה בב"ד לכה יכולין לחזור אם הגידו חוץ לב"ד א"ו משמע דדעת הר"ן דאף אם בעינן תרי באיסורין ל"ב הגדה בפני ב"ד ואעפ"כ קודם שהעידו בפני ב"ד יכולין לחזור ועיי"ש מ"ש עוד בזה וממילא פיון דל"צ הגדה בפני ב"ד י"ל דכשר מפי כתבם ג"כ ומדברי ריטב"א גיטין (דף ה') משמע דרק בע"א דנאמן באיסורין שלא מצינו עד המעיד על איסור שיהא צריף להעיד בפני שלשה דאינו בקבלות עדות אבל היכא דבעי תרי י"ל דסובר דצריף הגדה בפני ב"ד.

וכן משמע קצת מדברי ש"מ ב"ק (דף קי"ב) דכתב לענן איסורין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד שזכות הוא לו ולמה צריף לטעמו דהוי לאפרושי מאיסור הא בלא"ה פיון דא"צ הגדה בפני ב"ד ל"ב דין תורת קבלות עדות והגדה בב"ד א"ו דסובר דהיכא דבעי תרי סהדי צריף הגדה בפני ב"ד ועיין נו"ב מהד"ת (ח"מ סי' ד') דכתב דמה שאינו בתורת עדות ל"ש בהו לומר מפיהם ולא מפי כתבם ומה דבעינן ביוחסין ב' עדים הוא מדרבנן משום מעלה עשו ביוחסין ולכה גם שטר כשר עיי"ש וכנראה מדבריו דמה דבעינן ב' עדים מה"ד מהתורה פסול בהו מפי כתבם ולמ"ש פיון דל"ב הגדה בפני ב"ד י"ל דמהני מפי כתבם ועיין קצוה"ח (סי' כ"ח סק"ו) ובכנה"ג הגהות ב"י (סק"מ"א) ובמ"ש בדב"ת דיני הלואה (סי' ה'): וראיתי שם בכנה"ג שהביא דברי מהרי"ט חיו"ד (סי' כ"א) שכתב דאף להחולקים על הרמב"ם וסוברים דעדות שבשטר הוא מה"ת

למפוח ועונשין לא סמכינו אעדות שבשטר ודיני נזירות למפוח ועונשין שייכא ועינתי שם במהרי"ט ושם דן בשטר שכ' בו על ענין חיוב ממון ושקבל עליו בנזירות אם יעבור ועבר והבע"ד מכחיש להעדים ואומר שלא בטא בשפתיים ודן ע"ז אם אדם נאמן ע"ע יותר מעדים וכתב אף לרמב"ם דלא מהימן נגד העדים מ"מ פיו דלדעתו כל תיקון שטר הוא רק מדרבנן ודיני קנסות ומלקות וגלות אין דנין אלא מפיהם ולא מפי כתבם ממילא ענין נזירות דאינו נוגע לממון כלל כ"ע מודים דמפיהם ולא מפי כתבם בעינן והואיל והוא אומר פרי לי שלא הוצאתי בשפתי ענין נזירות אין אנו חוששין לעדות שבשטר כלל ומבואר דסובר דבתרי בעינן תורת עדות והגדה בב"ד ומפיהם ולא מפי כתבם.

אך מ"ש לד"ה למפוח ולעונשין לא סמכינו כלל אעדות שבשטר אלא מפיהם בעינן יש להבין אמאי לא אם פי הרמב"ן במגן המצות סוף שורש (ב') כתב וז"ל ואני מוצא דיני נפשות ודיני קנסות בעדות שבשטר ראובן שהיה לו עבד פנעני והוציא שמעון שטר חתום שמכרו לו ראשון אינו בדין יום או יומים.

קדש ראובן אשה בעדי חתימה ובא עליה שמעון שהיה בעלה והוציאה גט ממנו וחתם בעדים נהרג עלי' כו' ובגמרא יבמות שאם יצא שטר לפנינו נדונית כא"א לחנק ומה שאמרו מפיהם ולא מפי כתבם אינו בשטר שבע"ד כותבו עיי"ש ונקט הרמב"ן רק מה דמצינו בגמרא ואם די"ל כמו"ש שם במגלת אסתר דמשם אינו ראיה דהשטר נעשה ע"ד אחר ונתחזקה זאת לא"א והגט והשטר אינם נעשים לחייב זה רק על עצם הקידושין והגירושין רק העדים המעידים אח"כ על הגנות.

ודעת הרמב"ן דדוקא אם נתחזק לאיסור מה"ת אז האיסור הוחזק אף לעונשין כמבואר ברמב"ם בע"א אמר שזה חלב ובא אחד אח"כ ואכל דלוקה פיון דלא העיד על העונשין רק להחזיק לאיסור מ"מ דוקא מה דאתחזק מה"ת אבל אם נאמר דעדות בשטר ל"מ רק מדרבנן מיד לא נתחזק לענין עונשין ולענין קידושין וגירושין הוא ביותר דאין דבר שבפירוה פחות משנים ובפרט למ"ש הפנ"י מס' קידושין (דף ס"ה) דהוא מטעם דאין קידושין לחצאין ועיקר קידושין הוא שיתחייב הבא עלי' בחנק לכה בעינן תרי סהדי וכתבתי במ"א דכ"כ הוא בגט נ"מ לעונשין והבאתי דברי הרמב"ם (פ"א הי"ג) מגירושין א"כ פיון דכל קיום הדבר הוא לענין עונשין אח"כ סובר הרמב"ן דהוי פאלו דנין אז בשעת קיום המעשה על העונשין ג"כ ואם עדותן ל"מ רק מדרבנן ל"מ מה שיתחזק עי"ז גם לענין עונשין: גם י"ל למ"ש הפנ"י קידושין דהא דאיסור הוחזק בע"א ללקות ע"י אח"כ הוא דוקא למלקות ולא למיתה ומה"ט אף דנאמן האב לומר קדשתי את בתי מ"מ א"נ לסקול ע"י ובמ"א הערותי מש"ס מכות (דף ו' ע"ב) מניין לעדות מיוחדת שהיא פסולה שנגמר לא יומת עפ"י ע"א מאי אחד אחד אלימא עד אחד ממש מרישא שמעינן לה עפ"י שנים עדים אלא מאי אחד אחד אחד ומניין לנו לדרוש מפסוק זה קולא כל כף דעדות מיוחדת בדנ"פ אף דהעידו על דבר אחד ורק אחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה ששניהם העידו על ברור ומעשה אחד ובכ"ז נוציא ממשמעות עפ"י ב' עדים יומת המת וגלי לן קרא דלא ימות עפ"י עד שהם אחד אחד דלמא קרא בא להורות דאעפ"י דהאיסור הוחזק בע"א במקום דנאמן מ"מ לא יומת עפ"י ע"א פיון דעיקר מאי דהוחזק היה עפ"י

ע"א א"ו דלזה לא צריף קרא דממילא ידענו אף דסוקלין ושורפין על התקנות מ"מ מאי דאתחזק רק ע"י ע"א לא דנין דיני נפשות ע"י.

ואפשר פיון דכתיב קרא בפ"ע עפ"י שנים עדים יומת המת ול"ה צריף דהא לא גרע מן ממון א"ו דגזה"כ הוא לעונש מיתה לעולם צריף ב' עדים ול"מ בהתחזק עפ"י ע"א. אולם אינו מוכרח כ"כ דיש לומר להיפך דזה לא ס"ד למעט מפסק דלא יומת דבאמת פיון דאתחזק דנין את"כ פל הנגרר אחריו אף בעונש מיתה והוכחת הפנ"י מהא דקיי"ל דאין סוקלין ע"י אב פמה תירוצים נאמרו בזה וקרא עפ"י שנים כו' לגבי מיתה איצטריף לכמה דרשות שדרשו חכז"ל יומת המת שיתיר עצמו למיתה ושהשני עדים מתרין בו ובספרי דרש אין לי מת פסדר הזה אלא זה בלבד [והמבארים דחקו א"ע לפרש שאם לא מת בראשונה ימות בשניה ומה דאמר זה בלבד אינו מוכן ואולי פנונתו שיקבל ההתראה ושיתיר א"ע למיתה] עכ"פ י"ל דאין לחלק בין מלקות למיתה דבכמה מקומות ילפינו מלקות ממיתה ועיין תוספות יו"ט מפות (פ"א מ"ט) שכ' פשלא מצינו שחלק הפתב בין מיתה למלקות וממון לא נוכל לחלק מסבא ע"ש ויש לראות בספרי דדרש בפתוב לא יקום ע"א באיש אין לי אלא לדיני נפשות למפות מניין ת"ל לכל עון כו' פה הוא גירסת הגרא"ו ו"ל למה צריף קרא פיון דבלא"ה לא נוכל לחלק מסבא בין מיתה למלקות] גם מ"ש לענין דיני קנסות בזה י"ל דאף בדבר המתחזק מדרבנו נגרר אחריו חיוב ממון.

ומ"מ נדאי לדעת הרמב"ן מה דנתחזק את"כ נגרר הדבר גם לענין עונשין ואף י"ל דגם לענין מכות ועונשין כשיש תורת שטר ע"ז המועיל מהני ג"כ לענין עונשין רק דלא מצינו מפניך בגמרא וגם המציאות קשה פיון דתורת שטר הוא מה שהבע"ד פיתבו ונעשה מדעת המתחייב וא"כ בנידון דמהרי"ט שם דיש תורת שטר על עדותיו בגוף העסק ממון ולפי דברי העדים החתומים על השטר נעשה מדעת המתחייב וכיון שהעידו שקבל עליו נזירות אם יעבור ועבר למה לא יתחייב אף לעונשין ודברי ריטב"א צ"ע: סי' יא יש לחקור הא דקיי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן פשלא בפניו דמי היכא דהגיע לכלל י"ג שנים ויום אחד רק דלא בדקנו אותו אם הביא ב' שעדות אם מקבלין אותם שיעידו בפניו.

וגם אם בדקנו אותו ולא ראינו שערות די"ל בכ"ז מקבלין פיון דמוקמינו על חזקה דרבא בהגיע לשנותיו דהביא שערות והא דלא ראינו חיישינו שפא נשרו פמבוא' מס' נדה (דף מ"ח).

והנה להמבואר מדברי הרשב"א חידושויו לב"ק (דף קי"ב) דהוכיח ממה דמקבלין שלא בפני בע"ד באם הי' הוא או עדיו חולים או שלחו ולא בא דהטעם דעיקר קרא והועד בבפוליו קאי על דיני נפשות דכמיתת הבעלים פה מיתת השור ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא הוא ומדרבנו הצריכו שיעידו בפני בע"ד אבל מדאורייתא מקבלין אף שלא בפני בע"ד אף היכא דל"ה אונס ולכן במקום אונס הם אמרו והם אמרו וכן מבואר תשובת רשב"א (ח"ג סי' שכ"ז) והא דכתב הרשב"א בח"ב (סי' שע"ו) דהא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד גזה"כ הוא ולא משום דחוששין לעדים דאטו משה ואהרן מי חיישינו להו

ואף הם וכי"ב אין מקבלין דכתיב והועד בבצעליו ע"כ פנונתי דבדנ"פ לאו מטעם חשש רק גזה"כ הוא ובדיני ממונות מדרבנן.

ולפי"ז פיון דל"ה רק דרבנן ובדרבנן מוקמינן על חזקה דרבא פמבנאר באו"ח (סי' נ"ה ס"ח) וביתר מקומות. אולם למה דמבנאר מתשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' כ"ח) דמטעם הפקר ב"ד אתינן עלה לקבל עדות שלא בפני בע"ד במקום אונס פיון דאיפא הפסד ממון לתובע והתרו לנתבע ולא בא הפקיעו לממוני' ע"י קבלות עדות שלא בפניו ושניא להאי עדות שלא בפניו לעדות מעליא עיי"ש בתשובת רא"ש (פ"ל מ"א סי' ו') מבנאר מדבריו דסובר גם בד"מ מדאורייתא בעינן שיעידו בפני בע"ד וא"כ לא סמכינן על חזקה דרבא וכ"ז שלא בדקנו אותו וראינו שהביא ב' שערות לא מקבלינן עדותן בפניו והא דכתב הב"י והרא"ש לא כתב אלא סברת ריב"א דאפילו בדיעבד פסול וטענת ראב"ן אינו טענה דהא מדרבנן הוא וקרא אסמכתא בעלמא והם אמרו דהיכא דאיפא אונס מקבלין והיכא דליפא אונס אפילו בדיעבד לא פלוג הוא עכ"ל דבריו תמוהין דהא מבנאר בדברי הרא"ש דלאו מטעם הם אמרו והם אמרו אתינן עלה רק מטעם דהפקיעו לממוניה וכמו הפקר ב"ד הוא אבל באמת מדאורייתא בעי שיעידו בפני בע"ד וכבר תמה ט"ז בתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' צ"ט) וא"כ פיון דמדאורייתא ל"מ עדותן כ"ז שלא העידו בפני בע"ד בעינן שיהי' מוחזק בבירור שהביא שתי שערות וכ"ז שלא בדקנו וראינו ב' שערות אין מקבלין עדותן בפניו אבל לדעת הרשב"א דבד"מ ל"ה רק מדרבנן סמכינן על חזקה דרבא ול"צ בדיקה: וראיתי בחידושי רשב"א ב"ק שם וז"ל ומיהו יש לתמוה האף אפשר שנמתין ליתומים עד אשר יגדלו והנה לפעמים הקטן מוטל בעריסה ונמתין לו עד שיגדיל ויהיה בן י"ג שנה ויום אחד ועוד שייביא סימנין עכ"ל ומדכתב ועוד שייביא סימנין משמע לכאורה דצריך בדיקה לזה וקשה למ"ש הוא שם דקרא לגבי ד"מ אסמכתא בעלמא הוא א"כ ל"ה רק מדרבנן וסמכינן על חזקה דרבא ול"צ בדיקה ואולי י"ל פנונתו דלפעמים צריך להמתין עד שייביא סימנין היינו אם בדקנו אותו ולא מצאנו סימנין דלא מחזקינן לגדול אף לדרבנן דשמא נשרו ל"א רק לחומרא ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח דיני מיאון (סי' ג') להוכיח דדעת הרשב"א פדעת החכם מהר"ם קאשטאלין ז"ל שבתשובת מהרי"ט (סינ"א) דספק נשרו אינו כ"א חשש דרבנן דמד"ת פיון דלא ראינו סימנין אמרינן מסתמא הביא רק לגבי איסור תורה חוששין לשמא נשרו ודלא פדעת מהרי"ט דסובר מחמת חזקה אמרינן דנדאי הביא וקרוב לנדאי דנשרו והא דבלא בעל יכולה למאן הוא מטעם דהם אמרו והם אמרו אבל חזקה דרבא לית בי' ספק וקרוב לנדאי דנשרו והוכחתי שם מדברי רשב"א שבב"י יו"ד (סי' ק"צ) דהבאה לכלל שנים ונבדקה ולית לה שערות לא מטמאינן הפתמים ול"ח לשמא נשרו דספיקא דרבנן הוא הרי דשמא נשרו ל"ה ספק השקול עיי"ש וה"נ להיפוך פיון דראינו דאין לו ב' שערות מחזקינן לקטן ואף דל"ה רק לענין קבלות עדות בפניו דל"ה רק מדרבנן מ"מ כ"ז דלא ראינו שערות א"ח לשמא נשרו להקל אבל כ"ז דלא בדקנו אותו אמרינן חזקה דהביא סימנין לדעת הרשב"א דל"ה אלא דרבנן: ורבינו עק"א ז"ל (סי' ק"ה) כתב להוכיח דע"כ רק מטעם הפקר ב"ד מקבלין במקום אונס מסוגיא פתובות (דף כ') זאת אומרת הכחשה תחילת הזמה וכשם שאין מזמינין כו' ושם איירי במתו העדים החתומים על השטר א"כ אין אונס גדול מזה והרשב"א סובר דבעדים חולים מקבלין אף בפני

יתומים קטנים דליתא בע"ד בעולם ודלא כמו"ש הנ"י ב"ק לחלק בין איתא לבע"ד בעולם או ליתא א"כ במתו העדים אין אונס גדול מזה א"ו דרך משום הפקר ב"ד נגעו בה ודוקא בממון ולא בהזמה דקנס הוא לכך אף באונס אין מקבלין שלא בפניהם ותמה על הרשב"א דסובר דמד"ת ל"ב בפניו רק בנפשות וא"כ בהזמה היכא דליכא נפשות מדאורייתא מקבלין ואמאי אין מקבלין במתו העדים דאין לה אונס גדול מזה אלו דבריו ולא אדע קושיתו הא בכ"מ דיני קנסות שוין לדיני נפשות וכמו בדנ"פ בעי דוקא בפניו ואף אונס ל"מ פדמוכח מס' סנהדרין (דף ע"ט) ברוצח שנתערב קודם שנגמר דינו ברוצחין שנגמר דינם דכולן פטורין אף דאין אונס גדול מזה וע"כ בדנ"פ ל"מ אונס ואף למ"ש הרשב"א בתשובה המובא ב"י (סי' שפ"ח) דבמקום אונס גם בדנ"פ מקבלין מ"מ כתב שם להדיא דעכ"פ הג"ד בעי בפניו וע"כ ברוצח הטעם דהוי ג"ד שלא בפניו.

וא"כ כמו כן בדיני קנסות אף אם במקום אונס מקבלין מ"מ ל"מ אם נאמר כמ"ש רשב"א בחידושו דבדנ"פ ל"מ אונס דיני קנסות שוין לדיני נפשות לענין זה ולמ"ש בתשובה הנז' דגם בדנ"פ במקום אונס מקבלין אולם גמר דין צריך להיות בפניהם וכיון דמתו העדים ולא יכול להיות בשום אופן הגמר דין בפניהם לכך אין מקבלין ועיין מ"ש האו"ת בזה (סי' ל"ח): וקצת יש להביא ראיה דמד"ת ד"מ ודנ"פ שוין בזה מדלא מחלק במתניתין דפ"ד דסנהדרין בין ד"מ לדנ"פ לענין קבלות עדות שלא בפני בע"ד בפרט לר"ח שם דקאי מתניתין על דין תורה מכ"ש דהי' לרבי לומר מה דאף מדרבנן נ"מ דבד"מ במקום אונס מקבלין ולא בדנ"פ ועיי"ש חידושי ר"ן דקרא דמשפט אהד לא אחי אלא בעיקר הדין שהוא קבלות עדות וכי"ב היינו דו"ח ואם אף בעיקר עדות יש הבדל בין ד"מ לדנ"פ למה שיי"ר רבי א"ו פינן דהוא בגוף העדות אמרינן ממשפט אהד דמה"ת בעינו בשניהם בפני בע"ד: והנה לכאורה יש להבין להסוברים פשיטת הראב"ד בהך דעדות שבטלה מקצתו בטלה כולה דאף באם העידו בע"פ על ב' דברים כשנתבטל עדות של אהד נתבטל השני וכמו שסובר ר' יוחנן בירושלמי בכותב בשטר נכסיו לשני בני אדם פאחת ועדים קרובים לזה ורחוקים לזה דעדותן בטלה ובע"פ ככה ג"כ בטל וזה דעת הראב"ד דהא דפלגינן דבורא בתרי גופא הוא במעיד ע"ע או על אשתו דכגופיה דמי ואינו בתורת עדות אבל בקרובים לא פליג רחמנא דאמרינן מה ב' נמצא אהד מהם קאו"פ כו' וקאי בשטיה הזאת הראב"ד וקרא"ש וקרא"ש וקרא"ש [עיין ס' מח"א דיני עדות (סי' ג') בזה ויבאר להלן אי"ה] א"כ מה לי אם נתבטל מקצת העדות מצד פסול קורבא דנתבטל כולה אף לגבי רחוק מטעם דגזה"כ הוא יקום דבר פל דבר ומה לי אם נתבטל מקצת העדות מצד פסול שלא בפני בע"ד ואמאי מסקינן בש"ס פתובות שם דהזמה שלא בפניהם ניהו דהזמה ל"ה הכחשה מיהו הוי וע"כ הטעם פיון דלענין קיום עדותן של הראשונים הוי הנתבע בע"ד והמה עומדים בפנינו וגם לגביהו הוי פעדים רדופי' לילה למדה"י וכמו"ש בתנאים שם עכ"פ פיון דאפי' בדיעבד לא יהי' נוכל לקבל עדותן לעשות דין הזמה ואף לפוסלם למה שפבר העידו להחזיק ע"ד הריב"ש המובא בש"פ (סי' ל"ח) א"כ נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה פיון דלא נוכל לקיים ככל דבריהם.

ולסהוברים דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא דרבנן ומדאורייתא מקבלין י"ל פיון דלא נתבטל מדאורייתא לגבי הנה דהעידו שלא בפניהם רק מדרבנן ל"א עדות

שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה וְכִכָּר מְבֹאָר מִתְּשׁוּבַת ב"י (סי' ט"ו) דְּלִרְמַב"ם דְּקְרוּבֵי אִם פְּסוּלֵי דְרַבְּנָן לֹא נִתְבַּטְּלָה שְׁאָר הָעֵדוּת מִטַּעַם דְּנִמְצָא אַחַד מֵהֶם קְרוּב הוּאִיל דְּמִדְּאֹרְיִינָה' עַד מְעַלְיָא הוּא עֵי"ש וְאִף דְּבִתְנֻמִּים סוּף (סי' ל"ו) פֶּתַב דְּלֹא מְצָא בִתְשׁוּבַת ב"י לְפָנֵינוּ הוּא גְלוּי דְכֹן פְּתוּב שָׁם אוּלָם בְּתֻנְמִים הָעֵלָה שָׁם לְהוֹכִיחַ דְּגַם בְּכַה"ג אֲמָרִינוּ עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה וְכֹן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ קִצְתַּת מִדְּבָרֵי רַמְבַּ"ם (רִישׁ פֶּרֶק י') הִלְכוֹת שְׁבִיעוּו'.  
א"כ יִקְשָׁה גַם לְהַסְבִּיר דְּרַק מְדַרְבְּנָן אִין מְקַבְּלִין עֵדוּת שְׁלֵא בְּפָנֵי בַע"ד וְגַם לַמ"ש לְגַבֵּי הַזְמָה דְקָנַס הוּא וְכַדנ"פ חֲשִׁיב לְעֵינָן זֶה קִשָּׁה פִּינוּ דְשְׁלֵא בְּפָנֵיהֶם הַזְמָה לֹא הָיוּ הַחֲקִשָׁה ג"כ לֹא יְהִי וְכֹן לְהַסְבִּיר דְּמַד"ת גַּם בַּד"מ בְּעֵינָן בְּפָנֵינוּ יִקְשָׁה.

וּבִיּוֹתֵר יִקְשָׁה לְדַעַת הַרִיב"ש הַמּוּבָא בַּש"ף (סוּף ס' ל"ח) דְּדִינִיק מִדְּבָרֵי רַש"י וְרַמְבַּ"ם דְּרַק לְעֵשׂוֹ דִּין הַזְמָה לֹא מְקַבְּלִינוּ לְהוֹי שְׁלֵא בְּפָנֵיהֶם אֲבָל מ"מ נִפְסְלִין לְעֵדוּת דְזֶה ל"ה חֵב וְדַאי יִקְשָׁה נִימָא עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה פִּינוּ דְנִתְבַּטְּלָה אִף לְגַבֵּי הָעֵדִים שְׁלֵא יְהִי נְדוּנִין בְּדִין הַזְמָה לֹא יִפְסְלוּ ג"כ וְלְדַעַת הַש"ף שָׁם דַּע"פ לֹא נַעֲשׂוּ חֲשׂוּדִין ג"כ יִקְשָׁה וְעֵינָן בְּנִתְיָבוֹת דְּכַתְּבִיב שָׁם עַכ"פ לֹא הָיוּ בְּכָלֵל תְּרֵי וְתֵרֵי פִּינוּ דִּישׁ לְפָנֵינוּ הָאֲחֻרָנִים דְּנִאֲמָנִים רַק לְגַבֵּי עֵדִים הוּאִיל דְּהָיוּ שְׁלֵא בְּפָנֵיהֶם לֹא נוֹכַל לְקַבֵּל אוֹתָן אֲבָל הַנּוֹגֵעַ לְמָה שְׁפָכָר הָעֵדוּת וְהַנְּתַבֵּעַ הִבִּיא בְּפָנֵינוּ עַדִי הַזְמָה רַק שְׁאִינָם לְפָנֵי הָעֵדִים הָרַאשׁוֹנִים לְבַטֵּל עֵדוּת זֶה הָיוּ בְּפָנֵי בַע"ד וְאִף לְדַעַת הַש"ף נִתְבַּטְּלָה לְגַמְרֵי עֵי"ש.

אוּלָם הַרְלַב"ח (סי' קל"ו) בְּהַשְׁיָגוֹ עַל הַרִיב"ש דְּאִמָּאי יִפְסְלוּ הָרַאשׁוֹנִים הָעֵלָה דְּהָיוּ תְּרֵי וְתֵרֵי עֵי"ש. וְלַמ"ש מִהָרַאשׁוֹי שְׁאִף תְּרֵי וְתֵרֵי ל"ה פִּינוּ דְלֹא נוֹכַל לְקַבֵּל הָעֵדוּת הַנּוֹגֵעַ אֶל הָעֵדִים הָרַאשׁוֹנִים נִימָא עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה.  
הֵן אֲמַת דְּהַרְמ"א (סי' נ"א) כ' דְּבַעֲדוֹת ע"פ לֹא אֲמָרִינוּ עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתוֹ בְּטִלָּה בְּנִלְיָה. אוּלָם לְהַעֲוֹמְדִים בְּשִׁיטַת רַאב"ד יִקְשָׁה אִמָּאי נִתְבַּטְּלָה כָּל הָעֵדוּת שְׁהָעֵדוּת הָרַאשׁוֹנִים פִּינוּ דְלֹא מְקַבְּלִין עֵדוּתָן בְּהַנּוֹגֵעַ לָהֶם שְׁלֵא בְּפָנֵיהֶם וְכֹן יִקְשָׁה עַל הַר"ן גִּיטִין (סוּף הַשׁוֹלַח) בְּהָא דְּמְבֹאָר שָׁם בְּבַעַל בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ אִם אִיכָּא פְּרִי בְּאַרְעָא ל"ב הַרְשָׁאָה וּמְבֹאָר שָׁם דְּאִם הָאִשָּׁה לִיתָא בְּמִתָּא וְהַבְּעַל דֵּן עִם הַמְעַרְעֵר וְהַמְעַרְעֵר הִבִּיא עֵדִים מְהֵנִי עֵדוּתָן לְעֵינָן פְּרִיּוֹת וְלֹא לְעֵינָן קַרְקַע עֵי"ש וְהַר"ן קָאִי בְּשׁוּעָא הַרַאב"ד כְּמְבֹאָר גִּיטִין (דָּף ט') דְּגַם בְּעֵדוּת ע"פ אֲמָרִינוּ עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה; וְצ"ל פִּינוּ דְּאִין הָרִיעוּתָא בְּגוּף הָעֵדִים רַק מְצַד אַחַר הוּאִיל דְל"ה בְּפָנֵיהֶם וְאִם הָיוּ פְּאֵן בְּפָנֵינוּ הָיוּ מְקַבְּלִין עֵדוּתָן בְּזֶה ל"א עֵדוּת שְׁבִטְלָה מִקְצָתָה בְּטִלָּה בְּנִלְיָה דְּדוֹקָא בְּקְרוּבִים לְאַחַד אוּ בְּעֵבֶד שְׁהִבִּיא גִטוֹ וְכַתוּב בּוֹ עֲצָמָה וְנִכְסֵי דְלֹא יֵשׁ שׁוּם רִיעוּתָא מְצַד אַחַר רַק עֵיקַר הָרִיעוּתָא דַּע"ז א"נ נִגְדַּת הַקְּרוּב אֲלֵיהֶם אוּ לְקִינֵי הַגִּט לְדוֹן ע"י מְמוֹן בְּזֶה שְׁיִיךְ לֹמַר הוּאִיל דְלֹא מְקַבְּלִין עֵדוּתָן לְזֶה נִתְבַּטְּלָה עֵדוּתָן מְכָל אֲבָל הִיכָּא דְעֵדוּתָן מוֹעִיל בְּאֲמַת וּכְשָׁרִים הֵם וְאִין בְּהֶם שׁוּם רִיעוּתָא רַק הוּאִיל דְּאִין הַבַּע"ד בְּפָנֵינוּ לֹא נַעֲשׂוּ ב"ד לְזֶה לְקַבֵּל עֵדוּתָן בְּהַנּוֹגֵעַ לְמִי שְׁאִינּוּ בְּפָנֵינוּ וּמְזָה לֹא נִתְבַּטְּלָה שׁוּם דְּבָר וְדוּמָה קִצְתַּת לַמ"ש בְּתֻנְמִים (סי' ל"ד ס"ק כ"ד) וְעֵינָן מ"ש לְקַמֵּן דְּהִיכָּא דְּמִזְדַּמֵּן ד"מ וְדַנ"פ וּמְקַבְּלִין סְהָדוּתָן בְּפָנֵי שְׁלֵשָׁה דְלֹא נוֹכַל לְדוֹן לְהַתְבַּטֵּל עֵדוּתָן אִף לַד"מ מִטַּעַם דְל"מ לַדַּנ"פ פִּינוּ דְלְגַבֵּי דִינֵי נְפְשׁוֹת דְּבַעֲיָנוּ כ"ג הָיוּ הַגְּדָתוֹ שְׁלֵא בְּפָנֵי ב"ד כֹּן נָמִי הִיכָּא דִישׁ שְׁנֵי שְׁתּוּפִין הַנּוֹגְעִים

לעדוּתוֹן וְהֶאֱחָד אֵינּוּ בְּפָנֵינוּ הָיָה מֵה שְׁנוּגָע לּוֹ כָּאֵלּוּ לֹא הֵעִידוּ בְּפָנַי ב"ד פִּינּוֹן דְּלֹא יוֹכְלוּ לְדוֹן עָלָיו וּמְקַבְּלִין עֲדוּתוֹן הַנּוֹגֵעַ לְזֶה שְׁבִפְנֵינוּ: וְרֵאִיתִי בְּתִשְׁבּוֹת ר' בְּצִלְאֵל אֲשֶׁפְּנֹזִי (ס"ו) בְּאֵלְמִנְהָ שְׁתַּפְּסָה מֵעֲזָבוֹן בְּעֵלְהָ עַל מְזוֹנוֹת וְאֲח"פ בָּאוּ עֲדִים שְׁנִתְקַדְּשׁ' לְאַחַר וְנִתְקַבְּלוּ שְׁלֹא בְּפָנֶיהָ וְכ' דָּאֵף דְּלֹאֲפְרוּשִׁי מְאִיסוֹר מְקַבְּלִין שְׁלֹא בְּפָנַי הִבְע"ד מ"מ כָּאֵן פִּינּוֹן דְּנ"מ לְעַנְנֵן מְמוֹן ל"מ הַקְּבֵלָה אֶפְּלוּ בְּדִיעֵבַד עֵי"ש וּבְתִשְׁבּוֹת מְהַר"ם אֶלְשִׁיף (ס"ו ק"ד) כ' בְּנִדּוֹן פְּזָה וְחִתַּר לְמִצּוֹא עֵילָה שְׁתִּהְיֶה סָפֵק מְקוֹדְשֵׁת וְכַתֵּב פִּינּוֹן דְּאִיכָּא סְפִיקָא בְּקִידוּשֵׁין אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדָה פְּלוּם עֵי"ש מְבִנְאָר דָּאָם כְּפִי קְבֵלוֹת עֲדוּתוֹן אֵף שְׁלֹא בְּפָנַי הָאֵשָׁה הָיָה וְדֹאֵי מְקוֹדְשֵׁת מוֹעִיל הָעֲדוּת לְהוֹצִיא מִמֶּנָּה מֵה שְׁתַּפְּסָה וְאוּלַי ס"ל לְחִלְקֵךְ מִמָּה דְּמְבִנְאָר רִשְׁבִּי"א וְר"ן גִּיטִין הִנּוּ דְּלִגְבֵי פִירֵי מְהֵנִי עֲדוּתוֹן וְלֹא לִגְבֵי קִרְקַע הוּאִיל דְּהִי שְׁלֹא בְּפָנַי אֵשָׁה דְּשָׁם הָיָה תְּרֵי גוּפָא פְּלִגִּינוּ לְסִדְהוּתָא מִשָּׂא"כ בְּחַד גּוּפָא פִּינּוֹן דְּקַבְּלוּ עֲדוּתוֹן לְעַנְנֵן אִיסוּרָא נִגְרַר אֲחֵרֵיו דִּין הַמְּמוֹן וְצ"ע: שׁוּב רֵאִיתִי בְּתִשְׁבּוֹת מְהַר"י בְּאַסֵּן (ס"ו ע"ג) חֲקַר שָׁם בְּדִין זֶה אִם יֵשׁ שְׁטֵר לְקִטְנִים וּגְדוּלִים וַיֵּשׁ עֲדִים לְאוּרְעֵי הַשְּׁטֵר אִם מְקַבְּלִין עֲדוּת וּמִתְחִילָה כ' דְּתִלְיָא בְּזֶה בְּשׁוֹתְפִים אִם הָעֲדִים קְרוּבִים לְזֶה וּרְחוּקִים לְזֶה אִם אֲמַרִּינוּ עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה כְּוָלָה וְאֲח"פ כְּתֵב דְּמִסְתַּבְּרָא דְּלֹא נֶאֱמָרוּ הַדְּבָרִים אֲלֵא בְּפִסּוּל שְׁהוּא בְּגוּף הָעֲדִים דְּוּמִיָּא דְּקֹאוּ"פ וְכִינּוֹן דְּגוּזָה"כ הוּא אֵין בּוֹ אֲלֵא חִידוּשׁוֹ אֲבָל שְׁלֹא בְּפָנַי בְּע"ד אֵין הָעֲדִים פְּסוּלִין אֲלֵא מִצְדַּהֲבַע"ד וְלִכְּן לֹא מְנָה אוֹתוֹ רַמְבַּ"ם (פ"ט) מִעֲדוּת עִם הָעֲשָׂרָה פְּסוּלִים דְּלֹא מְנָה אֲלֵא פְּסוּל הָעֲדִים לֹא פְּסוּל הָעֲדוּת וְעוֹד דְּפְסוּלָא קְלִישָׁא הוּא לְכ"ע דְּהָא קִי"ל כְּשִׁהְיָה חוּלָה הוּא אוֹ עֲדִיו אוֹ מְבַקְּשִׁין לִילָף מְקַבְּלִין לְכּוֹ אֵינוּ בְּכָלֵל שְׂאָר הַפְּסוּלִים עַכ"ל הָרִי דְּעַמַּד ע"ז וְכַתֵּב מְסַבְּרָא לְחִלְקֵךְ.

וּמִתְהַנִּי דְּלֹא הִבִּיא מְדַבְּרֵי רִשְׁבִּי"א וְר"ן סוּף פ' הַשּׁוֹלֵחַ הַנָּזִל דְּמִן־כְּרַח לּוֹמֵר כֵּן לְדַבְּרֵיהֶם. וְעֵינִין רַמְ"א אֵה"ע (ס"ו י"א ס"ד) דְּאֵין לְקַבֵּל עֲדֵי זְנוּת דֹּא"א שְׁלֹא בְּפָנֶיהָ וְשְׁלֹא בְּפָנַי בְּעֵלְהָ וְלִכְאוּרָה לְמָה לֵן לְתַרְוִיָּהוּ פִּינּוֹן דְּמְקַבְּלִין בְּפָנֶיהָ וְאִיסוּרָה הִיא מִמִּילָא אִיסוּר גַּם הַבְּעַל לְבֹא עָלֶיהָ וְצ"ל דְּכּוֹנְנָתוֹ לְכַתְּחִילָה אֲבָל בְּדִיעֵבַד אִם קְבֵלוּ בְּפָנַי בְּעֵלְהָ אוֹ בְּפָנֶיהָ ג"כ סְגִי לְאַסְרָה עַל בְּעֵלְהָ וּמִצְאָתִי ג"כ בְּנו"ב מִהַד"ק אֵה"ע (ס"ו נ"ח) שָׁם דֵּן בְּשְׁטֵר קִידוּשֵׁין דְּנִעְשָׂה מְרִצוֹן הַמִּתְקַדְּשֵׁת וְשְׁלֹא לְרִצוֹן הַמְּקַדְּשׁ אִם נֹאמַר בּוֹ עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה כְּוָלָה וְכַתֵּב כֹּל שְׁהַבִּיטוּל אֵינוּ מִצְד הָעֵד כְּמוֹ בְּמַעִיד עַל שְׁטֵר שְׁקִטּוֹן וּגְדוּל חִיבִין מוֹעִיל עֲדוּתוֹ לִגְבֵי הַגְּדוּל פִּינּוֹן דְּלִיכָּא רִיעוּתָא רַק הוּאִיל דְּלִגְבֵי קִטּוֹן הָיָה שְׁלֹא בְּפָנַי בְּע"ד בְּשְׁטֵר נְמִי לִיכָּא רִיעוּתָא רַק מִטְעַם לִגְבֵי מְקַדְּשׁ הָיָה מִפִּי כְּתָבָם וַיֵּשׁ לְעֵינֵין בְּדַבְּרֵיו דְּשָׁם ל"ה הַגְּדָה כֹּלֵל לִגְבֵי הַמְּקַדְּשׁ וּמִהַרְאוּי לּוֹמֵר בְּזֶה עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה כְּוָלָה: ס"ו יב אִם עָבְרוּ הַב"ד וְקַבְּלוּ עֲדִים שְׁלֹא בְּפָנַי בְּע"ד דְּעַת הַרְמָ"א כְּמוֹ"ש הַרְאָב"ן דְּמִתְהַנִּי וְהַשֵּׁ"ף הִבִּיא מִשָּׁם הַמְרַש"ל דָּאֵף בְּדִיעֵבַד ל"מ וּבְאַמַּת שְׁכֵן דְּעַת רֹב הַרְאִשׁוֹנִי וְהַד"מ הִבִּיא מִשָּׁם מִהַר"מ פִּאדוּוּאָה דְּאַפִּי לְרִיב"א דְּסוּבֵר דָּאֵף בְּדִיעֵבַד ל"מ מ"מ הִיכָּא שְׁכַבְרַנְפִּסְק הַדִּין עַפ"י עֲדוּת הַנְּגַבָּה שְׁלֹא בְּפָנַי בְּע"ד מוֹדָה דְּאֵינוּ חוֹזֵר הַדִּין וְלֹא יִקְרָא טוֹעָה בְּד"מ וּמְדַקְּדֵךְ כֵּן מְלִשׁוֹן רִיב"א דְּכ' דְּל"ה עֲדוּת לְדוֹן ע"פ מִשְׁמַע רַק לְכַתְּחִילָה לְדוֹן ל"ה עֲדוּת אֲבָל אִם כְּפָר דְּנֹו אֵינוּ חוֹזֵר הַדִּין.

וְעוֹד הִבִּיא רֵאִיָּה מְדַכְּתֵב רַבִּינוּ יְרוּחָם דָּאָם מְתוּ הָעֲדִים אוֹ שְׁהִלְכוּ לְמַדְהָ"י דְּדִנִּין עַפ"י עֲדוּתוֹן שְׁנִתְקַבְּלָה שְׁלֹא בְּפָנַי הִבְע"ד שְׁהָרִי אֶפְּלוּ לְכַתְּחִילָה מְקַבְּלִין אִם הִי הוּא חוּלָה הָרִי אֵף שְׁנִעְשָׂה בְּטַעוּת מ"מ בְּמִקּוּם אֲוֹנָס דְּנִין הַה"ד הִיכָּא שְׁכַבְרַנְפִּסְק יָצָא הַדִּין קָם דִּינָא.

וראיתי בכנה"ג שפכתב וז"ל נאני מסופק בדברי שאר הפוסקים אי ס"ל הכי או דוקא כשהוא מוחזק ולא כשאינו מוחזק אעפ"י שגפסק הדין עכ"ל: והנה לשיטת הרא"ש דסובר דמדאורייתא אין מקבלין ובמקום אונס דמהני הוא מטעם הפקר ב"ד ודאי נראה דרק היכא דהוי אונס כמו שמצינו בגמרא אבל בגפסק הדין אמאי יהני פניו דנתבטל עדותו הוי כטעה בדבר משנה.

וכן נראה מדברי הנ"י ב"ק פרק פיצד הרגל וז"ל ורבומי וז"ל אמרו דלא עשו ולא פלוג דהו"ל טוע' בד"מ דחוזר וכן הדין בכל דבר שאין רשות לב"ד לעשותו לכתחילה במקום אחר אם עברו ועשו לא עשו ולא פלוג אעפ"י שהו רשאין לעשותו בשאר מקומות עכ"ל הרא"ה וז"ל משמע דלא עשו פלוג ואף אם דנו ל"מ: וכן מבואר מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' רכ"ט) בענין קבלות עדות במקרה שהי' על תנאי והיה שלא בפני הלוקח ודנו הב"ד עפ"י עדותו דהוי תרי ותרי ומוקמינו הקרקע על חזקת מר"ק וכתב הרשב"א פל שלא נתקבלו בפניו או בפני שלוחו ואין שם סיבת אחד מן הדרכים הידועים שנאמרו בפ' הגוזל אין עושין מעשה עפ"י עדותו הרי מבואר דאף פסק דין ל"מ ואף דהרשב"א העלה שם בלא"ה לסתור פסקם מטעם דהמכירה היה בנדאי והספק על התנאי לא נתבטל המכירה מ"מ מתחילה דן לבטל פסק דינם משום שקבלו עדות שלא בפני הבע"ד ועיין במהרי"ט חח"מ (סי' ל"ב) וכן משמע מדברי רמ"ה בש"מ כתובות (דף צ"ד) בהני תרי שנתפי דאית להו דינא בהדי חד נאזל חד מינייהו בהדיה לדינא דאם לית' בכתא דמצי אמר אילו אנא הנאי טעיננא טפי ופירש הרמ"ה דאם הי' להו תביעה אצל אחד והנ"מ לסהדי דאסהודי באנפי ראשון וליתגהו דלסהדי באנפי שני עיי"ש הרי אף דהב"ד כבר פסקו לפטרו ויצא זכאי בדינו מ"מ אינו מועיל ועוד מבואר קצת מדברי רמ"ה דאף בליתגהו דלסהדי באנפי שני היינו שהלכו להם מ"מ לא נוכל לדון עפ"י קבלות עדות שנתקבל שלא בפניו אף דשם בדין נתקבלו באנפי אחד ומהני עדותו לגבי שותף שהעידו בפנינו מ"מ מה שנתקבל שלא בפני השותף השני אין דנין עפ"י עדותו.

ואולי איירי רמ"ה דליתגהו קמן וצריף שיימתין שיבאו אף א"כ פניו דאיירי דהשותף תובע להאחר איך נוציא ממנו ממון פניו דיזענו שיש לו עדים לפטור אותו רק שהלכו להם נמתין עד שיבאו ושוב מה נ"מ א"ו דאיירי דליתגהו שוב קמן ולא יבאו הרי דכיון שלגבי שותף זה נתקבלו שלא כדיו הוי כאלו לא נתקבל עדותו אף אם הזדמן אח"כ אונס ודלא כר"י.

ומכ"ש דל"מ גפסק הדין בטעות: ועוד פניו דדעת ריב"א דאף בדיעבד ל"מ הקבלה ואין דנין עפ"י עדותו לכתחילה א"כ פניו דהעדים לא עברו על לא תענה ברעיה עד שקר פניו שהי' שלא בפני הבע"ד ולא הי' תועלת בעדותו דאין פח ביז הב"ד לדון עפ"י עדותו איך נוכל לקיים עדותו אם לא עברו על לא תענה.

ועיין מ"ש אאמ"ו וז"ל בד"ח דיני עדות (סי' ב') להקשות על המרמ"פ מדברי רמב"ם (פח"י) מעדות דמשמע אפ"י אם הוזמו שלא בפניהם ומתו אח"כ דג"כ ל"מ עדותו ואמאי קא אין אונס גדול מזה וכ' דבהזמה בעי אף בדיעבד בפניהם ורק בד"מ דקרא אסמכתא הוא מהני אונס ולא בקנס דכדינא נפשות הוא והמר"ם פאדוואה לא כ' זאת רק בד"מ.



ואחרי המחילה עין הרוצה במהרמ"פ יראה דין על עדי קידושין שנתקבל שלא בפני האשה ובזה מדאורייתא לאסרה לשוק בעינו בפניה דכדנ"פ דמי ואעפ"כ הוליד המרמ"פ מהר"ד דר"י הואיל דאונס שאח"כ מהני לקבל עדותו בנפסק הדין ג"כ מהני הרי דסובר דדעת יש מגדולי האחרונים שהביא הרבנינו ירוחם דמהני במתו אח"כ אף במקום דבעו מדאורייתא בפני בע"ד.

אף י"ל דעדי קידושין לענן לאסר' לשוק דהוי לאפרושי מאיסורא מקבלין וכמו שכ"ב בש"מ ב"ק בשם הרב המאירי. ואף דמהר"פ שם סובר דבעי בפניה מ"מ לאו מדאורייתא כדנ"פ ממש משא"כ בהנזמה ואף אם נאמר דהנזמה דל"ה דנ"פ ממש גם כן מדרבנן מ"מ במתו שוב אי אפטר לגמור הדין דגמר דין בעי בפניהם וכיון דלא יהיה אפטר לגמור הדין מ"מ למה יקבלו אותם.

אף בנידון דמהר"פ פנראה היתה בהכחשת המתקדשת ובכה"ג בעינו עדות גמור ובפני בע"ד האשה שרוצה לאסרה אכ"ע וישקשויה בו ואף דבש"מ ב"ק הובא משם הרב המאירי הבאתי דבריו בהגהותי בדברי חיים סוף דיני עדות מ"מ משמע דרק מה דהוא לאפרושי מאיסורא דומיא למ"ש שם שנטמאו טהרותיו ושזכות הוא לו אבל באם האשה מכחשת הדברים ודאי הוי צריף כל דיני עדות דילפינו דבר דבר ממון ובעינו שיעידו בפניה וכמו בדנ"פ ואעפ"כ דן מהרמ"פ דמהני פסקם בדיעבד: ואני פתבתי שם בד"ח לדון דאם נאמר דהגדה שנית בפני בע"ד ל"מ מטעם דאמרו להחזיק דבריהם הראשונים א"כ אין אונס גדול מזה וע"כ דנין ע"פ הגדתו הראשונה רק לחזור יכולים לשיטת הרמ"א.

וכעת מצאתי סברא הזאת תל"י בתשובת רד"ך (בית כ"ו חדר ב') וכו' פן בדעת ראב"ן דסובר דרק מדרבנן בעינו שיעידו בפני בע"ד ולא מד"ת מדמקשרו באונס ולכך ממילא לא מהני פשקבלו אפי' מדרבנן דא"כ פשגבה עדותו פבר אותם העדים אינו יכולין לחזור בהם שפינון שהגיד שוב א"ח ומגיד וא"כ מה תועלת יש שיחזרו להעיד אם לא יכלו לחזור בהן ואם נאמר שלא יעידו פלל עוד פינון שהעידו שלא בפני ב"ד א"כ אין לה אונס גדול מזה והריב"א יכול לתרץ אף באונס התירו להעיד אף שלא בפניו זה שעשה שלא כהוגן קנסוהו שלא יגבה עוד העדים הים אף כי אנוס עתה פינון שלכתחילה ל"ה אונס עכ"ד ולא הרגיש בדברי גדולי אחרונים שבר"י הנז' דל"ס להו לחלק בין אם היתה אנוס מקודם או לא.

גם מדברי כל הפוסקים מבואר דמהני הגדה שנית בפניו ואיך נייחס להריב"א לומר דשוב יתבטל מפל וכל העדות. ודעת הב"י בתשובה ורש"ל (סי' י"ב) בפשיטות דא"י לחזור ולהגיד אף לדעת הריב"א ומ"מ יכולין לחזור ולהעיד מחדש ומקבלין עדותו ודברי רד"ך תמוהין: ואם נאמר דאף אונס אח"כ ל"מ ואף דנתקבלו פדין פמבואר מדברי רמ"ה בש"מ פתובות הנז' דשם העידו בפני בע"ד שותף האחד ומ"מ בעי אח"כ שיעידו בפני האחר ואף נפסק הדין ל"מ וכמו"ש יש ליישב דברי רש"י ב"ק (דף ח') וכתובות (דף צ"ב) בהא דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ובא בע"ח דראובן וטרף משמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומשמעי דינא כו' ופירש"י הנ"מ דאע"ג דנקט שטרך אי א"ל אישתבע לי דלא פרעתיך בעי אישתבע.

והקשו על זה בתוס' הא הקא לפרנע מנכסים משונעבדין ג"כ צריף לישבע. ולהג"ל י"ל נ"מ אם הביא הבע"ח עד המסייעו לפטרו מן השבועה פגון דבא תיקף אחר זמן פרעון לגבות דתו"ז לא פרע וביום אחר זמנו לא זו נד העד מידו או אף שני עדים דלכ"ע פטרו משבועה ונצא הבע"ח ופאי בדינו שיטרוף וטרף משמעון והעדים הלכו לדרכם או מתו אם בא ראובן ומשטעי דינא עם הבע"ח וטוען אישיתבעי לי דל"פ חייב לישבע פיון דהוא בע"ד מטעם אחריות או אף שלא באחריות מטעם דל"נ לי דתהוי לשמעון תרעומות וכ"ז שלא בא ראובן לפני הב"ד לאשיתעיי דינא ל"ה חייב לישבע פיון דמה דאנו טענין עבור הלוקח ע"ז הי' עדים המסייעין להבע"ח והעידו בפני הלוקח ונפסק הדין שיטרוף וכשפא ראובן וטוען אשתבע לי דלא פרעתיך חייב לישבע אם שוב אין העדים בפנינו דדומה לשותף אם ליתא בכתא וכמו"ש הרמ"ה בש"מ הנז': והנה בהגהותי שם בד"ה הרגשתי להעיר דאם נאמר דבמקום אונס דלאחר הגדתן שלא בפני בע"ד מהני עדותן א"כ עברו על ל"ת וכשהוזמו אח"כ יפסלו למפרע וא"כ מה מועיל הגדה השניה הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן פיון דהגמר דין דע"י הגדה שניה הי' בטעות דכבר נפסלו א"ו דהגדה הראשונה ל"מ פלום.

אולם באמת הא מבואר מדברי רמ"ה בש"מ הנז' וכן מדברי הרשב"א והר"ן גיטין סוף השולח דגם לגבי ב' שותפין אם ליתא בכתא דצריף שיעידו פעם שנית ובנה עדותן הועיל לגבי שותף או בעל שהעידו בפניו דלגבייהו נתקיים עדותן וא"כ יקשה בנדאי מאי מהני הגדה השניה שיעידו בפני האשה או בפני שותף השני הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן פיון דאם יתזמו קיי"ל למפרע נפסל ויהיו פסולין מהגדה הראשונה ושוב הי' הגמר דין בטעות דכבר היו פסולי עדות.

ולכאורה יתנה מנה הוכחה דל"ב בד"מ שיהיה עשאילה"ז אולם כעין זה יקשה בש"ס סנהדרין (דף ח') סוגיא דחוששין ללעז ובתוס' שם ד"ה רבה אמר דפירשו בשיטת ר"ת דאיירי דאם תובע לבעל ק' סלעים וכגון דאפניף שהביא האב עדים להזימם לעדי בעל ולא הספיקו לקבלם עד דאיבדור מחמת אונס ונשארו רק שלשה ואמר להו האב דינו לי מיהא דיני ממונות היינו שיקבלו עתה העדים בפני השלשה לדון במאה סלעים.

וע"כ אח"כ פשיכנסו העשרים ושלשה יקבלו שוב שנית העדים בפניהם למיזן דיני נפשות דצריף לקיים ובערת הרע מקרבה וכן מבואר להדיא בחידושי הר"ן שם וקבלת עדות לדיני נפשות צריף שיהיה בפני כ"ג פמבואר בדברי רמב"ן על התורה פרשת שופטים על פסוק עפ"י ב' או ג' עדים יקים דבר להשיג על הגאון דפירש שלשה מקבלין עדות שנים וכתב עדות נפשות אינו מקובל רק בפני סנהדרין של עשרים ושלשה וכן מבואר ברדב"ז (סי' ש"ל) והאריף שם וסיים פללא דמלתא איני רואה שייספיק שום פוסק או מפרש שע"י קבלת עדות ב"ד של שלשה ידונו דיני נפשות ומינה לא תזוז עכ"ל ומהתימא שלא הביא דברי רמב"ן עה"ת דדעת הגאון אינו פן אף הרמב"ן משיג עליו וכן מבואר מדברי כ"מ (פ"ד ה"א) הלכו' עדות והא דכתוב לפנינו ברש"י ב"ק (דף צ' ע"ב) ד"ה שראו בלילה לפיך צריף למקצתו להעיד ואם אין שם אלא ג' צריף כו' ולכאו' טעות נפל בדבריו וצריף לומר כ"ג פיון דאיירי שם בדיני נפשות.

שוב ראיתי בחידושי ר"ן סנהדרין (דף י"ז ע"ב) שכתב על פירש"י שם וז"ל ומפירושו משמע דב"ד של שלש יכולין לקבל עדות של דנ"פ ואינו במשמ' דודאי פל הב"ד הצריכין בגמר דין צריכין שיידעו לדבר בע' לשון ושכונן יקבלו עדות מדנ"פ עכ"ל וא"כ יקשה איך יקבלו אלו השלשה עתה עדים אלו הא לא יהיה עדים אח"כ לדון בדנ"פ ע"י אלו עדים וא"י לגמור הדין מטעם דיהיה עדות שאי אתה יכול להזימן דאם הנה עדי האב יתזמו יהיו נפסלין למפרע מהגדה הראשונה שהעידו בפני הנה שלשה לחייב בק' סלעים ולמפרע יהיו נפסלין ויהיה הגמ"ד על מיתה בטעות ואם נגרוס שם רבא י"ל רבא לשיטתו סובר מפאן ולהבא נפסל אבל פפי הנראה גרסינן שם רבה כמבואר שם יקשה ואף אם נדחק דאירי דהי' שני פתות עדי' שהביא האב להזימן ורופה שיקבלו פת אחת לדון דיני ממונו' וע"י הפת השני שיקבלו אח"כ השלשה ועשירים ידונו דנ"פ מ"מ קשה אולי לא יכוננו הפת השני עדותן ויתבטל עי"ז מצנת ובערת הרע ועיין חידושי הר"ן שם דמשמע דטעמא דרבנן אעפ"י שאין האב תובע רק ד"מ אין מקבלין אלא בכ"ג לפי שיש בו דנ"פ עדים המוזמין עיי"ש דמבואר דרק ע"י פת הזאת ידונו גם אח"כ פשיטא' הב"ד לדון את העדים המוזמין דיני נפשות יחזורו ויקבלו בכ"ג ויקשה פנ"ל ויש לדחוק ואכ"מ בזה.

ולהסוברים דאמרינן להחזיק דברים הראשונים ודאי קשה שם דלא נוכל לקיים חח"כ לדון דיני נפשות ע"י הגדתן של עכשיו וביותר פינו שיגמרו השלשה הדין לאב לחייב להבעל לשלם יהיו בנדאי נוגעין אח"כ: ודע דמדברי הרמ"ה בש"מ פתובות הנז' מבואר להדיא דאם קבלו עדות שלא בפני בע"ד יכולין לחזור ולהעיד בפניו ול"א להחזיק דבריו הראשונים.

וראיתי במהריב"ל (ח"ג סי' ק"ב) דהביא משם ספר חקת הדיינים שכתב שגראה מתוך דברי הרמ"ה שהעדויות שנתקבלו שלא בפני בע"ד תו ל"מ למתיר ולאסהודי באפ"י משום דעבידי לאחזוקי שקרא וכ' ע"ז פינו שלא כתב אלא שגראה מדבריו לא נחוש לזה עיי"ש וכן הביא משמו הכנה"ג ותמהני הא מבואר לפנינו דעת הרמ"ה בש"מ הנז' דכ' דליתנהי דלסהדי באפ"י שני הרי דאם איתנהי מהני עדותן שיעידו שוב שנית בפניו וכנראה הוכחת הספר הנז' הוא מדברי רמ"ה שבש"מ ב"ק שכ' דב"ד שיקבלו עדים שלא בפני בע"ד ל"מ שהיא קבלה לחייבה לההוא בעל דין פלל עכ"ל שם (דף קי"ב) ומדכתב פלל למד מדבריו דאף אם העידו באפ"י שוב שנית ג"כ ל"מ אולם הרמ"ה לא קאי רק על שהוא קבל' אבל קבלה שנית מהני ודבריו במס' פתובות הם לעד נאמן.

שוב זכיתי לראות בס' חקת הדיינים כ"י וראיתי שפאמת פאשר חשבתני פן הוא ולמד דבריו מדברי רמ"ה ב"ק הנז' ל והאמת עד לעצמו שלא כן הוא. וכן ראיתי בתשובת רמ"ה הנדפסים (סי' רס"ג) שם דן בנתקבל עדות שלא בפני בע"ד דל"מ עדותן וסיים הלכה צריכי סהדי למיתי זימנא אחריתא ולאסהודי בבי דינא בפני בעל דין עכ"ל מבואר לפנינו דעתו להלכה ולמעשה דמהני הגדה שנית ול"א לאחזוקי דבריו ראשונים ועיין ס' שער משפט (סי' ל"ו ס"ק א') ודבריו מופרכין למ"ש ועיימ"ש בד"ח שם להוכיח עוד דל"א להחזיק דבריהם הראשונים וכן הסכמת רוב הפוסקים: וראיתי בשעה"מ (פ"ט הי"ב) מאישות שהביא דברי מהריב"ל הנז' והקשה מש"ס קידושיין (ס"ג) נאמן ליתן גט

וא"נ לכנס וכתב הריטב"א אע"ג דמתחילה לכוונסה נתפונן מ"מ פיון דמודעינו ליה בתר הכי שאינה כוונסה ועומד בדבורו ונותן גט אלמלא קושטא קאמר ל"ה מחזיק שיקריה למיתן גיטא דשרי לה לעלמא שלא פדין הרי דל"ח לאחזוקי שיקרא עיי"ש ולענ"ד משם ליפא ראיה די"ל דדבור' עביד אבל מעשה לא עביד שיתן גט בזה לא חיישינו לומר דעבד לאחזוקי דבורו הראשון דמי יכוף אותו ליתן גט הא בידו לומר באמת אני קדשתיה ואין אני רוצה לגרשה עד שיתברר ותהיה מותרת לי ואם נותן גט נדאי קושטא קאמר דלא יעבד מעשה רבה להתייר לשוק כדי להחזיק דבריו הראשונים ועיין בס' המקנה (סי' ל"ז סכ"ד) דחקר אם מת זה שאומר אני קדשתיה אם מותרת לשוק עיי"ש וקצת יש להוכיח מלשון הרמב"ן שם בחידושי ש"כ פיון דאמרו שלא ישאנה ל"ה פותב לה גט להתייר דאין אדם חוטא ולא לו משמע דוקא פשנותן לה גט אז מותרת דמעשה לא עבד להחזיק דבריו הראשונים ואם מת פתאום י"ל דאינה מותרת וכן נראה מלשון הריטב"א שם שפתב ל"ה מחזיק שיקריה למיתן גט.

ובאמת בשיטה חידושי קידושיין לאחד מן הראשונים לא נודע למי כ' שם נאמן ליתן גט וא"נ לכנס פירוש אם בא אחד ואמר אני קדשתיה ואתן לה גט נאמן ונותן לה גט ושרינן לה לעלמא דאין אדם חוטא ולא לו ואינו נאמן לכנס שאם אמר קדשתיה ואכנסנה אינו נאמן אימא יצרו תקפו ומבואר שם דאם בא לכנס מתחילה דא"נ דאימא יצרו תקפו והשתא פי יתיב גיטא לאחזוקי בטענתו הוא דקא אתי.

ואף דהרמב"ן והריטב"א חולקין ע"ז וסברו דאף דבא לכוונסה מ"מ נאמן ליתן גט וכן לדידן נ"מ פדין זה באשה שאמרה קדשתי א"ע וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דאינו נאמן לכוונסה רק ליתן גט כמבואר שם באה"ע וילדעת השיטה הנ"ל כשפא ואמר אני קדשתיה ואכנסנה א"נ אף ליתן גט ואולי דבנה אף השיטה הנ"ל מודה דהיא לא תקלקל א"ע ואכ"מ בזה.

ואולם הפל פיון דעושה מעשה להתייר לשוק לכו"ל ל"א להחזיק דבריו הראשונים עושה משא"כ לגבי עדות י"ל דנוגע בדבר שמוכרח להעיד אף בפני הבע"ד דאל"כ תפברר שהעיד מקודם בשקר ועבר על לאו דלא תענה.

ואולם דעת רוב הפוסקים דכמו שנתנה התורה נאמנות לשני עדים מטעם חזקת פשרות פן נמי בהעידו שלא בפני בע"ד כ"ז שלא נודע לנו חשש נגיעה בעדותן מוקמינן על חזקתן דגם מעיקרא קושטא העידו רק גזה"כ הוא דבעינן שיעידו בפני בע"ד בדנ"פ לכ"ע ובד"מ לדעת רשב"א וסייעתו הוא רק מדרבנן וכיון דמעידין שוב לפני בע"ד דנין ע"פ עדותן: ועיין קצוה"ח (סי' ל"ג ס"ק ב') שהוסיף להוכיח דל"א לאחזוקי דבריו הראשונים מדברי תשובת הרא"ש ברמ"א (סי' ל"ו) ובש"ע (סי' מ"ה) בשטר שחתם עליו עד פסול ונתבטל כל השטר מדין נמצא אחד מהן קאו"פ דבטל כל העדות ואם הפשרי זוכרין עדותן ע"י השטר יכולין לחזור ולהעיד בפני ב"ד הרי דל"א עביד אינש לאחזוקי דבריו ותו ל"מ הגדתן פעם שנית והש"ף שם (ס"ק י"ב) חולק על הסמ"ע שמתקלקל בין הגדה בע"פ להגדה בשטר והעלה דאפילו אם הגידו בע"פ עם קאו"פ יכולין עוד לחזור ולהגיד בלי צירוף הפסול אלמא דל"א עבד לאחזוקי דבוריו.

ולא אבין דבריו ודאי אם הגידו בע"פ אם היתה פנונה בשעת ראיה כ"ע מודים דנתבטל עדותן ואינו מועיל שיחזרו הפשרים ויעידו פדמוכח מהא דמה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפש דל"מ שיחזרו הפשרים ויעידו בלא צירוף הפסול וכמבואר בטו"ז (סי' ל"ו) ובב"ש אה"ע (סי' מ"ב ס"ק ח').

ונעת הש"ך דאם הי' צירוף בשעת ראיה בפנונה להעיד וחתמו יחד הני פהגידו יחד ובחתמו על השטר הני פהגדה וקרא"ש והש"ע איירי פשלא נצטרפו יחד בראיה וקא דכתב הש"ך (ס"ק י"ב) ולפי"ז אין חילוק בין שטר לעדות בב"ד אין הפנונה דלא יש שום חילוק דקא לפי מ"ש (סי' מ"ה ס"ק כ"ז) דבהגדה בב"ד אם לא נתפנונו בשעת ראיה אינו פוסל ואף הגדה הראשונה פשרה ובשטר גרע טפי ובחתמו יחד חתימתן הני צירוף לענין מעשה שטר פינון שחתמו יחד אבל ראית המעשה לא נתבטל דראית המעשה וחתמות השטר שני ענינים החלוקין הן.

הרי דחתמה לבטל מעשה השטר עדיף לדבריו. אף מהגדה בלא פנונה רק פנונתו דאין חילוק בין שטר להגדה דלא כמ"ש הסמ"ע והלבוש דחתמה ל"ה פהגדה לבטל ואיהו סובר דמבטל ובנדאי ל"מ הגדה שנית אף אם ל"א לאחזוקי דבריו הראשונים מ"מ גזה"כ דנתבטל העדות מהתיקש שנים לשלשה וקא דמהני הגדה בפני ב"ד.

אף דנתבטל השטר משום דשני ענינים מחולקים הן דעדי השטר אינם מעידין רק דנעשה מדעת המתחייב. ומה שיגידו שנית הוא על גוף המעשה הלואה או קנין הנעשה בפניהם וכיון דלא נצטרפו בראיה יחד לא נתבטל רק פשנצטרפו בראיה נתבטל ע"י החתימה לגמרי.

וא"כ ל"ש שם פלל לומר להחזיק דבריו הראשונים פינון דהם שני ענינים מחולקין דבחתמת השטר העידו דנעשה מדעת המתחייב והגדה שיגידו עכשיו בפני ב"ד הוא על גוף מעשה הלואה ועיין ש"ך (סי' מ"ה ס"ק כ"א) ובאורים שם ביאר דבריו ולמ"ש אף בלא טעם שפכר עשו שליחותן לא יכתבו בעצמן מטעם דחיישינו לאחזוקי דבריהם הראשונים: ובתנאים סי' ל"ג ס"ק ח') הקשה על דין דבעל העיטור בקרוב שהעיד בהיותו קרוב אף דהי' תחילתו בכשרות מ"מ ל"מ שיעיד שנית פשנתרחק מטעם דעביד לחזק דבריו הראשונים ואמאי קא לא נחשדו קרובים להעיד שקר ולכך פכא שטר שחתם בו עד שלא נעשה חתנו פשר ול"א שזיגף עתה השטר כמו בגזלן א"כ בהעיד הקרוב לא נחשד למשקר רק גזירת המלך לבל יועיל עדותו וא"כ עכשיו שנתרחק ובטל גזירת המלך מה נ"מ דעביד לקיים דבריו הראשונים באמת רק גזירת המלך עיי"ש בדבריו דהוליד מזה דהטעם דכיון דיודע שאין הב"ד סומכין על עדותו אינו מדקדק פל פך אבל אם הב"ד אינם יודעים שהם קרובים מדקדקין.

ולענ"ד לא אבין פלל קושיתו קא לו יתא פדבריו דגזירת המלך הוא שלא לקבל עדות הקרוב אף אם ידענו דאינו משקר מ"מ פינון דאין הב"ד יכולין לדון ע"י הגדתו שהעיד אז וצריכין אם ירצו לדון ע"י עדותן שיקבלו עדותן שנית וכיון דהגדה השניה אמרינן דמזכיר לומר כמו שהגיד בראשונה לא נוכל לקבל עדותו דעפ"י שנים עדים יקום דבר הוא דוקא בעד שיש הבירכה בידו להגיד או צד החיוב או צד הפטור אבל אם נחזיק שפזכר לומר כמו שאמר בראשונה להחזיק דבריו ושוב אינו יכול לומר שהיפוך אין

זה תורת עדות ע"ז ועל הגדה הראשונה פינון שהיא גזירת המלך א"י הב"ד לפסוק והגדה שניה ממילא אם נאמר להחזיק דבריו הראשוני' הוא פמאן דליתא פינון דמנכרח לומר פד: סי' יג ראייתי בכנה"ג שהביא משם תשובת מהרשד"ם (סי' שע"ד) אם אין תועלת לקטן במניעת קבלת העדות כגון שאם מניחין הפתים בתוקת יתומים תגבה האלמנה מהם מקבלין העדות בפני הקטן עכ"ד וחיפשי במהרשד"ם ומצאתי בחלק אה"ע (סי' קמ"ט) שכתב פן בלא ראיה ולכאורה יקשה הא מ"מ עתה דנין להוציא מתוקת הקטן וחוב הוא להקטן להוציא מידו ואף דליכא כ"כ נ"מ דאף אם יהי' בתוקתו תגבה האשה מ"מ יותר טוב שיתפרע האשה ולא יהיה לה חוב על היתומים ובאם ימצא עוד בתוקת היתומים איזה דבר תגבה וגם נ"מ לענין שומא הדרא דאם האשה תגבה בכחוקתה אם יהיה ליתומים אח"כ פשיגדילו מעות יהי' יכולין לפדות הקרקע מן האשה משא"כ פשיקח המערער ועוד הא מצינו בחידושי הרא"ה פתובות (דף ק"ט) דכמו דמצד דניחא ליה דלא להוי ללוקח עליו תרעומות חשיב בע"ד פמבואר פתובות (דף צ"ב) כ"כ היורש הוי בע"ד מצד זה דנ"ל שלא יהיה תרעומות על המוריש אביהן עיי"ש וכן מבואר בש"מ ב"ק (דף ח') בדברי המאירי וה"נ עכ"פ חוב הוא לקטן שהאשה לא תגבה מנה ויהיה לה תרעומות על אביהן שלא הניח לה פדי פתובתה.

אולם מצאתי שפן מבואר להדיא פדעת מהרשד"ם בתשובת הרא"ש (פלל ס"א) דהיכא דיש בע"ח ורפית אוכלת בהם או פתובת אשה ויש עירעור בנכסי יתומים בזה מקבלין עדות ולקבל בפניהם ול"ה פשלא בפני בע"ד פינון שיכולין בע"ח ליטול כל הנכסים הרי הדין בינו ובין הבע"ח ונזקקין לקבל העדות בפניהם עיי"ש אולם אינו מבואר אם הוא גם בקרקע בכה"ג דהיכא דיש נ"מ לענין שומא הדרא אפטר מודה הרא"ש דהיורשים הקטנים הוי בע"ד ושם סתם הרא"ש דאם יש בע"ח פנגד כל הנכסים ואפטר דאיירי פמטלטלין דל"א שומא הדרא וצ"ע ואף פכתובה אם גבתה קרקע ג"כ שומא הדרא כמ"ש הרמ"א בתשובה דלא פדעת מרש"ל ומזה קצת ראיה לנידון המבואר תשובת רדב"ז (ח"א סי' ע"ט) ביצא על יתומים קטנים שני שטרות מוקדם ומאחר וזה ה"ל תו"ז פשמת הלנה דבכה"ג נזקקין וכתב דל"א אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים רק לטובת היתומים ולא להפסיד למלנה שקדם שטרו ולפרוע להמאחר מפנו רק מניחין פיד הב"ד פדי חוב המוקדם ולכשיגדלו היתומים אם ימצא ראיה שפרע אביהם להמוקדם נותנים להמאחר ואם לא יוכרר נותנים להמוקדם עיי"ש והבאתי דבריו בדברי חיים דיני ג"מ וג"ח (סי' כ"ח) לנידון המבואר פתומים (סי' ק"ח) בבע"ח מוקדם דמת לנה פחיי מלנה דא"א מוריש שבועה לבניו ויש בע"ח מאחר חי אם גובה המאחר או לא והנתיבות שם העלה פינון דבע"ח מפאן ולהפא גובה וכ"ז דלא גבה הוי פגובה מיתומים אף דליכא נ"מ להם דאם לא יגבה המוקדם יגבה המאחר מ"מ פתר השתא אזלינן ועוד דאפטר דימחול ליתומים עיי"ש מה שפלפלתי בדבריהם ומדברי רדב"ז הנז' ומדברי תשובת רא"ש הנז' משמע קצת פל היכא דבמר הטורפא לא יהי' נ"מ ליתומים לא אזלינן פתר השתא אף לענין לקבל עדות ולדברי הרא"ש הא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא דאורייתא ובכ"ז אזלינן פתר מי דיש לו זכות ולא פתר בעלים דהשתא ומכ"ש לענין א"א מוריש שבועה לבניו ולענין אין נזקקין דאזלינן פתר מי ששייך לו הזכות והחוב ועיי"ש מ"ש בזה ת"ל: סי' יד' בש"ע (סי' כ"ח סח"י) ל"א אין מקבלין עדות שלב"פ בע"ד אלא

בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל המביא עדים לפטור א"ע מקבלים ודין זה הביא הב"י משם הר"ן פתנבות וכ' הד"מ וכ"כ הרשב"א (סי' אלף כ"א) דמקבלין עדים ממחזיק קרקע ומביא ראיה לפני ב"ד על חזקתו אעפ"י שאין המערער בפנינו ובתומים הקשה מהא דמבואר (סי' ק"מ) דלמה לטעם דמקבלין עדות השוכרין דיש לחוש שיפסיד עדותו תפ"ל דהוי פמוחזק ולכך העלה דעיקר טעמא דרשב"א דהוי פרוזופים העדים לילך למדה"י אבל לעולם פשיש להמערער חזקת אבות הוא הנתבע ואין מקבלין עדות. ובנתבות השיג עליו דהרשב"א איירי פשהוא מוחזק עכשיו משא"כ שם שהוא אינו מוחזק בהבית רק השוכר שמעידין ששכרו מפחו נעשה מוחזק וכ"ז שלא העידו אינו מוחזק ואין מקבלין עדות לעשות מוחזק.

ועיין טו"ז (ס' ק"מ) דכ' פיון דקרקע בחזקת בעלים עומדת פיון שיש לו עדות שהיתה שלו קרוי המחזיק תובע ומשמע דדעתו כמו שכ' התומים דאף כשיושב בהבית מ"מ קרוי המחזיק תובע וצריף המחזיק לברר חזקתו וכן יש להוכיח מדברי רשב"א בתשובה (ח"ב סי' שס"ב) דכ' שם פענן השאלה הנזכר בח"א פיון שאלו מעידין שכתבו לו את השטר הלוקח מוחזק במקחו ואין פאן מערער אין אנו חוששין מן הסתם למערער עיי"ש שכ' במי שאבד לו שט"ח דמעמיד עדים לא נזכר בו קבלת עדות בפני הבע"ד ושם הוא אף להוציא ג"כ א"צ קבלת עדות בפני הבע"ד והפל הוא מטעם הואיל דאין פאן מערער בפנינו ואע"ג דכ' שם הרשב"א דא"ד להיא דב"ח דר"י בב"ק (דף קי"ב) דהתם הנה הקטן מערער ונרד לתוף ביתו ומחזיק בו ור"י פא להוציא מבייתו מבית שהיה בחזקת אביו של קטן והוא מחזיק בו עכשיו ובכי הא אין מקבלין שלא בפני בע"ד ומשמע מדבריו דתרתיה לטיבות' דקטן בעינו שהיה מחזיק בהבית וגם שהיה מערער אבל אם ל"ה מוחזק בהבית ור"י הנה יושב בו אף שהיה בחזקת אביו של קטן היינו מקבלים עדות אף שלא בפניו י"ל דהרשב"א האמת פתב דשם הנה מערער וגם המערער יושב בהבית אבל עיקר טעמו הוא משום דיש מערער והיכא דליכא מערער מקבלין אבל היכא דהנה מערער והנה לו חזקת אבהתי אף שזה החזיק בו ויושב בו י"ל דסובר דצריף לקבל העדים בפני המערער: והעד לזה דברי הרשב"א (ח"ד סי' ד') שם נדפס ג"כ תשובה על שאלה הזו או נוגמתו בראובן שמחזיק בקרקע שהוא מוחזק וידוע תחילה לשמעון ושמעון אין עמו במדינה ובא ראובן לב"ד ועדי חזקתו עמו ואמר שנאבד שטרן שכבשה פרפום העיר ורצה שיקבלו ב"ד את עדיו והשיב מסתברא ודאי דכי הא מקבלין ול"א אין מקבלין אלא בזמן שראובן פא ליתן עדים בקרקע שמחזיק בו עכשיו שמעון פבר חמוה דר' ירמיה וא"נ אפילו בזמן שמחזיק בו ראובן ושמעון מערער אבל כ"ז שהוא מחזיק ואין אחר מערער מקבלין דכל מחזיק בקרקע סתמא דמילתא שלו דלא מחזקינן אינשי בגזלני כל שלא יצא עליו ערער וכ"ש פשאין הבעלים ראשוני' עמו במדינה דל"ג מהיה חולי כו' ושלחו ולא פא ולא דוקא פששלחו אלא אפילו לא שלחו בפירוש הראב"ד וזו אפילו קרא עליה ערעור וכ"ש פשלא קרא עליה ערעור ואין עמו במדינה דאיכא תרתיה לטיבותא וכך פירש לנו מורי הרב ז"ל פריש חזקת הבתים ואי טען ואמר ליתו לי סהדי כו' דאף דלא נקטי אגרי בידיהו אם הוא מקמי דאתא מערער מקבלים מהם דכיון דאין פאן מערער ל"ח להו פנוגעין בעדותן הרי כ"ז דלא חזינו דמערער

מקבלין שלא בפניו עיי"ש עוד בדברי הרי לפנינו דעת הרשב"א דעיקר תלוי אם אינו עמו במדינה או דאין פאן מערער.

אך ברשב"א בחידושו ב"ק שם מבואר להדיא דאם הקרקע בידי אחר וטוען לקוח ויש עדי של מקח או של חזקה בכי הא לא אמרינו אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ונוציא את הקרקע עד שיגדלו התומים ואף דהחזק דשל אביהו הנה הקרקע אלא גביא עדיו ונראה וכו' והדין נדאי דין אמת דאל"כ לא שבקת חיי לכל לוקח במקום תומים עיי"ש וע"כ הא דכתב הרשב"א (ח"ד) ה"ל וא"נ אפילו בזמן שמחזיק בו ראונו ושמעון מערער היינו דגדול עדיף בזה דהוי ערעור מעליא ויכול לקבל העדות בפניו משא"כ בקען אמרינו ממנ"פ אם ערעורו הוי ערעור נקבל בפניו ועיין ים של שלמה ב"ק (פ"י סי' ל"ז) ובקצוה"ח (סי' ק"י ס"ק ב') באנרף בזה ובתומים שם (ס"ק ז') בארנפה העלה דכל היכא דיושב בקרקע אף דיש להקטן חזקת אבות מקבלין וא"כ קצת סותר ד"ע שפכת (סי' כ"ח ס"ק כ"ג) פיון שיש למערער חזקת אבות הוא הנתבע ואין מקבלין עדות ואולי פונונתו היכא דכבר ערער פ"א והוא גדול וכמ"ש דרק בקטן אמרינו ממנ"פ אי חשבת לטענת הקטן טענה נקבל העדות ג"כ ואם לא מקבלין דחשבת ליה לקטן כמאן דליתי א"כ תביעתו אינו תביעה אבל בגדול שפכר ערער פ"א י"ל פיון דטענתו טענה לא מקבלין שלא בפניו אף שהוא להחזיק ועיין ש"ף (סי' ק"י ס"ק ט"ז) שציין לעיין במהרשד"ם (סי' שע"ד) וראיתי שם שכ' לדון מדברי הרא"ש ב"ב שכ' על ההיא דרבה בר שרשום שכ' פיון שפכר אכלה ג' שנים בחיי אביהו וכבר הנה מוחזק בחיי אביהו ולהחזיק מה שפידו מקבלין עדות בפני תומים קטנים א"כ דוקא פשהחזיק המחזיק ג"ש חזקה גמורה בחיי אביהם אז מקבלין להחזיק מה שפיד המחזיק לבטל ערעור הקטן אבל פשידוע שהנה של אביו אף שהמחזיק רוצה להביא עדים שמכרו לו ואף שיושב המחזיק בו כל שלא החזיק ג' שנים בחיי האב אין מקבלין עדות וכן ראיתי בתשובות דברי ריבות (סוף סי' רי"ט) דדוקא בעינו שהחזיק שלש שנים.

אולם מדברי כל הפוסקים מבואר דלא תליא בחזקת של שלש שנים רק אם מוחזק ויושב בה וכן מבואר להדיא בתשובות מרן הב"י ז"ל באבקת רוכל (סי' קכ"ו) להלכה בגידון דלא החזיק בחיי אביו רק שני שנים ובכ"ז דן דמקבלין עדות שלא להוציא: וכן נראה דקשה להבין ההבדל בין אם החזיק שלש שנים או פחות ובפרט להסוברים דבאמת מצד דלא חציף אינש לאכול פירות חבירו הנה מהראוי שיהנה לאלתר חזקה רק מצד ריעותא דלא יש שטר בידי המחזיק מוציאין ממנו ולאחר שלש פיון דטפי לא מיזנהר ל"ה ריעותא ואמרינו מדשמת נדאי מכרו לו וזה דעת רמב"ן ותו"ח ריש פ' חה"ב ועיין קצוה"ח (סי' ק"מ) בבבאור הסברו' וא"כ א"צ עדות רק לסלק הריעותא דלא יש לו שטר ומה לי אם החזיק שלש שנים או דיש בירור אחר ע"י עדים לסלק הריעותא.

אולם זה הפל נגד ערעור דקטן אבל גדול דערער מכבר לכ"ע אין מקבלין עדות שלא בפניו וכמ"ש מהרי"ט חח"מ (סי' ל"ב) דמה לי להוציא או להחזיק. ובתשובת עבודת הגרשוני (סי' ג') שפכת פיון שרוצה להוציא משמעון יכול שמעון לגבות עדות שלא בפני ראונו כמבואר בר"ן פ' אלמנה ניונת המובא בש"ע (סי' כ"ח) וזה שלא כדברי מהרי"ט ה"ל וכן נראה מדברי הב"ח דלעולם לפטור מקבלין שלא בפני בע"ד ומדברי



תשובת הרשב"א הנ"ל מבואר דדוק' פשלא יש ערעור אז מקבלין להחזיק וכו' בדברי הר"ן פתובות הנ"ל הוא בכה"ג אבל פשפכר יש ערעור אין מקבלין אף להחזיק רק בקטן מטעם ממנ"פ וכן נראה שהוא דעת הד"מ דכ' על דברי הר"ן הנ"ל שכ"כ בתשובת רשב"א וכן הספיק הקצוה"ח להלכה: סי' טו פלל גדול לגבי עדים דאינו יכולין לחזור מעדותן אחר פדי דבור וכינן שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו' הסמ"ע (סי' כ"ט) דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו דמשמע כל שלא הגיד ראשונה נושא עון ול"מ מה שיבא לחזור בו.

והוא מדברי רש"י פתובות (דף ח"י) דגבי עדות חדא הגדה פתוב. ועיין רשב"ם ב"ב (דף קס"ח) דכ' כינן שהגיד נפ"ל במס' שבועות מאם לא יגיד.

ולא אדע במס' שבועות (דף ל"ב) מיימי אבני קרא אם לא יגיד לא אמרתי לה אלא במקום שאילו מגיד זה מתחייב זה ממון היינו דרק אפפירה בב"ד הוא דמחייב ולא מחוץ לב"ד אבל דאינו חוזר ומגיד לא ילפינן משם ואם פוננת רשב"ם במתניתין שם השביע עליהם חמשה פעמים בפני ב"ד וקפרו א"ח אלא אחת ואמר ר"ש מ"ט הואיל ואינם יכולין לחזור ולהודות מזה יהיה מוכח דא"ח ומגיד הוא אינו מוכח רק אחר שנשבע וגם לדעת הר"ן שם פשאומר איני יודע לה עדות חוזר ומגיד רק הא דא"י לחזור ולהודות הוא מטעם דא"א משים עצמו רשע וכינן דנשבע א"י לחזור ולהודות ולאו מטעם חוזר ומגיד: ולכאורה י"ל זה גופא הא דא"ח ומגיד יהיה מטעם דאיני אדם משים עצמו רשע ואם חזרו מעדותו ע"כ העידו בראשונה בשקר ועבר על לאו דלא פענה ואף די"ל דאם יכולין לחזור לעולם א"כ אינם עוברין על ל"ת דיכולין לחזור מעדותן ולא נגמר עדותן עד שנעשה המעשה ע"פ מ"מ י"ל אף דלא עברו על ל"ת מ"מ עברו דהעידו שקר בפני ב"ד ואין אדם משים עצמו רשע אף בדבר איסור דרבנן פמבואר ש"מ פתובות שם משם הרשב"א וכמו שביאר הקצוה"ח (סי' ל"ה) אף זה אינו דא"כ היכא דנותנין העדים אמתלא טובה ע"ז מה ראו על ככה שהעידו מקודם להיפך הי' מן הדין שיהיו נאמנים ובאמת מבואר דאף נתינת טעם ל"מ ועיין טור וב"י מש"ס סנהדרין (דף מ"ד) דאע"ג דיהבו טעמא למלתא אמרינן כינן שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אמנם שם באמת אף לדבריהם האחרונים ואמתלא וטעם שלהם עשו שלא פדין להעיד עדות שקר אבל מ"מ מנ"ל דאם נתנו אמתלא טובה הנפקת לב"ד שיהיו רשאים להגיד אז דלא יהיו נאמנים לחזור מדבריהם הראשונים ובאמת גם בכה"ג מבואר מפל הפוסקי' דא"י לחזור וכן מוכח מדברי ר"ש הנז' דאמר מ"ט הואיל וא"י לחזור ולהודות ולדברי רמב"ן ורשב"א וריטב"א עיקר הטעם הוא משום דא"ח ומגיד ובש"ס קאמר שם א"ל ר"פ לאבני א"ה אימא שבועה גופה בב"ד אין ושללא בב"ד לא ס"ד דתנן' לאחת לחייב על כל אחת ואחת ואי ס"ד בב"ד מחייב על כל אחת ואחת והא דתנן השביע כו' ואמר ר"ש מ"ט הואיל וא"י לחזור ולהודות ש"מ שבוע' חוץ לב"ד פפירה בב"ד ואם ע"י אמתלא לעולם חוזר א"כ י"ל לעולם שבועה בב"ד ומשפחת לחייב על כל אחת ואחת היכא דיכולין לתת אמתלא לדבריהם א"ו דלעולם אינו חוזר ומגיד וא"כ ע"כ קרא בעינן לזה: וראיתי בריטב"א פתובות שם שכ' נאחרים פירשו שאת"ל חוזר ומגיד לא תמצא קרבן שבועת עדות דלעולם חוזר ומגיד וקרוב לזה פירש"י כו' ולא נהירא דחייב שבועת הערות אינו אלא במי שכבש עדותו ולא הגיד וע"ז ראו לחייבו קרבן אפי' חוזר ומגיד עדותו ומזה

הטעם אין הפי' מחזור דל"ש ביה למדרש מידי במי שהעיד בב"ד עיי"ש ואינו מוכן הא על מה שכתב עדותו אין בו כפירת ממון אם יכול לחזור ולהגיד ובש"ס ילפינו דא"ח על שבועת עדות רק בדבר שיש בו כפירת ממון ואם יהי' יכול לחזור ולהגיד ל"ה כפירת ממון.

ובאמת מה"ט לדעת הר"ן דכשאומר אין אנו יודעין לה עדות דיכולין לחזור א"ח רק מטעם דא"א משים עצמו רשע ואם מטעם זה א"כ בלא"ה אינו ראי' מדמתיב על שבועות עדות פיון דיכולין לחזור ויהיה מוכח מזה דא"י לחזור הא פשנשבעו אינם יכולין לחזור מטעם דאין אדם משים עצמו רשע וע"כ פוננת האחרים דהוכיחו מזה דאף בלא שבועה אינו חוזר ומגיד היינו דאל"כ אמאי תיביין פשנשבעו ע"פ אחרים דא"ח רק מטעם שבועות עדות ואם יכולין לחזור היכא משפחת הא יכולין לומר שכחנו א"ו אף פשאינו אומרים כן רק שהיו מזידין מ"מ פיון דא"א משים עצמו רשע אומרינו פלגינין דיבורא כמבואר בריטב"א חידושי שבועות שם דנאמנים על גופה של עדות ואינם נאמני' לגבי עצמן רק אומרינו שהיו שפוחין באותו שעה עיי"ש וא"כ פיון דלעולם יכולין לחזור אמאי תתיב בשבועת עדות א"כ מאי קשי' לי' לריטב"א על זה.

ובשאלת דר"א גאון פתב דילפינו אם לא יגיד אם לא הגיד שוב אינו חוזר ומגיד והיינו מדכתיב אם לא יגיד על העתיד ולא כתיב אם לא הגיד בא הכ' ורמז לא יגיד ששוב לא יוכל לחזור ולהגיד: והנה הריטב"א שם כ' אבל הנכון דנפקא לן האי פירוש דלא יגיד מדכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר אלמא על מה שהעידו בב"ד יתקיים הדין לזכות או לחיוב לאלתר ואם יכולים לחזור ולהעיד האיהו יקים דבר כו' עיי"ש עוד וכוננתו אף די"ל דלאחר פסק דין יקום דבר דאז א"י לחזור מדשתקו עד שפסקו הב"ד אבל מ"מ י"ל דקודם פסק דין יכולין לחזור.

ובאמת מי' אחר כדי דיבור משנחקרו עדותן שוב א"י לחזור ועיין ש"ס סנהדרין (דף מ"ד ע"ב) אומרו להחזירו אי אפשר שפכר נגזרה גזירה ובש"מ שם פתוב משם המאירי פלומר שפכר נגמר דינו עפ"י סנהדרין וי"א אעפ"י שלא נגמר דינו עדיין אלא שפכר העידו שוב א"י לחזור אלא גומרין דינו עפ"י אותה העדות ואעפ"י שהדברים מוכיחין ששקר העידו עיי"ש ואם אין הדברים מוכיחין כ"ע מודים דשוב א"י לחזור ומניין זה צ"ל דמ"מ מדכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ילפינו מי' פשהגידו קם הדבר ואין בי' לחזור.

ועיין פנ"י פתובות (דף ח"י) דנתקשה באומרים אנוסים מחמת נפשות הא פדין עשו שלא יסתכנו בשביל הפסד ממונו של זה ול"ה הגדה פלל ולמה לא נאמין להם דהחתימה ל"ה בגדר הגדה פלל ובס' ח"ס אה"ע פתב שהוא קושיא עצומה והוליד מזה חדשות דאה"נ אם מי' כשיצאו מהספנה באו לב"ד וגילו שפך אירע להם וכו' היה המעשה חוששין לדבריהם האחרונים אף אם המתינו עד שבא השטר לכלל גביה בכלל חוזרי' ומגידים הם עיי"ש ולא משמע כן מסתימת הפוסקים ולעולם חוזרים ומגידים הם וא' הפנ"י לא קשה פיון דגזה"כ הוא יקום דבר וכל מה שהגידו בפני ב"ד יקום הדברים ע"כ דשוב אינם נאמנים לחזור בכל אמתלאות שבעולם כ"ז שלא הוכחשו או הוזמוקם הדבר ועדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מי' פשמוציאין השטר מת"י שוב

אף אם באו לב"ד מיד לגלות שפך אינרע להם מ"מ הוי כאלו נתקבל כבר עדותן בפני ב"ד ויקום דבר פתיב בהו ול"מ כל האמתלאות שפעולם לעקור דבריהם הראשוני'.

ולדברי הריטב"א פשאומר העד א"י י"ל דיכול לחזור ולהעיד פינון דא"י לאו שם עדות על אותו דבר הוא ל"ש לומר יקום דבר אולם פריטב"א שבועות פתוב להדיא דהטעם דא"י לחזור ולהודות הוא משום חוזר ומגיד ודלא פהר"ן רק פדעת רוב הפוסקים דגם באומר א"י א"ח ומגיד וע"כ דגם ע"ז שם עד עליו דמעיד דא"י עדות זה ואם באמת יודע עובר גם על לא תענה ברעיה עד שקר פינון שמשקר ואומר שאינו יודע מה שבאמת יודע וכינון דנקרא שם עד עליו לא פליג רחמנא ואמרינון יקום דבר ושוב אינו חוזר ומגיד.

ובב"י דקדק מלשון רמב"ם וטור דאם אומר א"י יכול לחזור ולהעיד אם נתן טעם לדבריו דכל שאמר שאינו יודע לא מיקרי מגיד וכינון שנתן טעם לדבריו למה אומר בתחילה א"י נאמן וכתב ועוד דכשהעיד א"י לחזור בו משום דמשוי נפשיה רשיעא משום דלא דק מלהעיד עדות שקר אבל כי אומר א"י מפני פחד או מפני טענה אחרת לא משוי נפשיה רשיעא שהרי לא עבר שום עבירה ואעפ"י דנושא עון דאם לא יגיד מ"מ שב ואל תעשה הוא ועוד דאל"כ למה ליה למתני השביע עליהם ה' פעמי' בפני ב"ד וכפרו א"ח אלא אחד ליתני תבעם בפני ב"ד פלומר בלא שבועה וכפרו וחזרו ותבעו ה' פעמים והשביעם ה"פ פטורים לפי שפיהשביעם שבועה ראשונה כבר ל"ה יכולין לחזור ולהודות עיי"ש ולא אבין חדא אם נימא דטעמא דא"ח ומגיד הוא מטעם דאין אדם משים עצמו רשע הוא א"כ יקנה מועיל לעולם אמתלא טובה ובפרט פשאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות דא"נ מטעם חוזר ומגיד נימא דזה אמתלא טובה ולמה לא יהי יכולין לחזור ולהגיד וגם אם יש איזה אמתלא אחרת ואי משום דמשים עצמו רשע דהעיד עדות שקר אדרכה נימא פינון דהי' יודע דיכול לחזור ולהגיד לא עביד מאומה ועוד אף היכא דעושה מעשה רשע מבןאר מש"ס ב"ב דף קכ"ז באמר עבדי הוא ואח"כ אמר בני או אמר מקודם ממזר הוא ואח"כ אמר בני הוא מבןאר רמ"א אה"ע סי' ד') דמהני אמתלא ונאמן בדבור האחרון ואין לה מעשה רשע גדול מזה לקרו' לבנו ממזר או עבד ואעפ"כ נאמן פינון דלא העיד בתורת עדות יכול לחזור [ועיין תשובת באר שבע(סי' ע"ה) ובנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ט"ז) ודבריהם צ"ע וכתבתי בזה במ"א] ואמאי בעדות א"י לחזור ע"י אמתלא ועוד גם מה שכובש עדותו מחמת פחד אף דהוי שב ואל תעשה מ"מ אסור לו לכבוש עדותו נימא ג"כ א"א משים עצמו רשע דעשה שלא כהוגן דגם זה בכלל א"א נאמן על עצמו שפעשה שלא כהוגן כמבןאר ש"מ משם רשב"א פתובות (דף ח"י) א"ו דלאו מטעם דא"א משים עצמו רשע הוא רק פינון שאמר בתורת עדות גזה"כ הוא.

וגם אם כובש עדותו ושותק הוי שב ואל תעשה אבל פשאמר א"י הגיד עדות ושם עד עליו ע"ז שאינו יודע ואם יודע באמת עובר על לא תענה שנייה לומר ביה פינון שהגיד שוב א"ח ומגיד וכן יקום דבר שפבר קם דבורו וכשם דל"מ אמתלא באם מגיד שנית להיפך ממה שהעיד בראשונה פן ג"כ לא מהני אמתלא לעקור עדותו שהעיד בראשונה ואמר א"י לשם עד ע"ד שהגיד שא"י בעדות זה: שוב מצאתי בתשובת רבינו בצלאל אשכנזי (סי' ה') האריה שם להשיג על הב"י וסובר דאף אמתלא ל"מ וגם פירש פדעת הר"ן דדוקא אם אמרו אין אנו זוכרין פלל זה ל"ה הגדה אבל אם אמרו אין אנו יודעין

מזה העדות גם ה"ר"ן סובר דהוי הגדה והאריה שם להוכיח שפן כתב ה"ר"ן בתשובה אם אמר בתחילה שלא שמע מעולם שמת ואח"כ אמר ששמע שמת כה"ג הוא הכחשה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הרי דאינו יודע הוי הגדה וע"כ פוננת ה"ר"ן שבועות הוא דהפירוש במתניתין אין אנו יודעין היינו אינו זוכר דאל"כ א"ח ומגיד דרצה לאוקמי מתניתין דאמרו בב"ד אין אנו יודעין לה עדות ואעפ"כ חייבין ק"ש פשה שביעם אח"כ וע"כ איירי דאמרו אין אנו זוכרין ובזה חוזר ומגיד ואף ע"ז חולקים הרשב"א והריטב"א והוכיח שם מתשובת רשב"א דאף כשאומר איני זוכר ונתן אח"כ אמתלא ל"מ עיי"ש באורה.

ולכן לכאורה אף דהרמ"א סתם וכ' דמהני אמתלא כשאומר א"י מידי ספיקא לא יצא. וראיתי בתנאים דהקשה דאם נאמר דמהני אמתלא א"כ נוקי קרא דלאחת דאף שבועה צריה שיהיה במקום ב"ד ומ"מ חייב על כל אחת ואחת כיון דיכול לחזור ולהודות וע"כ צ"ל דאם נשבעו כ"ע מודים דל"מ אמתלא.

וכן הוכיח תשובת ראנ"ח (ח"א סי' ל"ז) דבשום ענין אינו יכול לחזור ולהודות ממתניתין הנז' והש"ך רמז עליו בזה. ובגתיבות כתב עפ"י דברי רש"י מסכת שבועות במתניתין שם דדוקא כשכפר ששיר אינו ראוי להעיד וכבר עבר אין השבועה ראוי לחלק וכל כמה דיכול לחזור ולהעיד חייב מפת שבועה הראשונה ואין שבועה על שבועה אבל חוץ לב"ד אף ששתקו ול"ה כפירה מ"מ חייב על כל אחת ואחת כיון דראוי לחלק אם כפר.

אבל בב"ד אף אם יכול לחזור מ"מ כיון דכפירה אינו יכול לחלק חל שבועה הראשונה ושוב אין שבועה על שבועה ע"ש ואני לא אבין הא על כפירה דחוץ לב"ד א"ח פלל דיכול לחזור ולהודות בפני ב"ד וכל כמה דלא כפר בפני ב"ד חל עליו חומר שבועה הראשונה והכפירה דב"ד גומר איסור השבועה הראשונה ואף דהוי שבועה על שבועה מ"מ גזה"כ מדכתיב לאחת לחייב על כל אחת ואחת דהכפירה שפפר בב"ד חל על כל שבועות א"כ נימא באמת דגם שבועה גופא בעי שיהיה בפני ב"ד ואעפ"כ משפחת לחייב על כל אחת ואחת כשאומר א"י והי' לו אמתלא דהי' יכול להודות ואם שוב כפר חל הכפירה על כל שבועה ושבועה כמו דאף אם כפר שלא בפני ב"ד אף דחל עליו מ"מ השבועה וכבר מושפע ועומד היא מ"מ חל גם השניה וכשנגמר הכפירה בפני ב"ד חל עליו כל השבועות כן נמי בב"ד דוקא בכפר בפירוש אז אינו חל כיון דא"י לחזור ולהודות ונסתלק ממנו שם עד בדבר הזה אבל במקום דיכול לחזור ולהודות כגון באומר אינו זוכר עתה או א"י ונתן טעם הוי כמו כפירה חוץ לב"ד דכיון דיכול לחזור ולהודות אף אם באמת היה זוכר אז מ"מ כיון דהב"ד לא ידעו מכפירה דלא אמר רק שאינו זוכר עתה או דאינו יודע ל"ה הגדה פלל ויכול לחזור ולהודות נימא דאם כפר אח"כ ואמר בפירוש של"ה עד פלל בדבר הזה קאי הכפירה על כל השבועות שנשבעו בפני ב"ד ובאמת בעי גם השבועה בפני ב"ד וקושית התנאים עצומה הוא וע"כ צ"ל דכשהשביעום שוב א"י לחזור אף בנתינת טעם וכמ"ש הראנ"ח ג"כ ועיין מהריב"ל (פלל ניו סי' ל"ט) שכתב ג"כ בפשיטות דאחר שבועה א"י לחזור אף באמתלא והא דאפתי משפחת באומר אינו זוכר כ' התנאים דהאומ' אינו זוכר א"ב ק"ש דרק באומר דבר מוחלט לא ראיתי ששוב א"י מעולם להעיד לפי דבריו שאומר שלא ראה ולא ידע אבל באומר איני זוכר

דאינו מחליט מבלי להעיד לו שיבא יומו שיזפור ויעיד לו ואף לפי דבריו אין פאן ק"ש והני פאומר לא אהי מעיד לה אלא בכלות שנה וכי מחייב ק"ש ע"ז ואף זה פיוצא בו דהרי בידו כל יום לבא ולהעיד ולומר נזפרתי ואין פאן פפירה מוחלטת ול"ח התורה ק"ש עיי"ש ותמהני מאד ע"ז הא מ"מ פשפאמת זוכר עתה ונצרה להתובע עדותו שזוכר השתא פגון אם שנים פאו ואמרו לחייבו מנה ושנים אלו ידעו שלא לנה ממנו וכדומה דנדאי הדין פשאומרים שאינם זוכרים לא נמתינו הב"ד עליהם ויפסקו הדין לחייבו לשלם ואף אם אח"כ יעידו ויאמרו נזפרנו יהיה תרי נגד תרי ולא נוציא ממון מן המוחזק וא"כ אם באמת זכרו אז וכפרו ואמרו אין אנו זוכרים הני פפירה מוחלטת וראוי לחייבו ק"ש ע"ז וא"כ שוב משפחת לאחת לחייבו על כל אחת ואחת פשנשבועו בפני ב"ד ה' פעמים ואמרו אין אנו זוכרים ולבסוף כפרו וקאי הפפירה על כל השבועות.

וע"כ צ"ל דאחר השבועה א"נ לומר נזפרתי וצ"ע: והריטב"א שם בשבועות כ' דר"מ הלוי פתב דהא דקתני כפרו לבסוף לא כפרו בין כל אחד ואחד אלא אפי' שתקו בין כל אחד ואחד וכפרו פפירה א"ח אלא א' דכיון דשתקו בתחילה ל"ה יכולין לחזור ולהודות דאי לא הא מציינו למימר דלעולם א"ח קרבו אלא בשבועה בב"ד וכי פתיב לאחת פשהשביעם ה"פ ושתקו בין כל שבועה ושבועה ונלמד מפאן פדברי רמב"ן ז"ל דשתיקה בב"ד פפירה הוא אבל יש לי לדחות דהא דמשמע מהכא דאפי' שתקו א"ח אלא אחת לאו משום דשתיקה פפירה אלא דאתי' עלה ממנ"פ דאי פפירה הוא א"י לחזור ולהודות ואי הודאה הוא א"י לחזור ולכפור שפבר הודו וכיון שהגידו שוב א"ח ומגידין עכ"ל וצריף להבין דכנראה ספיקא הוא אם השתיקה הוא פפירה או הודאה ואם הודו אח"כ דשתיקה ה' פפירה א"ש דא"ח רק אחת אבל אם הודו אח"כ פדהד' פעמים ששתקו ה' הודאה הא מ"מ פינו דאז הב"ד לא ידעו פנונת השתיקה וכיון דלבסוף כפרו נימא דקאי הפפירה על כל אחת ואחת.

וצריף לומר דמ"מ דנקא בכפרו חוץ לב"ד דעכ"פ הנה פפירה בהדיא אף דאינו מועיל פינון דהי' חוזר ומגיד בפני ב"ד מ"מ פשכפר גם בב"ד חל אז הפפירה על כל החמש' שבועות אבל פששתקו בב"ד אם באמת יודע בעצמו שהי' הודאה אז ל"ה השבועה מקום לחול ואינו חל רק כשכפר באחרונה הני רק ככפר על שבועה אחת ואינו ראוי לחלק.

אף מ"ש הריטב"א דאם הנה הודאה א"י לחזור ולכפור ושהגיד שוב א"ח ומגיד לא אבין הא אף אם נאמר דשתיקה הני בכירור כהודאה מ"מ כ"ז שאינו מוציא דיבור מפיו בפני ב"ד לא שם עדות הוא דמפיהם בעינן ואף לא מפי פתכם ואף הרפנה ל"מ לגבי עדות וא"כ אף אם הנה השתיקה פפירה מ"מ אם נימא דלהב"ד מספקא להו הי' יכול לחזור ולהודות והיינו מקבלין עדותו ול"ש שוב א"ח ומגיד פינון דלא הגידבפה ל"ש יקום דבר.

וכן אף אם מודה ששתיקתו הי' הודאה מ"מ כ"ז שלא הוציא מפיו דבר לאו שם עדות הוא ול"ש יקום דבר ונימא דבכפירה אחרונה קאי על כל הה' שבועות וצ"ע: ובהגהות אשרי שם כ' נז"ל דאפילו שתק ולא אמר פלום ולאחר זמן רוצה להעיד לא נוציא ממון ע"פ מספק דדילמא שתיקתו הני פפירה והני לה פפירה בב"ד דשוב א"י לחזור ולהודו' עכ"ל משמע דס"ל בדברי רש"י במתניתין שם דהשתיקה הני ספק אם פפירה או הודאה וקשה אמאי לא יהיה יכול לחזור ולהודות וממנ"פ אם אומר ששתיקה הראשונה הנה

הודאה וגם היום מעיד עדותו נוקמי אותו על חזקת פשרות ונימא דהשתיקה הי' הודאה וְלָמָּה לֹא יְהִי יָכוֹל לְבָרֵר מִצַּד חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְכִינּוּן דְּהוּי סָפֵק יִהְיֶה נֶאֱמָן וְגַם הָא אַף אִם הַשְׁתִּיקָה הִיָּה כְּפִירָה אִם חֹזֵר אִתְּכֻן וּמַעֲיָד לְהִפּוּף מְבֻנָּאָר בְּסִמְ"ע (ס"ד) דְּמַלְקִין אוֹתָן וְעֵדוֹת הָרֵאשׁוֹנִי קִיָּמַת.

וְהוּא בְּהַגְמָ"ר וּבְנֻדְאֵי הַפְּנוּנָה מְכוּת מְרָדוֹת דְּאַף דְּהַעֲיָד לְהִפּוּף מִמָּה שְׁהַעֲיָד בְּרֵאשׁוֹנָה מ"מ אִינוּ עוֹבֵר עַל ל"ת כִּינּוּן דְּעֵדוֹתוֹ אִינוּ עוֹשֶׂה שׁוּם פְּעוּלָה רַק מ"מ כִּינּוּן שְׁמִשְׁקָר בְּמָה שְׁמַעֲיָד בְּרֵאשׁוֹנָה לְבַטְלוֹ עוֹנָשִׁין אוֹתוֹ הַב"ד.

[וּבְסִפּוּר ש"מ (ס"ד ל"ד ס"ק ו') כְּתֹב דְּעֵדִים שְׁהַעֲיָדוּ עֵדוֹת וְאִתְּכֻן כִּי הַעֲיָדוֹ חִילוּף דְּבְרִיָּהֶם הָרֵאשׁוֹנִים נִפְסְלוּ כִּינּוּן דְּכִינּוּן דְּלֹקִין וְלֹא נִהֲרָא הֵגֵם דְּכֹן כ' בְּתִשְׁבַּת הַגְּאוּנִים דְּהַמַּעֲיָד עֵדוֹת וְאִתְּכֻן כִּינּוּן שְׁיָנָה עֵדוֹתוֹ יִלְקָה אַרְבְּעֵי וְעֵדוֹתוֹ הָרֵאשׁוֹנִי קִיָּמַת דְּכִינּוּן שְׁהַגִּי שׁוֹב א"ח וּמַגִּי מ"מ מֵה"ת כִּינּוּן דְּעֵדוֹתוֹ הַשְּׁנִי לֹא עֲשִׂי שׁוּם פְּעוּלָה לֹא נִפְסְלוּ וְאִתְּכֻן דְּהַרְמַב"ן פ' וְאִתְּכֻן כ' עַל ל"ת עַד שְׁנָא דְּאִם הַעֲיָד עַל אֶחָד שְׁאֵמַר לְתַת לְחַבְרִי מִתְּנָה וְכִינּוּן קִיָּמַת וְאִינוּ מוֹעִיל כְּלָל מ"מ קָאֵי בְּנ"ת רַמְבַּ"ם בְּמַנְיָן הַמְּצוּת (ס"ד רפ"ה) כְּתֹב שְׁלֹא לְהַעֲיָד עֵדוֹת שְׁקָר וְנִכְפְּלָה אֲזַהְרָה זֹו וְשְׁנָא וְשְׁקָר אֶחָד הוּא וְרַמְבַּ"ן אִינוּ מַשִּׁיג עָלָיו וּבְנֻדְאֵי אַף לְדְבְרֵי רַמְבַּ"ן עַה"ת אִין לֹקִין אוֹתָן ע"ז דְּלֹא הִרְשִׁיעוּ לְכֹלָם וְע"כ מֵה דְּכָתְבוּ דְּלֹקִין הוּא רַק מְרָדוֹת דְּרַבְּנָן דְּגַם עַפ"י עֲצָמָן אִינוּ לֹקִין וְאִף מְדַרְבְּנָן אִינוּ נִפְסְלוּ כִּינּוּן דְּלֹא עֲשִׂי שׁוּם פְּעוּלָה בְּעֵדוֹתָן וְאִף דְּעֵבְרוּ עַל מְדַבֵּר שְׁקָר תִּרְחַק י"ל אַף בְּעוֹבֵר עַל עֲשִׂי בְּקוּם וְעֲשִׂי לֹא מִפְּסֵל וְעִינֵי נְתִיבוֹת (ס"ד ל"ד ס"ק א') וּבְתִשְׁבַּת חוּט הַשְּׁנִי (ס"ד ח"י) וְעִינֵי רַבְּנָן (ח"ג ס"ד ת"ק ז') בְּעֵדִים שְׁנִטְלוּ שְׁקָר לְהַעֲיָד וְקִדְשׁ בְּפִיָּהֶם אֲשֶׁה וְכ' דְּצִרִיכָה גִט דְּל"ג מִמְּקִדְשׁ בְּפִסְוִלֵי עֵדוֹת מְדַרְבְּנָן וְכ' וְאִתְּכֻן דְּבִבְכּוֹרוֹת שְׁיִילִינָן מִנְהַמ"ל וּמִיָּתִי קָרָא הַרִי לְמִדְתֵי אֶתְכֶם כו' מָה אֲנִי בְּחִינָם וְכו' אִסְמִכְתָּא בְּעִלְמָא הוּא וְקָשָׁה עָלָיו הָא אַף אִם הִיָּה מֵה"ת מ"מ ל"ה רַק עֲשִׂי וְלֹא מִיָּפְסֵל בְּשִׁבִיל זֶה] וְעַכ"פ נִימָא שְׁפִיר דְּאִיְתַרְע חֲזָקַתוֹ חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת מ"מ הָא מְבֻנָּאָר (ס"ד ל"ד ס"ק ג') דְּאִין לְפִסְלוֹ מִס' וְכֹל כְּמָה דְּנוֹכַל לְאוּקְמִי עַל חֲזָקַתוֹ אֶמְרִינָן הַשְּׁתָּא הוּא דְּאִיְתַרְע וְעֵדוֹת שְׁהַגִּיד מְקוֹדֵם כְּשֵׁר עִי"ש וְה"נ דְּכֹנּוֹתִי דְּאִם נֹאמַר דְּהִיָּה כְּפִירָה מְקוֹדֵם וְאִיְתַרְע הַשְּׁתָּא חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת דְּרוּצָה לְהַעֲיָד בְּשְׁקָר אֲדַרְבָּא נִימָא דְּגַם מְקוֹדֵם הִיָּה הוֹדָאָה וְלֹא אִיְתַרְע כְּלָל חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת שְׁלוֹ וְאִף דְּבָכֵל מְקוּם דְּחִקְרוּ חו"ל וְעַמְדוֹ עַל דְּעַת בְּנֵי אָדָם דְּכָף עוֹשִׂים אִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר שְׁדַעְתּוֹ הִיָּה לְהִפּוּף מְבֻנָּאָר בְּתַה"ד (ס"ד ר"ז) מִשְׁם הַא"ז מ"מ זֶה דְּנֹקָא הִיכָא דְּיָרְדוּ חו"ל לְדַעַת בְּנֵי אָדָם שְׁנָה דְּעַתָּם א"נ לְהִפּוּף אֶבֶל בְּמְקוּם שְׁגַם לְחוּ"ל הוּא בְּסִפְקָא נֶאֱמָן לְבָרֵר שְׁכָף הִיָּה דַעְתּוֹ וְכֹנּוֹנְתּוֹ כְּמוֹ שְׁפַתְבְּתֵי בְּזָה לְהוֹכִיחַ בְּהַגְהוֹתִי לִס' דְּבְרֵי חַיִּים חו"ד (ס"ד מ"ה) מְדַבְּרֵי נ"י ב"ב בְּהָא דְּנֶאֱמָן שְׁכ"מ שְׁהַקְדִּישׁ כָּל נְכָסָיו דְּדַעְתּוֹ הִי שְׁיַחוּל דְּנֹקָא כְּשִׁמּוֹת וְעוֹד כְּתַבְתִּי בְּזָה בְּתִשְׁבַּת בְּאֵה"ע וְה"נ דְּכֹנּוֹתִי כִּינּוּן דִּישׁ לְנוּ סָפֵק עַל הַשְׁתִּיקָה אִם הוּי כְּהוֹדָאָה אוֹ כְּכְפִירָה מְדוּעַ לֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן לְבָרֵר וּלְהַעֲיָד הַעֲדוֹת בְּפִרְט דְּמִסִּיעַ לִיָּה חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת כְּנ"ל: ס"ד טז לְדְבְרֵי הַרִיטְב"א כְּתוּבוֹת בְּטַעְמָא דְּכִינּוּן שְׁהַגִּיד שׁוֹב אִינוּ חֹזֵר וּמַגִּיד מְדַכְתִּיב יְקוּם דְּבָר יֵשׁ לֹאמַר לְכַאוּרָה אִם הוּי הַכְּחָשָׁה תְּרִי לְגַבִּי תְּרִי כְּגוֹן שְׁנִים אוֹמְרִים לְוָה בְּאוֹתוֹ יוֹם וּבְאוֹ שְׁנִים אֲחֵרִים וְאוֹמְרִים לֹא לְוָה וְהוּי סְפִיקָא וְנ"מ לְעַנְיָן תְּפִיסָה הִיכָא דְּטוּעָן הַתּוֹבֵעַ בְּרִי שׁוֹב אִין פַּת אַחַת יְכוּלִין לְחֹזֵר וּלְהַגִּיד כִּינּוּן דְּעֵדוֹת כָּל פַּת פְּעַל לְדְבָר מֵה יְקוּם דְּבָר כְּתִיב אֶבֶל הִיכָא דְּאִינוּ טוּעָן בְּרִי דְּל"מ תְּפִיסָה וְכֹן בְּאִסּוּר דְּמַחְמִירִין מִס'

א"כ הנה דאמרו להתיר י"ל דיכולין לחזור ולהגיד ולהודות דהיו מנטעין או באמתלא במקום דל"ש לומר דמשום עצמו רשע פינו דל"ה מקיימין דבריהם הראשונים וכן במקום אלו דאמרו לנה ל"ה מקיימין דבריהם פלל ממילא יכולין לחזור מדבריהם ונ"מ אם יותצו את"פ עדותן של האומרים לא לנה נוכל לדון ע"י הכת הב' שחזרו מדבריהם ואומרים הגדה שנית.

אף י"ל מ"מ פינו דקודם חזרתן של פת אחת היינו מחזקין לעדות מוכחשת ואף דזו פא בפ"ע ומעידה וז"ב בפ"ע ומעידה מ"מ אחד מכת זה ואחד מכת זה אינו מצטרפין פינו דחד פסול שוב שנייה לומר לגביהו יקום דבר וא"ח ומגידין ומדברי ריב"ש (סי' רס"ו) מבואר דגם בתרי נגד תרי אינו חוזר ומגיד.

ובס' ש"מ (סי' כ"ט) עמד בדברי תוספות פתובות (דף כ') דאמרינן אלו הו קמן הו מודים וכבר פתבתי בזה בס' ד"ח דיני הלואה (סי' ו') די"ל היכא דהוי תרי נגד תרי הוי דין מרומה ובעי דו"ח וקודם דו"ח יכולין לחזור.

ומ"ש הש"מ דמ"מ היכא דאמרו מנטעין היינו מודה הריב"ש דנאמנין פינו דשנים מסייעין למ"ש י"ל פינו דפסקו הב"ד לדונו לספק פסולין שוב הוא בכלל יקום דבר ואינם יכולין לחזור: וי"ל בהא דכ' מהריב"ל (ח"ד ס"א) בעד שרצה להעיד בפני ב"ד על קדושי אשה והב"ד לא רצו לקבל עדותו כי לא היה אצלם לנאמן ואימו עליו שישבע על עדותו ואמר שאינו חייב על עדותו לישבע והעיד שלא ברצון ב"ד ושלא בפני אשה ואחר ימים חזר מעדותו ודן מהריב"ל אם הוי עדות פינו שהב"ד לא רצו לקבל ממנו י"ל דיכול לחזור והביא דבריו הכנה"ג (סי' כ"ח אות צ"ה) ושוב (סי' כ"ט אות ה') ולכאור' צריף להבין מאי ספק בזה וכי הב"ד צריף פנונה לקבל עדותו ועיין מ"ש בזה לעיל דיני דינינים (סי' י"ג) ולדברי הריטב"א הנז' יש לומר פינו דכל מאי דינדענו דכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד הוא מדכתיב יקום דבר זה ונקא היכא דהב"ד קבלו עדותו ודנו ע"י עדותו ואז אף בטורם שיצא הפסק מ"מ פינו שפבר נתקבל עדותו יקום דבר קרינן ביה שוב א"י לחזור אבל היכא דהב"ד לא רצו לקבל עדותו ומיד נסתפקו בדבר והעד יודע מזה שהב"ד אינם סומכין על עדותו בזה י"ל דחוזר ומגיד.

ובב"י (סי' ל' מחודש יוד) הביא דברי נ"י וז"ל שנים שמעידים ששמעו מפי עדים לאו פלום הוא אבל פשהג' ג' הנה ב"ד ודומה לפ"ד וכ' ע"ז שם בבדה"ב וצריף להעמיד דבריו פשישבו הג' לדינינים לקבל אותו עדות דאל"כ בשמועה בעלמא ששמעו האיר תעלה לקבלת עדות וכ' ע"ז מהריק"ש ז"ל בהגהותיו בס' ערוך לקחם וז"ל נאני אומר שאם ישבו ג' לדינין לקבל העדות פשיטא דמהני ומאי אתא לאשמעין הנ"י ואם להודיע דל"צ פתיבה אם ראויים לקח מה לי בכתיב או לא אלא ודאי פשלא במתפנין מירי והכי דייק מאי דמסיים בה ודומה לפ"ד פלומר אף עפ"י שאינו עשויין כהוגן ממש עכ"ז דומה לפס"ד וא"ל דאירי בשמעו הדיוטות דלית בהו חז דגמיר שזו קשה מן הראשונה ולפחו' הדבר מוכרח דאירי בסתם עכ"ל פנראה דעתו אף בלא במתפנין פלל רק ששמעו מ"מ תורת ב"ד עליהם וזה ודאי צ"ע דאם לא נתפנונו להעיד ודאי ליכא תורת עדות ואף אם נתפנונו מ"מ אם הנה שלשה לא התפנונו בתורת ב"ד ואינם דנין על עדותו איר קרינן יקום דבר פינו שלא התפנונו פלל לקבל עדותו פנראה דיכולין לחזור ולהגיד וא"כ עדותו

הווי פֿעד מפי עד וכן למ"ש לעיל (סי' י"ג) בדיני דינינים דהשתא דלית לן סמוכין רק בשליחותיהו דקמאי דנין אם אין הב"ד רוצים מי שם אותם לשלוחין בע"כ ודברי הב"י והמריב"ל נראין ברורין בטעמן: ועד אחד המעיד לחיוב שבועה נראה דג"כ א"ח ומגיד אף באמתלא.

ועיין כנה"ג (סי' כ"ט סק"ה) נראיתי למי שגמגם ע"ז דמנ"ל פיון דקרא אם לא יגיד מיירי בשני עדים ולא בע"א לשבועה פמבואר ב"ק (דף נ"ו) וכיון דליפא לימוד על ע"א דלמא הנה גזה"כ דוקא בשנים אבל לא בע"א ולדברי ריטב"א א"ש פיון דזה הדרש דאם לא יגיד פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ידענו ממה דכתיב עפ"י שנים יקום דבר דאיך יקום דבר אם יהי' ביזון לחזור ממילא גם בע"א מדכ' לא יקום ע"א באיש כו' אבל קם הוא לשבועה קם בקיומו דא"ח ומגיד וז"פ: ומזה הטעם נמי נראה בהא דמבואר אה"ע (סי' י"ז ס"ט) דאש' השומעת מע"א דמת בעלה באה לב"ד ואומרת מת בעלי ומתירין אותה לשוק ואם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא והח"מ שם פתב אף אם בא אחר שהתירוה להנשא ומסתפק אם יכול לומר עד הראשון שקר הגדתי לה ובכ"מ אף דא"צ הגדה בפני ב"ד מ"מ חוזר ומגיד מ"מ י"ל דוקא בעוד שלא העיד השני בב"ד וכתב דאין סבא לחלק דמה תועיל העדות העד השני שלא יוכל עד הראשון לחזור מדבריו.

וא"כ כל עד מפי עד צריכה האשה לחקור שלא יחזור הראשון מעדותו ויאמר שקר הגדתי וכתב הב"ש דרק דרף עצה טובה אבל עפ"י הדין אין חוששין שמא יחזור הראשון ויאמר שקר הגדתי דא"כ איך נתיר עפ"י עד פשאינו בפניו.

ואחרונים שם נתלבטו הרבה בזה ולדברי ריטב"א הנז' נראה ברור דאינו יכול לחזור ולומר שקר העדתי דוקא אם מכחיש להשני ואומר שלא אמר בזה הנה קבלות רמב"ן מרבותיו דהראשון נאמן פיון שהגיד השני משמו והב"ד סומכין על עדות השני ובאמת אף דהרמ"א שם החליט מדברי הת"ה דאין הב"ד צריכין לשלוח אחר הראשון אעפ"י שהוא בעיר מבואר לפנינו בריטב"א שבועות שם דמדקדק מדברי רמב"ן מדכתב שם בא"ל לדידה ול"א בב"ד דפטור שאלו רצתה אמרה סתם מת בעלי היינו דאלו אמרה משמו חייבין הב"ד לשאול את פי העד אם מצוי ואעפ"כ היתה יכולה לומר סתם מת בעלי ובדליתיה להעד מהימנא אעפ"י שפירשה מגו דאי בעי אמרה סתם מת בעלי אבל אם איתיה חייבין הב"ד לחקור הדבר פיון דאפשר עיי"ש [ובב"מ אה"ע שם כ' דמ"ש הר"ן דהי' יכולה לומר לב"ד מת בעלי ע"כ לאו דוקא דחלילה לה לשקר ולומר אני מעידה שמת בעלי שמשמעו מת בפניה דזה שקר אלא שתבא לב"ד ותאמר האמת איש פלוני הגיד לי שמת בעלי ולשון הר"ן לאו דוקא והוכיח מזה דאם הנה הדין שצריך הב"ד לשליח אחר הראשון מה הנה מועיל הגדתה בשמו הא אנו היינו שולחין אחריו וכהוגן השביעתי א"ו דא"צ לשלוח אחריו.

ולפנינו מבואר בריטב"א דעיקר הפטור של העד הוא שיכולה ללכת לב"ד ולומר מת בעלי סתם ותנש' רק שמסופק אם אמרה שא"ל ע"א והעד מצוי אם חייבין הב"ד לשאול את פי העד ובכ"ז פטור העד דהי' יכולה לומר מת בעלי סתם ועיין נו"ב תגינא חח"מ (סי' ח') ומ"ש שם עוד דזה שכופר עתה ואמר א"י אין במשמעות שלא ידע מעולם אלא



סובלים ג"כ שענתה א"י ואולי כבר ידע ושכח ואינו מכחיש את האשה כלל שהרי אינו אומר שלא מת בעלה וכן אינו אומר שלא אמר לה דבר זה וכן אינו אומר שמה שאמר לה הוא שקר עיי"ש.

דבריו אינם מובנים דאם פן ל"צ כלל לעדות ופשיטא דל"ש לחייבו ק"ש להעד וגם מה הוכיח הרמב"ן דכיון שתלוי הדבר משמו הראשון נאמן ע"כ איגרי במכחישה והפרור כמו שפתיב שם הנו"ב בתירוץ הראשון על דברי הח"מ וכמו שלפנינו מבואר בריטב"א].

ומ"מ כי ליתא לא חיישינו על שקר דזה יאמר שקר משמו וקיימינו לדבריו אבל אם בא להכחישו נאמן השני ואף דבכ"מ תיקון רבנו פועין דאורייתא ובעדות של תורה אמרינו יקום דבר מ"מ בזה פיון דעיקר סמיכת השני הוא על הראשון יכול הראשון להכחיש וכיון דא"ח על שקר מתירין אותה וסומכין הב"ד שפנדאי לא יכחיש אבל אם בא והודה שאמר להשני רק שאמר שטעה או מבונה הנה בזה פיון שפא לב"ד השני ונתקבל עדותו אמרינו יקום דבר והוי כמו אם בא הראשון לב"ד דא"ח ומגיד מטעם זה דיקום דבר וכל דתיקון רבנו פועין דאורייתא תיקון ואינו חוזר ומגיד פיון דהודה דאמר להשני והשני בא פחו והחזיק הדבר בפני ב"ד משא"כ פשהראשון הכחיש מפל וכל בזה הי' קבלת רמב"ן דהראשון נאמן דלא שייך לומר כל כף יקום דבר פיון דאף בב' עדים אם באו ב' ומכחישינו נתבטל עדותן של הראשונים או ע"י הזמה נתבטל בבירור וכיון דעד השני הגיד מפי הראשון בזה דגין הכחשת הראשון שלא אמר כמו הזמה.

ולא לענין לומר מבוד' היתי. ומה"ט פסקינו בד"מ דל"ב דרישה וחקירה מפני נ"ד אינם יכולין העדים לחזור מיד אחר כד"ד מהגדתן פיון דראוי לקבל עדות ולדון עפ"י עדותם בלא דו"ח ממילא קרינו בהו יקום דבר שלא יהיו יכולין לחזור: והא דמשמע דלולי קבלת רמב"ן הנה הדין דהשני נאמן ואמאי הא עכ"פ הכחשה מיהא הוי וע"א בהכחשה לאו פלום הוא וכן הקשו האחרונים עיין ש"ש (ש"ז פ"ג) ואף בהתירוה להנשא מ"מ לדעת רמב"ם וש"ע שם (סל"ח) עד פשר יכול להכחיש פסול ותצא מהתירה הראשון.

וביותר עמד שם הש"ש ע"ד הב"י בתשובה וש"ג דהשני נאמן ומפרשים הא דאמר ר"פ דאמר לדידה דפטור מק"ש משום דלא מפסדה מידי ואמאי עכ"פ פיון דהראשון מכחיש אין לה פתובה לכ"ע וכתב שם בש"ש הטעם פיון דאמרה מפי הראשון ונאמנת ע"ז א"י להכחיש ולומר לא אמרתי דהו"ל בחזקת חוזר ומגיד עיי"ש דהשיג מפח זה על הח"מ דכתב דהראשון נאמן אפילו בא אחר שהתירוה דאם בא קודם אפילו ע"א נמי לא תנשא ולמ"ש אף קודם שהתירוה אי לאו דהראשון נאמן יותר הי' השני נאמן יותר משום פיון דהוי בחזקת שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אף י"ל הא עכ"פ הראשון נאמן ג"כ במגו שהיה אומר שאמת שהגיד אבל שקר מה שהגיד ומשטה היתי כף דקודם שהגיד בב"ד יכול לחזור כמבואר בח"מ שם משם תשובת הר"ן וגם אף לשיטת הב"י דסובר בתשובה בעדות אשה הואיל דעד מפי עד פשר ואין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון פיון שיצא עדות מפי בפני עד השני הוי כשאר עדות שנתקרה עדותו בב"ד וא"ח ומגיד מ"מ י"ל דהיינו דוקא אם מודה שאמר משמו האמת רק דחוזר ומגיד בזה י"ל פיון דמהני עדותו לדון ע"ז יקום דבר וחו"ל כשתיקנו דעד מפי עד מהני בעדות אשה אלמיהו בעדות ד"ת דיקום דבר אבל אם בא להכחיש ולומר שלא הגיד כלל יש לדון דנוקי העד הראשון

על חזק' פשרות דהא אם האמת שאמר לה וכיחש עכשיו עדותו עובר עכ"פ על מדבר שקר תרחק ולוקה מפות מרדות כמו שהבאתי לעיל מדברי הסמ"ע משם הגהמר"ד ונימא לאוקמי אותו עד הראשון על חזקת פשרות ואף דזה שהעיד שמע מפיו או האשה יש לה ג"כ חזקת פשרות נימא דהוי עכ"פ פ"ס השקול ואמאי יהיה עדות הראשון נתבטל לגמרי אף אם לא התירוה להנשא ואף בהתירוה יקשה פקושנית הש"ש: ונראה בטעמא דמלתא דהש"ג והב"י דהשני נאמן וגם ב"ר"ן שבועות שם מבואר דלולי קבלת רמב"ן מרבותיו היתה נאמנת היא משום פינון דהאמינו חו"ל ע"ז והכשירו הגדת עד מפי עד ממילא נאמנת היא או העד מפי עד אם אומר ממי שמע פשנים פינון דזה הוי מלתא דעבידא לגלויא גמור פינון דיכול להתברר מיד ובכה"ג היכא דהוי מלתא דעבידא לגלויי מיד בבירור גמור לכ"ע נאמן ואמרינו דלא משקרי אינשי פמבואר ר"ה (דף כ"ב) דע"א נאמן שקדשו ב"ד החודש ועיין נו"ב (סי' נ"ג) דבאומרת מת בעלי ל"ה ודאי עבידי לגלויי דדילמא לא יבא בעלה לכך מספקי להו לש"ס אבל היכא דהוי בבירור עביד לגלוי נאמן מד"ת פמבואר בריב"ש (סי' קנ"ה) וכינון דגדולה חזקה זו וגם בצירוף אשה דייקי ומינסב' לכך נאמן השני פינון שנתקבל עדותו בב"ד אוילם זה דוקא אם העידה קודם שחזר הראשון אבל אם הגדת השני היא אחר חזרת הראשון אז א"נ דאוקי עד לגבי עד ושפיר אשמועינו ר"פ דאף דעכשיו שוב לא יהי מועיל הגדתה פינון שקבר הכחיש העד אותה מ"מ פטור העד מק"ש פינון שבגרמטה הפסידה דהיתה יכולה להגיד לב"ד טרם הגדת העד והיתה נאמנת והא דל"נ ליה לב"י סברת הרא"ש שם פינון דבהגרמטה הפסידה לעצמה שהיה לה להעיד סתם משום דאעפ"כ היא יכול להכחיש ול"ה נחשב הגדתה אבל לשיטתו דהב"י אם היתה אומרת משמו אז ל"ה יכול להכחיש וכנ"ל .

אמנם הרמב"ן בקבלות רבותיו וכן סתם הב"י בש"ע דהואיל דתלוי בהראשון הראשון נאמן ביותר אף אח"פ לגמרי ומ"מ אם אומר שמה שאמר היא בשקר י"ל דאינו נאמן מטעם דהוי פחוזר ומגיד וכמו שפכתתי לעיל דע"ז קרינו יקום דבר .

ועיין טו"ז יו"ד (סי' קפ"ה ס"ק ג') דכתב דוקא החכם נאמן פינון שפומכת עצמה עליו ואשתכח שיקרא מה שא"כ אם אין החכם לפנינו וע"א מעיד שהחכם אסר לה א"נ דהא אמרינו כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי פאן שנים וה"נ אין אותו עד נאמן להכחיש אותה .

וקשה לכאורה לדעת רמב"ם וש"ע אה"ע (סי' י"ז סל"ח) ל"א לגבי עד פסול כ"מ שהאמינה ולמ"ש א"ש פינון דיש לה ע"ז נאמנות מדאורייתא דהוי מלתא דעבידא לגלויי גמור אין עד אחד נאמן להכחיש ובאמת אם כבר מת החכם שאמרה משמו שטיהר לה הפתם דאז ל"ה מלתא דעבידא לגלויי ואין לה נאמנות רק בתורת עדות בזה עד פשר נאמן להכחיש: וראיתי בס' קה"י על אה"ע שם מהגאון בעל הנתיבות שהעלה להלכה בדעת רמב"ן דבהתירוה להנשא דשוב אין הראשון נאמן והש"ג אינו חולק על הרמב"ן וכוננתו לאח' שהתירו' הב"ד אז אף בכפר הראשון לא תצא מהתיירה וכולם מודים לזה דהוי בחזקת היתר ואין ע"א נאמן במקום חזקה ומה שהקשה הח"מ דאם לא התירוה גם אחר יכול להכחיש כ' שיהיו בנים ממזרים ולא ס' ממזר פינון דאמרה משמו ומכחיש נאמן להיות ודאי ובין אם אומר מבודה היתי ובין אם אומר לא אמרתי לה פלום דמה שאמר א"י אין מבודה יותר מזה עיי"ש ולדבריו אף אם שנים אומרים משמו ששמעו

ממנו שאמר שמת והוא מכחיש הני פאומר מבוּדה היתי דהראשון נאמן קודם שהתירוה להנשא.

אולם כל דבריו תמוהין דהמענין בש"ג יראה דדעתו אף קודם שהתירוה א"נ להכחיש וכן דעת אבי העזרי באגודה מס' שבועות ומס' יבמות להדיא דהיא נאמנת אף במכחיש מתירין אותה להנשא והמענין יראה פי כל דברי הש"ג גלקחו מאבי העזרי בזה וכן מבואר באור זרוע הגדול דעת ראב"ה להתיר אף במכחיש עיי"ש ח"ר (דף צ"ז) דשם היה המעשה בבאתה לב"ד ואמרה ראובן אמר לי שמת בעלי ושלחו הב"ד אחריו וכחש ואמר לא ידעתי וגם לא אמרתי לה ודן אבי העזרי דהיא נאמנת ורבינו שמחה חולק ובו דאי דברי הרמב"ן ורשב"א ורא"ש דהראשון נאמן אף לאחר שהתירוה דהא הרמב"ן ורשב"א סוברים דאף בעד פסול אמרינו כל מקום שהאמינה ע"א הרי כאן שנים כדבואר (סי' י"ז) וא"כ מה ראי' מהה דפ' המדיר פלוני חכם טיהר לי הפתם או פלוני תיקן לי הפרי דהחכם נאמן מוכח אף אם נתקבל עדות השני שאמר משמו מ"מ הראשון יכול להכחיש דהא באיסור ל"ב התירוה עיי"ב ד"ד ולעולם כ"מ שנתקבל עדותו של הראשון חשיב כשנים כמבואר תוס' מס' סוטה (דף ל"א) ופ"ד יו"ד (סי' קכ"ז) וא"כ אמאי מי שאמר משמו נאמן להכחיש וע"כ הטעם פיון שתלוי הדבר בפלוני הני כמאמינו ותליא בהגדתו של פלוני שאמר משמו וכן מבואר להדי' בראש פ' הגזקין בי"ד חלוקים דנאמנת ע"א (אות ו') דכ"א ע"ג דכ"מ דהאמינה ע"א הרי הוא כשנים מ"מ פיון שהיא מודה שאמר לאחר ונהיה אומר לא תקנתיו ה"ה בחזקת טבל גמור עיי"ש ובפ"ד יו"ד שם הוכיח מדברי הרא"ש דאף היכא דל"צ מדינא שני עדים אמרינו ג"כ כ"מ דהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים הרי מבואר דסברי אף במקום דנאמן העד כשנים מ"מ פיון דאמר משם פלוני יכול הראשון להכחישו: גם מ"ש דבלא התירוה נ"מ שיהיה ממזר נדאי הא תינח בעד פשר לגבי עד פשר צריף לטעם זה פיון דאמר משמו של הראשון נאמן הראשון להכחיש אבל באשה המעינה לעצמה בזה אף עדאחר יכול להכחיש ונשארת בחזקת א"א והני ממזר נדאי כמבואר בח"מ שם (ס"ק ע"ה) דגם רמב"ן ורשב"א מודים בזה שתצא מהתיב' עפ"י ע"א פשר המכחיש א"כ בש"ס שבועות דאר"פ באמר לדידה ולא אמר בב"ד דפטור וע"ז קאמר רמב"ן דינו דהראשון נאמן הואיל ואמר משמו ולדברי הקה"י איירי דוקא בלא התירוה דבהתירוה להנשא א"נ להכחיש א"כ בלא התירוה אף עד פשר אחר נאמן להכחיש.

גם אם שנים אומרים דשמעו מפיו דנאמן להכחיש זה מחלוקה קדומה הנה דעת ראנ"ח (ח"א סי' ל"ז) דאין דבריו של אחד במקום שנים. אולם בס' אליהו רבה זוטא (דף ע"ח) השיג עליו וסובר פיון דטעמא דהראשון נאמן אף דבעדות אשה ע"א חשיב כמו שנים בכ"ז פיון דאמר משם אחר לא עדיף מגבירא דאתי מחמתיה ממילא אפילו שנים לא מהימנו ומדמה להא דאמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דקיי"ל דפטור דאם ירצה לומר מזיד הייתי והיינו דמפרשינו דבריו לא אכלתי שוגג אלא מזיד ואמרינו התם מודה ר"מ אם אמרו לו שנים יודע אתה עדות פלוני והוא אומר לא ידעתי דפטור עיי"ש וה"נ פי אמרו לו שנים שאמר להם שמת והוא מכחישם שלא אמר להם למה לא יהי נאמן במגו דאי בעי אמר מבוּדה הייתי ושקר דברתי שהוא נאמן כל שלא העיד בב"ד כמו"ש הר"ן בתשובה ונפרש דבריו ר"ל שלא אמרתי לכם דברים של אמת וכתב

דבקה אף ר"מ מודה דיכול לתרץ דבורו דדיבר שקר עם היות דכל פי האי נפיק מיניה  
חורבא להתיר א"א לעלמא שהשומע ממנו יכול להעיד בב"ד ומתירין האשה ע"פ מ"מ  
כ"ע לא בקיאי בזה אלו דבריו שם.

אולם בריטב"א מסכת שבועות שם מבואר להדיא פדעת ראנ"ח דלא מתרצינן דבורו  
בזה או אף א"נ לומר ששקר העידו דהנה הריטב"א שם הביא גירסת רש"י וקעד פטור  
דיכולה האשה לילה לב"ד אחר ולומר מת בעלי ופירש דבריו דרש"י סובר פדעת רמב"ן  
דבב"ד זה אין מתירין פיון שהכחישה קעד שתלתה בו וכ' אף דקעד נאמן יותר ממנה  
ואיך תלה לב"ד אחר דשלא פדין תנשא שאפי' היא נאמנת שפך א"ל חוץ לבד אינו  
מועיל פיון שפכר כפר בב"ד שהוא מקום עדות וכתב וז"ל וי"ל דשאני הקא דרבנן  
התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה פן חוץ לב"ד מתוך חוקר שהחמרת עליה בסופה  
ומעתה הרי האשה כב"ד בענין זה ואלו היתה היא נאמנת עלינו לגמרי אין פפירה בב"ד  
פלום פיון שהגיד שוב א"ח ומגיד גם ראוי הנה להאמינה מתוך חוקר שהחמרת עליה  
בסופה אלא שא"א לומר פן פיון שקעד בא ומפחיש להפנינו אבל ב"ד שלא שמעו  
הכחשת קעד פי שרו לה פדין שרו לה וגם היא יכולה לילה בהיתר שיתירוה עכ"ל.

וכן הביא שם ספר אליהו רבה דעת רדב"ז וז"ל דיכולה לילה לב"ד אחר. והספר הנז'  
צונח ע"ז פכרוכי' ואמר הס' פי לא להזכיר סברא זרה פזאת בבית המדרש וכ"ש שלא  
ליחסה לרש"י ואיך יעלה עה"ד דבב"ד אחד יתנה דברים בטלין ובב"ד אחר יעלו לרצון  
ואם הב"ד השני לא ידעו מה שאירע בב"ד הראשון שוגגים ומנטעים הם וד' הטוב יכפר  
בעד והאשה שהיא תשא את עונה עכ"ד ואם שהרחיק הרב וז"ל סברא הזאת לפנינו היא  
מבוארת ע"נ בדברי גדול הראשונים הריטב"א וז"ל: ברם הריטב"א אתי עליה מטעם דאם  
הנה ברור לנו שהגיד פן חוץ לב"ד דשוב אינו חוזר ומגיד לכן האשה דיודעת האמת  
שהגיד לה ויודעת דאם הי' גלוי לב"ד ונתברר ע"י עדים דכך אמר לה דשוב ל"ה  
משגיחין על דבריו האחרונים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לכך שרו לה לילה  
לב"ד אחר ולומר מת בעלי ולפי"ז ודאי אם היו בפני שני עדים ששמעו מפיו חוץ לב"ד  
שאמר מת פלוני דשוב אינו יכול להכחיש ולהיות חוזר ומגיד וכדעת ראנ"ח.

אולם באמת לדעת הריטב"א אף אם אמר מבנדה הייתי או שקר הגדתי ג"כ א"נ דסובר  
דהאשה כב"ד בענין זה ושוב א"ח ומגיד. וי"ל דהריטב"א סובר דמה דל"ב הגדה בפני  
ב"ד הוי שלא בפני ב"ד כמו בפני ב"ד ואינו חוזר ומגיד.

וכן נראה דעת הריטב"א קידושין (דף ס"ה) דכתב הטעם בעושה עמו בטירות ואשפחי'  
ול"א ליה דשוב א"נ הוא משום פיון דהחזיר לו טהרותיו ולא אמר לו פלום הרי הוא  
פאלו הודה באותה שעה שהן טהורות ושוב אינו חוזר ומגיד שהיו טמאות עיי"ש וכן  
כתב הרמב"ן שם בלשון הזה ומשמע דסובר דבאוסורין אף היכא דהגיד שלא בפני ב"ד  
מ"מ תורת עדות עליו ושוב אינו חוזר ומגיד.

ולכך היכא דשנים יודעים ומעידין שהגיד חוץ לב"ד דמת פלוני שוב א"נ לחזור מדבריו  
ולכן גם האשה בעצמה שיודעת שפך אמר לה יכולה לילה לב"ד אחר ולומר מת בעלי.  
אבל למאי דהביא הח"מ שם וכן סתמו כל האחרונים פדעת הר"ן בתשובה דכ"ז דלא  
העיד בפני ב"ד אף במקום דא"צ ב"ד לאו תורת עדות עליו וחוזר ומגיד ויכול לומר

מבּוּדָה הַיִּיתִי י"ל אף אם שָׁנִים הַעִידוּ שֶׁשָׁמְעוּ כֵּן מִפִּי יָכוֹל לֹאמַר מְבֻדָּה הַיִּיתִי וְהִרְאִישׁוֹן נֶאֱמָר.

וְכֵן סָתַם הִרְאִנִיחַ שֵׁם כְּדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת הָרֶ"ן דְּכ"ז שֶׁלֹּא הַעִיד בְּב"ד יָכוֹל לִהְיוֹת חוֹזֵר וּמַגִּיד לְכֵן לְכַאוֹרָה יָפָה כ' בִּס' א"ר דִּי"ל דְּמִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ לֹא אִמְרֵתִי הִינְנוּ מְבֻדָּה הַיִּיתִי: אִךְ לָמָּה דְּהוֹכַחְתִּי בְּחֻלְק יו"ד מִדְּבַרֵי הַרְמַב"ם הַל' אֲבוֹת הַטְּוֹמָאָה דְּלֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ רַק מָה שֶׁסּוֹבֵל הַלְשׁוֹן כְּמוֹ טְהוֹר אֲנִי אֲבָל אִם אוֹמֵר לֹא נְטַמְאֵתִי לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ א"כ ה"נ אִם זֶה מִכְחֵישׁ לְשָׁנִים וְאוֹמֵר לֹא אִמְרֵתִי אֵינּוּ סוֹבֵל הַלְשׁוֹן לְתַרְץ דְּבַרְיוֹ לֹאמַר לֹא אִמְרֵתִי דְּבַר שֶׁל אֶמֶת וּמ"ש שֵׁם הָא"ר דְּבִהָא אֶפְיֻלוֹ ר"מ מוֹדָה דְּדוֹקָא אֲכִילַת חֵלֶב וְכִינְצָא שְׁאִיסוּרָם חֲמוּר וּמְפֹרָסִם הוּא דְּמַחְיֵיב ר"מ מְשׁוּם דְּאִי אִמַּר מְזִיד הַיִּיתִי מְשִׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע מְפֹרָסִם אֲבָל דְּבוּר שְׁקָר כ"ע לֹא בְּקִיָּא בֵּין אִיסוּרָא רַבָּה לְאִיסוּר' זוּטָא עֵי"ש תְּמַהֲנִי הָא בְּאוֹמֵר לֹא נְטַמְאֵתִי דִּיכוֹל לֹאמַר לֹא עֲמַדְתִּי בְּטוֹמְאָתִי בְּטוֹמְאָה יִשְׁנָה מְבוֹנָר שֵׁם בִּש"ס דִּלְר"מ לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ וְכֵן מְבוֹנָר בְּמַתְנִיתִין סוּף פ"ה דְּטְהָרוֹת דְּר"מ מְטַמָּא וּמְשַׁמַּע אֶף לְהַחְמִיר לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ לְר"מ רַק לְחַכְמִים וְאִין הַטַּעַם לְר"מ מְשׁוּם אִיסוּר.

וְהָא דְּמוֹדָה ר"מ בְּשִׁפְחָה חֲרוּפָה בְּאוֹמֵר לֹא בְּעֵלְתִי הִינְנוּ לֹא גְמַרְתִּי דְּזָה הוּא דְּבוּרוֹ מִמֶּשׁ מָה שֶׁאוֹמֵר וְעֵי"ש בְּתוֹס' דְּמְבוֹנָ' שֵׁם גַּם לְרַבָּנּוּ לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ רַק לְעַנְיָן קָרָבּוּ כִּינּוּ דְּלֹא נִגְמַר הַדְּבַר ע"י עֲדוּתוֹן וּבְדַבְּרֵי דְּנִגְמַר עֲדוּתוֹן לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ וּבְכַרְט הִיכָא דְּאִמַר בְּפָנֵי ב"ד וְא"כ אִם שָׁנִים מִכְחֵישִׁין לְזָה וְאוֹמְרִי שֶׁשָׁמְעוּ מִפִּי שֶׁפְּלוֹנִי מֵת אִם מְשִׁיב בְּפָנֵי ב"ד דְּלֹא אִמַר לֹא מִתְרַצֵּינּוּ דְּבוּרוֹ וְשִׁפִּיר מִתִּירִין ע"י אֵלוֹ שָׁנִים: וְאִי לֹא דְּמִסְתַּפִּינָא הַיִּיתִי אוֹמֵר דְּהָא דְּרַמְב"ן קִיבֵל מִרְבוּתִי דְּעַד מִפִּי עַד כְּשֶׁמִּכְחֵישׁ הִרְאִישׁוֹן דְּנֶאֱמָר יוֹתֵר וְהִרְאִי ש' מִס' שְׁבוּעוֹ' כְּתִב וְכֵן מִסְתַּבֵּר וּבְכָר הַקְּשׁוֹ ע"ד דְּבַפ' הַמְדִיר פּוֹסֵק דְּאִינּוּ מְפָסִיד' הַפְּתוּבָה רַק בְּעֵדִים וּבִס' ב"מ אה"ע (ס' י"ז ס"ח) כ' דִּישׁ לְחֻלְק דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי אִמַר שְׁקָר הַגְּדַתִּי לָהּ מִשְׁא"כ לְעַנְיָן הַפְּסִד פְּתוּבָה אִם הַחֲכָם אִמַר שְׁקָר הַגְּדַתִּי לָהּ ל"ה מְפָסִידָה כְּלוּם דְּמָה הָיִי לָהּ לְמִיעֵבַד.

אוּלַם בְּאֶמֶת הַב"י יו"ד (ס' קפ"ה) הַנּוֹכַרְח לְחֻלְק בֵּין אִיסוּר לְמִמּוֹן דְּמִדְּבַרֵי הִרְאִי ש' גִּיטִין פ' הַנִּזְנָקִין בִּי"ד חִילּוּקִים בְּעַנְיָן נְאֻמָּנוֹת בְּאִיסוּרִין (פְּלָל ו') מְשַׁמַּע דְּאֶף בְּלֹא מְגוֹ נֶאֱמָר הִרְאִישׁוֹן.

וְרוֹב רֵאשׁוּנִים סְבָרֵי דְּאֶף לְעַנְיָן הַפְּסִד פְּתוּבָה הִרְאִישׁוֹן נֶאֱמָר וְכַתֵּב הִרְאִי וְהִרְטִב"א פְּתוּבוֹת (דָּף ע"ב) הַטַּעַם דְּכִינּוּ דְּתַלְתָּה מְלִתָּא אֲדִידִיָּה הָא הִימְנָהוּ וְהוּא נֶאֱמָר לְהַפְּסִידָה פְּתוּבָתָה שְׁהָרִי רְגָלִים לְדַבְּרֵי עֵי"ש הָרִי דִּס"ל דְּעֵיקָר הַטַּעַם כִּינּוּ דְּתַלְתָּא בְּהַחֲכָם הִימְנָהוּ וְאֶף דְּהוֹצֵרְכָה לֹאמַר מִי טִיְהָר לָהּ הַפְּתָם ע"כ צְרִיף לֹאמַר דְּאִינְרִי דְּלֹא שְׁיִילָה וּמַעֲצָמָה אִמְרָה פְּלוֹנִי חֲכָם טִיְהָר לִי וְכִינּוּ דְּהוֹסִיפָה דְּבָרִים מָה שְׁל"ה צְרִיכָה הִימְנָהוּ וּקְבֵלָה עֲלֵיהָ שְׁאִם יִכְחִישָׁה יִהְיֶה נֶאֱמָר וְהָיִי רְגָלִים לְדַבְּרֵי אֲבָל אִם אִמְרָה סָתַם דְּהַפְּתָם הִיָּה טְהוֹר אֶפְשָׁר לֹאמַר אִם שְׁאֵלִינוּ אוֹתָהּ שְׁתֹּאמַר מִי טִיְהָר לָהּ דָּאז אֶף דְּאִמְרָה פְּלוֹנִי חֲכָם וְאִשְׁתַּכַּח שְׁקָרָא א"נ הַחֲכָם יוֹתֵר מְמַנָּה וְכֵן מְשַׁמַּע הַלְשׁוֹן בִּש"ס דְּבָכָל גְּוֹנִי הֵן לְעַנְיָן מַעֲשָׂר וְהֵן לְעַנְיָן מְשַׁמְשָׁתוּ נְדָה וְלֹא קוֹצָה לָהּ חֻלָּה נְקִיט דְּאִמְרָה לִיָּה פְּלוֹנִי פִּהֵן פְּלוֹנִי חֲכָם פְּלוֹנִי גְּבֵל הַפְּל דְּאִמְרָה מַעֲצָמָה בְּלֹא שְׁאֵלָה מִהַבְּעֵל לְכָף כִּינּוּ דְּמַעֲצָמָה אִמְרָה מָה שְׁל"ה צְרִיכָה וְתַלְתָּה

בהתחכם הימנהו ולכן פשמיכחישה נאמן דהוי רגלים לדבר וכן בהשביעה להעד שיבא ויעיד שמת בעלה פיון דאמר לה העד הנה בינה לילך לב"ד ולומר סתם דמת בעלה והיו מתירין לה כמו שפתיבתי לעיל מדברי הריטב"א והר"ן דל"צ לומר ששמעה מאחר וכיון דהוסיפה דברים מה של"ה צריכה ותלתה בהעד לכה הראשון נאמן דהוי רגלים לדבר וע"ז היתה קבלות רמב"ן דבכל עד מפי עד אם הראשון כופר אין השני שאומר משמו נאמן.

אבל אם העיד בסתם ודרשו הב"ד מהיכן יודע ואמר ששמע מפלוני פיון שלא הוסיף מעצמו דברים מה של"ה צריף י"ל דאין הראשון נאמן יותר מן השני ואי"ה יבואר עוד בזה ואכ"מ. ועיין מ"ש לעיל דיני דיינים (סי' כ"ט) בענין קבלות רמב"ן הג"ל ובדברי תה"ד המובא באה"ע (סי' מ"ב) במקדש בע"א והעיד שהי' אחר עמו ואותו אחר מכחישו דמדמה התה"ד לדברי האשרי והמרדכי ונתקשתי בדבריו ונזכרתי שפן עמד בזה על התה"ד היש"ש קידושין (פ"ג סי' ח"י) וז"ל מה הביא ראיה מפל הני עובדי' היכא דתולה עדותו בתבירו ותבירו מכחישו דמהימן תבירו היינו היכא שתולה כל הענין בתבירו ובילתי תבירו אינו מתוקן כלל אבל ה"א גבי קידושין אם נאמר להחמיר להצריף גט בע"א נהי דתבירו מהימן לומר של"ה בפניו זה המעשה ולא ראיה הקידושין מ"מ הוא אומר שראיה והוי קידושין בע"א עיי"ש בדבריו ובא"מ שהבאתי לעיל דיני דיינים ובמ"ש שם: ובענין הגדה חוץ לב"ד אם שייף פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ראיתי למי שהביא מדברי רמב"ן מלחמות ד' קידושין (פ"ג) גבי מי שאמר בשעת קידושין יש לי בנים שתמה שם על שיטת רש"י ורנ"ה וז"ל ואני תמה בעיקר דינם שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וזה שאמר בשעת קידושין יש לי בנים ואלו שתק בשעת מיתה אשתרו פי הדר ואמר אין לי בנים האיה נעורה חזקה הראשונה של איסור לאסרה עכ"ד ובדאי לא איירי דאמר בשעת קידושין יש לי בנים בב"ד ומ"מ סובר דאמרינו פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודלא כתשובת ר"ן.

ולענ"ד משם אינו ראוי דהא בלא"ה בשעת קידושין ליכא שום תורת עדות ע"ז פיון דליכא נ"מ עדיין והא דנאמן הוא משום דמה לו לשקר ואין אדם חוטא ולא לו מחזקינו לדבריו לאמת ובזה דעת הרש"י והרנ"ה דמתלי תלוי וקאי נאמנתו אם א"ח בשעת מיתה דבריו הראשונים קיימים ואם חוזר נתבטל דבריו הראשונים די"ל דאמר פדי שלא תדאוג ותתרצה לו ודעת רמב"ן דכיון דהאמינו חז"ל אם אינו חוזר ע"כ דשייף מה לו לשקר וא"א חוטא ולא לו דאף די"ל דעשה פדי שתתרצה מ"מ למה לא ירא פן ימות פתאום ויבא לידי קלקול וע"כ דאמת אמר ונאמן לא מתורת עדות רק מצד הבירור והסברא בזה שייף פיון שהגיד שוב א"ח ומגיד אף שלא העיד בפני ב"ד.

ועוד עד כאן לא כתב הר"ן דיוכול לחזור כ"ז שלא העיד בפני ב"ד היינו דוקא אם הגדה האחרונה הי' בפני ב"ד בתורת עדות בזה נתבטל הגדה הראשונה אשר הגיד שלא בפני ב"ד אבל אם גם הגדה השניה ל"ה בפני ב"ד ודאי אינו חוזר ומגיד ואין קיום להגדה השניה להוציא הדבר ממה שנתחזק ע"י הגדה הראשונה ושם פשם שהגדה הא' ל"ה בפני ב"ד פן הגדה שני' לא איירי בפני ב"ד.

וּלְכָה סוֹבֵר רַמְבַּ"ן פִּינֵן דְּלֵאוּ תוֹרַת עֲדוֹת בְּזָה רַק מִטַּעַם בְּיִרְרוּר וְגַם הַגְּדָה שְׁנִיָּה לִיתָא תוֹרַת עֲדוֹת לְכָה אֵינוֹ חוֹזֵר וּמַגִּיד אֲבָל מַה שְׁנֵאָמְרָן בְּתוֹרַת עֲדוֹת י"ל דְּמוֹדָה כ"ז שְׁלֵא נִתְקַבַּל עֲדוֹתוֹ בְּפָנֵי ב"ד בְּתוֹרַת עֲדוֹת חֲזָקָה דְּאֵינוֹ עוֹבֵר עַל לֹא תַעֲנֶה בְּרַעְיָה עַד שֶׁקָּרַ וְנֵאָמְרָן בְּהַגְּדָה הַשְּׁנִיָּה וְכֹן מְבִנְיָן בְּהַגְּהוֹת מְרַדְכֵי מ"ס פְּתוּבוֹת פ' אֶלְמָנָה נִיזוּנִית (ס' ש"ו) דְּעַד שְׁלֵא הָעֵיד ב"ד חוֹזֵר וּמַגִּיד וְגַם מְרִיטְב"א וְרַמְבַּ"ן קִידוּשֵׁין שֶׁהִבְאִתִּי לְעִיל יֵשׁ לִישָׁב לְהַמְעִינֵן דְּלִישְׁנָא קְטִיעַ נְקִטִי וְעִיקָר הַטַּעַם פִּינֵן שֶׁחֲזִיק בְּחֻזְקָת טְהָרָה וְעֵשָׂה מַעֲשֵׂה חֲזָקָה בְּרוּרָה הוּא דְּלֵא יִכְשִׁיל לְחַבְרֵי לְכָה א"ח וּמַגִּיד: ס' יז אַחַר שֶׁהָעֵיד הָעַד ב"ד וְהוּא לְאַחַר כְּדִי דִּיבּוּר א"י לְחֻזֵר וְכַתֵּב הַסַּמ"ע (ס' כ"ט ס"ק ג') אֲבָל בְּתוֹף כְּדִי דִּיבּוּר יְכוּלִין לְחֻזֵר וְאֶפְיָלוּ עַד הֶרְאִשׁוּן בְּתוֹף כְּדִי דִּיבּוּר שֶׁל הַשְּׁנִי כְּגוֹן שֶׁבָּאוּ שְׁנַיִם לְב"ד לְהָעֵיד וְהָעֵיד הָאֶחָד וְאֶחָד פ' ה' יְכוּל הֶרְאִשׁוּן לְחֻזֵר תוֹכֵד"ד שֶׁל עֲדוֹת הַשְּׁנִי דְּחַד עֲדוֹת הוּא כ"כ הַר"ן וְיֵשׁ לְדִיִּיק מְדַבְּרֵי שֶׁכַּתֵּב כְּגוֹן שֶׁבָּאוּ שְׁנַיִם לְב"ד לְהָעֵיד דְּדוֹק' כְּשֶׁבָּאוּ ב"א לְהִיּוֹת כַּת אֶחָד אֲבָל אִם בָּאוּ בְּזָה אַחַר זֶה דְּעֲדוֹת מִיּוֹחֶדֶת כְּשֶׁר ב"ד מ"א אֶף כְּשֶׁמְעִידִין עַל זְמַנִּים נִפְרָדִים אֲזִי אַחַר שֶׁהָעֵיד הֶרְאִשׁוּן אַחַר כְּדִי דִּיבּוּרוֹ שׁוֹב אֵין לוֹ שְׂיִיכוּת עִם חַבְרֵי אֲבָל כְּשֶׁבָּאוּ בְּיַחַד אֶף שְׁנֵי מַעֲיֵד עַל מְנָה בְּנִיסוֹן וְזֶה עַל מְנָה בְּאִיר פִּינֵן דְּמַצְטַרְפִּין בְּיַחַד לְחַיְיבוֹ מְמוֹן חַד עֲדוֹת הוּא וְיְכוּל הֶרְאִשׁוּן לְחֻזֵר תוֹכֵד"ד שֶׁל הַשְּׁנִי וְעִינֵן רִיטְב"א שְׁבוּעוֹת (דף ל"ב) שֶׁכַּתֵּב דְּשְׁנֵי עֲדִים פְּתִיכָא סְהַדוּתִיָּהוּ דְּחַד בְּדַחְבְּרִיָּה וּכְעֲדוֹת אֶחָד חֲשָׁבִיָּה קָרָא וְכַדְכְּתִיב ע"פ"י שְׁנֵי עֲדִים וּמַמִּילָא נְמִי בְּבָאוּ בְּבַת אַחַת וְהָעֵידוֹ תוֹכֵד"ד אֶף דְּכָל אֶחָד מַעֲיֵד עֲדוֹת אַחֶרֶת מ"מ פִּינֵן דְּמַצְטַרְפִּין פִּינֵן דְּתַרְנוּנִיָּהוּ מִסְהָדִי דְּחַיְיב לוֹ מְנָה לְעַנְיָן זֶה פְּתִיכָא סְהַדוּתִיָּהוּ דְּחַד בְּדַחְבְּרִיָּה שְׁחַיְיב לוֹ מְנָה וּכְעֲדוֹת א' חֲשָׁבִיָּה קָרָא נְמִי לְעַנְיָן זֶה כְּמִבְּנָאָר סְהַדְרִין (דכ"ט) וְהוּא עַד אוֹ רָאָה אוֹ יָדַע מ"מ מַמִּילָא יְכוּל הֶרְאִשׁוּן לְחֻזֵר תוֹכֵד"ד שֶׁל הַשְּׁנִי: אֶף יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי הַרְאָב"ד לְכַאוּרָה דְּהוּוּ כְּנִפְרָדִים דְּהֶרִיטְב"א מְפּוֹת (ד"ו) בְּהָא דְּאָמַר ר"נ עֲדוֹת מִיּוֹחֶדֶת כְּשִׁירָה ב"ד מ"כ וְז"ל וְהִקְשׁוּ רַבּוֹתֵינוּ מֵאִי קַמ"ל דְּהָא קִי"ל כְּרִיב"ק דְּאָמַר אֶפְיָלוּ הַלְנוּאָה אַחַר הַלְנוּאָה מְצַטְרְפִין לְחַיְיב מְנָה וְהֶרְאָב"ד וְז"ל תִּירָץ דְּר"נ ה"ק דְּעֲדוֹת מִיּוֹחֶדֶת כְּשֶׁר ב"ד מ"מ כְּשֶׁפְּנִלְמַם כְּשָׂרִים וּלְאַפּוֹקִי אִם הִ' אֶחָד מֵהֶם קַאו"פ עֲדוֹתָן בְּטִילָה פִּינֵן דְּהַלְנוּאָה אַחַת הוּא וְהֶרִיטְב"א חוֹלֵק ע"ז וְכַתֵּב דְּלָמָּה נַחְמִיר ב"ד מ"מ יוֹתֵר מִדְּנִשְׁאָם לֹא רָאוּ אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ הֵם שְׁתֵּי עֲדוֹת וְאִם נִמְצָא א' מֵהֶם קַאו"פ אֵין אַחַת פּוֹסְלֵת חֲבָרְתָּהּ וְעִינֵן קְצוּהָ ח"ח (ס' ל"ו ס"ק ב') דְּהֶרְאָב"ד סוֹבֵר דְּקוּלוֹ חֲנוּמְרוֹ וְחֲנוּמְרוֹ קוּלוֹ דְּהִיכָא דְּמַצְטַרְפִּין כְּכִשְׁרוּתָן מְצַטְרְפִין בְּפִסְלוּתָן וְכִינֵן דְּב"ד מְאִפְיָלוּ הַלְנוּאָה אַחַר הַלְנוּאָה מְצַטְרְפִין מַמִּילָא ב"ד מ"מ אִם נִמְצָא א' מֵהֶם קַאו"פ נְמִי הָנִי צִירוּף לְבַטֵּל הַכְּשָׂרִים עִי"ש וְהֶרְאָב"ד מְדִיִּיק בְּלִשׁוֹנוֹ דְּעֲדוֹתָן בְּטִילָה פִּינֵן דְּהַלְנוּאָה אַחַת הוּא מְשַׁמַּע דְּוָקָא כְּשֶׁהָעֵידוֹ עַל הַלְנוּאָה אַחַת אֲבָל אִם נִצְטַרְפוּ בְּיַחַד עַל ב' הַלְנוּאוֹת וְהַמְלִיחָה תוֹבַע שְׁנֵיהֶם וְכָאוּ וְהָעֵידוֹ בְּיַחַד לֹא נִתְבַּטַּל עֲדוֹת הַכְּשָׂר אִם נִמְצָא אֶחָד קַאו"פ אוֹ אִם חוֹזֵר אֶחָד נִשְׁאָר הַשְּׁנִי ע"פ לְחַיְיבוֹ שְׁבוּעָה וּמַמִּילָא שׁוֹב אֵין הֶרְאִשׁוּן יְכוּל לְחֻזֵר תוֹכֵד"ד שֶׁל הַשְּׁנִי.

בְּרַם יֵשׁ לְהַבִּין לָמָּה לֹא נִאֶמַר בְּזָה עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מְקַצְתָּהּ בְּטִילָה כְּפִלְגָה וְכִינֵן דְּשְׁנֵיהֶם בָּאִים וּבְכַחֵם לְחַיְיבוֹ מְנָה וְנִתְבַּטַּל כַּח הַחַיּוֹב שֶׁל מְמוֹן ע"י שְׁנֵי מְצָא הָאֶחָד קַאו"פ נִימָא עֲדוֹת שְׁבַטְלָה מְקַצְתָּהּ בְּטִילָה כְּפִלְגָה וְאֶף אִם הוּזַם אֶחָד מֵהֶם יִתְבַּטַּל הָעַד הֶרְאִשׁוּן אֶף מִלְחַיְיבוֹ שְׁבוּעָה.

וילדעת הריטב"א דסובר דלא נחמיר בד"מ יותר מבדנ"פ וממילא באם הונום אָחד י"ל דנשאר השני ולא נתבטל עכ"פ לענין שבוועה וא"כ י"ל דכמו כן פנין דעדותו הוא על זמן אחר אף דלא נוכל לחייבו ממון רק בצירוף העד האחר המעיד על הלואה אחרת מ"מ אין לחזור תוכד"ד של חבירו ומ"מ צ"ע ויבואר עוד לקמן מזה: והנה מדברי הר"ן והריטב"א הג"ל לא נתבאר באם היו הרבה עדים אם ג"כ הדין פן הוא דהראשון יכול לחזור תוכד"ד של האחרון די"ל דנאקא בשני עדים דפתיכא סהדותיהו דחד בדחבריה ועדות אָחד חשביה קרא כמו"ש הריטב"א אָבל אם יש שני פתות או יותר י"ל אף דהעידו פל אָחד ואָחד תוכד"ד של חבירו מ"מ שנים הראשונים אחר פְּדִי דבור שְׁלָהֶם שוב א"י לחזור או די"ל פנין דמקשינו שלשה לשנים וכן אף במאה עדים דחשבינו פתרי ממילא גם לענין חזרה חשבינו פְּנֻלִם פְּכַת אַחַת וּכ"א יָכוֹל לַחְזֹר תוּכַד"ד שֶׁל הָאֲחֵרוֹן וְעַיִן בְּשִׁלְטֵי הַגְּבוּרִים פ' שְׁבוּעַת הָעֵדוּת דְּהִבִּיא שְׁאֵלָה בְּאֶחָד שְׁתּוּבַע לְשׁוֹתְפוֹ שְׂיָבֵא עִמּוֹ לַחֲשׁבוֹן וְהַשִּׁיב שְׁלִפֵי חֲשׁבוֹנוֹ נִשְׂאָר בְּיָדוֹ סָף פָּה וְכָף וּבתוּכַד"ד שֶׁל הוֹדְעָת הַנִּתְבַּע אָמַר אֵלָיו הַתּוּבַע שְׁאֵל יִתְּנֶם לּוֹ אֶלָּא בְּפָנַי ב"ד וּבתוּכַד"ד זֶה הַשִּׁיב הַנִּתְבַּע כּוֹס פְּסָף שְׂיֵשׁ לִי בְּיָדְךָ תְּנֵהוּ לִי וְאַתָּן לָךְ וְהַתּוּבַע אֵינּוּ מוֹדֵה לּוֹ בְּאוֹתוֹ הַכּוֹס וְכַתּוּב דל"א בְּזֶה תוּכַד"ד פְּדִיבּוֹר דְּמִי רַק תּוֹף פְּדִי דְּבוּרוֹ וְלֹא תוּכַד"ד שֶׁל חֲבִירוֹ וְכַתּוּב דְּאֵינּוּ דוֹמָה לְעֵדוּת מְשׁוּם דְּהֵתֵם אֵין פְּפִירַת עֵדוּתוֹ מְחִיבּוֹ קָרְבָן עַד שְׂיִכְפְּרוּ שְׁנִיָּהֶם וְהַלְפָּה אֵין הָעֵדוּת נִגְמַרַת עַד שְׂיַעִיד חֲבִירוֹ וְכִינֵן שְׁפֵן פְּעֵדוֹת אַחַת דְּמִי וּבְדִין הוּא שְׂיִהְיֶה תוּכַד"ד שֶׁל חֲבִירוֹ פְּדִיבּוֹרוֹ שְׁלוֹ וְכֵן הָא דְּכַתְּבוֹת פָּרַק א"נ וְנִתְרִי בְּהוּא תּוֹף פְּדִי דְּבוּר מְפָנִי שְׁהַתְּרָאָה צְרוּף עֵדוּת הוּא וְכֵאלוֹ הַתְּרָאָה וְהָעֵדוּת הַפֶּל דְּבָר אָחָד עֵי"ש מְשַׁמַּע נְמִי מְדַבְּרִי דְּרַק בְּשֵׁנֵי עֵדִים דְּחֲשִׁיבּוֹ פְּאָחָד דְּבוּרֶם פִּינֵן דְּאֵין תּוֹעֵלַת בְּדַבְּרִי אָחָד בְּלֹא חֲבִירוֹ אָבֵל אִם הֵם יוֹתֵר י"ל דֵּא"י הַשְּׁנַיִם הָרֵאשׁוֹנִים לַחְזֹר תוּכַד"ד שֶׁל הָאֲחֵרוֹנִי פִּינֵן דְּגַם בְּלֹא עֵדוּתָן שֶׁל אֲחֵרוֹנִים סָגִי בְּהָרֵאשׁוֹנִים אָף דְּמַקְשִׁינּוּ שְׁנַיִם לְשִׁלְשָׁה וְאֶפְּלוּ הֵן מְאָה מ"מ לְעַנְּנָן חֲזָרָה שְׂיֵהִיּוּ כְּלוֹן חֲשׁוּבִין פְּאָחָד לֹא מְצִינּוּ.

ועיין ריטב"א מפות (דף ו') בהא דאמר בש"ס כ"א פְּדִי דְּבוּרוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְה"נ אֶמְרִינָן מִס' שְׁבוּעוֹת וְטַעְמָא מְשׁוּם דְּכֹנְלֵהוּ עֵדִים פְּאָחָד חֲשִׁיבִי אָבֵל בְּבַעֲלֵי דֵינִין שְׁהוֹדָה אָחָד מֵהֶם לְחֲבִירוֹ וְכֵן לַחְזֹר תוּכַד"ד שֶׁל חֲבִירוֹ דְּבַכ"מ תוּכַד"ד עֲצָמוֹ הוּא בַר מְהֵנִי עֵדִים בְּלַחוּד עַכ"ד וְזֶה פְּדִיבּוֹרֵי הַש"ג רַק מִמָּה דְּמִשׁוּי דְּבָרֵי הַש"ס דְּשְׁבוּעוֹת לְהָא דְּמַכּוֹת מְבוֹנָר דְּאָף מְאָה עֵדִים פְּאָחָד חֲשִׁיבִי וְהָרֵאשׁוֹן יָכוֹל לַחְזֹר תּוֹף פְּדִי דְּבוּר שֶׁל אֲחֵרוֹן אִם הָעֵדוּת פְּנֻלִם תּוֹף כַּד"ד שֶׁל חֲבִירוֹ וְכֵן הוֹכִיחַ אַאזְמ"ו ז"ל בְּסִפְרוֹ דְּבָרֵי מְשַׁפֵּט מְדַבְּרִי תוֹס' פ' א"נ (דף ל"ג) ד"ה וְנִתְרִי דְּכַתְּבוּ כ"ז דְּעוֹסוּקִין בְּאוֹתוֹ דְּבָר חֲשׁוּב הַפֶּל תוּכַד"ד פְּמְבוֹנָר בְּמַכּוֹת עֵי"ש: אָף הוּא זצ"ל פְּתַב שֶׁם לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי הָרֵאב"ד בְּהַשְׁגוֹת (פ"כ) מְעֵדוֹת דְּאֵינּוּ סוּבֵר פֵּן מְדַכְּתַב שֶׁם פִּינֵן דְּלֹא הָעֵדוּת תוּכַד"ד נִחְשָׁב כַּב' פְּתִי עֵדִים לְעַנְּנָן הַזְּמָה אָבֵל אִם הָעֵדוּת תוּכַד"ד מוֹדֵה לְרַמְב"ם דְּאִם נַעֲשׂוּ פַת הָרֵאשׁוֹנָה זוֹמְמִין אָף עֵדוּת פַת שְׁנֵי בְּטָלָה דְּהוּי פְּנֻמְצָא אָחָד מֵהֶם קֵאו"פ דְּכָל הָעֵדוּת בְּטַל פִּינֵן דְּכַת שְׁנֵי הָעֵדוּת תוּכַד"ד שֶׁל פַת הָרֵאשׁוֹנָה וְאַמְאִי הָא מְבוֹנָר ב"ק (דף ע"ג) אִם הָעֵדוּת עַל הַגְּנִיבָה וְהַטְּבִיחָה בְּבַת אַחַת וְהוֹזְמוּ עַל הַטְּבִיחָה תְּחִילָה וְאַח"כ עַל הַגְּנִיבָה ל"ה פְּסוּלִין בְּשַׁעָה דְּהָעֵדוּת עַל הַטְּבִיחָה אָף דְּהוֹזְמוּ אַח"כ עַל הַגְּנִיבָה פִּינֵן דְּהִיּוּ יְכוּלִין לַחְזֹר עַל הָעֵדוּת שֶׁל הַגְּנִיבָה וְאִם נִאָמַר דְּכַת הָרֵאשׁוֹנָה יָכוֹלָה לַחְזֹר תוּכַד"ד שֶׁל הָאֲחֵרוֹנִי א"כ בְּשַׁעָה דְּהָעֵדוּת פַת שְׁנֵי



אף דאָאָנמו פת הראשונה ולמפרע נפסלו מ"מ ל"ה נפסלין רק אחר כד"ד של פת שנייה ולא גרע מאלו נעשו פת שנייה פסולין אחר פדי דיבור מעדותן דלא איכפת לו פיון דבשעה שהעידו היו פשרין מכ"ש אם פת הראשונה נעשו זוממין פיון דבינדם לחזור עד אחר פדי דיבור של פת שנייה ואמאי בטל עדות פת שנייה פיון דבשעת עדותן עדיין היו פת הראשונה פשירה א"ו דכת הראשונה א"י לחזור רק אחר פדי דיבורם ולא אחר פדי דיבור של פת שנייה עיי"ש בדברי.

ואחרי בקשות אלה מחילות מכבוד קדושתו דאזמ"ו ז"ל לא אבין כל דברי ראשית דבר לא אדע לדמיונו דמדמה להא דב"ק דבהעידו על הגניבה וטביחה בתוכד"ד דהו פשרין בשעה שהעידו על הגניבה הואיל דיכולין לחזור א"כ לרבא דסובר מפאן ולהבא נפסל איך פכנס המתניתין דמכות בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הרי אלו עדות אחת.

ועלה אמר רבא והוא שהעידו פולם בתוכד"ד ופירשו בתוס' דקאי רק אדין דעדים זוממין ביה דוקא כי העידו פולם בתוכד"ד דזה הוי עדות אחת דכיון דלא העידו אמת לא התחיל עדותן רק פשהעידו בב"ד.

ואמאי נתבטל כל העדות הא לא נפסלו לרבא אלא מפאן ולהבא וא"כ אז היו פשרין בשעה שהעידו ול"ה בנמצא אחד מהן קאו"פ ולמה לא יתקיים עדותן של הפת שנייה וע"כ צריך לומר אף דלא נפסלין אלא מפאן ולהבא מ"מ פיון דנצטרפו יחד בהגדתן תוכד"ד ומקצתן רואין אלו את אלו ואיירי באופן דכת שנייה אינה מכחשת לאלה שהעידו להזימן רק באופן שכתב הריטב"א שם שרואין קודם המעשה והרגישו בהם בשעת מעשה או שרואין דרך ראיה כללית ולא שהפירום ממש שיוכלו להכחיש את המזימים וכיון שהיה להם לדעתם צירוף בשעת ראיה והגדתם תוכד"ד לכן הוי פת אחת וגזה"כ להשוות מאה פשנים ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וע"ז קתני בסיפא ואם לאו הרי אלו שתי עדות אם נמצאת אחת מהן זוממת הוא והן נהרגין ואיירי אף אם העידו תוכד"ד מ"מ פיון דלא היו צירוף ראיה נחלקו עדותן. והראב"ד דהשיג על הרמב"ם מאחר דלא באו תוכד"ד ונחשבו שתי פתות לענין הזמה למה תבטל עדות פת האחרונה ע"כ דסובר דהרמב"ם איירי שהיו צירוף ראיה דאל"כ אף פשהעידו תוכד"ד מ"מ הן עדות נחלקות ועיין ש"ך (סי' ל"ו ס"ק ו') ובקצוה"ח שם ונתיבות ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסו' ספר דברי משפט (סי' ל"ו ס"ק ד' וסי' ל"ח ס"ק א') דהענ' דאף בדנ"פ אין העד מדקדק מי היה עמו.

וכן דעת הראב"ד לכן פיון דאיירי דהי' צירוף ראיה רק שלא העידו תוכד"ד משיג הראב"ד ע"ז דלמה תבטל עדות פת האחרונה אבל אם היה הגדה תוך פדי דיבור והוי צירוף ודאי דהן פת אחת ונתבטל כל העדות אף דהראשונים היו פשרים בשעת הגדתן של האחרונים דהיו יכולין לחזור תוכד"ד של הגדת האחרונים דהא אף לרבא דסובר מפאן ולהבא נפסלין מ"מ לא יחלוק על המתניתין פשהעידו תוכד"ד ונצטרפו יחד בראיה דאמרינו בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והן פת אחת.

ועוד י"ל דהראב"ד סובר בזה פשיטת רבינו ישע' ו"ל המוכא שם בדברי אאמ"ו ו"ל דאם התרו בהן ואמרו פולן לאסהודי אתינן סגי במקום ראיה פאחת. אולם סובר דמ"מ הגדה בעינו פאחת לצרפם לכת אחת ויהיה איה שיהיה לא אדע להבין ראיתו מדברי הראב"ד הנ"ל דיספור דא"י לחזור מעדותן תוכד"ד של פת האחרונה דאף דיכולין לחזור ובשעת הגדתן של האחרונה הי' עוד פת הראשונה פשיקה ויכולין לחזור מ"מ פיון דנתבטל עדותן והם פת אחת אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה: ברם בגוף דמיונו להך דב"ק בער אנכי ואיני מבין דברי קדשו דמורי נרבי זקני הגאון זצ"ל דהא שם מבואר בש"ס דלר' יוסי אם אמרינן למפרע נפסל בהומו על הטביחה נתבטל עדותן שיהעידו על הגניבה תוכד"ד וכינן דאסהידו אטביחה בשיקר' פסולין הווי אע"ג דלא מיפסלי אלא לבתר גמר עדות של טביחה מ"מ ממילא איבטלי סהדותא דגניבה אע"ג דלא איתום עלוניה ותוף כדי דבור פדבור דמי ועיי"ש בש"מ דא"ד לדלעיל דמשני שיהעידו בב"א על הטביחה תוף כדי דבור דגניבה דמ"מ אינו נפסל על הטביחה מהזמה דגניבה פיון דהיו יכולין לחזור בהן על עדות גניבה פיון דתוכד"ד הנה אכל הכא אע"ג דכשרין ניהו גם אחר עדות דטביחה דתוכד"ד מ"מ פי היכא דמהני הזמה לבטל עדות דטביחה ה"נ מהני לבטל עדות גניבה שקדמה לה פיון דתוף כד"ד הנה חשיבא פאותו עדות ממש ועדות שבטלה מקצתה בטלה פולה ועיי"ש עוד בלשון תוספות הרא"ש ו"ל דהא דלעיל דתוכד"ד גורם להכשיר העדות היינו לענון זה דלא חשבינן להו מוכחשין לבטל עדותן ואם הומו אח"כ משלמין דהכחשה תחילת הזמה היא אכל פשהומו על הטביחה נתבטלה עדות גניבה לענון זה דאין הבעלים משלמין פפל פיון שיהעידו תוכד"ד של הטביחה וכן ה"נ לענון זה דבטלה עדותן ואין הבעלים משלמין פפל עיי"ש הרי מבואר דכשגמרו עדותן ונפסלו נתבטל אף מה שיהעידו תוכד"ד מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה רק לענון אם איתמו על הטביחה אף דנתבטלה גם עדות גניבה שיהיה תוכד"ד מ"מ פיון שיהיו יכולין לחזור קורים בהם פאשר זמם פי איתמו אח"כ ג"כ על הגניבה ונהזמה אריכתא הוא וה"נ בדברי הראב"ד אף דכת הראשונה היו יכולין לחזור תוכד"ד של עדותן של פת האחרונה מ"מ פשלא חזרו פי איתמו אח"כ נתבטל פל עדותן וכינן דהעידו פולם תוכד"ד אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה וז"פ וברור: ומ"ש מרן זקני ו"ל דאם נעשו פת שניה פסולין אחר כדי דבור מעדותן דלא איכפת לן נראה מדבריו דאם עדים נעשו תוכד"ד של עדותן פסולין דנתבטל עדותן ולכאורה הנה נראה פן מסבא פיון דלא נגמר עדותן עד אחר כד"ד דעוד יכולין לחזור ואם חזרו לא עברו על לא תענה א"כ עיקר גמר עדות הוא אחר כדי דבור וכשנפסלו תוכד"ד אף די"ל לאוקמי אהזקה דלא הווי הדרי בהו מ"מ פיון דעיקר הגמר של עדותן הוי לאחר כד"ד הוי פמו תחילתו בכשרות וסופו בפסלות.

אולם מדברי ש"מ ב"ק שם אף דבלשון הראב"ד שם כ' בעדות אחת ממש שיהעידו על שניהם תוכד"ד עדות שבטלה מקצתה כו' ונפסלו ג"כ על הגניבה מדכ' לשון ונפסלו משמע קצת דמטעם פסול אתינן עלה הואיל דתוכד"ד נפסלו נתבטל אף מה שיהעידו בדבר אחר מ"מ בלשון הרמ"ה שם כ' פיון דסוף עדות הטביחה מיהת מפסלי ממילא איבטלי סהדותא דגניבה מבואר דמטעם עדות שבטלה מקצתה הוא ולא מטעם פסול ועוד הוסיף שם ודוקא בתובע אחד ונתבע אחד דומיא דגניבה וטביחה עיי"ש מבואר

דאם העידו על ראובן שחייב מנה לשמעון ותוכד"ד העידו ג"כ שחייב מנה ללוי אף דאפזמו על מה שהעידו לשמעון מ"מ מה שהעידו שחייב ללוי נשאר קנים דתוכד"ד עדיין לא היו פסולין פנין שהי' בינדם לחזור ממה שהעידו שחייב לשמעון ואע"ג דאח"כ נתברר שלא חזרו ונפסלו למפרע מ"מ נשאר מה שהעידו תוכד"ד ואם פן ממילא ג"כ אם נפסלו מצד עבירה אחרת תוכד"ד נשאר עדותו בחקת פשרות ושוב ראיתי בנתיבות (סי' נ"ב) דפשיטא לי' דאף אם עברו תוכד"ד של עדותו שאר עבירה שנפסלו ע"י דלא נתבטל העדות דלמפרע והביא ראיה מדברי ש"מ הג"ל דבב' תובע' ונתבעים דל"ש עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא נתבטל אף שבודאי עשו עבירה תוכ"ד לא נתבטל עדות הראשונה עיי"ש ומ"מ צ"ע אמאי הא בכ"מ תוכ"ד פדבור דמי הואיל דאין אדם גומר דבריו בבירור וכיון דיכולין לחזור מעדותו תוכד"ד ואינם עוברים לא תענה עד אחר כד"ד אף דל"א הוכיח סופו על תחילתו ואמרי' עכשיו נכנס בו היצה"ר ואף אם מחשבתו הנה פן מתחילה לא נעשה רשע במחשבה מ"מ יתבטל העדות כיון די"ל דלא העיד אז בבירור גמור ולא נגמר העדות עד אם אינו חוזר מדבריו תוכ"ד ומה"ט יכול לחזור תוכ"ד א"כ הוי סופו בפסלות וכן י"ל אם מתו העדים תוכד"ד או נשתתקו דאין קיום לעדותו ומ"מ הראיה מדברי הרמ"ה בש"מ היא נכונה מאד.

וראיתי בספר הראב"ן (דף פ"ח ע"ד) וז"ל ואם העידו ב' עדות בזה אחר זה ונמצא שקרן על הראשונה גם האחרונה בטילה ואם נמצא שקרן על האחרונה אם בתוכ"ד של הראשונה העיד לשני' בטילה גם הראשונה ואם לאחר כד"ד אינה בטילה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ותוכד"ד פדבור דמי עיי"ש מדסתם וכתב העידו ב' עדות משמע דאף בב' תובעים ונתבעים ג"כ הדין פן ואף דכ' מטעם עדות שבטלה מקצתה כו' מ"מ י"ל הואיל דשם פסול עליהם תוכ"ד נתבטל אף מה שהעידו מקודם דעיקר גמר העדות הוא לאחר כד"ד והוי סופו בפסלות וצ"ע עדיין בזה אף כי מי יבא אחרי פשטות של מרן בעל הנתיבות ז"ל לחלוק עליו מבלי ראי' מוכרחת: סי' ח' אם מעידין עדים בדבר חוץ לב"ד אם עברו על לא תענה ברעיה עד שקר לא ראיתי מבואר רק בד' ס' יראים מרבנו אליעזר ממיץ (סי' רמ"ג) באזהרה שלא להעיד שקר דכ' במעיד בב"ד במקום דא"י לחזור איירי וילמוד סתום מן המפורש דכתיב גבי שמיעת קול אלה אם לא יגיד כו' ואמרין בת"כ ובשבועות לא אמרתי אלא במקום שאלו מגיד זה מתחייב זה ממון וספק בידי אם ילמד עד דהתם מועד דהכא וצריף שאילה לרבי עכ"ל ויש שם איזה ט"ס עכ"פ המתבאר בדבריו דלשון עד היינו עדות המועיל הוא דוקא במעיד בפני ב"ד אז עובר על לא תענה אם העיד שקר אבל אם מעיד חוץ לב"ד אף במקום דמועיל כגון באיסורין או להעיד דמת בעלה של פלונית י"ל דאינו עובר על ל"ת רק באזהרה דמדבר שקר תרחק ועיין קצוה"ח (סי' ל"ח) דחקר במעידין על איסור ואתמו או מקיימינין בהו דין הנהגה ובנתיבות כתב שם דבאיסור הואיל דל"ב הגדה בפני ב"ד לית בהו דין הנהגה וכדבריו נראה מס' יראים הנז' פנין דאינו עובר על ל"ת ברעיה עד שקר רק כשמעיד בפני ב"ד כ"כ דין הנהגה הנאמר בתורה והנה עד שקר העד שקר ענה באחיו ונעשיתם לו כאשר זמם כו' איירי דוקא ג"כ במעיד בב"ד ולא באיסור דל"ב הגדה בב"ד מזה לא איירי הקרא: אף מ"מ י"ל כמו דמצינו בשבועות אלה דעדות אף במה דא"צ הגדה בפני ב"ד כגון בעד סוטה ובמת בעלה דל"צ הגדה פלל בפני ב"ד ומ"מ נכלל בכלל חיוב דק"ש

אם הוא עד כִּשְׁר לְשֹׁאֵר דָּבָר אֶף דְּלַעֲגוּן זֶה א"נ בְּתוֹךְ עֵדוּ דָּאָף אִשְׁה וְעֵבֶד כְּשֵׁרִים רַק בְּתוֹךְ אֲנִמְדָּנָא וְנִדְעוֹת וּפְסוּלִין דְּאִינֵן בְּתוֹרַת עֵדוֹת לְשֹׁאֵר דָּבָר אִינֵן בְּחִיּוֹב ק"ש וּמ"מ עַד כִּשְׁר דְּהוּא בְּתוֹרַת עֵדוֹת וְהִכָּא דֵּא"נ אִינֵן בְּשִׁבּוּעוֹ עֵדוֹת וְהִכָּא דְנֶאֱמָן הוּא חֲזִיב בַּק"ש וְעִינֵן ש"ש (ש"ז פ"א) הָרִי דְהִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד מוֹעִיל דְּהִפְפִּירָה בְּב"ד מְחִיבֵי בַּק"ש כֵּן נִמְי י"ל אִם מְעִיד בְּפָנֵי ב"ד אֶף בְּדָבָר דֵּא"צ הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד מ"מ נִכְלָל בְּכָלֵל לְאוּ דְלֹא תַעֲנֶה וְאִם מְעִיד שְׁקָר עוֹבֵר בְּלֹא וּמִמִּילָא נִכְלָל בְּכָלֵל וְהִנֵּה עַד שְׁקָר הָעֵד וְאִם אֲתוּמוּ מְקַיְמִינֵן בְּהוּ דִּין הַזְּמָה וּכְבָר הָעֵרוֹתִי בְּזֶה בְּסִפְר דְּבָרֵי חֲזִיִּים סוּף דִּינֵי עֵדוֹת מְדַבְּרֵי יְרוּשְׁלָמִי סוּף (פ"ב) דְּכַתְּוֹבוֹת עַל מִתְּנִיתִין דְּאֵלוּ נֶאֱמַנִין לְהַעֲיֵד בְּגוֹדְלָן מַה שְׂרָאוּ בְּקוּטְנָן קֶאֱמַר שָׁם מַהוּ לְהוֹצִיא מְמוֹן מִתּוֹךְ עֵדוּתָן הָאִיף עֵבִידָא הָיוּ הַכֹּל יוֹדְעִין עַד שְׁדָּה רָאוּבוּ תַחוּם שְׁבֵת וּבָאוּ וְאָמְרוּ עַד כָּאֵן הָיִינוּ בָּאִין בְּשִׁבְתָּ וְנִמְצָא הַשְּׁדָּה שָׁל שְׁמַעוֹן מַהוּ מְפָקִיתָה מִן שְׁמַעוֹן וּמְחִזְרָת לְרָאוּבוּ וְקֶאֱמַר בְּתַר הָכָא רַב אֶחָא רַב שְׁמוּאֵל בְּעִיהוּזְמוּ מַהוּ שְׁיִשְׁלָמוּ אוּ יִבָּא כו' דֵּא"ר בָּא ר' יְהוּדָא בְּשֵׁם שְׁמוּאֵל אִין לוֹמְדִין דְּבָר מְדַבְּר בְּעֵדִים זוּמְמִין עכ"ל.

וְהָיִינוּ דְסוֹבֵר אֶף דְּלַעֲגוּן מְמוֹן אִין יְכוֹל לְהַעֲיֵד בְּגוֹדְלוֹ מַה שְׂרָאָה בְּקִטְנוּתוֹ מ"מ פִּינֵן דְּלֹא בָּא לְהַעֲיֵד אֲלֵא לַעֲגוּן אִיסוּר תַּחוּם שְׁבֵת אֶף דֵּאֲח"פ נ"מ מְמִיל' לַעֲגוּן מְמוֹן מְחִזְקִינֵן לְדַבְּרֵי הָעֵדִים דְּוָגְמָא מַה דְּמִבְּנָאָר יְרוּשְׁלָמִי מִס' סוּטָה לַעֲגוּן אִיסוּר דְּהוֹחֲזֵק בַּע"א אֶף לְלִקוֹת עָלָיו כְּמוֹ שְׁכַתְּב רַמְב"ם (פ"ג) מְשַׁגְּגוֹת וּבְהִל' סְנֵהֲדֵרִין דְּהָאִיסוּר מְוַחֲזֵק עַפ"י ע"א אֶף לְלִקוֹת עָלָיו אֲח"פ ה"נ אֶף דְּמִמִּילָא בְּשַׁעַת עֵדוּתָן נ"מ לַעֲגוּן מְמוֹן מ"מ פִּינֵן דְּלֹא בָּא לְהַעֲיֵד ע"ז רַק לְאִיסוּר תַּחוּמִין וְנִתְקַבַּל עֵדוּתָן דְּגִין ע"פ הִגְדָּתָן אֲח"פ גַּם לַעֲגוּן מְמוֹן.

אֶף יִקְשֶׁה פִּינֵן דְּלַעֲגוּן אִיסוּר לֹא בְּעִינֵן הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד אִיף יְהִיָּה שְׁיִיף בְּהוּ דִּין הַזְּמָה פִּינֵן דַּל"ה צָרִיף לְהִיּוֹת הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד. וּבְתַנּוּמִים (ס' ל' ס"ק ז') כְּתִב בְּדַבְּרֵי רַמְב"ם הַלְכוֹת גְּזִירוֹת דְּגַם לַעֲגוּן עֵדוֹת עַל חִיּוֹב גְּזִירוֹת בְּעֵי דו"ח וְשְׁיִיף בְּהוּ דִּין הַזְּמָה.

וְע"כ דְּסוֹבֵר נִמְי דְּבַעֲי הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד דְּשִׁלָּא בְּפָנֵי ב"ד וְדֵאִי ל"ש דִּין הַזְּמָה פִּינֵן דָּאָף עַל לְאוּ דַּל"ת אִינֵן עוֹבֵר. אוּלָם שָׁם הִבְאִיתִי דְּבָרֵי רַמְב"ן וְרִיטְב"א רִישׁ מִס' מְכוֹת דְּסִבְרוּ לַעֲגוּן אִיסוּר דְּהוּא דְּבָר הַתְּלוּי בְּרִצּוֹנוֹ ל"ה רַק הוֹדְעָה בְּעֵלְמָא וְלֹא שְׁיִיף בִּיהַ הַזְּמָה וְאֶף מְלִקוֹת אִינֵן חֲזִיבִין דְּלֹא עֵדוֹת הוּא אֲלֵא הוֹדְעָה בְּעֵלְמָא עֵי"ש בְּדַבְּרֵיהֶם בְּהָא דְּלֹא קִתְּנֵי בְּמִתְּנִיתִין בְּמַעֲדִין שְׁחִיב קָרְבָן שְׂאִינֵם מְשַׁלְּמִים מְשׁוּם דְּלֹא בְּנִי כְּפָרָה נִינְהוּ וְעֵי"ש הֵיטֵב בְּרִיטְב"א וּבְמָה שְׁכַתְּבִיתִי שָׁם בְּדַבְּרֵי חֲזִיִּים וְא"כ גַּם לַעֲגוּן גְּזִירוֹת ל"ה רַק הוֹדְעָה בְּעֵלְמָא וְתִלְיָא בְּרִצּוֹנוֹת.

אוּלָם יִקְשֶׁה מִן יְרוּשְׁלָמִי הַנּוֹז' פִּינֵן דַּל"ה צָרִיף הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד לַעֲגוּן אִיסוּר מַהוּ ס"ד לְחִיבֵן בְּדִינֵי הַזְּמָה עַל הַמְמוֹן שְׁיִצְמַח מְעֵדוּתָן: וְע"כ צָרִיף לוֹמַר אֶף בְּמָה דַּל"ב הִגְדָּה בְּפָנֵי ב"ד מ"מ אִם הִגִּידוּ בְּב"ד לְשֵׁם עֵדוֹת תּוֹרַת עֵדוֹת עָלֵיהֶם לַעֲגוּן דְּעִבְרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה אִם הִעִידוּ שְׁקָר וְיִשְׁנֵן בְּהַזְּמָה וְגַם רֵאִי מ"מ שְׁ הַרְמַב"ם (פכ"א) מְעֵדוֹת דְּעֵד הַמְעִיד עַל סוּטָה שְׁזִינְתָה דָּאִם הוּזַם דְּמִשְׁלָם אֶף דֵּא"צ הִגְדָּה בְּב"ד דָּאָף עַד מְפִי עַד כִּשְׁר בְּזֶה וְע"כ פִּינֵן דְּמַעֲיֵד בְּתוֹרַת עֵדוֹת בְּב"ד שָׁם עַד עָלָיו וְה"נ לַעֲגוּן אִיסוּר רַק מַה דְּאִין נ"מ בְּעֵינֵן הִגְדָּתָן רַק לַעֲגוּן אִיסוּר בְּלִבְד בְּזֶה ל"ה רַק הוֹדְעָה בְּעֵלְמָא וְל"ש בִּי הַזְּמָה אֲבָל לַעֲגוּן אִם יִצְמַח אֲח"פ נ"מ לַעֲגוּן מְמוֹן כְּמוֹ בְּסוּטָה תּוֹרַת עַד עָלָיו אִם הִעִיד בְּב"ד וְכֵן בְּהָד

דירושלמי ג"כ רק מטעם דאין למידין דבר בעדי זוממין הא ל"ה פיון דשם עד עליו הנה מחייב בהזמה.

ועיין קצוה"ח דחקר אם יש בע"א במקום דמחייב ממון פגון במתוך שאיל"מ אם יש בו תורת הזמה או לא ותמהני הא אף בע"א לגבי סוטה דלאו מתורת עדות המועיל נאמן פיון דאף קרוב נאמן רק הואיל דהוי רגלים לדבר הואיל דקנא לה ונסתרה ובכ"ז אם העיד בתורת עדות בפני ב"ד יש בו דין הזמה פמבואר רמב"ם הנז' מכ"ש דבר אשר צריך מן הדין הגדה בפני ב"ד ולהיות עד פשר דוקא מכ"ש דשייך ב' תורת הזמה: הן אמת דראיתי בפירוש המשניות לרמב"ם ריש סוטה שכתב שצריך אצלנו שכ"מ שאמרה תורה עד אמנם הפנונה בו עדות שהוא משני עדים כמו עד שקר העד גבי עדים זוממין ולא תתקנים הזמה אלא בשני עדים כמו שיתבאר מס' מכות עכ"ל ומבואר מדבריו דלא שייך דין הזמה אלא בב' עדים.

ואולם אין לדברים אלו הבנה הא מבואר דבע"א לגבי סוטה באמת יש בו דין הזמה וכן מבואר בירושלמי מס' סוטה. ועוד הא בש"ס מבואר טעם אחר דכ"מ שנאמר עד הוא שנים מדכתיב לא יקום עד אחד פמבואר ריש מס' סוטה ועיי"ש בתוס' דהקשו באמת אמאי הפל מודין בע"א דסוטה דמחייב ק"ש ע"ש.

עכ"פ הדין דמחייב ק"ש אף ע"ג דכתיב והוא עד פן נמי לענין הזמה ועיין פירוש משנה לרמב"ם (פ"ו) דהביא הטעם הזה דעד כ"מ הפנונה על שנים מדכתיב לא יקום ע"א עיי"ש ודבריו בריש המסקת אין להם הבנה והברור דלא כמו שכתב הקצוה"ח דקרא פתיב דוקא בב' עדים דהא לענין קרבן שבועה נמי פן הוא ומ"מ במקום דמועיל עדות ע"א חייב בק"ש פן נמי לענין הזמה וכמבואר ברמב"ם הנז': אף מ"מ בתובע לו ע"י ע"א והלא אומר איני יודע יש לפקפק אם שייך בו הזמה למ"ש הגהות מיימוני הטעם דבנסכא דר"א הוי מתוך שאיל"מ אף דע"א אינו בכחו לחייב ממון מ"מ פיון דלא בא תיקוף העד לממון דאי הי' בעי הי' טוען לא חטפתי והי' נשבע ואינו משלם ושייך לומר דע"א על חיוב שבועה בא ולא על ממון בא בעיקר עדותו ומשו"ה אף שטוען דידי חטפתי הוי מחייב שבועה ואי"ל משלם עיי"ש ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני טו"נ (סי' ל"ב) ובמ"ש שם בהגהותי וע"כ פן נמי באומר איני יודע אם נתחייבתי הטעם דע"א ל"ב רק לחייב שבועה והנה לו מקום לכפור ולומר לא נתחייבתי ולפי"ז י"ל פיון דע"כ הא דמחייב ממון הוא משום דאין עיקר עדותו דעד על ממון רק על שבועה רק מתוך טענותיו נתחייב ממון י"ל ג"כ דבזה ל"ש באשר זמם לעשות לאחיו פיון דע"כ אתה צריך לומר דלא בא העד על חיוב ממון דלא יקום ע"א פתיב לגבי חיוב ממון רק זה נסתעף ממילא ע"י טענותיו של הנתבע שטוען אינו יודע בזה לא שייך בו הזמה וצ"ע: גם יש לומר בהעידו שנים לפני ב"ד דנתנסף יינו אף אם נאמר דכיון דהעידו בפני ב"ד תורת עדות עליהם ועברו על ל"ת וכנ"ל או כמו שכתבתי בד"ח שם די"ל להסוברים דע"א א"נ במקום דאיתחזק בהתיירא וצריך ב' עדים וצריך שיעידו בפני ב"ד ועיין ריטב"א גיטין (דף ה') וטו"ז אה"ע (סי' קמ"ב) מ"מ י"ל דלא נוכל לקיים בהו דין הזמה להמבואר מדברי רמב"ן ור"ן קידושין (דף ס"ה) הטעם דע"א א"נ לומר ראיתי אביכם שהטמין מעות בבית ואמר של מעשר שני הן משום דהוי כמעיד להוציא ממון מרשותו עיי"ש וצ"ל הא דלאסור

בהנאה ע"א נאמן אף דכתיב לא יקום ע"א להוציא ממון ה"ט משום דאינו מוציא ממון מרשותו רק דאומר שאסור הוא לו בהנאה אבל מ"מ שלו הוא כמו דסברו הראב"ד וריטב"א סופה (דף ל"ה) וכמו שהאריכו בזה פל המחברים בראיו' שונות דאיסור הנאה הוי שלו מה שהיה מקודם שלו.

ולכך ע"א נאמן לאסור פיון דאינו מוציא משם בעלים משא"כ באומר של מעשר שני הוא מוציא מחזקת הבעלים לכה א"נ ועיין מ"ש בזה בהגהותי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ט) ולפי"ז פיצד נוכל לקיים בו פאשר זמם לעשות לאחיו אם נאמר שישלם לו ההפסד מה שאסרו בהנאה ולהוציא ממנו ומרשותו הוי יותר מאשר זמם לעשות לאחיו ולקיים פאשר זמם לומר שיינו יהי אסור בהנאה ג"כ לא שייך לאסור דבר המותר בהנאה כמוכ"ז וצ"ע בזה.

ומ"מ בעד פסול אף אם אתום אחר שהעיד בפני ב"ד אינו לוקה דלא תענה הוא רק במעיד בפני ב"ד וכן מוכח בש"ס מפות (דף ח' ע"ב) דכונתה גבי עבד שהעיד בו והזמם עבד בר עדות הוא ואם נאמר פשמעיד בב"ד באיסור אף הפסול להעיד בממון מ"מ עובר על ל"ת משפחת שפיר עבד שיהיה לוקה ע"י שהזמם בעדותו לענין איסור ובמקום דל"ש לעשות לו פאשר זמם ואז מקיימין במלקות א"ו דעד פסול אינו בתורת הזמה לענין לא תענה: סי' יט הגם דהכחשה בבדיקות פשירה בד"מ כגון אחד אומר מנה לכן ואחד אומר מנה שחור מ"מ פתב הטור ורמ"א בש"ע דצריף שיתבע שניהם וכן אחד אומר ק' הלנה ואחד אומר ר' אף דהוי הכחשה מ"מ יש בכלל ר' ק' וג"כ צריף שיתבע שניהם ודעת המחבר משמע דא"צ לתבוע שניהם וכדמשמע פשטות דברי הרמב"ם ועיין ב"י משם רבינו ירוחם.

והנה מדברי תוס' ב"ב (דף מ"א) ונ"י שם מבואר אף דעדי' מכחישין זא"ז מ"מ עבדי דטעי וכן כ' הרמ"ה סנהדרין (דף ל"א) דהקשה הא בעדים מכחישין זא"ז אחד מפת זו ואחד מפת זו לכ"ע פסולין להעיד פאחת ויש שם חיסור לשון וכנראה צ"ל דא"ל דלא עבר ע"א על לאו דל"ת ברעף עד שקר דכ"מ שנאמר עד הרי פאן שנים לא ס"ד דהא גבי עדות חודש דקתני בפרייתא א' אומר גבוה ב' מרדעות כו' דמייירי בכת א' נקא מותיב מינה ר"ה תיובתא לר"ח ש"מ דאפילו בכת אחת נמי פסלין ליה לחד מיניהו דקא מסהיד פשקרא [ועיין ש"ף (סי' ל"א) משם חכמי בריסק ובתנאים שם] ומסתברא דכי פליגי ר"ה ור"ח היכא דמכחשי אהדדי בכולא עדות כו' אבל ז"א ק' וז"א ר' לאו הכחשה מיקרי לאיפסולי עלה אלא מוסיף על דבריו הוי ואיפא למימר דמיטעא טעי חד מיניהו וצ"ע עכ"ל הרי דכ' ג"כ דתלין בטעות דחד מיניהו ולא הזכיר פלל דצריף שיתבע המלנה שניהם רק לעיל מיניה בהלנאה אחר הלנאה בזמנים מתחלפי' כ' דוקא היכא דלא מכחיש מלנה חד מיניהו רק תבע שני מנין שהלנה בשני זמנים דאל"כ נדאי חד מיניהו פשקרא מסהיד וכמו שהביא הרא"ש שם משמו ובז"א מנה וז"א מאתים לא פתב דצריף שהמלנה יתבע שניהם וסובר דאף אם אינו תובע רק מנה ג"כ מצטרפין דינש בכלל מאתים מנה ותלין בטעות וסובר כמו דתלין בטעות לגבי הכחשת העד לגבי עד כמו כן תלין הטעות לגבי בע"ד: ודעת הר"ן שם משם הרמב"ן דצריף שיתבע פשיעור שני העדי' אבל פשטוען פשיעור הע"א אין מצטרפין שפיטל הבע"ד את דברי האחד והודאות בע"ד

עדיף יותר ממאה עדים ואע"ג דיש בכלל ר' ק' דוקא בעדים הוא דאמרינו הכי אכל  
בבע"ד חזקה שהיא תובע כל מה שיש לו ויכול לבטל העדות שהוא לזכותו משא"כ בעד  
אחר שא"י לבטל העדות שהוא לזכות התובע והביא ראיה מב"ב פ' י"נ מלנה אומר לא  
נפרעתי פלום והלנה אמר פרעתי מחצה ועדים מעידין שפרעו פולה נשבע וגובה מחצה  
ואי אמרינו גבי בע"ד יש בכלל מאתים מנה למה נשבע הרי יש לנו לסמוך על העדים  
א"ו פיון דלנה אמר דלא פרע אלא מחצה הרי כמו שהודה שלא פרע יותר עכ"ד ויקשה  
על הרמ"ה מהא דב"ב הנ"ל וביותר הא ברמ"ה שם פ' י"נ(סי' קכ"א) הקשה למה חייב  
הלנה לישבע הא לגבי פלגא דטוען פרעתי דלא קא מכחיש לסהדי תהני ליה סהדותא וכו'  
וכ"ת פיון דהעדים העידו דפרע פולה ולנה מודה דלא פרע רק מחצה אודי דסהדי שקרי  
נינהו ואיפסלי להו לגבייהו לגמרי אף להא פלגא דמסייעי דלדבריו רשעים נינהו והתורה  
אמרה אל תשת רשע עד א"כ יגבה מלנה בשבועה פיון דהנה סהדי לגבי מלנה ולנה כמאן  
דליתא דמאי ב' תשובות בדבר חדא פיון דבליפא סהדי כלל טוען פרעתי לא גבי מלנה  
אלא בשבועה מדר"פ השתא דאיכא סהדי דפרע פולה לא מסרינו ליה שבועה כלל דאע"ג  
דהנה סהדי לגבי האי לנה כמאן דליתא דמאי דהא אודי דפסולין נינהו סהדי גופייהו  
לב"ד ולכ"ע פשרין נינהו וא"כ היכי משבעי ב"ד שבע' דאיכא סהדי פשרי דבשקרא  
משתבע וכיון דהשטר ל"מ למלנה למגב' בלא שבועה ול"מ משתבע הו"ל כתביעה בע"פ  
ומשתבע לנה פדין כל מוב"מ ועוד דיש ללנה מגו דיכול לומר פרעתי פולה דעדי מסייעי  
ליה ולאפטורי משבועה ל"א מגו והעלה טעם זה לעיקר דשבועה דר"פ זיל שלים אמרינו  
רק היכא דנתבע טעין אישתבע לי ואמאי פסק נשבע וגובה מחצה א"ו טעמא דמגו עיקר  
גם נ"מ היכא דהימני למלנה דא"צ שבועה עיי"ש ועיין קצוה"ח (סי' ע"א ס"ק ה') דכונן  
לדברי רמ"ה דא"י לישבע ולטול נגד עדים ועוד יבואר לפנינו בדברי רמ"ה.

עכ"פ מבואר מדברי רמ"ה דלגבי הלנה איפסלו העדים שאמרו שפרע פולה ולא מסייעו  
ליה על המחצה וע"כ דלגבי בע"ד פסלינו לעדים רק היכא דמכחשי עדים אהדי שלא  
לפוסלן תלינו בטעות ולא לגבי בע"ד וכמו שראה מדברי הר"ן וי"ל הטעם דכדי להחזיק  
העדים על חזקתן חזקת פשרות שלא יהי' אחד מהם פסול תלינו דמיטעא טעי חד מינייהו  
בין מנה למאתים משא"כ לגבי בע"ד דבאמת לגבי כ"ע ישארו בכלשרות רק לגבי דידיה  
הודאת בע"ד כמאה עדים ולא מרעינו החזקת פשרות כלל לגבי כ"ע לא תלינו בטעות.

א"כ הי"ל להרמ"ה להתנות דצריך שיתבע שניהם: ואפ"ל דרמ"ה סובר דלגבי בע"ד  
ל"ח ודאי לטעות דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ולכך היכא דעדים אמרו שפרע פולה  
מה"ת לנו לתלות הטעות בשני עדים שהמה יטעו ויעידו לזכותו והבע"ד אשר אמרו  
חכו"ל דפרע דייק נאמר דטועה בדמיונו לומר שפרע מחצה לכן מהני הודאתו לגבי עצמו  
למיפסל להעדים לגבי נפשיה ובזה לא מרעינו לחזקת פשרות דהעדים פיון דלב"ד ולגבי  
כל העולם נשארו בחזקת פשרות רק לגבי עצמו מצד הודאת בע"ד נאמן לכן אתי עלה  
הרמ"ה ז"ל דנאמן פרעתי מחצה מטעם מגו ולא לאפטורי משבועה משא"כ היכא  
דהעדים מכחישין זה את זה דלא נצטרף לומר רק דאחד מהן טועה ואם נאמר דאינו  
טועה מרעינו לחזקת פשרות של אחד לפסול אותו ואף לר"ה דכ"א ב"פ ע"ג ומעיד  
מ"מ שניהם ביחד נפסלו להעיד ובהכרח צריך לדון על העדים דכשרים המה לכל עדות

שבתורה מצד דתלינו בטעות של אחד מהן בין מנה למאנים שוב לא מופסל אף אחד מהם לגבי בע"ד ואמרין יש בכלל מאנים מנה.

ועוד יש לומר בטעמא דרמ"ה דכיון דאנו אומרים דחד מינייהו טועה ומיישבין דברי עדי שלא יהיו מוכחשין בהכרח לחייב אותו מאה דהא פיון דחד מינייהו כשר ואמרין עדים המכחישין זא"ז בפדיקות אף בכה"ג פשר הגם דלגבי המלנה אדם נאמן יותר ממאה ואמרין אם אינו תובע רק מנה ע"כ מודה דנה שאמר מאנים משקר מ"מ לכה"פ יתחייב שבוועה להכחיש את העד שאומר מנה והב"ד לא יוכלו לתת לו שבוועה פיון דלפנינו שני עדים דעכ"פ חייב מנה דלב"ד ולכ"ע שניהם פשרים ולפי דבריהם ישבע לשקר וכמו"ש הרמ"ה ב"ב ה"ג"ל וא"כ ממילא חייב לשלם המנה דהוי מתוך שאיל"מ ואף דהנשבע להכחיש העד אינו נשבע שאין לו פלוס עליו רק שאין אצלו פלוס ממה שיהעיד עליו העד וכמו"ש הר"י מיגאש מ"מ אם נשבע להכחיש העד שאין אצלו פלוס ממה שיהעיד עליו העד האומר מנה יהי מוכחש מב' עדים מעד זה וגם מעד האומר מאנים ולגבי כ"ע שניהם פשרים דתלינו בטעות ועכ"פ לדברי שניהם יש בכלל מאנים מנה ולכך הוי מתשאל"מ וקא דמס' ב"ב (דף מ"א) ברב פהנא דהדר גנדא בארעא דלאו דידיה ואיתי סהדי חד אמר תרתי אנצייתא עאל וחד אמר תלת א"ל רב יהודה אהדיר תרתי מגו תלת פרשפי"א דיש בכלל מאנים מנה אף דשם הוי קרקע ול"ש לחייבו מטעם מתשאל"מ י"ל דשם רב פהנא ואידך לא ידעו פמה אנצייתא ול"ה הכחשה מבע"ד להעד: אוילם אם מטעם מתשאל"מ נאמר דיש בכלל מאנים מנה דחייב אף באינו תובע רק מנה הנה נ"מ היכא דהיה חשוד על השבוועה דהיה צריך שפנגדו לישבע גם י"ל דכמו דסברו פוסקים בחשוד על השבוועה דל"א מתוך שאיל"מ מן הדין הואיל דצונח דרוצה לישבע רק אנו לא מסרינו ליה השבוועה פן נמי היכא דנה טוען ברי דאינו חייב פלוס ורוצה לישבע רק דהב"ד אין מניחין לו לישבע מצד העדים וכיון דהודאת בע"ד המלנה דחד הוא פסול א"י לגבות אף דאין מניחין לו לישבע לכך סברו הנה פוסקי' דצריך שיתבע שניהם דאל"כ לא מחייבין אותו לשלם אף דלא מסרינו לי' שבוועה ועיין קצוה"ח (סי' ע"א) דכ' להקשות למה בא' אומר ק' וא' אומר ר' כשאינו תובע רק מנה דהלנה נשבע שאינו חייב פלוס הא לדין העדים פשרים והוכחש משני עדים ובאמת לא ראיתי מבואר בטור אם חייב לישבע אם אינו תובע שניהם ולפי מה שהבאתי לעיל (סי' ו') משם הרב המאירי בג' עדים ונמצא אחד מהם קאו"פ דעדותן בטילה ומ"מ משביעין אותו הדין ואין הפשרים יכולין לפסול אותו אח"כ י"ל ה"נ דכונתו' וצ"ע אף אם לא נוכל לתת לו שבוועה מ"מ י"ל דל"ה בכה"ג מתשאל"ל לחייבו לשלם ודעת הרמ"ה כמ"ש בטעם הראשון דכמו דמיישבין דברי עדים שלא לעשות אותן כמכחישין זה לזה ואמרין דאחד טועה פן נמי כשר לגבי בע"ד וא"ד להא דאומר פרעתי מחצה כמו"ש לעיל: והנה בדברי הר"ן שכ' דבע"ד יכול לבטל העדות שהוא לזכותו והביא ראיה מהא דלנה אומר פרעתי מחצה יש להתבונן דהא גם שם לא מבטלינו להעדים שאמרו פרעתי כולה ומקיימין אותן לבטל השטר והר"ן מס' שבוועות והנ"י ב"ב שם כתבו הא דצריך לישבע ול"א יש בכלל מאנים מנה המעידין כדבריו הוא משום שהוא פסול שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דא"כ למה נאמן בשבוועה הא איכא שטרא אלא לאו הכחשה היא לגמרי דאפשר שהוא



אינו זוכר אלא מן המקצת והעדים זכורים יותר וכיון דהכחשה ואלאו הכחשה הוא אין סומכין על עדותן לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והו"ל תביעתו של מלנה פתביעה ע"פ שאין עליה עדים שפול שמוב"מ נשבע.

ובביאור דבריהם נראה כמו"ש הבעה"ת (ש"ח) ובש"מ ב"ב הרשב"א משם הראב"ד דאם אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשים רק פשאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה רק י"ל הפנונה עד פאן אני זכור והעדים אומרים אנו זכורים יותר שפעם אחרת פרעתי המחצה האחר וכיון דיש ספק בדבריו אם יש הכחשה או לא לכן הוי כמוב"מ דעלמא ועיי"ש בג"ת דאם עדים אמרו שפרע פולו בפעם אחת והלנה אומר פרעתי מחצה הוי הכחשה גמורה דא"ל בענין אחד שזוכר מקצתו ושוכח מקצתו [ומ"ש שם דוקא פשאומרים שפרע החצי האחר בפעם אחרת.

לא נראה פן מסתימות דברי הראשונים רק אף אם העידו בסתם שפרע פולו נוכל ליישב הדברים שלא יהיה מוכחשים] וזה נמי פנונת הר"ן והנ"י דהוי הכחשה ואלאו הכחשה דיש להסתפק בדברי הלנה מה שאמר פרעתי מחצה דע"כ זוכר וי"ל דהעדים זכורין יותר ממנו שפרע בפעם אחרת ועיין סמ"ע (סי' פ"ב ס"ק נ"א) דמשמע ג"כ מדבריו דא"צ לומר דהעדים העידו על פרעון החצי האחר בזמן אחר רק אף אם אמרו בסתם פרעתי פולו מסלקינו להשטר מה"ט וזה נמי פנונת הר"ן והנ"י דיש ספק הכחשה.

וראיות הר"ן בחידושי סנהדרין דל"א לגבי בע"ד יש בכלל מאתים מנה שיכול לפסול עדות שהוא לזכותו דאל"כ למה נשבע שם על המחצה א"ו דהוי כמו שהודה דלא פרע יותר ופוסל להעדים והיינו שם להפ"ד צד דמה שאמר שפרע מחצה הוי הכחשה מנה מוכח דלגבי בע"ד ל"א דיש בכלל ר' ק' אולם אף דשם הוי ספק הכחשה היינו פיון דיש ליישב דבריו דל"ה הכחשה דהעדים מעידין דפרע בפעם אחר החצי השני.

אבל בתובע רק מנה שהלנה בפ"א וב' עדים מוכחשין א"ע זה אומר ק' וז"א ר' ושניהם מעידין על זמן אחד ובפעם אחד בזה הוי נדאי הכחשה בקיום הדבר אף דאמרינו דהעדים מטעי טעו מ"מ לגבי התובע יכול לפסול העדות לזכותו ואלא תלינו לומר דאינו תובע רק מנה ושכח כמו"ש מדברי ג"ת הנ"ל: ולפי מ"ש יש לגמגם במ"ש הקצוה"ח (סי' ל' סק"ו) באם תובע בשטר וע"א אומר שפרע ק' וע"א אומר ר' על זמן אחד והלנה אומר שפרע ק' דמצטרפין דהכחשה בבדיקות אינו הכחשה ונדאית כמו בלנה אומר פרעתי מחצה והעדים אמרו דפרע פולו דל"ה רק הכחשה ואלאו הכחשה ולכך לא מפקינן ממונא מן הלנה וכ"כ (סי' פ"ב) דהוי ספק הכחשה גם בז"א מנה וז"א מאתים אם אין הבע"ד תובע שניהם ובנתיבות כ' דא"כ לפי דבריו יהיה מועיל תפיסה וכן בהא דפרעתי מחצה ובמשו"ב כ' דבאמת פן הוא להסוברים דמהני תפיסה אחר שנולד הספק בטענות פרי.

ולמ"ש פאן ל"מ תפיסה דהוי נדאי הכחשת בע"ד להאומר מאתים פיון שהוא על זמן אחד. ברם זה הוא רק להסוברים דבעינן שיתבע שניהם אבל לדעת הראב"ד ורמ"ה והעומדים בשיטתם דל"ב שיתבע שניהם וכמו דאמרינו לגבי עדים דיש בכלל ר' ק' פן נמי לגבי בע"ד ועוד יש פמה פוסקי' העומדים בשיעטם א"כ י"ל אם תפס הלנה אין מוציאין מידו ויכול לומר קים לי אבל לדעת הר"ן והטור י"ל דהוי פנדאיהכחשת הבע"ד להאומר מאתים אם אינו תובע רק מנה ומוציאין מידו ולדעת הראב"ד כפי שהביא הש"מ

ב"ב משמו דסובר דלגבי בע"ד הוי נשם ספק הכחשה וכאן כפי שהביא הר"ן בחידושו משמו סובר דאף הכחשת התובע עם העדים בכללן יש בכלל ר' מנה צריף לומר דנקא היכא דיש הכחשה עד לגבי עד פניו דמיישבין דבריהם שוב נקטינן דיש בכלל מאתים מנה אף בהכחשת התובע משא"כ היכא דמכחיש לעדים סובר דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים וכמו"ש לעיל בדברי הרמ"ה ומה שיש עוד לדקדק בדברי הראשונים והש"ף והקצוה"ח (סי' פ"ב) יבואר אפי"ה לקמן בדיני טו"נ ויש להבין בדברי הר"ן סנהדרין שכתב שצריף פשיעור שני העדי' דלקאורה משמע שצריף שיתבע מנה ומאתים ואינו מוכן כל צורך למה הוא בזה מכחיש לשניהם ובל"ס סגי פשתובע מאתים וכן נראה מדברי הר"ן עצמו שכ' אם תובע מנה הרי כמודה שאינו חייב לו יותר מבואר דבתובע מאתים סגי ותלינן הטעות בדברי העד האומר מנה וע"כ הוא דכ' פשיעור שני העדים היינו השיעור היותר גדול אשר יכלול בו המנה וראיתי בנתיבות שכ' ג"כ דסגי בתובע ר' וכן אמרו"ו ז"ל בחידושו שבסוף ספר דברי משפט כתב בטעם וסברא דסגי פשתובע מאתים אולם בכנה"ג (אות ל"ג) כתב דנראה מדברי מהרי"ט שצריף שיתבענו מנה ומאתים שהם ג' מאות וכ' והכי מסתברא דכל שלא תבע את שניהם איכא הכחש' בין העדים.

ודברי מהרי"ט שהביא תמוהין כמו שהקשה עליו בס' קמ"ר (ח"ב) הלכות עדות דנדאי ז"א ק' וזה אומר ר' איגרי בהכחשה ואפ"ה מצטרפין ודברי כנה"ג דצריף שיתבע ג' מאות הם יותר קשים לשמוע דלהיפוך הוא דאם תובע ג' מאות הוא מכחיש לכל אחד מאלו השנים ואם תובע רק מאתים תלינן הטעות בהאומר מנה.

וראיתי מבואר הדבר בדברי הרב המאירי בש"מ סנהדרין שכתב וז"ל ז"א ק' וזה אומר ר' ה"ו אין זה הכחשה שיש בכלל ר' ק' ויש מי שכתב שצריף שיתבע מאתים שאל"כ הרי הוא כמכחישן מאחר שהוא טוען שלא הלנה אלא מנה ונראה שא"ז נכון שמאחר שאין אנו חושבין אותן כמכחישין זא"ז משום שיש בכלל ר' מנה אף הוא אינו כמכחישן שיש בכלל מאתים מנה וא"ד להלנה אחר הלנה שכל שאינו תובע ר' מוכחשים גמורים הם שאומר שלא הלנה אלא פ"א והם מעידים על ב"פ עכ"ל הרי מבואר דהסוברים שצריף שיתבע שניהם א"צ לתבוע רק מאתים: וראיתי שם בדברי המאירי שכ' בתבועו שהודה לו ביום זה מאתים ובאו עדים והעיד אחד על מנה ואחד על מאתים י"א שאין אומרים בזו יש בכלל מאתים מנה שלא נאמר כן אלא בהלנה שאף האומר מאתים אומר ומודה שמתחלה מסר לו מנה ונמצא ששניהם שנים במסירות המנה אבל בזו המעיד בהודאת מאתים לא העיד בהודאת מנה כלל ונמצא שאין זו עדותו של זה אף אצל הק' ולדעת זה אף בהלנה אפשר לומר כן הגע עצמה שלא מנה לו עכשיו אלא שהי' מאתים בארנקי ביד העדים ומצד אחר מנה בארנקי אחר ואמר אחד אותו ארנקי שבו הר' מסרת לו ואחד מעיד על אותו של מנה הרי אין כאן מנה אחד שיעידו עליו כלל וכן אם אמר אחד זהובי' במאתים מסרת לו וזה אומר מנה במטב' מסרת לו בכל אלו ובכיוצא בו אין מצטרפין עכ"ל ועיין בחידושי הרב המאירי מס' נזיר סוף (פ"ג) דמתאחדים דבריו שמה לכאן ולדעתו אף במכחישין זה עם זה במספר החיוב ואף הבע"ד מכחיש ואינו תובע רק מנה מ"מ יש בכלל מאתים מנה אף דאמר בדיבור אחד שהלנה מאתים וע"ז מוכחש מן העד והבע"ד פניו דנחתו למנין אין האחרון אלא כמוסיף על

דְּבָרָיו וְאָף אִם הָרֵאשׁוֹן הֵעִיד עַל מְאִתִּים וְהִשְׁנִי עַל מְנָה וּבִהְכָחָשָׁה מ"מ פִּינֵן דְּנִחְתּוּ לְמַנְיָן וְהֵעִידוּ שְׂרָאוֹ שְׂמוֹנָה וּז"א שְׂמֹנֶה מְאִתִּים וּז"א שְׂרָק מְנָה רָאָה אוֹתוֹ מוֹנָה וְלֹא יוֹתֵר עַכ"פּ אֵינָם מְוַכְחָשִׁים עַל מְסִירַת מְנָה הָרֵאשׁוֹנָה מִשָּׂא"כ כְּשֶׁמְכַחֲשִׁים בְּמִסִּירַת הַמָּמוֹן ז"א שְׂמֹסֵר לוֹ מְטֵבֵעַ שֶׁל מְאִתִּים וּז"א שֶׁהִי מְטֵבֵעַ מִק' בְּזָה יֵשׁ הִכְחָשָׁה בִּינֵיהֶם לֹא מְצַטְרְפִין וּלְשִׁטָּה הַזֹּאת לֹא תִלְיֵנוּ כָּלֵל בְּטַעוֹת דְּעֵדִים דְּיִיָקִי וְאֵינָם טוֹעִים רַק מְחַזְקִין אוֹתָם לְמִוְכָחָשִׁים וּשְׁנִיָּהֶם יַחַד פְּסוּלִין לְעֵדוֹת אַחֲרַת וְאָף אוֹתוֹ עֵדוֹת נִתְבַטְּלָא אִם לֹא הִשְׁתּוּוּ יַחַד עַל מְסִירַת מְנָה רַק אִם מְעִידִים יַחַד עַל מְסִירַת הַמְּנָה אָף דְּזָה הוֹסִיף שְׂמֹנֶה לוֹ עַד מְאִתִּים לֹא נִתְבַטְּלָא עֵדוֹתוֹ עַל מְנָה הָרֵאשׁוֹנָה דל"ה רַק כְּמוֹסִיף עַל דְּבָרָיו וְאֶפְשָׁר שְׂזָה נְמִי דַעַת רִשְׁבָּ"ם ב"ב (דף מ"א) דְּכַתֵּב אֶלֶּא מוֹסִיפִין מְנָה אַחַת הֵינְנוּ דְּזָה הָיִי כְּעֵדוֹת אַחֲרַת: וְכֵן כָּתֵב הַרְבֵּינוּ יוֹנָה מִס' סִנְהֶדְרִין דְּמְנָה אַחֲרַת שְׁחֹלְקִין בּוֹ כְּעֵדוֹת אַחֲרַת דְּמָיָא וּבְשַׁעָּה שְׁהֵעִידוּ ל"ה פְּסוּלִין וְאֵלוֹ הֵינָה הִכְחָשָׁה גְּדוּלָּה כְּזוֹ בְּאוֹתוֹ מְנָה אַעפ"י שְׂמוֹדִים בְּמְנָה הִי עֵדוֹתָן בְּטִילָה אֲבָל עֲכָשְׁיוֹ שְׁהֵם מוֹדִים בְּמְנָה וּבְמְנָה אַחֲרַת הֵם מְעִידִין וּמְכַחֲשִׁים זֶה אֶת זֶה אוֹתוֹ מְנָה שְׁשִׁנִּיָּהֶם מוֹדִים מְשַׁלֵּם וְהַכְּנוּנָה כְּנ"ל דְּכִינֵן דְּמַעִיד שְׁהִלְנָה מְאִתִּים בְּמִסְפָּר עֵדוֹתוֹ עַל מְנָה הָרֵאשׁוֹנָה לֹא נִתְבַטְּלָא אֲבָל אִם זֶה אוֹמֵר מְטֵבֵעַ שֶׁל מְנָה וּז"א מְטֵבֵעַ שֶׁל מְאִתִּים הָיִי הִכְחָשָׁה גְּדוּלָּה וְכ' שֶׁם דְּבִין שְׁחֹר וְלָבָן כְּהִכְחָשָׁה בְּדָבָר אֶחָד דְּמִי רַק דְּקִילָא מְאָחַד אוֹמֵר מְנָה וְאֶחָד אוֹמֵר מְאִתִּים דְּשֶׁם לֹא דְיִיָקִי אֵינְשִׁי אֲבָל בֵּין מְנָה וּמְאִתִּים נִדְאִי דְיִיָקִי וּמְכַחֲשִׁין זֶה אֶת זֶה נִינְהוּ וּפְסוּלִים לְהֵעִיד בְּיַחַד כְּעֵדוֹת אַחֲרַת וְכֵן נְמִי דַעַת הַתּוֹסֶפֶת רִי"ד ב"ב (דף מ"א) דְּפְסוּלִין לְעֵדוֹת אַחֲרַת וְלֹא תִלְיֵנוּ בְּטַעוֹת בֵּין מְנָה וּמְאִתִּים רַק דְּמַחְלֵק בֵּין עֵדוֹת אַחֲרַת לְאוֹתוֹ עֵדוֹת דְּאֵנָן תְּפָסִינָן מְקַצָּת הָעֵדוֹת שְׁשִׁנִּיָּהֶם מוֹדִים וְהִבִּיא דַעַת הַר"י ז"ל דְּהוֹכִיחַ מְזָה דְּחַד הַמְכַחֲשִׁי עִם חַד כְּשֶׁרִים לְעֵדוֹת אַחֲרַת וְהוּא ז"ל מְתַמָּה עָלָיו וְכַתֵּב דְּבָרָיו כְּשֶׁמֶשׁ דְּכָמוֹ בְּב' פִּתּוֹת עֵדִים הַמְכַחֲשִׁין זֹא"ז אֵין אֶחָד מִכַּת זֹו וְאֶחָד מִכַּת זֹו מְצַטְרְפִין לְעֵדוֹת אַחֲרַת כֵּן נְמִי בְּחַד הַמְכַחֲשִׁי לְחַד דְּאֵין מְצַטְרְפִין רַק בּוֹז"א מְנָה וּז"א מְאִתִּים נְקֻטִינָן הָעֵדוֹת עַל מְנָה הָאֶחָרַת כְּעֵדוֹת אַחֲרַת וְלֹא נִתְבַטְּלָא אוֹתוֹ עֵדוֹת עַל מְנָה וְהַש"ף (ס' ל"א) הִבִּיא מְשֶׁם חַכְמֵי בְּרִיסקָא לְהַסְתַּפֵּק בְּחַד הַמְוַכְחָשׁ מְחַד אִם מְצַטְרְפִין יַחַד לְעֵדוֹת אַחֲרַת וּבְאַחֲרוֹנִים הִקְשׁוּ ע"ז מְש"ס שְׁבֻעוֹת (דף מ"ח) וְעֲכָשְׁיוֹ זְכִינוּ לְאוֹרְןָ שֶׁל הָרֵאשׁוֹנִים ז"ל וְרֵאִינוּ דְּדַעַת הַר"י ז"ל דְּאֵינָם פְּסוּלִין וְדַעַת ר' יוֹנָה ז"ל וְהַתּוֹס' רִי"ד בְּפִשְׁטוֹת דְּפְסוּלִין רַק אוֹתוֹ עֵדוֹת לֹא נִתְבַטְּלָא וְעֵינָן חִידוּשֵׁי אַאמ"ו ז"ל בְּסוּף ס' ד"מ הַנ"ל שְׁכּוֹנֵן דְּבָרָיו לְדַעַת הָרֵאשׁוֹנִים רַק הֵמָּה הוֹסִיפוּ דָּאָף אִם הֵעִיד בְּדַבּוּר אֶחָד מְאִתִּים לֹא נִתְבַטְּלָא הָעֵדוֹת עַל מְנָה אִם מְעִידִין שְׂמֹנֶה לוֹ עַד מְאִתִּים מִשָּׂא"כ כְּשֶׁמְכַחֲשִׁין עַל מְטֵבֵעַ אִם זֶה אוֹמֵר מְטֵבֵעַ שֶׁל מְנָה וּז"א מְטֵבֵעַ שֶׁל מְאִתִּים בְּזָה הָיִי הִכְחָשָׁה גְּמוּרָה וּל"א יֵשׁ בְּכָלֵל מְאִתִּים מְנָה: וְאֶפְשָׁר שְׂזָה נְמִי דַעַת הַרְאָב"ן שְׁדְּבָרָיו צָרִיכִין בִּיאוֹר שְׁכַתֵּב (בְּדָף י"ז) תְּשׁוּבָה לְחַכְמֵי רַעְגֵנְשׁבוּרְג דְּכִינֵן דְּקִי"ל דְּהִלְנָאָה אַחַר הִלְנָאָה מְצַטְרְפָת כ"ש הִיכָא דְּתַרְנוּיָהוּ אֲמָנָה מְסֻדֵי אֶלֶּא שְׂמְכַחֲשִׁין שְׁחֹלְקִין בְּזִמְנָן מְצַטְרְפִי דְּקִי"ל כְּרִשְׁבָּ"א דִּישׁ בְּכָלֵל מְאִתִּים מְנָה וְהָאֵרִיף שֶׁם דְּכִינֵן דל"ב בד"מ דו"ח מְפָנִי נְעִילַת דְּלַת הָיִי הִכְחָשָׁה בְּחִקִּירוֹת כְּמוֹ בְּבִדְיוֹת וְהַחְכָּמִים הַנ"ל הִסְפִּימוּ לַד לְדְּבָרָיו רַק הִקְשׁוּ לוֹ מ"ט דב"ה לְרִשְׁבָּ"א דְּמְכַשְׂרֵי עֵדוֹתָן בְּמְנָה הָא אֶחָד מִהֵן פְּסוּל בּוֹדְאִי דְּהָא מְוַכְחָשׁ בְּמְנָה הַשְׁנִי וְהַשִּׁיב אִם נֹאמֵר דְּהָיִי הִכְחָשָׁה וַיִּפְסֹל אֶחָד מֵהֶם לְמָה בְּב' פִּתּוֹת אַחַת אוֹמְרַת ק' וּא"א ר' דָּאָף ב"ש מוֹדִים דִּישׁ בְּכָלֵל מְאִתִּים מְנָה וְלֹא מִיִּפְסְלֵי א"ו ל"ה הִכְחָשָׁה עַד שְׂמְכַחֲשִׁי זֹא"ז בְּכָל

העדות פיון דקיי"ל כר"ח דל"ב דו"ח בד"מ משום נע"ד הלכה פל היכא דמציינו לצרופי עדות המכחשת בבדיקות פשרים בד"מ והודאה אחר הודאה והלואה אחר הלואה מצטרפין וכולה משום נע"ד הלכה פל היכא דמציינו לצרופי עדות העדים משום תקנות המלנה שלא תהא נע"ד מצרפינו ואזלינו בתר מאי דשנה סהדותיהו וכי אמר אחד ק' ואחד ר' בק' דשנה מצרפינו לסהדותיהו ומנה השני לא הכחשה הוא אבל פי מכחשי בכל העדות הוי הכחשה והביא ראיה בעד אומר מת ועד אומר לא מת לא ינשאו אבל עד אומר מת ועד אומר נהרג הואיל ושניהם מודים שאינו קנים ינשאו ור"ה ור"ח במכחישין זא"ז בכל העדות כגון פת אומר ליטרא זזה או חבית של יין ממש וכת אומר לא כי אלא ליטרא של פסא או של שמן ממש או שאומר פת אחד מנה הלנה פלוני לפלוני ביום פלוני ובמקום פלוני וכת אחת אומרת המלנה או הלנה הי' עמנו במקום פלוני ביום פלוני או שאמרה פת אחת ק' ולא ר' והשניה אמרה ר' ולא ק' דמכחישין זא"ז בכל העדות בהא פוסל ר"ח אותן לכל העדות ור"ה אמר זו באה בפ"ע כו' אבל א' זו וא' מפת זו דנדאי איפא פסול לא כו' ומדאמרי ב"ש נחלקה עדותן ול"א בטל עדותן משמע דמנה דקמסהיד האי לא קמסהיד האי וב"ה סברו פיון דתרוניהו אמנה קמסהדי מצטרפין לעדות עכ"ד ודבריו צריכין ביאור דמ"ש פי אמר זה מנה וזה ר' דל"ה הכחשה בכל העדות והוי רק פהכחשה בבקירות וכשאומר ק' ולא ר' וז"א ר' ולא ק' הוי הכחשה דאין מצטרפין ובמכחישין בזמן מצטרפין ממה דיש בכלל ר' ק' הרי דסובר דז"א ק' וז"א ר' הוי הכחשה ובכ"ז מצטרפין ולהנ"ל א"ש דכוננתו דוקא פשנה אומר שראה שהיה מונה מאתים באותו זמן וז"א שראה ק' אז יש בכלל מאתים מנה פיון שאף לדברי המכחיש מודה שמקצת עדותו היינו מנה מאה שמנה הוא אמת אבל פשנה אומר ק' ולא ר' היינו שנתן רק מטבע מק' ולא מר' וז"א ר' ולא ק' הוי הכחשה בגוף הדבר שסותרין כ"א דברי חבירו מפל וכל בזה אין עדותן פלוס פיון דמכחשי אהדדי בכל העדות ובעד אומר מת ועד אומר נהרג עיקר עדותן שאין הבעל חי בזה הוי הכחשתו דדבר אחר משא"כ פשמכחישין בעיקר החיוב פי צד הנה בשעת החיוב הוי פהכחשה בכל העדות וכמו זה אומר ליטרא פסא וז"א זזה או חביות יין וז"א שמן ממש: אף הא דמבואר מדברי הראב"ן דזה הפל הוא מדרבנן מטעם נע"ד דכל היכא דמציינו לצרף עדותן מצטרפין אבל מד"ת נתבטל עדותן אף אם זה אומר מנה וז"א מאתים מבואר מדבריו דהלואה אחר הלואה דמצטרפין זה ג"כ ל"ה רק מדרבנן זה דברתימא דהא מפל הראשונים וכן מסוגית הש"ס דסנהדרין משמע דדברי ריב"ק דגליף דמצטרפין הוא מה"ת.

ועיין תנאים (ס"ק י"א) ומ"ש במ"א אולם הא דבאינם מכחישין כל העדות בז"א מנה וז"א ר' דמצטרפין הוא רק מדרבנן. וכן נראה מדברי רמב"ם (פ"ג) מעדות דכתב וסדר דד"מ א"צ דו"ח וכ' בהנכחשו בבדיקות עדותן קנימת ואס"פ כ' בז"א ק' וז"א ר' שיש בכלל מאתים מנה משמע דהפל הוא מדרבנן ולכן א"ש נמי דל"א בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וי"ל דגם דעת רמב"ם באם יש הכחשה בכל עדות כגון שנה אומר מטבע של זזה וז"א של פסא או שנה אומר שהודה מנה וז"א שהודה מאתים דלא מצטרפין.

ועיין רמב"ם (פ"ג) מנזירות בב' פתי עדים מעידין אותו אלו מעידין שזזיר שמים ואלו מעידין שזזיר חמש ה"ז נזיר ב' שבכלל חמש שמים ונהרי פולן מעידין בשמים ובלח"מ

שם הקשה הא לר' ישמעאל בנו של ר"י ב"ב אפילו פת אחד שנתלקו אחד אומר ב' וא' אומר ה' יש בכלל חמש שתיים כמו בהלואה דפסקינן פרשב"א דיש בכלל מאתים מנה.

ובס' בני שמואל המובא בכנה"ג משמו"ג כ' דכולה האי לא טעו פשנה אומר מנה ונה אומר שלש בהלואה וראיתי שמה דחילו הוא מדברי הרמב"ם בנזירות. אולם אם נאמר דגם דעת רמב"ם דהא דיש בכלל מאתים מנה הוא לא משום דתלינן בטעות רק כיון דליפא הכחשה בכל העדות וכמו שפתימתי משם המאירי וסייעתו ולדידהו רק פשמוסיה האחד על חבירו שנה אומר שמה לו ק' וז"א שמה מאתים אבל פשנה אומר שנתן לו מטבע של מנה וז"א מטבע של מאתים נתבטל עדותו א"כ גם שם בנזירות איירי באופן זה שז"א שניזיר ב' בב"א וז"א שניזיר חמש בב"א ואז הוי הכחשה בזה דוקא בשני פתות עדים המכחישין אמרינן שבכלל חמש שתיים אבל בחד לגבי חד ל"א יש בכלל חמש שתיים רק במונה בפרט שפרט שניזיר א' ב' וזה הוסיף ג' ד' אז מצטרף כמו בממון והרמב"ם העתיק המשנה כצורתה בב' פיתות עדים שיש בכלל חמש שתיים אף בכולל ובפורט דזה הוי כמו שאמרו בש"ס במונה אף בחד לגבי חד י"ל כיון שאין ביניהם הכחשה ברוה יש בכלל חמש שתיים וכמו שפתימתי שם הרב המאירי בבבאיור דברי הש"ס נזיר וירושלמי סנהדרין.

אולם מדהוסיף הרמב"ם ונהרי פולן מעידים בשתיים משמע קצת דגם בב' פיתות איירי במונה שהעדים העידו שניזיר א' ב' וזה הוסיף ג' ד' ה' ואף דבכה"ג בחד לגבי חד נתבטל עדותו ועיי"ש במאירי שכ' אף דבש"ס אמרו לדעת ר' ישמעאל שאף בכת אחת יש בכלל חמש שתיים יחידאה הוא וסתם משנה עדיף ואעפ"י שבד"מ אמרינן אף בכת אחת שיש בכלל מאתים מנה בדין זה אינו כן ויש פוסקים מזו של ד"מ כר' ישמעאל עיי"ש וכנראה מסתימת רמב"ם דפוסק פסתם משנה ודלא כר' ישמעאל ועיי"ן בתנאים (סי' ל' ס"ק ז') בטעם הדבר דרק בד"מ מטעם נע"ד כה"ג הוי רק כמו הכחשה בבדיקות ולא בנזירות.

ומ"מ אתאן לדברינו דאינו ראיה לכ"ע מהך דנזירות לדון בד"מ פשנה אומר ק' וז"א שלש מאות שיתבטל עדותו וכמו"ש הבני שמואל ובפרט במונה דל"ה רק כמוסיה ואף דלא תלינן בטעות עדותו קיימת על מנה ועיי"ן בש"מ נזיר דכתב משם תוספת הרא"ש וז"ל וצ"ע דמשמע דאחד אומר חמש דהוי הכחשה לדברי הפל וא"כ פיוצא בזה אחד אומר מאתים ולא מנה ואחד אומר מנה ולא מאתים משמע דהו' הכחשה עכ"ל מבואר דלית ליה לחלק בין הכחשה מועטת דנוכל לתלות בטעות להכחשה גדולה כמו בין שתיים וחמש ומשמע קצת מדבריו דלא אתי עלה הא דבממון שיש בכלל מאתים מנה מטעם דתלינן בטעות דאל"כ הנה לו לחלק בין שתיים לחמש לבין מנה ומאתים וכמו"ש הבני שמואל הנ"ל ורק תליא אם הוי הכחשה גמורה דזה אומר לא פי.

אולם מדברי הטור מבואר דאף בהכחשה גמורה אמרינן יש בכלל מאתים מנה וע"כ או דתלינן בטעות או י"ל דגם פוננת הרא"ש הוא כמו"ש בפוננת הראב"ן דאם יש הכחשה בלא"ה היינו שנה אומר מטבע אחת של מנה וז"א מאתים כמו זה אומר ליתרא כסף וז"א זהב והיינו בכולל אז לא מצטרפין רק במונה.

אולם בכ"ז י"ל ולחלק בין דיני ממונות לנזירות וכמו"ש התנאים בדעת הרמב"ם ובאמת לא משמע דהרא"ש והטור אזלו בשיטות הר"י והמאירי הנ"ל דהא ס"ל דבעינן שיתבטל

שְׁנֵיהֶם וְכַנ"ל: וְגַם נ"מ טוֹבָא דְלַדְעָתָם דְהַכְחָשָׁה בְּמַקְצֵת עֲדוּת אֲמָרִינוּ יֵשׁ בְּכָלֵל מְאָתִים מְנָה וְלֹא תְלִינוּ כָּלֵל בְּטַעוֹת רַק בְּמְנָה שְׁחֹר וְלָבָן א"כ בְּהוֹדָאָה אִם יֵשׁ הַכְחָשָׁה לְבִין מְאָתִים וּמְנָה לֹא מִצְטָרְפִין וְכַמ"ש הַמְאִירִי ו"ל וְלֹא מִשְׁמַע פֶּן בְּטוֹר.

וְעוֹד דְלַדְבְרֵיהֶם הָא דְמוֹקֵי בְש"ס ז"א חֲבִית יִין וז"א שְׁמֹן בְּדָמֵי צְרִיף לֹא מְר כַּמ"ש הַמְאִירִי שֶׁא' אוֹמֵר דְּמֵי חֲבִית מְסַר לֹא יוֹד דִּינְרִין לְחֲבִית שֶׁל יִין וְהַשְׁנִי אוֹמֵר עֲשָׂרִים דִּינְרִים מְסַר לֹא לְחֲבִיּוֹת שֶׁל שְׁמֹן אִף בְּהַכְחָשָׁה גְּמוּרָה מְשַׁלֵּם בְּפָחוֹת שְׁבָהֶם אָבֵל אִם ז"א שְׁחִיב לֹא יוֹד בְּעַד יִין וז"א עֲשָׂרִים בְּעַד שְׁמֹן פִּינֹן שְׁחִיב הִיָּה בְּכֹלֵל וְלֹא בְּפוֹרְט דְּהִיָּנוּ מוֹנָה בְּזָה הָנִי פְּנֹלָה בְּהַכְחָשָׁה לֹא מִצְטָרְפִין וְזָה דְלֹא כְּפִירֵשׁ רִש"י דַּכ' ז"א בְּפָנֵי הוֹדָה לֹא דְמֵי חֲבִית שֶׁל יִין וז"א שֶׁהוֹדָה בְּדָמֵי חֲבִית שֶׁל שְׁמֹן דְלַדְעָתָם אִף בְּהוֹדָאָה כְּשֶׁמְחַוְלָקִין בְּמִמּוֹן כְּמָה הוֹדָה בְּפ"א לֹא מִצְטָרְפִין וּמְסַתִּימַת דְּבָרֵי הַטוֹר דַּכ' מְקוֹדֵם בְּתוֹבֵעַ שֶׁהִלְנָה לֹא ז"א חֲבִית שֶׁל יִין הִלְנָה לֹא וז"א חֲבִיּוֹת שֶׁל שְׁמֹן עֲדוּתָן בְּטִיָּלָה וְאַח"כ פְּתַב אִם א' אוֹמֵר דְּמֵי חֲבִיּוֹת שֶׁל יִין וְהַשְׁנִי אוֹמֵר דְּמֵי חֲבִית שֶׁל שְׁמֹן דְּנוֹתָן הַפָּחוֹת שְׁבִשְׁנֵיהֶם מִשְׁמַע דְּקָאֵי אֲדַלְעִיל מִיָּנְיָה דְּמִכְר לֹא וְאִז הָנִי הַהִלְוָאָה בְּכֹלֵל וְלֹא בְּפוֹרְט דְלֹא מְנָה לֹא הַמְעוֹת וְאֵעִפ"כ נוֹתָן לֹא הַפָּחוֹת ע"כ דְלֹא ס"ל כְּדַעָתָם.

וּבְדָבְרֵי הַרְמַב"ם יֵשׁ לְפָרֵשׁ דַּכ' דְּמֵי חֲבִי' שֶׁל יִין יֵשׁ לֹא בְּיָדוֹ הִיָּנוּ שְׁמַעִיד שְׁמַסֵּר לֹא דְמֵים עַל חֲבִית יִין וז"א עַל שְׁמֹן וְהָנִי כְּמוֹ ז"א מְנָה וז"א מְאָתִים וְהִיָּנוּ בְּמוֹנָה שְׁמָנָה לֹא הַמְעוֹת דְּאִז שְׁנֵיהֶם מוֹדִים שְׁמָנָה לֹא עֲשָׂרָה וְהַכְחָשָׁה הוּא רַק עַל הַתּוֹסֶפֶת מִן עֲשָׂרָה עַד עֲשָׂרִים וְהַרְבוּתָא הוּא אִף דְּמִזְפִּירִים שְׁנֵיהֶם עַל מָה נִתֵּן עֲשָׂרָה הָרֵאשׁוֹנִים ז"א עַל יִין וז"א עַל שְׁמֹן מ"מ ל"ה בְּעֲשָׂרָה רַק כְּהַכְחָשָׁה בְּבִדְיָקוֹת וּמְשַׁלֵּם בְּפָחוֹת שְׁבַדְמִים: וּמִדְּבָרֵינוּ יוֹצֵא נ"מ לְכַמָּה דִּינִים חֲדָא מָה דַּס"ל לְרַבּוּתֵינוּ הָאֲחֻרוֹנִים דְּבִין מְנָה וּמְאָתִים טְעוֹ אִינְשֵׁי וְלֹא דִּיִּיקֵי וּכְשָׂרִים הִמָּה לְעֲדוּת אַחֲרָת יֵשׁ וְיֵשׁ כְּמָה רֵאשׁוֹנִים הַסּוֹבְרִים דְּנִקְטִינֵן לְעֲדִים דְּבִדְיוֹק הַעִידוֹ וּנְפִסְלִין לְעֲדוּת אַחֲרָת רַק יֵשׁ בְּכָלֵל מְאָתִים מְנָה הוּא וּבְתוֹסֶפֶת דְּבָרִים לְגַבֵּי מְנָה וּמְמִילָא נְפִסְלִין לְהַעִיד יַחַד עֲדוּת אַחֲרָת.

שְׁנֵית דְּאִם תְּבַע ג' מְאוֹת אוֹ יוֹתֵר וז"א מְנָה וּמְכַחֵישׁ לְהַשְׁנִי שְׁאוֹמֵר יוֹתֵר מְמִאֲתֵי י"ל דְּכָל כְּף לֹא טְעוֹ וְנִתְבַּטַּל עֲדוּתָן אִף עַל מְנָה וּכְמוֹ שֶׁהִבִּיא הַכְּנָה"ג מִשְׁם ס' בְּנֵי שְׁמוּאֵל וְלַדְעַת הָנִי הָרֵאשׁוֹנִים מִצְטָרְפִין עַל מְנָה דְּהַמּוֹתֵר הָנִי כְּתוֹסֶפֶת דְּבָרִים וְלֹא נִתְבַּטַּל עֲדוּתָן עַל מְנָה.

שְׁלִישִׁית בְּאִם מְכַחֵישִׁין עַל מְסִירַת הַהִלְוָאָה ז"א אֲרָנְקֵי שֶׁל מְנָה וז"א אֲרָנְקֵי שֶׁל מְאָתִים אִם אֲמָרִינוּ דְּהוּא מְטַעֵם דְלֹא דִּיִּיקֵי וְטְעוֹ גַּם בְּזָה אֲמָרִינוּ יֵשׁ בְּכָלֵל מְאָתִים מְנָה. וְלִהְנִיָּה הָרֵאשׁוֹנִים שֶׁהִבִּאתִי י"ל דְלֹא מִצְטָרְפִין וְנִתְבַּטַּל כָּל עֲדוּתָן וי"ל אִף דְּהַרְמ"א כְּתַב דַּעַת הַטוֹר דְּבַעֲיָנוּ שְׁיִתְבַּע שְׁנֵיהֶם הִיָּנוּ דְּאִין לְהוֹצִיא מְמוֹן אָבֵל מ"מ לֹא הַכְרִיעַ כְּדַעַת הַטוֹר לְגַמְרֵי וְאִם מְכַחֵישִׁין א"ע בֵּין מְנָה וּמְאָתִים בְּמְסִירָה אַחַת י"ל דְּאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן דְלַדְעַת ה"ר יוֹנָה וּמְאִירִי וְהַעוֹמְדִים בְּשִׁיטָתָם אֲמָרִינוּ דְלֹא טְעוֹ וְהָנִי כְּמִןְכְּחָשִׁין וְנִתְבַּטַּל בְּזָה כָּל עֲדוּתָן וְגַם אִם בַּכּה"ג מְעִידִין עַל פְּרַעוֹן שְׁזָה אוֹמֵר מְנָה פְּרַע וְזָה אוֹמֵר מְאָתִים אִם מְכַחֵישִׁין עַל מְסִירַת הַמְמוֹן אִם אִינוּ אוֹמֵר הַמְלָנָה כְּשִׁיעוֹר שְׁנֵיהֶם לַכ"ע נִתְבַּטַּל עֲדוּתָן אָבֵל אִם הָנִי כְּמוֹסִיף בְּאִנְפֹן דִּישׁ בְּכָלֵל מְאָתִים מְנָה אִז אִף דְּהִלְוָאָה אִינוּ אוֹמֵר רַק שְׁפָרַע מְנָה הַמְמַע"ה וְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹנוֹ דְּלִהְנִיָּה פּוֹסְקִים לֹא נִתְבַּטַּל עֲדוּתָן עַל מְנָה.

ולעדות אחרת אם מצטרפין יחד י"ל דהוי ספק פסולין פנין דלדעת הנה פוסקים לא תלינו פלל בטעות וספק פסול בספיקא דדינא יבואר אי"ה לקמן ולדינא צ"ע בכל הנ"מ שיש בענין זה אם המוחזק יכול לומר קים לי: והנה הטו"ז הקשה ע"ד הטור שכתב באחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לכן דצריך שיתבע שניהם ממה דמבוא' (סי' קמ"ה) באחד אומר אכלה חטין ואחד אומר אכלה שעורין דא"צ המחזיק שיאמר שאכלה שתיקה ובגתיבות מתרץ ע"נ דדוקא בהכחש' הנוגע בסוף המזון בפחות ויותר שמטבע שניה חשובה מן החדשה ואם הם משקרין בכוננה לפני ב"ד פסולין לעדות אז פשיש הכחש' נתבטל עדותן פנין דלא דקדק בעדותו אבל פשישו נוגע לחיוב מזון בפחות או יותר כמו באכל שני חזקה דאין נ"מ מה אכל אם חטים או שעורים א"צ לדקדק כ"כ פנין דליכא נ"מ בענין חיוב אינו צריך התובע לתבוע שניהם ואם פי מצד הסברא דבריו אמתים מ"מ יש להעיר א"כ שם (סי' קמ"ה) אם אחד אומר חטים אכל ואחד אומר קטניות יהיה ג"כ עדותן פשר פנין דליכא נ"מ לענין מזון וכל מה שאכל ג' שנים סגי ובאמת שהמחבר שם כ' שאין העד מדקדק בזה וזה כמו"ש בב"י בדקדק הבית דהוי מילתא דלא רמיא עליהו דאינשי וכו' לי חטים כמו שעורים או קטניות אבל הטור כתב שם דאם אחד אומר חטים ואחד אומר קטניות אין מצטרפין דבהכי לא טעו אינשי והסמ"ע והש"ף שם הסכימו לדעת הטור הרי אף בדבר שאינו נוגע להזיק מזון במה שאין אדם טועה הוי הכחשה גמורה ועדותן בטילה ועיי"ש בתומים ובגתיבות ובקושית הט"ז י"ל בפשיטות דבאמת י"ל כמו דתלינו בטעות שפין העדים דלא דייקי בין חטים ושעורים כ"כ תלינו בטעות לגבי תובע דע"כ ל"א לגבי תובע שלא לתלות בטעות רק היכא דתובע את שלו פמה נתחייב לו דע"ז חזקה ברורה הוא דזוכר ומדייק מה דנתחייב לו אבל לזכור במה אכל השני חזקה דליכא שום תועלת בזה לכן כמו דאמרינו בין חטים ושעורים טעו אינשי ומיישבין דברי עדים לומר שעכ"פ ראו שאכל וזרע בהשדה פן נמי מיישבין דברי המחזיק בזה פנין דאינו תובע פלום רק בין חטים וקטניות אם מחזיקין העדים זה את זה פנין דלא עבידי לטעות בזה אמרינו שאין זה נכון ולא מקבלין עדותן אבל בטענות המחזיק לא דייקין פלל במה דליכא נ"מ לחיובו וזכותו: עוד כ' הגתיבות לדון אם תבעו מנה ועדים מעידין מאתים דאין מקבלים עדותן לחייבו ע"פ במנה דמ"מ חייב שבועה מדין העדת עדים דר' חייא וזה עפ"י דבריו פנין דעפ"י הודאתו טעו בסוף המעות אין אנו מחזיקין אותן לעדים אפילו על מנה דאימר היה פחות אפילו ממנה וטעו וקשה לדבריו כיצד ישבע נגד עדים פשרים אשר אנו מחזיקין אותן שפשרים לכל עדות שבתורה רק מצד הודאת בע"ד נתבטלו אבל לדיון הם פשרים וגם הטעות הוא רק על מנה שניה דמנה הראשונה מודה הבע"ד רק לדבריו פנין דהבע"ד הודה דהעדים טעו לא נוכל לסמוך ע"ד עדים דדלמא היה גם פחות ממנה אבל מ"מ גם אם נחזיק דטעו עכ"פ ראו הלואה איזה סוף וכיצד מניחין אותו ליטבע כמו"ש הוא בעצמו שם ולדון בזה מתשאל"מ ל"ש פנין דרוצה ליטבע.

גם פנין דלא נוכל לחייב אף המנה שתובע והעדים מסייעם על מה יחייבו שבועה על מנה שאינו תובע לא מחייבין פנין דהודאת בע"ד כמאה עדים ועל מנה שתובע פנין דמעידין בברור שחייב ואעפ"כ אין מוציאין מידו ל"ש שבועה וכנראה לדעת הטור והר"ן פטור הלנה רק למה שכ' הקצוה"ח די"ל דהוי ספק הודאה מהני לדבריו תפיסה

ומ"מ י"ל דאין מניחין לישיבע ויבואר עוד בזה אי"ה בדיני טו"נ וילדעת המאירי הנ"ל וסייעתו מגדולי הראשונים אם מכחישים במונה נקטינו ג"כ העדת עדים עכ"פ על מנה וכמו שכתבתי לעיל ולדינא צ"ע בכל הדינים הללו דעל כל צדי ודאי המנוחוק יכול לומר קים לי: סי' ד אעפ"י דאין עדי ד"מ צריכין דו"ח אם הכחישו זה את זה בדרישות או בחקירות עדותן בטילה פמבואר ש"ע (סי' למד ס"ב) ומבואר בסמ"ע דאפילו תובע שניהם בטילה ואף שבועה א"צ.

ולכאורה י"ל הא דאינו חייב שבועה אף דעכ"פ אהד פשר הוא מטעם דמבואר בתשובת הר"י מיגאש ו"ל (סי' קס"ב) מובא בש"מ ב"מ (דף ג') דהנשבע להכחיש את העד צריף לישיבע שאין אצלו פלום ממה שהעיד עליו העד ואינו נשבע להכחיש מה שהעיד עליו העד בלשון שאין לו פלום עליו לפי שלשון זה הוא לשון שבועת הוסת לא דרף שבועת עד אהד ומדקדק זאת ממה שאמרו בש"ס שם מה לע"א שפן על מה שהוא מעיד הוא נשבע א"כ פאן לא נוכל לחייבו שישבע להכחיש השני עדים פיון דעדוהו נתבטל לענין חיוב ממון לא נוכל לומר שישבע שאין אצלו פלום ממה שהעידו עליו העדים דע"כ צריף לומר דאינו פשר רק אהד ולסלק את השני רק לקבל הגדות האהד לא נוכל לחייבו שישבע להכחיש השני עדים וישבע שאין אצלו פלום ממה שהעיד עליו ע"א לא נודע את מי שמעיד עליו שישבע להכחישו.

אולם ז"א דהא מבואר מדברי הרא"ש וטוש"ע בתובע רק מנה אהד והעדים בתרי מנה מסהדי דנדאי חד מנייהו שקרן משתבע ש"ד ול"א דיהיו פמוכחשין ויהי' עדותן בטילה פיון דיוכל להיות דשניהם אמת רק מצד התובע נתברר דחד מנייהו משקר מ"מ פיון דאהד אומר אמת גם מצד התובע צריף לישיבע נגד אותו העד ועיינן סמ"ע (ס"ק כ"ה) הרי אף דלא ידענו נגד מי משני העדים שנשבע להכחישו מ"מ חייב ש"ד וע"כ דזה אינו מעכב ויכול לישיבע שאינו חייב או דישבע להכחיש מה שהעיד עליו העד הפשר לפ"ד התובע אף אם התובע אינו אומר זמן ההלואה רק תבע סתם שחייב לו מנה מ"מ יכול לישיבע שאין לו עליו פלום ממה שתובע וממה שמעיד עליו העד וה"נ אף באומר לא פי אף דחד מנייהו הוא שקרן הא מ"מ אהד הוא פשר יהיה חייב לישיבע או שא"ח פלום או אף ממה שמעידים עליו העדים: ועיינן נתיבות דאיירי פשנצטרפו יחד להעיד שפלוגי חייב לפלוני בראיה דאמרו דראו יחד ובהגדה תוכד"ד הרי הן עדות אחת וכיון שהכחישו א"ע בחקירות דגזה"כ הוא שיתבטל עדותן ע"ש באורף.

ולכאורה נראה פיון דלא פאנו לבטל עדותן רק מטעם דלא נמצאו נכונים בדבריהם ואין הב"ד יכולין לדון אחר עדותן הא דנתבטל עדותן מפל וכל ואף שבועה א"י לחייב היינו מטעם עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה וכיון דבאו יחד לחייב ממון ולא נמצא מכוננים בטלה עדותן מפל וכל ואין לומר דיעיד אהד מחדש ויבא בתורת ע"א לחייב שבועה ז"א דאיף נוכל לקבל עדותו מחדש דאיזהו מהם יגיד אם יגיד זה שאומר בניסן לנה פדי לחייבו שבועה לא נוכל לקבל עדותו פיון דידענו שהשני אמר לא פי ואם יגיד השני מחדש ויאמר באייר לנה ג"כ ידענו שהראשון אמר לא פי ואם יגידו שניהם מחדש בלא דו"ח ג"כ לא נוכל לחייבו ממון פיון דכבר נתבטל עדותן וכיון דלא נוכל לחייבו ע"י הגדה הראשונה מה תוסף חיוב ע"י הגדה שניה אולם אם בא אח"כ עוד ע"א ויעיד



שְׂרָאָה הַלְוָאָה אַחַת או שְׂעִיד שְׂרָאָה בְּנִיֶּסֶן או בְּאֵיֶר וְאִז יְהִי שְׁנֵי עֲדִים בְּזֶה נִרְאָה דְהֶרָאשׁוֹן יָכוֹל לְהַצְטַרֵּף וּלְהַעֲיִד מִחֲדָשׁ עוֹד הַפְּעַם עִם זֶה שְׂבָא מִחֲדָשׁ וְנִפְסַל הֶרָאשׁוֹן שְׂהַכְחִישׁ: וּבְזֶה מִיְנֻשָׁב קִנְשִׁית הָאו"ת מְהָא דְמַס' שְׁבֻעוֹת בֵּא' אוֹמֵר גְּבוּהָ ג' וַא' אוֹמֵר ה' דְעֻדוֹתָן בְּטִילָה וּמִצְטַרְפִּין לְעֻדוֹת אַחְרַת הֵינּוּ לר"ח דְפִסּוּלִין לְעֻדוֹת אַחְרַת הַפִּירוּשׁ הוּא אִם יָבֵא עוֹד א' וַיֹּאמֶר ה' וּמָה מְהִי הָא פְּכָר נִתְבַּטַּל עֻדוֹתָן וּלְמ"ש א"ש דְכִינּוֹן שְׂבָא עוֹד א' הָאוֹמֵר ה' מִצְטַרְפֵּי הֶרָאשׁוֹן וַיַּעֲיִד מִחֲדָשׁ וְאִז נִפְסַל הֶרָאשׁוֹן שְׂהַכְחִישׁ וְאוֹמֵר ג' כְּמִבְּנֹאֵר בְּדַבְרֵי רִיטְב"א שְׁם דְהָאֵי עֻדוֹת אַחְרַת מְקַרְיָא וְאִיגְלָאֵי מִילְתָּא לְמַפְרַע דְהָאֵי אָמַר קוּשְׁטָא וְכָשֵׁר לְעֻדוֹת זֹו וּלְכָל עֻדוֹת שְׂבַעֲוֹלָם וְאִיךְ דְהָוִי חַד בְּמַקּוּם ב' פְּסוּל לְכָל עֻדוֹת דְעָלְמ' עֵי"ש וְהֵינּוּ כְּשִׁמְעִיד מִחֲדָשׁ בְּזֶה לֹא נִתְבַּטַּל וְרַק הַגְּדָה הֶרָאשׁוֹנָה נִתְבַּטַּל מִצַּד גִּזְה"כ אֲבָל לְמָה לֹא יִהְיֶה בְּיָדוֹ לְהַעֲיִד מִחֲדָשׁ וּלְהַצְטַרֵּף עִם הַשְּׁלִישִׁי.

וַא"ל הָא עֻדוֹתָן שָׁל הֶרָאשׁוֹן שְׂאָמַר ה' עכ"פ נִתְבַּטַּל ג"כ פִּינּוֹן דְאִז דְהָיָה זֶה שְׂהַכְחִישׁוֹ וַא"כ נִתְבַּטַּל מִטַּעַם דְנִמְצָא אֶחָד פְּסוּל וּבכ"מ דְקִי"ל אִם נִמְצָא א' קִאו"פ דְעֻדוֹתָן בְּטִילָה וְאִף אִם נִשְׂאָר שְׁנֵי כְּשָׂרִים אֵינּוּ מוֹעִיל אִם יַעֲיִדוּ מִחֲדָשׁ כְּמִבְּנֹאֵר בְּב"ש (ס' מ"ב ס"ק ח') מ"מ י"ל הֵינּוּ דְנֻקָּא הֵיכָא דְהָיָה צִירוּף הַכְּשֵׁר עִם הַפְּסוּל בְּשַׁעַת רְאִיָּה: וְעֵינִין מ"ש אַמֵּ"ו ז"ל בְּחִידוּשֵׁי שְׂבָסו' ס' ד"מ (ס' ל"ו ס"ב) לְהַסְבִּיר הָא דִּישׁ פּוֹסְקִים אִף בְּלֹא הַגִּידוֹ הַפְּסוּלִין נִתְבַּטַּל אִם הִי כְּנֻנָּה בְּשַׁעַת רְאִיָּה וְאִף לְהַסְבִּיר דְבַעֲי הַגְּדָה מ"מ גַּם כְּנֻנָּה בְּשַׁע' רְאִיָּה כְּעֵינֵן הָא פִּינּוֹן דְהַבְּיָטוּל נִלְמַד מִן הַהִיקָשׁ שְׁנַיִם לְשַׁלְשָׁה וּבִקְרָא כְּתִיב עִפ"י וּמִנ"ל דְקַפְדָּה הַתּוֹרָה עַל שַׁעַת רְאִיָּה דְלָמָּא דִּי בְּהַגְדָּה דִּקְרָא אַהַגְדָּה כְּתִיב.

וְכַתֵּב הַטַּעַם דְהָא קִי"ל אִם הָיָה רְחוּק בְּשַׁעַת רְאִיָּה וּבְשַׁעַת הַגְּדָה הָיָה קְרוּב וְנִתְרַחַק אַח"כ מוֹעִיל אַח"כ הַהַגְדָּה פַּעַם שְׁנִית וַא"כ מוּכַח דְהַקְפִּידָא הוּא עַל שַׁעַת רְאִיָּה דַּאל"כ לֹא גִרַע הַגְּדַת הַכְּשֵׁר עִם הַקְּרוּב מְקְרוּב עֲצָמוֹ וְאִם הָיָה רְחוּק בְּשַׁעַת רְאִיָּה וּבְשַׁעַת הַגְּדָה הָיָה קְרוּב מוֹעִיל הַגְּדָה פַּעַם שְׁנִית בְּעַת שְׁנִית רְחוּק כִּן נִמִּי בְּכָשֵׁר שְׂהַגִּיד עִם הַקְּרוּב פִּינּוֹן דְהָיָה כְּשֵׁר בְּשַׁעַת רְאִי' וְהַתּוֹרָה פְּסָלָה הַהִתְחַבְּרוּת עִם הַקְּרוּב בְּשַׁעַת הַגְּדָה דְנִתְבַּטַּל עֻדוֹתוֹ יְהִי הַגְּדָה פַּעַם שְׁנִית פִּינּוֹן דְנִתְרַחַק מִן הַקְּרוּב וְהוּי כְּמוֹ קְרוּב בְּאִמְצַע דְמַהֲנִי וְהַתּוֹרָה הוֹרָה לָנוּ מִן הַהִיקָשׁ דְמָה שְׁנַיִם שְׂאִינּוּ מוֹעִיל הַגְּדָה עוֹד פִּינּוֹן דְלֹא נִשְׂאָר אֲלֵא אֶחָד כִּן בְּשַׁלְשָׁה.

מִזֶּה מְוַכְרַחִין לֹאמֹר דְקַפְדָּה הַתּוֹרָה עַל הַתְּחַבְּרוּת מִשַׁעַת רְאִיָּה מֵאַחַר דְהָיָה כְּנֻנָּה לְעֻדוֹת נִתְבַּטַּל וְהוּי כְּמוֹ תַחְיִלְתוֹ בְּפִסּוּלוֹת וְאֵינּוּ מוֹעִיל הַגְּדָה אַח"כ וְאִף דְבַעֲי הַגְּדָה בְּפִסּוּל ג"כ מ"מ מוֹדִים דְהַפְּסוּל מִתַּחֲיִל מִשַׁעַת רְאִיָּה רַק הַמְּחַשְׁבָּה אֵינּוּ מוֹעִיל בְּאִם לֹא בָּא מִפְּחַ אֶל הַפּוֹעֵל דְלֹא הַגִּידוֹ יַחַד אֲבָל בְּהַגִּידוֹ נִפְסַל מִשַׁעַת רְאִיָּה וּלְפִי"ז אִם הָיוּ כְּשָׂרִים בְּשַׁעַת רְאִיָּה וְאַח"כ בְּשַׁעַת הַגְּדָה נִפְסַל דג"כ עֻדוֹתָן בְּטִילָה כְּמִבְּנֹאֵר בְּהַכְּנָה"ג וּבִקְצוּה"ח (ס' ל"ו ס"ק ד') דְמוּכַח כִּן מִדְּבַרֵי תוֹס' סְנֵהֲדָרִין (דָּף ל"א) רַק דְבַעֲינּוּ דְנֻקָּא הַגְּדָה תוֹכַד"ד א"כ בְּזֶה מְהִי הַהַגְדָּה מִן הַכְּשָׂרִים פַּעַם שְׁנִית דְהָא בְּשַׁעַת רְאִיָּה הָיוּ כְּשָׂרִים רַק הַתְּחַבְּרוּת הַהַגְדָּה עִם הַפְּסוּל בְּטִילָה עֻדוֹתָן אֲבָל בְּהַעֲיִדוֹ מִחֲדָשׁ הוּי תַחְיִלְתוֹ וְסוֹפּוֹ כְּכִשְׂרוֹת וּבְדַבְרֵי תוֹס' שְׁם ל"מ הַגְּדָה שְׁנִית פִּינּוֹן דְלֹא נִוְדַע לָנוּ מִי הֵמָּה הַכְּשָׂרִים וְאִם יַעֲיִדוּ שְׁנֵי הֵם מִחֲדָשׁ אַחַד כְּד' זֶה נִכְלָל בְּדַבְרֵי תוֹס' עֵי"ש בְּדַבְרֵי נְעִימִים לְתַרְזַן בְּזֶה דְבַרֵי הַרְמְב"ם (פ"ב ה"ג) מְעֻדוֹת וּלְפִי"ז א"ש בְּש"ס שְׁבֻעוֹת שְׁם דְקָאֵמַר מִצְטַרְפִּין לְעֻדוֹ הַחוּדָשׁ הֵינּוּ כְּשָׂבָא

עוד עד שלישי ויעיד מחדש ונפסל הראשון בהכחשת השנים ומטעם נמצא אחד קאו"פ לא נתבטל רק הגדה הראשונה פיון דבשעת ראיה היה גם האומר ג' פשר ולא נתבטל רק התחברתי ע"י הגדה בטלה הגדה ומהני הגדה שניה: ובזה אתי שפיר דברי הב"ש אה"ע (סי' י"ז ס"ק כ"ה) בהא דמבואר שם בעד אומר מת ועד אומר נהרג דאעפ"י שמכחישין זא"ז הואיל ושניהם מודים שאינו קנים ה"ז תנשא והקשו הא הוי הכחשה ונתבטל עדותן וכו' הב"ש משם הפ"מ פיון דע"א מהם אומר מת שאינו חי מותרת משא"כ בד"מ דבעינו שני עדים והקשו האחרונים הא לשבועה סגי בע"א ואעפ"כ פיון דהכחישו בתקירות בטלה עדותן אף לחייבו שבועה ואמאי יתקנים עדותו של האחד.

ולמ"ש אתי שפיר דשם נוכל לשאול עוד הפעם שניהם ויעידו מחדש דאינו חי ואף אם נאמר דהגדה הראשונה נתבטל ע"י התחברות הגדתן ואף אם הגידו יחד תוכד"ד ונתבטל מ"מ מחדש מהני הגדה ואף לעדות אחרת קיי"ל דכשר הוא א"כ יכול כ"א להעיד מחדש ומבלי תקור דבר באיזה אופן היה מיתתו רק שיעיד שיודע דבעלה אינו חי ודי משא"כ בד"מ אינו הב"ד מקבלין הגדתן בשום אופן דאף אם יעיד אחד לחייבו שבועה פיון דידענו שפיר הוכחשו יחד בתקירות והבע"ד הכחיש שניהם הוי דין מרומה ובעינו הגדה מחדש.

וגם לענין להתיר אשה לבעלה דל"ב הגדה בפני ב"ד ולא אמרינן בהו נמצא אחד מהם קאו"פ דיתבטל עדותן כמו"ש האחרונים א"כ יכולין שניהם להגיד מחדש פעם שנית דיודעים דאין הבעל חי וזה העידו גם בפעם ראשון והסכימו יחד רק דהיה הכחשה בתקירות ואף דאחד פסול מ"מ אחד כשר ואין הפסול מבטל עדותו של הכשר וכיון דאם גידו פעם שנית דיודעים דאינו חי ומועיל עדותן לכך ה"ז תנשא אף ע"י הגדתן של עכשיו משא"כ בד"מ אם יגידו שניהם מחדש יתבטל מחדש ואף אם יעידו בסתם שיודעים שפלוני חייב לפלוני מנה מ"מ הוי קדין מרומה וצריף דו"ס ויחזרו לפסול הראשון: אף יש להתבונן בדברי סמ"ע (סי' ל"א ס"ק ב') באם ב' פתי עדים המכחישות זא"ז ובאו אח"כ אחד מכת זו וא' מכת זו והעידו בעדות אחרת דאין פאן עדות שגרי בודאי א' מהם שקר וכתב הסמ"ע דאפילו שבועה א"צ ועיי"ש באורים דתליא אם מתחיל' פונו להעיד דאל"כ לא נפסל.

וקשה לכאורה הא תוס' סנהדרין שם פתבו דהיא דאין הפסול ידוע לא בטלה עדותן א"כ ממילא יתחייב שבועה [ובס' ט"א מס' ר"ה עמד ע"ד תוס' פיון דמקשינן שלשה לשנים ומה נפ"מ אם הפסול ידוע או לא.

אולם י"ל דכוננת תוס' שם לדין דקיי"ל כר"ה בב' פיתות עדים המכחישות זא"ז דזו בא בפ"ע ומעידה רק ביחד פסולין לכך בעי דוקא שיהיה הפסול ידוע וכיון דאינו ידוע ומס' המה פשרים בפ"ע לקל עדות בזה ל"א שיתבטל כל העדותן] עכ"פ פיון דע"א הוא נדאי פשר ולא נתבטל בהתחברותו עם הפסול פיון דכשר לקל עדות שבעולם.

אולם י"ל דדוקא בב' פיתות המכחישין פיון דלא נוכל לבטל עדותן של האומרי' מנה רק מטעם צירוף דנמצא קאו"פ בזה היכא דאין הפסול ידוע לא נתבטל אבל היכא דבאו ונצטרפו יחד לחייבו ממון ונתבטל עדותן מטעם דנמצא אחד פסול בזה נתבטל מטעם דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה: ועיי' מתניתין מפות (דף ו') דכ' תוס' בטעמא דר' יוסי דדוקא בדנ"פ ולא בד"מ משום דבדיני ממונות לא נוכל לומר מה שנים עדותן

בטיילה דמ"מ נשאר לענין שבועה וכתב שם הריטב"א בטעמא דרבי דאף בד"מ בנמצא אהד קאו"פ דנתבטל עדותן דילפינו שנים מדיני נפשות כמו בדנ"פ נתבטל פן נמי בד"מ נהדר מקשינו שנים לג' בד"מ.

והקשה בנו"ב מה"ת חלק אה"ע (סי' ע"ו) דאיך אפשר למילף ד"מ מדנ"פ הא ע"א קם לשבועה וכמו בהעיד לבדו מחייב שבועה אף דנ"מ בד"מ למאומה ה"נ בשנים ונמצא א' קאו"פ מהני לשבועה. עוד קשה על הריטב"א למה צריך בד"מ עפ"י שנים או שלשה פיון דמשנים ידענא בנמצא א' מהם קאו"פ דנתבטל אף הכשר לחייבו שבועה כמו בדנ"פ דנתבטל ממילא שלשה ג"כ נתבטל וכבר תמה בזה בס' ש"מ (סי' ל"ו) ומה שמתרץ שם דבעי ג' בד"מ שיתבטל אף בעדות מיוחדת לא נתישב בזה דברי הריטב"א דמבואר שם בחידושו (דף ו' ע"ב) דאף בד"מ בעינו שיראו יחד כדי שיתבטל אם נמצא אהד קאו"פ יע"ש.

[ובתו"ט שם כתב מה שנים כו' ה"ז בא ללמד ונמצא למד והקשו עליו הא שנים ממילא נתבטל שלא נשאר רק ע"א אף י"ל דמ"מ נ"מ אם יאה נשאר ע"א עכ"פ על מעשה זו שהעידו דאם יבא עוד ע"א שיצטרפו בדבר דמהני עדות מיוחדת פגון בהורג נפש דמכניסין אותו לכיפה בעדות מיוחדת כמבואר סנהדרין (דף פ"ד) ואם יבא אהד נראה מחלון אחר ויעיד דהיה ס"ד שיצטרף עם זה הכשר שהעיד מקודם או אם יבא עד א' על מעשה אחרת שיצטרף עכ"פ לפסלו דמהני בזה עדות מיוחדת לריב"ק לזה כתב התו"ט דשוב מקשינו שנים לשלשה כמו דשלשה בטלו שנים הכשרים פן בשנים בטל הגדת הכשר וי"ל בזה גם קושית הנו"ב דמקשינו שפיר בד"מ שנים לשני' דדנ"פ כמו דבדנ"פ נתבטל הגדת הכשר פנ"ל פן נמי בד"מ לענין לחייב שבועה]: אולם י"ל בפשיטות דשנים ידענו מסבא דנתבטל מטעם פיון דבאו יחד לחייבו בכח שני עדים ונתבטל פחו של שני עדים והורע פחו ע"י שהיה אהד קאו"פ ונתבטל מקצת עדותו של הכשר דבא לחייב מיתה ונתבטל עדותו מסבא אמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה ומקשינו שפיר שלשה לשנים כמו דבשנים נתבטל אף עדותו של הכשר מטעם דיקום דבר פתיב לקיים פל דבר אשר בא להעיד עליו ואם נתבטל מקצת עדותו נתבטל מפל וכל פן שלשה נמי אף דכחו של הכשרים לא הורע פלל ונשאר עדות המועיל על הנדון שפאו עליו ונוכל לקיים בו ע"י עדותו יקום דבר מ"מ נתבטל ע"י צירוף של הפסול כמו בב' דנתבטל מטעם יקום דבר ולא מצי דבר.

וממילא י"ל בד"מ ג"כ מטעם זה בשני' נתבטל עדותו של הכשר מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה כמו בדנ"פ דנתבטל לגמרי אולם לא היינו ידענו דגם ע"י צירוף הכשרים שלא הורע פחו פלל רק בשביל שצטרפו עם הפסול יתבטל ג"כ עדותו דלמא רק בשנים הואיל דנתבטל מקצת עדותו שפאו עליו נתבטל פל עדותו משא"כ בג' דרק ע"י צירוף יתבטל עדותו לזה צריך גם בד"מ להקיש שלשה לשנים: וכן י"ל בטעמו של דברי הסמ"ע הנז' אף דאין הפסול ידוע מ"מ פיון דבאו יחד והתחברו לחייב ממון וזה נתבטל בשביל שיש אהד פסול ונתבטל והורע פחו של הכשר מחיוב ממון נתבטל ג"כ אף לחיוב שבועה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה.

והיה מקום לומר ממילא דאף אם לא פונונו יחד להעיד נתבטל ג"כ פינון דבאו יחד. פרום למ"ש לעיל אם זה יהיה טעם הבטול מחיוב שבועה הנה ראוי שיהיה מועיל ההגדה מחדש פינון דלא פונונו יחד בראייתו או דלא העידו יחד תוכד"ד א"כ הי' אפשר בשעת ראיה עדותו של הכשר ותחילתו בכשרות ממילא יהיה מועיל ההגדה מחדש וכל אחד המעיד מחדש מקבלין עדותו עכ"פ לחייבו שבועה פינון דקיי"ל זו פא בפ"ע ומעיד' כר"ה וע"כ אם לא יועיל הגדה מחדש צריף לומר פינון דנתבטל משעת ראיה ע"י צירוף הפסול וההגדה תוכד"ד שהגידו יחד ואינו סובר סברת תוס' רק אף באין הפסול ידוע ג"כ נתבטל העדות מטעם דנמצא אחד פסול.

וכן הא דשנים נתבטל מפל וכל אף דברי האחד לענגן מה שמועיל הגדתו לבדו הוא מטעם דכ' התוי"ט דה"ז פא ללמד ונמצא למד: ועוד י"ל בטעם הדבר דלענגן חיוב שבועה דע"א פללא הוא דכ"מ שב' מחייבין ממון אחד מחייב שבועה ובמקום שאף אם היה אז בשעת הגדה ב' עדים היינו שהיה עמו אז בשעת הגדתו עוד אחד שמעיד כמוהו ל"ה מחייב ממון אין ע"א מחייב שבועה ומה"ט בנמצא אחד קאו"פ אין השני מחייבו שבועה שהרי אם היו ג' אין מחייבין אותו כ"כ ממון עפ"י הב' הפשרים וכמו"ש טעם זה הרב מאירי ז"ל בשיטה מס' סנהדרין (דף ט') והנו"ב ת' אה"ע (סי' ע"ו) א"כ ה"נ פינון דאף אם היו ג' ואחד היה מכחיש לב' בחקירות עדותן בטילה לענגן חיוב ממון ממילא בחד לגבי חד אינו מחויב שבועה משא"כ בעד אומר מת ועד אומר נהרג פינון דסגי בע"א לעצם נאמנות דבעלה אינו חי ממנ"פ מותרת אולם זה א"ש להסוברים דגם בד"מ אף דל"ב דו"ח השתא מ"מ אם היה שלשה ושנים פינונו יחד בדו"ח והשלישי הוכחש בחקירות נתבטל עדותן אבל להסוברים דלא נתבטל וכמו שכ' הב"י בתשו' מובא בתנאים ולדבריו בב' פתות המכחישים בחקירות פשר עדותן ממילא בב' עדים המכחישים זה את זה י"ל דעכ"פ נשאר אחד: וראיתי לבעל הגתיבות בספרו קהלת יעקב (סי' י"ז) שהעלה הטעם בהכחשה בחקירות במת בעלה דתנשא היינו כשהעידו אחר כדי דבור ובאם הצטרפו בהגדה תוכד"ד פשיש תועלת בשעת הגדה לענגן ממון פגון לענגן הורדת נחלה ותוספת פתובה נתבטל עדותן כמו בשני עדים דממון דנתבטל אף לענגן שבועה אבל אם העידו על איסור דא"צ רק אחד ואין נ"מ בין א' לשנים לא נתבטל העדות של האומר אמת פינון דלא פא להעיד רק ע"ד דסגי בע"א ולכך אם באו פסולין להעיד והוכחשו בחקירות דאינו מועיל רק להתיר או במקום דליכא נכסים פלל דאין באין רק להתיר לא נתבטל העד האומר אמת אבל אם באו לב"ד בתורת שנים שיועיל לענגן ממון ואם לא הוכחשו הי' מועיל עדותן לענגן ממון ג"כ כשהוכחשו בטל מכ"א קצת בטל פוליה דאין עדות לחצאין עיי"ש ולדעתו אין זה אלא תימא דאם פסולין יעידו ויכחישו דאז יתקיים עדותן ואם פשרים הואיל דבאו גם להיות כב' לענגן ממון יתבטל מפל וכל הא אף דכח עדים פשרים נתבטל יתקיים עכ"פ הגדתן פאלו היו פסולין גם אם פדבריו הא אף באם ליכא נ"מ לענגן ממון דליכא נכסים ותוס' פתובה נימא ג"כ פינון דבאו בכח שני עדים ונ"מ דאין בכח אחד להכחישן ומן התורה תהיה מותרת ונ"מ לכמה דברים שיהיה מועיל עדותן מה"ת פמוכן ואם הוכחשו בחקירות נימא פינון דבטלה מקצת עדותן ואינו מועיל לעדות דאורייתא נתבטל אף עדות של האומר אמת א"ו דבכלל הפשרים יש בהן ג"כ פחן של הפסולין וכמו בפסולין דנשאר פחו של האחד האומר האמת פן בכשרים

לא יגרע פתן ואמריון דכח של עדות המועיל מה"ת נתבטל ומה דנשאר פת להתיר מטעם דאקוילי רבנן או מטעם דהוי מלתא דעבידא לאגלויי או מטעם דיקי ומינסבי זה לא נתבטל פלל ואף דהעידו בב"ד נתבטל פת הגדה וקבלת עדות המועיל מן התורה אבל מה דמועיל אף בלא ב"ד זה לא נתבטל.

ובפרט למה שפכתתי הגדה מחדש מועיל בזה בנדאי ואף דהעידו בפני ב"ד וכו' בכת עדות המועיל מה"ת ונתבטל מ"מ אף אקד יכול אח"כ לומר אף שלא בב"ד דמת בעלה וז"פ וברור: סי' כ"א אם אקד העיד על חבית יין בניסן והשני על חבית שמן באייר והתובע תובע שניהם ול"א לא פי חייב ליתן לו הפחות כן פתב הסמ"ע (סי' ל"ו ס"ק ח') והאחרונים העתיקו הדברים לדינא מבלי חולק.

ולענ"ד יש להבין את זה דהנה מבואר בש"ס גיטין (דף ע"ו) בהותנה תנאי בגט ע"מ שתשמישי את אבא ונחזר והתנה ע"מ שתתן לי ר' וזו רצתה משמשתו רצתה נותנת לו ר' וזו ואין אקד מן הראשונים וא' מן האחרונים מצטרפין וכן מבואר באה"ע (סי' קמ"ג ס"י) ועיי"ש בב"ש ובמהרי"ט חלק אה"ע (סי' ל"ח) הקשה בזה הא קיי"ל כריב"ק דמצטרפין ורצה להוכיח מזה דלגבי עדות נשים לא מצטרפין ועיין ב"י (סוף סי' ל') דכתב העושה דבר אקד בפני עדים על תנאי אם מצטרפין ע"א מעדים ראשונים וא' מאחרונים לומר שהיה תנאי בענין זה עיין סו"פ מ"ש בגמרא ע"מ שתשמישי את אבי הרי מבואר דלמד מש"ס דגיטין לד"מ.

ובס' תו"ג שם הרגיש בקושית המרי"ט וכ' סברא נכונה דהיא דאי אפשר לקיים העדות שיהיה ע"פ שני עדי' לא מצטרפין דדוקא לענין חיוב ממונ הב"ד פוסקין ע"י שני עדים פינן דזה העיד על מנה בניסן וזה על מנה באייר מ"מ עפ"י שניהם חייב זה להמלנה מנה משא"כ שם לקיים התנאי כ"א מעיד על דבר אחר ולקיים דברי שניהם בלתי אפשר דאם כן היינו דנין עפ"י ע"א והתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר עיי"ש והדברים נכונים: וכן ראיתי שפבר קדמוהו בזה בס' בני יעקב (דף קע"ז ע"ב) והביא שראה כן בפשיטת תלמיד רמב"ן מכ"י שהקשה לו קושית מהרי"ט ותירץ דל"ד לדריב"ק דהתם שאני דהא מיהא אמנה קא מסהדי אבל ה"א זה מעיד ע"ת זה וזה ע"ת זה וה"נ התם אם חד מעיד אמנה וחד מעיד אשנה מנה לא מצטרפי וה"נ דכונתיה עכ"ל אם כן מכ"ש היכא דזה מעיד על חבית יין וזה על חבית שמן דהוי שנה ר' מכ"ש דלא מצטרפין פינן דאף אם יתן שמן לא מקפטר לדברי עד שמעיד על יין ואם כן אם נחייבו לשמן לתקיים דברי העד אשר העיד על שמן ולדברי תלמידי רמב"ן אף באקד מעיד על שנה מנה ל"מ: אולם יש להבין אמאי הא המלנה התובע שניהם יכול לומר שפל מה שיתן אם מנה אם שנה מנה מקבל על חוב אקד או על שנה או על מנה ואף בשני מינים כמו יין ושמן ג"כ יכול לומר הרני כאלו התקבלתי על איזה שיאמרו הב"ד וכיון דלדברי שניהם יש לו חיוב על הלנה למה לא יצטרפו בשלמא בגט על תנאי ל"מ חדא דלגבי גט אינו יכול לומר הרני כאלו התקבלתי.

וגם בכל תנאי אין החיוב לקיים התנאי דאם אין ברצונה לקיים התנאי אין בידי לכופה רק שיתבטל הגט ולכך פינן דאי אפשר לבטל הגט רק ע"י מניעת שני התנאים לא נוכל לקבל עדותן דליכא פאן רק ע"א על כל תנאי משא"כ היכא דנתחייב לשלם וזה מעיד

על שְׁנוּה מְנָה וְנָה על מְנָה וְהַמְלִינָה תּוֹבֵעַ שְׁנִיָּהֶם כָּל מָה שְׁיִתֵּן לוֹ יְכוּל לֹאמֵר הֶרְנִי כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי.

וּמִצָּאֵתִי בְּחִידוּשֵׁי רַבֵּינוּ יוֹנָה סְנֵהֲדָרִין (דָּף ל') שְׁפָתָב וְז"ל עוֹד י"ל דְּאָחַד אֹמֵר חֲבִית שֶׁל יָיִן וּא' אֹמֵר שֶׁל שְׁמֵן דְּאָפִי תּוֹבֵעַ אֶת שְׁנִיָּהֶם וּכ"א מְעִיד בְּזַמְנוֹ בְּלֹא הַכְּחָשָׁה שְׁאִין מְצַטְרָפִין שֶׁל"ש לְמִימֵר הֵכָא אֲמַנָּה מִיָּהָא קָא מְסַהֲדִי דְּהָא כָּל חַד וְחַד אֲמִין אָחַד בַּפ"ע מְסַהֲדִי וּבַע"ב אֵינוֹ תּוֹבֵעַ דְּמִים אֲלֵא הַשְּׁמֵן עֲצָמוֹ וְהֵינִי עֲצָמוֹ וְאִין שְׁם שְׁנֵי עֲדִים לֹא עַל הֵינִי וְלֹא עַל הַשְּׁמֵן עַכ"ל הֶרְנִי דְּפִשְׁיֵט' לִיָּה ג"כ דְּבַתּוֹבֵעַ דְּנוֹקָא לֹא מְצַטְרָפִין אֲבָל גְּרָאָה מְדַבְּרִי דְּדוֹקָא כְּשַׁבְעָה"ב אֵינוֹ תּוֹבֵעַ רַק שְׁרוּצָה דְּנוֹקָא בְּשְׁנֵי הַמִּינִין וְאֵינוֹ אֹמֵר הֶרְנִי כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי אֲבָל אִם תּוֹבֵעַ דְּמִים הֵינִי הַשְּׁנוּי' אוֹ הַשְּׁמֵן וְהֵינִי עֲצָמוֹ אֲנִי חֲזִיב לְשִׁלְּם הַפְּחוֹת: אֲמַנְם מְדַבְּרִי תַלְמִידֵי רַמְב"ן דְּכָתַב אַף בֵּא' אֹמֵר דְּנוֹקָא וּא' אֹמֵר שְׁנוּה ג"כ אִין מְצַטְרָפִין מְשַׁמַּע קֶצֶת הַטַּעַם דְּהַנְּתַב' יְכוּל לֹאמֵר אֲנִי יוֹדַע שְׁאִין אֲנִי חֲזִיב כְּלוּם רַק לְדַבְּרִי וְלְדַבְּרֵי שְׁנֵי הָעֲדִים אֲנִי חֲזִיב לָךְ יָיִן וְשְׁמֵן וְאִין אֶתָּה יְכוּל לְהוֹצִיא מְמוֹן עַפ"י עַד אָחַד רַק אֶתָּה רוּצָה לְחֲזִיב אוֹתִי מִן הַפְּחוֹת וְלֹאמֵר כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי אֲנִי אֲנִי רוּצָה בְּזָה וְתַלְמִיא בְּמַחְלוֹקוֹת הֶרְאִשׁוּנִים אִם יְכוּל הַמְּלִינָה לְמַחֹל לְהַלְנָה בַּע"כ דְּלָנָה.

וְעֵינִין מַח"א הַלְכוֹת זְכִיָּה מִהַפְּקָר (סִי' י"א) שְׁהַעֲלָה דְּמְדַבְּרֵי תּוֹס' קִידוּשִׁין (דָּף י"ט) דְּמַחֲלִיָּה ל"ה הַקְּנָאָה אֲלֵא סִילּוּק בְּעֵלְמָא וּמְמִילָא מְהַנִּי אַף בַּע"כ וְכָתַב שְׁם דְּלַדַּע' הֶרִיטְב"א שְׁם דְּהַמְּחִילָה הֵנִי הַקְּנָאָה י"ל כָּל שְׁלֵא רָצָה הַלְנָה בְּמַחֲלָתוֹ לֹא זְכָה עֵי"ש וְעֵינִין ר"ן פְּתוּבוֹת פ' ג' נ"ש מ"ש בְּשֵׁם הֶרְא"ה בְּהָא דְּמוֹחֶלֶת פְּתוּבָתָה יֵשׁ לָהּ מְזוּנוֹת אִי גִימָא דְּמוֹחֶלֶת יְהִיָּה לָהּ מְזוּנוֹת כָּל אַחַת תְּמַחֹל וּכ"כ הֶרִיטְב"א שְׁם וּבְסַפֵּר הַפְּלָאָה שְׁם פְּתַב דְּסַבְּרָתָם אֵינוֹ מוּבָן מ"ש דְּכָל אַחַת תְּמַחֹל דְּהָא בְּנֻדָּאֵי א"י לְמַחֹל בַּע"כ דְּבִיד הַיּוֹרְשִׁים הַבְּרִירָה דִּא"ר לְקַבֵּל מַחֲלָתָה פִּינּוֹן דְּהוּא רִיעוּתָא לְהֵם.

וּלְמ"ש הַמַּח"א א"ש פִּינּוֹן דְּאֵינוֹ בְּגֵדֵר הַקְּנָאָה רַק סִילּוּק רְשׁוֹת ל"ב צַד קִנְיָן וּמְהַנִּי אַף בַּע"כ וְעֵי"ש בַּמַּח"א דְּכָתַב דִּי"ל אַף לְדַבְּרֵי רִיטְב"א קִידוּשִׁין דְּמַחֲלִיָּה מְצַד הַקְּנָאָה הוּא מ"מ כֹּה ג' דְּהֵנִי הַקְּנָאָה דְּמְמִילָא אֲפִילוֹ בַּע"כ שֶׁל הַלְנָה מְהַנִּי עֵי"ש וְדַבְּרֵי רִיטְב"א פְּתוּבוֹת הֵן עַד גְּאָמֵן לְזָה דְּמְהַנִּי [וְעֵינִין מְקו"ח (סִימָתָא סק"ד) וּבַמ"ש אַאמ"ו ו"ל בַּד"ח דִּינֵי חֲמִץ (סִי' ד')] וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי בְּזָה לְעֵיל דִּינֵי דִּינֵינִים (סִי' כ' אוֹת ב') א"כ שְׁפִיר כ' הֶרְבִּינוּ יוֹנָה ו"ל דְּדוֹקָא אִם הַתּוֹבֵעַ אֵינוֹ תּוֹבֵעַ דְּמִים אֲבָל אִם הַתּוֹבֵעַ רוּצָה לֹאמֵר הֶרְנִי כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי לְפִי עַרְךָ כָּל מָה שְׁיִתֵּנוּ לוֹ יְהִיָּה מְסוּלֶקֶת הַנְּתַבֵּעַ בְּשַׁבִּיל זָה הֵן אִם חֲזִיב לוֹ יָיִן הֵן שְׁמֵן שְׁפִיר חֲזִיב לְשִׁלְּם אַף בַּע"כ שֶׁל הַנְּתַבֵּעַ הַפְּחוֹת מְשַׁנִּי מִינֵיָם.

וְכֵן י"ל כְּנֻנָּה הַסַּמ"ע ג"כ דְּדוֹקָא אִם הַתּוֹבֵעַ אֹמֵר הֶרְנִי כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי אֲבָל אִם תּוֹבֵעַ דְּנוֹקָא וְרוּצָה שְׁיִתֵּן לוֹ שְׁנֵי מִינִים אֲזִי אִין הַב"ד יְכוּלִין לְחֲזִיבוֹ אַף מִין הַפְּחוֹת פִּינּוֹן דְּלִיפָא שְׁנֵי עֲדִים עַל אוֹתוֹ מִין אֲמַנְם מְדַבְּרֵי תַלְמִידֵי רַמְב"ן מְשַׁמַּע דְּרַק בְּמְנָה וּמְנָה בְּזָה חֲזִיב אֲבָל בְּחַד מְעִיד עַל מְנָה וְחַד עַל שְׁנוּה מְנָה דְּלֹא מְצַטְרָפִי מְשַׁמַּע אַף אִם הַמְּלִינָה אֹמֵר מְמַנ"פ יִתֵּן לִי מְנָה כִּי לְדַבְּרֵי חֲזִיב לִי ג"כ שְׁנוּה מְנָה וְיֵשׁ לִי עוֹד עַד ע"ז א"כ יֹאמֵר אִם אֵינוֹ חֲזִיב לִי הַמְּנָה מְקַבֵּל אֲנִי עַל שְׁנוּה מְנָה וּמָה יִפְסִיד.

הַמְּלִינָה בְּזָה וְלָמָּה לֹא יִצְטָרְפוּ מְשַׁמַּע קֶצֶת דְּדַעַת תַּלְמִידֵי רַמְב"ן דִּא"י לֹאמֵר הֶרְנִי כְּפֹאֵלוֹ הַתְּקַבְּלָתִי בַּע"כ שֶׁל הַנְּתַבֵּעַ וְלָכֵף לֹא מְצַטְרָפִין גַּם בְּזָה וְצ"ע: וְלְפִי דַבְּרֵי תַלְמִידֵי רַמְב"ן

נראה לכאורה אם ע"א מעיד על פנוי' שראה שנתקדשה לשמעון וע"א מעיד שראה שנתקדשה אל ראובן דאין מצטרפין לאסרה לעלמא פיון דלדברי זה שהעיד שראה שראובן קדשה העיד דמפח ראובן נאסרה ואם יגרשה או ימות ראובן תהיה מותרת וזה שהעיד שראה ששמעון קדשה מוסרף וגורע בעדותו ממה שהעיד הראשון דזה אומר ששמעון קדשה וכ"ז ששמעון יגרשנה או ימות היא מותרת לא מאחר ואין צריכין להחזיק לא"א משניהם דאם נאמר אם גרשה אחד מהם שוב תהיה מותרת פיון דליפא שוב רק ע"א א"כ מקבלין חצי עדות וע"כ צריכין לקבל דברי שני עדים ורק מה ששניהם מסכימין דהיא א"א ולא איכפת לן ע"י מי רק אם שניהם גירשוה מותרת ממנ"פ א"כ אם אמרו שנתגרשה על תנאי נקבל ג"כ עכ"פ מה ששניהם מסכימין דעדיין א"א היא כ"ז דלא נתקנים שני התנאים ותנניהו בא"א מסהדי א"ו פיון דלא נוכל לקבל רק חצי עדותן אין הב"ד יכולין לקבל כלל דעפ"י שני עדים יקום דבר וא"כ בקידושין בכה"ג ג"כ לא נוכל לקבל עדותן.

ועיין ספר מח"א הלכות עדות (סי' ו') שהוכיח מדברי רמב"ם (פי"ב) הלכות גירושין דסובר אף אם שנים מכחישים בקידושין למי נתקדשה אמרינן פיון דלא אתכחשו עכ"פ שהיא א"א נשארה א"א.

ובספר דברי אמת וכן השעה"מ (פ"ט) מאישות השיגו עליו מטעם הכחשת העדים דחד פסול הוא. ולמ"ש אף אם העידו על זמנים נפרדים ג"כ לא מקבלין עדותן פיון דכל אחד מעיד על דבר אחר ודומה לאם תובע חבית יין ושמן דוקא בעינא ויש שני עדים על כל אחד ואחד דפטור משניהם פיון דלא נוכל לקבל דברי שניהם וכמו בגט דא"א לעשות קיום הגט עפ"י תנאי אחד מחמת צירוף עדותן וה"נ דכנותיה ועיין נתיבות (סי' ל' ס"ק ב'): אף יש לעיין לפי"ז בהא דמבואר ש"ע (סי' ל"ד סכ"ח) אם שני עדים מעידים על אחד שהוא פסול פגון אם אחד אמר שגזל ואחד אמר שהלנה ברבית דמצטרפים לפסלו ומשמע אף אם העידו על אנשים נפרדים זה מעיד שגזל מראובן וזה מעיד שהלנה ברבית לשמעון מצטרפים ג"כ לפסלו וכן מבואר שם בסמ"ע (ס"ק ס"ח) ועיין בכנה"ג (אות נ"ג) שהאריך להביא כו"כ פוסקים דס"ל אפילו במעידים על שני מיני עבירה מצטרפין ודעת רבינו אליהו מזרחי דרק במין עבירה אחת והוא האריך בבירור דברי רבינו ירוחם מקור הדין שפרמ"א שם דס"ל דרק על מין עבירה אחת אז מצטרפין ומ"מ פתב פיון דכל הני רבנותא מסכימים דאפילו מעידים על שני מיני עבירות מצטרפין הכי נקטינן ומצאתי בש"מ סנהדרין שפסוף ספר חמרא וחי' (דף כ"ז) בהא דחד אמר קמאי דידי גנב וכתב משם הרב המאירי ז"ל וז"ל לשמעון מיהא דכל שהעידו במין עבירה אחד אעפ"י שהעידו זה במעשה אחד וזה במעשה אחר הרי העד נפסל בכך וכן למעלה קמאי דידי אוזיף כו' ומ"מ צריך שיעידו שניהם על מין עבירה אחד או שניהם בגזילה או שניהם בגניבה או שניהם בערוה עכ"ל וזה נגד כל הפוסקים ובפרט מה לי גניבה או גזילה ועכ"פ דעת כל הפוסקים דלעולם מצטרפין לפוסלו והגרא"ו ז"ל פתב (בסי' ל"ד) דכיון דקיי"ל כריב"ק מצטרפין.

ובזה במה יחזור לכשרותו לפי דברי עד שמעיד שגזל אם מחזיר לראובן יחזור לכשרותו וזה אומר שאם יחזור לשמעון חוזר לכשרותו והב"ד אינם יכולין לקבל דברי שניהם

דלא יוכלו לקיים הדבר ע"י ע"א ובכ"ז מה שיזדענו משניהם שזה פסול מקבלין סהדותו ואמאי.

ואפשר דבזה באמת א"צ חזרת דמים כלל לחזור לכשרותו רק קבלות תשובה שילף למקום שאין מפירין ויחזיר אבידה. ועיין תומים שם (ס"ק כ"ו) שהביא משם ס' הראב"ן באם קרובי לנה מעידין שהלנה ברבית דנפסל ע"י דפליגין דבורן ואמרינן שהלנה לאחר וכשירצה לחזור לכשרותו לא תליא תשובתו בהחזרת רבית כ"א די שילף למקום שאין מפירין ויחזיר אבידה עיי"ש דאם נאמר שיהיה חייב להחזיר להלנה שוב הוי הקרובים נוגעים בדבר.

וה"נ י"ל אף דאנחנו מקבלין דברי שני עדים שזה פסול מ"מ להוציא ממנו ממון אי אפשר דאין הב"ד יכולין לדון ע"י ע"א ודי שיחזיר לכשרותו פשמחזיר אבידה. אף קצת יש לחלק משם דשם אחרי שהב"ד רואין שהחזיר אבידה ראינו שחזר בתשובה ואמרינן שבאמת אולי העידו הקרובים שקר או יהי באיזה אופן שיהיה מ"מ אנו סהדי שחזר בתשובה ואף שהעדים אומרים שכ"ז שלא החזיר הרבית עדיין פסול הוא מ"מ פיון שאח"כ ראינו שהדבר נוגע לממון קרוביהם שוב א"נ אבל בב' עדי צירוף מה מהני חזרת תשובתו כ"ז שלא החזיר לאחד מהם מעידין שני עדים פשרים שעדיין עומד בפסולו ואף דכ"א א"נ להוציא ממון ע"פ ע"א מ"מ שניהם מעידין שלא שב בתשובה ונשאר בפסולו וא"כ אמאי מצטרפין יחד ומקבלין מהם עדותן.

ויש עוד לעיין בזה ועיין במ"ש בסי' שאחר זה: ודע דבגט דלא מצטרפין זה דוקא אם מעידין על חיוב קיום התנאי דעדיין יש בידה לקיים הגט ע"י קיום התנאי וכיון דאם תנאי זה אמת ל"מ קיום התנאי השני וכן אם הראשון משקר והשני אמת ל"מ קיום התנאי הראשון לכה אין להם צירוף אבל אם מעידין על ביטול התנאי היינו שפבר עבר זמן ולא נתקיים שום תנאי משני התנאים בזה ודאי מצטרפין פיון דלדברי שניהם שלא נתקיים שום תנאי מעידין על ביטול הגט ועדיין א"א היא וז"פ והוצרכתי לכתוב זה שראיתי בס' שער משפט (סי' ל' ס"ק ד') שעמד ג"כ על סברא הזאת של התו"ג וכאשר פתבו תלמידי רמב"ן וכתב ולפי"ז אף בשטר ע"ת בכה"ג שיש ב' עדים שמעיד כ"א ע"ת אחר שהי' שפשיעשה פן הלנה יפטור מהחוב והלנה רוצה לקיים שני התנאים לא מצטרפין להעדים לפטור את הלנה מה"ט עכ"ל ודבריו אינם אלא דברי תימא פיון דאחר שיקיים הלנה שני התנאים יש לפנינו שני עדים המעידין על הפטור למה לא מצטרפין וכמו"ש ג"כ גבי גט על תנאי דנדאי אחר ביטול הגט ע"י שלא נתקיים התנאי מצטרפין וכמו שכתבתי.

ועיין ספר בית מאיר (סי' קמ"ג) ובמה שיש לעיין ע"ד עפ"י מה שכתבתי: סי' כב ואם העיד ע"א שלנה מנה בניסן והכחישו הלנה ונשבע להכחישו ואח"כ בא ע"א והעיד גם על מנה באייר אם מצטרפין וחוזר וניער העד הראשון לצרפו להשני לחייבו מנה דבש"ע (סי' פ"ז סכ"ח) מבואר אם בא שוב עד שני והעיד על אותו מנה דחייב לשלם ונעשה חשוד ע"פ אבל בצירוף משני מנים י"ל דלא מצטרפין וכן נסתפק בזה אאזמ"ו זצ"ל בספרו ד"מ (סי' נ') ובכר רמזתי בהשמות בדברי חיים שבתשובת זכרון יוסף העלה בפשיטות דאחר שנשבע נגדו שוב אינו מצטרף ולעומת זה מבואר בס' בשמים ראש (סי')



רל"ד) דְּכַתְּבַת דְּחוֹזֵר וְנִיעוֹר אֶף דְּמִקּוּם יֵישׁ לוֹמַר שְׁלֵקַח בְּעֵלְיוֹ הַשְּׁבוּעָה וְלֹא יִשְׁלַם אֲבָל  
נִרְאֶה דְּמִשְׁעֵת עֵדוּת נִתְקַבֵּל ע"א כְּשֶׁר וְעוֹמֵד לְהַצְטָרֵף כְּשִׁיבֵא חֲבִירוֹ וּל"א קָם דִּינָא  
דְּתִיבָהּ כְּבֹא הֵב' יִדְעֵנוּ מִיֵּהֵת בְּתַרְי סְהַדֵי דְּחִיבֵי לְזֵה מְנָה אַחַת [ועי"ש שכ' אפי' בב'  
עֵדִים לֵב' בְּנֵי אָדָם בַּע"ד פּוֹתְבִין הַרְשָׁאָה זֶה לְזֶה וּמִצְטָרְפִין עֵדוּתָן לְמְנָה אַחַת וְזֶה צ"ע  
כִּינּוּן דְּאִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא רַק לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה מֵהַנִּי הַרְשָׁאָה] וּמִדְּבָרֵינוּ מְבֹנָאֵר דְּאֶף א"צ  
לְהַעֲיֵד מִחֲדָשׁ וְאֶף אִם כְּבָר מֵת הָעֵד הָרֵאשׁוֹן י"ל דְּמִצְטָרְפֵי וי"ל אֶף דְּעוֹמֵד לְהַצְטָרֵף אֶף  
אִם יָבֵא חֲבִירוֹ לְאַחַר זְמַן רַב כְּמוֹ"ש שָׁם מ"מ בְּעִינָן שְׁיִהְיֶה קִיָּים בְּשַׁעֲת גַּמ"ד לְחִיבּוֹ  
ע"י: וְהִנֵּה נִרְאֶה לְתַת טַעַם לְסִבְרַת הַזְּכָרוֹן יוֹסֵף דְּאֶף דְּמְבֹנָאֵר בְּרַמ"א (ס' ל"ד) בב'  
עֵדִים אַחַר שְׁנֻשְׁבַּע נֶגְדַּ כ"א וְאַחַד פְּסָלִינָן לְהוּ וְכֵן בְּנֻשְׁבַּע נֶגְדַּ הָעֵד יָכוֹל אַח"כ הָעֵד  
וּבַע"ד לְהַצְטָרֵף לְפָסְלוֹ וְקִצְצַת מִשְׁמַע שָׁם בַּסַּמ"ע דְּרַק הַבַּע"ד צָרִיף לְהַעֲיֵד מִחֲדָשׁ כִּינּוּן  
דְּקוֹדֵם לְכֵן לֹא הָוִי עֲלֵיו תוֹרַת עֵד אֲבָל הָעֵד שְׁפָכַר הָעֵד בַּת"ע אִינוּ צָרִיף לְהַעֲיֵד שׁוּב  
שְׁנִית אֶף דְּקִצְצַת מִשְׁמַע מִלְּשׁוֹן תְּשׁוּבַת רֵא"ש (פְּלָל ל"ח) דְּצָרִיף שְׁשֻׁנִיָּהֶם יַעֲדוּ מִחֲדָשׁ  
מ"מ כְּבָר דְּקִדְקַת הַג"ת (שַׁעַר יוֹד ח"א) דְּאִינוּ צָרִיף הָעֵד לְהַעֲיֵד מִחֲדָשׁ עִי"ש מ"מ זֶה  
דְּנוֹקָא שָׁם דְּעֵד הָרֵאשׁוֹן הָעֵד שְׁזָה חִיבֵי מְנָה וְאִם יִשְׁבַּע יִהְיֶה שְׁבוּעַת שְׁקָר לְכָף כְּשִׁישׁ  
שְׁנִים עַל עֵדוּת הַזֹּאת שְׁנֻשְׁבַּע לְשְׁקָר מְפָסֵל.

אֲבָל הֵיכָא דְּנֻשְׁבַּע נֶגְדַּ הָעֵד הָרֵאשׁוֹן וְשׁוּב כָּא עֵד הַשְּׁנִי עַל הַלְוָאָה אַחֲרַת אִינוּ חוֹזֵר  
וְנִיעוֹר הָעֵד הָרֵאשׁוֹן כִּינּוּן דְּעֵדוּתוֹ הוּא נֶגְדַּ חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת דְּהֵאִי גְבָרָא וְלֹא מִיִּבְעֵי  
לְהַסּוּבְרִים דְּעֵד א' אִינוּ נֶאֱמָן לְנֶגְדַּ חֲזַקָה אֶף בְּאִיסוּרֵין רַק לְעִנְנָן מְמוֹן חִיבּוֹ הַתּוֹרָה  
שְׁבוּעָה לְכָרֵר הַדְּבָר כִּינּוּן דְּנוֹכַל לְכָרֵר א"כ בְּזָה לֹא יֵישׁ לוֹ תוֹרַת נֶאֱמָנוּת רַק לְכָרֵר שְׁיִשְׁבַּע  
אֲבָל לְמַפְסְלֵי לְאַחַר שְׁנֻשְׁבַּע זֶה מַעֲיֵד נֶגְדַּ חֲזַקָה חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת הָאֱלִימֵי וְאֶף לְשִׁיטַת  
הַסּוּבְרִים דְּעֵד א' נֶאֱמָן בְּאִיסוּרֵין אֶף בְּמִקּוּם חֲזַקָה מ"מ דְּנוֹקָא בְּאִיסוּרֵין אֲבָל לְמַפְסֵל  
גְּבָרָא בְּעֵי תְּרֵי סְהַדֵי הַכְּשָׁרֵי' וְכִינּוּן דְּלֹא נוֹכַל לְקַבֵּל עֵדוּתוֹ לְמַפְסֵל אוֹתוֹ וְלוֹמַר שְׁלִשְׁקָר  
נֻשְׁבַּע שׁוּב לֹא נוֹכַל לְצָרֵף אוֹתוֹ לְהַשְׁנִי הַמַּעֲיֵד עַל הַלְוָאָה אַחֲרַת וְלוֹמַר דַּע"כ פ' תְּרֵי סְהַדֵי  
מַעֲיֵדִין דְּזֶה חִיבֵי מְנָה אַחַת כִּינּוּן דְּבָרֵינוּ לְנוּ דְּלֹא נוֹכַל לְחִיבּוֹ עַפ"י עֵד הָרֵאשׁוֹן דְּעֵדוּתוֹ  
יִתְעוֹרֵר עֲלֵשְׁוֵי לְהִיּוֹת נֶגְדַּ חֲזַקָה אֱלִימֵתִי חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת וְנִשְׁאָר בְּחֲזַקַתוֹ לְכָל דְּבָר וְכָשֶׁר  
לְעֵדוּת דְּעֵלְמָ' וְלְשְׁבוּעָה וַע"כ מִחֲזַקִּינָן אוֹתוֹ דְּהָעֵד אוֹ שְׁהַעֲיֵד בְּשְׁקָר אוֹ בְּדַדְמֵי וְכִינּוּן דְּלֹא  
יֵישׁ לְנוּ שׁוּם סְפֵק בְּעֵדוּתוֹ לְדוֹן עַל יְדוֹ לֹא נִשְׁאָר רַק עַד הַשְּׁנִי וְהַתּוֹרָה אֲמָרָה ע"פ שְׁנִים  
עֵדִים יָקוּם דְּבָר וְכָאן בְּרוּר לְנוּ דְּלֹא מְחִיבֵינוּ לִי עַפ"י הָרֵאשׁוֹן כִּינּוּן דְּהַתְעוֹרֵר עֵדוּתוֹ  
לְנֶגְדַּ חֲזַקָה: וְנִרְאִיתִי בַּס' שַׁעַר מִשְׁפָּט שְׁתַּמָּה ע"ד זְכָרוֹן יוֹסֵף וּלְמ"ש יֵישׁ מְקוּם לְסִבְרַתוֹ.

וְמֵה שְׁהִבִיא מַש"ע (ס' פ"ז סכ"ט) אִינוּ דוֹמָה לְזֶה דְּשָׁם שְׁנִיָּהֶם מַעֲיֵדִין עַל פְּסוּלוֹ וְנַעֲשֶׂה  
חֲשׁוֹד כִּינּוּן דְּגַם הַשְּׁנִי מַעֲיֵד שְׁנֻשְׁבַּע לְשְׁקָר מִשְׁא"כ אִם מַעֲיֵד עַל הַלְוָאָה אַחֲרַת כִּינּוּן  
דְּמִחֲזַקִּינָן לִיָּה לְהַלְוָה בְּחֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת וְלֹא נַעֲשֶׂה אֶף סְפֵק חֲשׁוֹד לֹא נוֹכַל לְצָרֵף עֵדוּתוֹ  
שְׁל הָרֵאשׁוֹן אֶל הַשְּׁנִי וְלֹא נִשְׁאָר רַק עַד הֵב' וְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"פ: וְמֵה שְׁהִבִיא רֵאָה  
מַש"ס כְּתוּבוֹת (דף כ"ו) בְּנִפְקַ עֲלֶיהָ קְלָא דְּב"ג וְאַחֲתִינְיָה וְאַתָּא ע"א וְאָמַר יִדְעָנָא בִי  
דְּכִהֵן הוּא וְאַסְקוֹנְיָה וְאַתָּו בִּיָּה תְּרֵי וְאָמְרוּ דְּב"ג הוּא וְאַחֲתוּנְיָה וְאַתָּא ע"א וְאָמַר דְּכִהֵן  
הוּא דְּמִצְטָרְפִין הָעֵד בְּתָרָא לְהָעֵד קָמָא אֶף דְּכָבֵר נִכְחַשׁ הָעֵד קָמָא עַפ"י ב' עֵדִים מִצְטָרְפִין  
לִיָּה לְהָעֵד בְּתָרָא כֵּן נִמְי בְּנִדְוֹן דִּינָן עִי"ש.

ולענ"ד אינו ראיה דשם העד קמא פשהעיד דכהן הוא אז ל"ה נוגע בדבר ואז העד כ"מ שיעיד על זה שב"ג הוא מעיד שקר וכשפאו להכחישו אז הוי תרי נגד חד ולכך פשוט בא ע"א לצרפו נתעורר הראשון ולשוני' כתרי נגד תרי וחוזר לכשרותו דאל"כ איך יכשיר העד הראשון אחר שפבר נפסל פשעשה מוכחש מפי שני עדים ואיך חוזר לכשרותו ע"י עד אחד וע"כ צריף לומר דכיון דכל עד המעיד הוי אז כמעיד מיד מי שיעיד להיפך זה מעיד שקר וכמו שהבאתי לעיל משם הגאון מו"ה חיים יונה ז"ל רק אם שנים מכחישים נאמנים נגד אחד וכשפא שוב ע"א נתעורר להצטרף להיות כתרי נגד תרי.

משא"כ היכא דכבר נשבע ונשאר בכשרותו ע"כ צריף אתה לומר דנתבטל עדות הראשון י"ל שפיר דאינו חוזר וניעור להצטרף כיון דע"כ אתה צריף לחייבו ע"י עד השני והתורה אמרה לא יקום עד אחד באיש.

שוב ראיתי בש"מ מס' סנהדרין שפסוף ס' סמרא וחי' (דף ל') בדברי הרב המאירי ז"ל שכתבו גדולי פוסקים בנשבע להכחיש את העד ואח"כ בא עד השני שמחייבין את הנתבע ונעשה חשוד וכ' ז"ל ומ"מ דוקא פשעעידין על מנה אחד אבל אם העידו זה על מנה א' וזה על מנה שני אעפ"י שהן מצטרפין לחייבו בזו הואיל ונשבע פבר נפטר מעדותו של הראשון ועד שני על מנה אחר הוא מעיד ולא סוף דבר בהלואה אחר הלואה אלא אף בהודאה אחר הודאה נמי אמנה דקא מסהיד האי לא קא מסהיד האי כלומר שהדבר ספק ושפא כף הוא אלא כל שהעידו על מנה א' אף אם נשבע ע"פ האחד מחייבין אותו ע"פ השני שנצטרף עמו ויש ראיה לזה מכתובות גבי דאתא חד סהדי ואמר דכהן הוא ואסיקוניה כו' אעפ"י שמשפאו שנים נתבטלה עדותו של הראשון לכשיבא השני הוא חוזר וניעור ומצטרף עמו עכ"ל הרי דהביא ראי' מש"ס כתובות הנ"ל רק פשהעידו על דבר אחד ומנה אחד דאז חוזר וניעור ולא פשהעידו על שני דברים דאז אחר שנשבע להכחיש את העד לא נוכל עוד לצרפו להעיד אחר דהוי פמוציאין ממון עפ"י עד השני בלבד והתורה אמרה לא יקום ע"א וכיון שזכינו לאור המאירי ז"ל אשר בעל זכרון יוסף כוונן לדעתו ודאי הגם שהשער משפט כ' ברור לדינא בלי שום פקפוק להיפך שומעין לדברי הראשונים ושללא להוציא ממון אולם בהודאה אחר הודא' די"ל דשניה' אחד מנה קא מסהדי צ"ע למה אין מצטרפין אף אחר שנשבע להכחיש הראשון דהא מ"מ יש שני עדים דהודא על מנה וצריף לומר כיון דמ"מ לא נעשה חשוד על השבועה די"ל דהראשון משקר כיון דנאמן בשבועתו להכחישו ולא נשאר רק עד השני ולא יקום ע"א בממון.

וגדולה מזו מסתפק הרב המאירי ז"ל שם אם אחד אומר בפני גזל מנה בניסן מראובן ואחד אומר בפני הלנה מנה מראובן בתשרי די"ל דאין מצטרפין דיש לחלק מהלואה אחר הודאה שמאחר שהוא בא לפסול גופו בעבירה שמעיד עליו שגזל וא"נ על כף א"נ על המנה וסני' והדבר צריף תלמוד ותינו די"ל דל"ש לומר בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דלענין ממון כיון דתריניהו מעידין דחייב לו מנה מצטרפין ולענין פסול לא האמינו התורה לעד אחד ומ"מ מסתפק ליה די"ל כיון דלא נוכל לקיים עדותו לפסול לא מצטרף עמו העד שהעיד על הלואה אחרת.

ונה הפל פשלא נשבע להכחישו אבל פשנשבע להכחישו כ"ז שלא נוכל לפסול את הנתבע לא מצטרפין אף בהודאה אחר הודאה פיון די"ל דלאו אחד מנה קמסהדי וכיון דלא נוכל לפסולו ממילא קם דינא ולא מצטרפין לגבי העד האחר.

ואף דיש קצת מקום לומר דהרב המאירי ו"ל לשיטתו שהבאתי משמו לעיל דסובר דעל שני מיני עבירות אין מצטרפין לפסולו והטעם כמו"ש לעיל (סי' כ"א) פיון דלא נוכל לקבל פל עדותן דכ"א מעיד על פסול אחר ושאינו חוזר לכשרותו עד שישוב מעבירה שהעיד עליו ולא נוכל לקבל פדברי שניהם לכך לא מצטרפין להו וה"נ פיון דלא נוכל לפסול את הנתבע ולומר שנשבע לשקר להכחיש העד הראשון לכן לא נוכל לצרפו עוד להשני אבל לדין דפסקינן דכל מה שנוכל לצרף אותם יחד מצטרפין י"ל דה"נ אף דלא נוכל לפסול אותו בשביל שבועתו מ"מ פיון דלמחנהו חייב לו מנה מצטרפין מ"מ מסתבר דבכה"ג שפבר נשבע להכחישו קם דינא ואינו חוזר ונגיעור ולחלק בין זה לזה מוכן בקל לכל מעיין: וראיתי בתשובת עבודת הגרשוני (סי' ק') דנשאל אם אחד תובע לחבירו מנה וכפר והביא עד אחד לסייעו ופטרו משבועת היסת ואח"כ תפס התובע שלא בעדים.

אם נאמר דהדין דנשבע התופס שבועה דאורייתא להכחיש את הע"א שהביא הנתבע בראשונה או נאמר פל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי הוא פשנים. ודעת העבודת הגרשוני דמעולם לא האמינה התורה לעד אחד רק לפוטרו משבועה ולא לפוטרו מן ממון ואם נאמר דפטרות מתפיסת התובע אח"כ פוטר אותו מן ממון ועד אחד אינו קם לממון.

לכן הדין דמהני תפיסה וישבע להכחיש את העד עיי"ש ולי צ"ע אם העד לפנינו להעיד עוד הפעם כיצד יתחייב שבועה להכחישו פיון דאז ל"ה עדותו רק לפטור את הנתבע מן שבועה ול"ה עדותו לחייב שום דבר להתובע רק הואיל דהנה מסייעו להנתבע פטרו משבועה ול"ה אז חל שם עדות לחייבו להנתבע במה יתעורר עדותו שוב פשתפס התובע אח"כ מן הנתבע והדין דנאמן במגו דלא תפסתי א"כ כ"ז דאין העד מעיד לפני ב"ד דאינו חייב במה יתחייב שבועה דאורייתא פיון דהגדה הראשונה הוי גרוע כמעיד שלא בפני בע"ד דאז בשעת עדותו ל"ה בע"ד נגדו לחייבו רק לפטור את הנתבע ועכשיו פשנולד חיוב חדש שהתובע תפס מסתברא דהגדה הראשונה אינו עושה פעולה לחייבו עכשיו במה שנולד מחד שפעש' התובע נתבע ל"מ להסוברים (סי' פ"ז) דאין עד עושה שני פעולות ודאי אינו יכול לחייבו פיון דעדו עשה אז פעולה לפטור את הנתבע משבועתו אינו פועל לחייב ועיי"ש בש"ך (ס"ק ל"ד) אלא אף אם נאמר כמו שהביאו המחברים שם מתשובת מיימוני דעד המחייב שבועה יכול לפטור ג"כ מ"מ בנידן דעה"ג נראה פיון דאז נפסק הדין ע"י הגדה לפטור את הנתבע מן חיובו ול"ה אז בעולם עדותו לנגד התובע פיון דלא תפס רק אח"כ נולד שהתובע תפס שלא בעדים אין העד יכול לחייבו שבועה דאורייתא להכחישו אם אינו מעיד עדותו מחדש לחייבו שבועה דאורייתא וצ"ע: סי' כג הא דהלואה אחר הלואה או הודאה מצטרף לחייבו יש לחקור אם דוקא ע"י הודאתו שהודה שחייב שזה ברור גמור דהודאת בע"ד הוי חיוב ברור וכן עד שהעיד שראה שהלנה הוי ברור גמור לכן הוי פסוג אחד שיש להב"ד ב' עדים לחייבו אבל אם אחד

העיד בפני הלנה וע"א העיד בפני נתחייב זה בב"ד ע"י ב' עדים שהעידו עליו לחייבו אבל זה העד אינו יודע כלל מאמת הדבר י"ל דאינו מצטרף לחייבו ויש ראיה לזה מדברי רשב"א בש"מ פתובות (נ"ב כ"א ע"ב) בהא דעד ודין אין מצטרפין דקאמר רבא מאי דקא מסהיד סהיד לא מסהיד וי"ל ורבינו אלפסי פירש בב"ב עד ודין מצטרפין עד שהעיד שראה ההלואה ודין שהעיד שנתחייב בבית דינו עפ"י עדים מצטרפין ואסיק רבא דאין מצטרפין דסהיד על הלואה ודיינא לא מסהיד אלא שבב"ד נתחייב אבל א"י אם נתחייב באמת או בשקר ולפי פירושו ל"ד להודאה אחר הלואה דמצטרפין דהתם תרנויהו בקושטא קא מסהדי האי דחזא שמנה לו מנה והאי דחזא דאודי ליה קמיה בהוא מנה אבל הכא דלמא הני דאסהידו עליה בבי דינא שקרא קא מסהדי ודיינא מאי דשמע קא מסהיד וקיי"ל כמ"ד דאין מצטרפין עכ"ל הרי אף דהודאה אחר הלואה מצטרף מ"מ דוקא בהודאת הבע"ד דהני בירור יותר ממה דמעיד שנתחייב בב"ד ע"י ב' עדים: אולם מדברי תשובת רא"ש מובא ברמ"א (סי' ל' ס"ז) נראה לכאורה דמצטרפין בכה"ג דכתב עד אחד העיד שראובן נתן לשמעון קרקע בקנין ועד א' העיד ששמעון החזיק בהקרקע פראוי מצטרפין דהני פהודאה אחר הלואה.

ובתשובת רא"ש (פ"ל נ"ט) כ' שם משם השואל דאין לצרף שתי עדיות דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי שנה העיד על עיקר הקניה וזה לא העיד אלא על הדירה ואפשר שהיה דר בו בשאלה ושתי עדיות מחולקות הן וכמו בעד ודין דאין מצטרפין והרא"ש שם כ' דכל היכא דדר בו תלת שנין נפקא ליה מתורת שאלה ואלו הנה ליה תרי סהדי הני דחזקה ול"א בשאלה ושכירות דר בחז סהדי נמי עדותו קיימת אלא שע"י עד אחד אין להחזיקו בקרקע ועד הקניה ועד החזקה מצטרפין פיון דשניהן מעידין להעמיד הקרקע בידו ול"ד לעד ודין משום דעל ב' דברים הן מעידין העד העיד על מנה שבשטר והדין מקיים חתימת העד וליכא אלא חד סהדי אמנה עיי"ש ולדעת רשב"א דדוקא אם שניהם בקושטא מסהדי על דבר ברור בקושטא אבל במה דמעיד אחד שנתחייב ע"י שני עדים אמרינן דלמא הני סהדי שקרא קא מסהדי א"כ זה שמעיד שדר בו ג' שנים אינו מעיד ג"כ על דבר ברור שהקנה לו דבאמת יכול להיות אף דדר בו ג' שנים מ"מ הנה בשאלה או שכירות: אף י"ל דתליא במחלוקת הראשונים המבוארים קצוה"ח (סי' ק"מ) מה פחו של חזקה שלש שנים דדעת רמב"ן וס' תורת חיים דעיקר טעמא דחזקה משום דשתיק רגלים לדבר דמסתמא מכרו לו אלא דבתוהו שלש איתרע במה דאין לו שטר ולאחר שלש פיון דטפי לא מנדהר לאו ריעותא הוא אמרינן חזקה מדשתיק ודאי מכרו לו והקצוה"ח העלה שם בדעת רמב"ם והנ"י דחזקה דשלש שנים אינו אלא תיקון עולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש דסובר המחזיק פיון דיושב בתוכו משוה שלש שנים ואין מערער שוב לא יתעורר עוד ערעור ולא מנדהר טפי ויהנה מזה פסינא דלקוחות לכן ראו חכמים לתקן שיהנה נאמן בחזקת שלש שנים עיי"ש וא"כ י"ל דהרא"ש סובר דחזקת שלש שנים הוא מן הדין דהיה לו להיות נאמן מיד משום דשתיק ולא מיחה ורגלים לדבר ואנן סהדי דשלו הוא רק לסלק הריעותא מה דלית ליה שטר קנין או ראיה צריה שלש שנים ואם פן בקושטא קא מסהדי והוי כמו הודאה אחר הלואה אף דג"כ העד אינו מעיד רק מה ששמע שהודה ובכ"ז מצטרף פיון דהודאתו ודאי קושטא הואיל ואנן סהדי ה"נ פשמעיד שישב ג' שנים הוי כאנן סהדי שמכרו לו ושפיר מצטרף עם

ע"א האומר ששקנה ממנו אבל לדברי הנ"י והקצוה"ח דעיקר חזקת ג' שנים הוא רק תקנות חז"ל אבל מה"ד לעולם היינו אומרים קרקע בחזקת בעלים א"כ העד אינו מעיד על אמינות הדברים דשפיר יכול להיות שישב ג' שנים מ"מ לא מכר לו פינו דליפא אנו סהדי ולמה מצטרפין אף י"ל דעכשיו פינו דכבר תיקנו חז"ל דלא יהיה יכול שוב לערער אחר ג' שנים לכ"ע הוי כמו אנו סהדי דמכר לו פינו דשתיק ויודע ששוב לא יהיה יכול לערער והוי כמעיד העד בקושטת הדברים.

אולם מדברי הרא"ש ר"פ חזקת הבתים נראה דרק תקנות חכמי' הוא ואף לדין דכבר תקנו חז"ל דשוב א"י לערער אחר שישב ג' שנים מ"מ לאו מתורת אנו סהדי הוא מדכתב שם דאף אם מיחה שלא בפניו רק בפני ב' עדים ועדי המחאה מעידים שלא אמרו המחאה לשום אדם אפי"ה הוי מחאה דכיון דאמרו חכמים מחאה שלא בפניו הוי מחאה דסמכו ע"ז דמסתמא יאמרו לאחרים שמיחה לפלוני על קרקע שפלוני מחזיק בה דמלתא דתמיהה הוא דאדם מחזיק בקרקע של חבירו ורגילות לפרסם הדבר אפילו אם אינרע שלא אמרוהו לשום אדם הוי מחאה פינו שמיחה כמאמר חכמים ודברי רמב"ן דמצד הדין מהני החזקה רק לסלק הריעות' דלית ליה השטר צריף ג' שנים דטפי לא מנדדרי א"כ אם לא שמע מן המחאה למה מהני המחאה הא מן הדין סגי במה דשתיק עד המחאה רק ג' שנים צריף לסלק הריעותא מה דאין בידו השטר וללוקח ליפא שום ריעותא ובש"ע (סי' קמ"ו) פסקינו כדעת הרא"ש אף י"ל שם הוא הטעם כמו"ש הרמב"ם הל' טו"נ די"ל מסתמא שמע הלוקח דחברו חברא אית לי' ולא אדעת' דהעדות.

גם י"ל פינו דהשתא הדין הוא דצריף ג' שנים דוקא לסלק הריעותא דלית ליה השטר שוב סגי במחאתו תוך שלש וליפא ראיה משתיקתו פינו דידע דיכול למחות עוד. ובאמת יש להעיר לדעת הרא"ש פינו דעש' כתיקון במחאתו סגי אף דהוא לא שמע נימא עכ"פ לא חציף אינש למיחת לארעא דחבריה וכן נשנית הש"ס ב"ב (דף ל"ג ע"ב) אי הקא ארעא נמי ומשני אמרינו ליה אחוי שטרך וכיון דעבר ג' שנים וטפי לא מזדהר שוב נשאר סברת לא חציף ועיי"ש ברמב"ן דמפרש קושית הש"ס א"ה ארעא נמי שיהיה נאמן אף שלא החזיק ג' שנים ואף דלדבריו יקשה יהיה די בשנה אחת פינו דיש ריעותא למוכר במה דשתיק וללוקח אף דיש ריעותא דאין בידו השטר מ"מ זה מסלק סברת לא חציף וצריף לומר דסברת לא חציף לחוד לא היה מברר הדבר להוציא הקרקע ממר"ק רק בצירוף סברת דלא שתיק אינש ונגד שני ריעותות של המוכר יש ריעותא גדולה ללוקח במה דל"ל השטר לכו צריף ג' שנים לסלק הריעותא דלוקח.

ומה שהקשה הקצוה"ח על הרמב"ן מהא דאי דלי ליה צנא דפרי לאלתר הוי חזקה ואי טוען לפירות הורדתיך נאמן ובחזקה דשלש שנים ל"מ למיטען לפירות הורדתיך ואם עיקר פח חזקת ג"ש הוא מטעם ריעותא דמוכר דשתיק יטענון לפירות הורדתיך וליפא ראיה משתיקתו לא קשה דהא מבואר רמב"ן בחידושו שם (דף ל"ה) וז"ל והנ"מ תוך ג' דעביד אינש דמדלי ללוקח פירות ושתיק אבל לאחר ג' לא פינו דמשך זמן לא שתיקי אינשי בלוקח פירות עכ"ל.

ובדעת הרא"ש פנראה דסברת לא חציף ומה דשתיק ג"כ אינו מברר רק תקנות חכמים הי' וכמו שכתב הנ"י וא"כ לא הוי בירור גמור שכן הוא עצ האמת ואף עפ"כ מצטרף

עם עד קננו וע"כ דחולק על הרשב"א בש"מ פתנבות הנז': סי' כד היכא דיש שני עדי צירוף לחיבו ממון ויש ע"א המכחיש לע"א זה מבואר מדברי הרא"ש בתשובה (פ"ל נ"ט) דשוב אינו מצטרף להעד האחר עיי"ש אולם אם כבר נצטרפו ופסקו הב"ד ע"י שניהם שחייב לשלם ממון בזה יש לעיין אם שוב בא עד א' והכחיש רק עד א' אם נאמן להכחישו שלא יהיה נשאר רק עד השני על הלואה האחרת ונתבטל הפסק או דלמא כמו דקיי"ל פל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי פאן שנים ושוב אין אחד יכול להכחישו פן נמי בזה אף דלא האמינה התורה לעד הלזה בלבדו רק פיון דמפי שני עדים ידענו שזה חייב להתובע מנה מחייבנו ליה לשלם וי"ל פיון שפא עד אחד להכחיש העד הא' נתבטל עדותו ולא נשאר רק ע"א מ"מ יש לומר פיון דבכ"מ אין אחד יכול להכחיש שנים ועפ"י שני עדים אמרה תורה יקום דבר שאין עד אחד יכול להכחישו פן נמי בעדי צירוף איככה נוכל לצרפם ולהוציא ממון במקום שעד אחד יכול להכחיש מעשה אחד היינו לעד א' מהני תרי וע"כ פיון דסתמא דקרא לריב"ק מה דקתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר היינו אף ע"י צירוף שוב אין אחד יכול להכחישו פן נראה לכאורה מסברא: אמנם אם תרי סהדי מכחישין אח"כ להאחד אם נידון הדבר לתרי נגד תרי או תרי נגד חד שלא יהיה שום ס' בדבר בזה יש לספק.

וראיתי בס' שער משפט (סי' ל' סק"ד) שהאריך בזה והוא פתב היכא דיש שני עדים המכחישין את שני העדי צירוף בזה הני תרי נגד חד פיון דאין אחד מסייעו לחבירו והביא ראי' לזה מד' ירושלמי המובא בש"ף (סי' מ"ו ס"ק י"ב) באם עדי שטר אמרו אין זה כ"י ואין אחד מהן מעיד על חבירו ואחרים אומרים פתב ידן הוא והו"ל תרי לגבי חד וה"נ דכונתיה עיי"ש ואינו ראי' מבנרת משם די"ל שם דלא היינו דנין עדיין לבירור שאין זה כ"י אף אם באו מקודם העדי שטר ואמרו כ"א שאין זה כ"י מ"מ לא היינו דנין רק שלא נתקיים עדיין השטר דאולי יתברר הדבר בבירור גמור שזה כ"י רק היינו דנין שלא נתקיים השטר ול"ש לומר כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי פאן שנים פיון דל"ה דנין להאמינו רק שלא נתקיים לכך פיון שפאו תרי לגבי חד נאמנין.

אבל היכא דנצטרפו והיינו דנין לחייב להנתבע ע"פ י"ל דכ"מ שהאמינה התורה הרי פאן שנים והני כתו"ת: ברם נראה דנודאי אף אם שנים מכחישין רק לעד האחד היינו מעשה אחד נאמנין לגבי חד ולא נשאר רק ע"א ואין הב"ד יכולין להוציא ממון ע"פ עד א' והטעם פיון דאין שני עדים נאמנין למפסל לשנים אחרים רק הא דהנזמה חידוש הוא וכן בשני פיתות עדים המכחישין דאין האחרונים נאמנין למפסל להראשונים כבר ביאר ע"נ בקונטרס הגאון מו"ה חיים יונה ז"ל פיון דלא מעידין על גופן של העדים רק להכחיש המעשה והראשונים אז פשהעידו ל"ה מי שמכחישין והם העידו שמי שמכחישין הם יעידו בשקר לכך הני כתו"ת וזה דוקא היכא דב' העדים העידו לסייע זה לזה הני פהעידו שמי שיכחיש דבר זה יאמר שקר אבל בעדי צירוף משני הלואות ואין אחד מסייע לחבירו אף שזה אומר מי שיעיד להיפך יעיד בשקר מ"מ שנים נאמנים למפסל אותו ולומר שהעיד בשקר ונשאר זה העד פסול לכל עדות שבעולם וכיון שנשאר פסול פיצד נוכל לצרפו ולדון ע"י עדותו מה שהעיד שלוה מנה בניסן פיון דע"י עדות זאת נשאר בפסול לעולם דהני תרי לגבי חד וכיון שיהיה נשאר בפסול לכל עדות שבעולם פיצד נוכל לומר לצרפו להעד השני ומפילא לא נשאר רק עד האחד השני

המעיד בהלואה אחרת ואין ע"א נאמן להוציא ממון ע"פ וכן ראיתי בספר פני יהושע מס' פתובות פ"ב בק"א (אות פ"ז) שהעלה אע"ג דקיי"ל כ"מ שהאמינה תורה עד א' הרי פאן שנים היינו חד לגבי חד אבל אם תרי מכחישי נתבטל העדות של העד הראשון לגמרי ותצא וגם הולך ממזר וכ' וכן בדין שהרי העד גופא נפסל לכל העדות שבעולם והאריף שם בזה להשיג על הב"י אה"ע (סי' קע"ח) וה"נ דכונתו' אף דהאמינו ע"י צירוף העד האחר מ"מ פיון דנפסל לכל עדות שבעולם לא נוכל לקבל עדותו פאותו מעשה ולא נשאר רק עד האחר שאינו מוכחש: אף בתשב"ץ (ח"א סי' ס"ו דף ל"ג ע"ג) כ' ונ"ל ועוד דמההוא דעולא איפא למימר דאפילו אמרו שנים טהור הוא אינם נאמנין להכחיש העד האומר טמא דכיון דבזה אחר זה הם הראשון האומר טמא הוי פשנים והוי לי' פשנים אומרים טמא ושנים אומרי' טהור דלא שרינו ליה עכ"ל הרי כמו שפכת הב"י דאף בתרי נגד חד הו"ל פתרי ותרי ודלא כמו שפכת הפנ"י וגם לכאורה יש מקום עיון בזה הא בדברי הרמב"ם הלכות רי"ג (פ"ק ט') כ' עד א' אמר ראיתי את ההורג ה"ז נאמן כב' לענין זה ואם פא אח"כ עד אחד והכחישו ואמר לו לא ראית אין משגיחין ע"ד האחרון ואין עורפין פאו שנים אחר שהעיד האחד והכחישוהו וא"ל לא ראית הרי הן כב' עדות המכחישות זא"ז ועורפין עכ"ל נראה לכאורה דאף שנים לגבי חד ג"כ פיון שהאמינה תורה לזה שאמר ראיתי הוי פתרי נגד תרי ועיין לח"מ (פי"ב) הלכות גירושין הקשה הא בש"ס יבמות (דף קי"ז) פריף פשיטא דאין דבריו של אחד במקום ב' דע"כ לא אמר עולא אלא חד לגבי חד אבל חד לגבי תרי לא ואמאי אמר שהם כב' עדים המכחישים זה את זה עיי"ש יתר מזה ראיתי מדקדקים בדברי רמב"ם שם במ"ש שם הלכה כ' פאו ואמרו לא מת אעפ"י שנשאת תצא מבואר דל"ה פעדות מוכחשת דאל"כ הנה לו לומר אם נשאת לאחד מעדיה דהיינו להאומר מת דל"ת.

אולם ממה דכתב שוב בד"א פשהיה העד אחד שנשאת ע"פ כמו השנים שפאו והכחישו אותו כגון שנשאת ע"פ איש ובאו ב' ואמרו לא מת או ע"פ אשה או ע"פ עצמה ובאו ב' נשים או ב' פסולין של דבריהן ואמרו לא מת אבל עד פשר אומר מת ונשים רבות אומרות לא מת או פסולין אומרים לא מת ה"ז פמחצה ע"מ ואם נשאת כו' מבואר דדוקא בנשאת עפ"י אשה נאמנין שני פסולין של דבריהן אבל נגד עד פשר אין שני פסולין דבריה נאמנין ואמאי הא דומה להמקדש בפסולי עדות דרבנן דדעת הרמב"ם דצריכה גט ה"נ פיון דמדאורייתא עדים פשרים הם המעידין דהיא א"א במה אזיל האיסור תורה ומהראוי ה' שגם בנשאת להעד הכשר דתצא.

ויש להוכיח מזה דדעת רמב"ם דעד אחד פשר בעדות אשה נאמן מה"ת ומה דכ' בפאו ב' ואמרו לא מת דתצא היינו אף דהוי פעדות מוכחשת מ"מ תצא מדרבנן ומשו"ה לא פכת והולך ממזר ולכך בפסולין מדבריהן מכחישין אותו א"נ ול"ת פיון דמדאורייתא בלא"ה לא תצא דהוי פעדות מוכחשת רק מדרבנן ומדרבנן הנה פסולין אלו דברי ס' נ"ש: ולענ"ד הדבר זר מאד לומר דשנים לנגד אחד יהיה פתרי ותרי הואיל דהאמינתו תורה וסברת פנ"י פחומה בצורה פיון דעפ"י שנים עדים יקום דבר ונאמנין על הראשון דהעיד בשקר ומעתה נפסל לכל עניני עדות שבתורה הואיל דמחזקינן שהעיד בשקר ואיככה נאמר לעשות ספק בעדותו אם אמת העיד.

אולם מ"ש הרמב"ם הלכות רוצח דהוי פשני עדיות המכחישות ה"ט דנשם הא דעד א נאמן לומר ראיתי את ההורג לאו תורת עדות ע"ז רק פיו שנודע לאחד גזה"כ דל"ה עורפין וכשאומר אחד ראיתי נאמן וגם לא מפסל בשביל זה לעדות דלא עבר על ל"ת ברעיה פיו דלא העיד על רעהו דלא צריך שיאמר מי הוא ועיין ספר ח"ש חאה"ע (סי' כ"ג) דנסתפק בזה אם צריך שיפירו ולומר מי הרגו עיי"ש ונדבר מבואר בירושלמי פרק עגלה ערופה דאם אין מפירין אותו אז אפילו שני עדים ראו היו עורפין אבל די אם אומר אם רואין אנו אותו אנו מפירין אותו יעיי"ש דל"צ שיפירו ויעידו מי הוא רק שראו בקרוב אף שאינו מפיר אותו מי הוא מ"מ אם אומר אם הי' בא בפנינו היינו מפירין אותו די וכן בעד אחד ג"כ די אף באינו אומר מי הוא רק שאם הי' בפניו הי' מפיר אותו וא"כ אינו מעיד על שום דבר רק שגורם שהב"ד לא יביאו עגלה ערופה ולא מפסל בזה ועיין מ"ש לעיל (סי' ה') משם הנו"ב והתנאים דבעינן דוקא שיעידו ע"ד להרשיע את הצדיק ואף דפקפקתי שם ע"ז מ"מ בכה"ג דאינו מעיד על שום דבר רק שראה מה שלא ראה לפי דברי העדים המכחישין ולא גרם לשום דבר רק למנוע מלהביא ע"ע י"ל דלא מפסל ואף למה שהוכחתי שם מש"ס שבועות (דף מ"ח) דלא כמו"ש הגרע"א ו"ל לדון דאם העידו שקר לקדש החודש דלא מפסלי בשביל דלא העידו על רעיה ומש"ס מבואר דמפסל מ"מ היינו דוקא שם בדבר דצריך קבלות עדות וכשר דוקא וגרם לכמה דברים הנ"מ לכל העולם בעניני ממונ ג"כ בזה פשהעיד שקר מפסל דעבר על לא תענה אבל באומר ראיתי את ההורג לאו תורת עדות פלל ע"ז יש לומר דלא מפסל ודלכא פיו דליכא שום נ"מ למפסל הראשון והתורה האמינו פשנים כ' הרמב"ם דהי' מקום לומר דהוי פעדות מוכחשת רק אף פעדות מוכחשת עורפין פיו דלדברי שנים המכחישין אומרים שלא ראה ולא נודע חייבין הב"ד לערוף.

אבל בעד המעיד לומר מת שתנשא אשתו ובאו שלו פשרי' להכחישו ואמרו שבשקר העיד ומפסל לכל עדות שבתורה ודאי תצא מדאורייתא דלא יש שום ספק לפנינו דעפ"י שנים עדים יקום דבר וכסברת הפנ"י: אמנם זה דוקא במקום דמפסל העד הראשון שהעידו עליו שעבר על ל"ת אז ליכא שום ספק בפנינו לחוש על עדותו של הראשון פיו דמפח עדותו מפסל בבירור אבל אם מכחישין אותו פסולי עדות דרבנן פיו דלא מקבלין עדותן על הראשון למפסל אותו לכל עדות שבעולם פיו דפסולי דבריהן הן ויש פח לחכז"ל שלא לקבל עדותן ממילא בזה אף דמדאורייתא הן פשרים מ"מ פיו שהאמינו לעד הראשון הוי פשנים והוי פעדות מוכחשת ואם נשאת להעד לא תצא פיו דגם לשאר עדות שבעולם נאמן הראשון ולא פסלינו ליה ואדרבא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה פיו דא"נ למפסל להעד הראשון בטל עדותן רק פיו דכל נאמנות של הראשון ליתא רק מדרבנן פדעת הריב"ש בדעת הרמב"ם גם שני פסולין יכולין להכחישו אבל אם נשאת להעד לא תצא פיו דהאמינוהו פשנים והעד פשר לכל עדות שבעולם.

ועיין בזה בב"ח אה"ע (סי' י"ז) שוב ראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ו"ל (סי' קי"ג) דעמד ע"ד הרמב"ם בב' פסולי דבריהם אמאי לא תצא ולמ"ש א"ש ועיין רמב"ם סוף (פ"א) מסוטה בא עד אחד פשר ונשים רבות או הפסולין אומרים לא נטמאת ה"ז שותה שיעד אחד ופסולין רבים כמעמ"ח הם.



ושם ע"א בסוטה האומר נטמאת נאמן מדאורייתא ויקשה אמאי הפסולין נאמנין לשונו?  
ספק נשיהיה פמחצה על מחצ' נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה פיון דהעידו על  
אותו זמן שאומר הכשר שראה שנטמאת דלא נטמאת והעידו על הכשר שהעיד בשקר  
וע"ז א"נ למפסלו נימא בטלה כל עדותן.

בשלקא בכל ע"א דעלקא המעיד על חיוב ממון מחייב שבועה ול"א עדות שבטלה  
מקצתה בטלה פולה שם לא נתבטל כלל עדותו רק גזה"כ לחיוב ממון בעיניו ב' עדים  
ואם בא לצרף אתו עוד עד א' מחייבו ממון וי"ל דזה הטעם דעד פסול אינו מחייב שבועה  
כמבואר רמב"ם (פ"ה) מעדות ועיי"ש בכ"מ ובנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ג"ל) באורף  
שחתר למצוא טעם דעד פסול אינו מחייב שבועה [ומ"ש שם הרמב"ם וכ"מ שע"א  
מועיל אשה ופסול ג"כ מעידים חוץ מע"א של שבועה שאין מחייבין אלא בעדות פשר  
הראויה להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון על פיו אף דסתם הרמב"ם דכ"מ  
שע"ד אחד מועיל אשה ופסול מעידין ומשמע דשוין הן מ"מ במקומו מבואר דיש הבדל  
ביניהם דבסוטה גזלן דאורייתא א"נ כמו בעדות מיתת הבעל כמו"ש הלכות סוטה (פ"א  
הט"ז) דרק הפסול מד"ס נאמן אבל שלא להביא עגלה ערופה כתב (פ"ט הי"ב) מרוצח  
דאפילו עבד או פסול לעדות בעבירה ל"ה עורפין מבואר אף הפסול מה"ת ועיין כ"מ  
הלכות סוטה דרק לעדות אשה גזלן מה"ת פסול ועיין ט"א מס' ר"ה (דף כ"ב) ד"ה הא  
אשה] וי"ל בפשיטות דזה שכתב הרמב"ם מפי שמועה למדו כ"מ ששנים מחייבין ממון  
ע"א מחייב שבועה והיינו דדוקא אם יש לו צירוף לחייב ממון אז ל"א עדות שבטלה  
מקצתה בטלה פולה ואף לר"נ סנהדרין (דף כ"ט) דבעי נשיגידו ביחד מ"מ אם היה לו  
צירוף היה מחייב ממון לכך מחייב שבועה אבל עד פסול דלא יש מציאות לחייב ממון  
והוא בא להעיד על חיוב ממון אמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה אבל בפסולין  
המכחישין לזה שאומר שראה שנטמאה מעידין עליו שהעיד בשקר נימא עדות שבטלה  
מקצתה בטלה פולה ועיין ש"ש (ש"ו פ"ק כ"ג) שהעלה שהעד האומר לא נטמאה לא  
יש לו שום פת מה"ת רק להכחיש להראשון וא"כ פיון דלענין הכחשה א"נ למפסול נימא  
בטלה פולה.

וצריך לומר פיון דאף פסול נאמן לענין טומאה ע"כ לאו שם עדות הוא רק מטעם רגלים  
לדבר ואומדנא ונגד זה נאמן אף פסול להכחישו: אף המעיין רישלמי סוף (פ"ו) דסוטה  
יראה דהיכא דמעידין על הסתירה ואינם מעידין אם נטמאה ואחד אומר דלא נטמאה  
בבירור תתקיים עדות בשאר מפני שרגלים לדבר עיי"ש.

ומזה מבואר דעד אחד אינו נאמן לטהר בספק סוטה וכן בס' טומאה ברה"י ובספר אליהו  
רבה וזוטא מבעל מכתב מאליהו (בדף פ"ב) הניח דין זה בספק ובש"ש שם העלה דנאמן  
וכן משמע קצת מלשון רשב"א בש"מ פתובות סוגיא דפ"פ (דף מ"ג ע"א) שכ' דספק  
טומאה ברה"י דטמא משום דליכא מאן דאמר לא נטמא מבואר דאם אחד אמר דלא  
נטמא דמהימן רק בסוטה הואיל דרגלים לדב' א"נ הואיל דאיתרעא החזקה ומשמע דעד  
דעלקא נאמן עיי"ש ובנו"ב חגינא חאה"ע (סי' י"ו) כ' בפשיטות דבסוטה הואיל דיש  
רגלים לדבר אין עד א' נאמן לומר לא נטמאה ולפנינו מבואר בירושלמי דאינו נאמן  
שלא תשטה ושתהיה מותרת ועיין מ"ש בזה ביו"ד (סי' ה') [וא"כ ודאי קשה להבין למה

יהיו פסולין נאמנין להכחיש הכשר שאומר נטמאה פנין דרגלים לדבר ואתו רק להכחיש ובה נדאי מהראוי לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ואולי יש לומר למה שכתב הנהיבות (סי' ל"א) בכוננת הספק דחכמי בריסק בעד המכחיש לעד דמצטרפין אח"כ להעיד יחד משום דכ"ז דליכא שנים המעידין עליו דהעיד שקר תלינו שיהעיד בדרך עיי"ש וא"כ עד המכחיש להעד אינו מעיד על עד הראשון שיהעיד שקר ועבר על ל"ת רק שהמעשה שקר ועל העד אינו מעיד כלל לכה בפסולין האומרים דלא נטמאה ל"ש לומר בהו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה פנין דאין עיקר עדותו רק על המעשה ויכול להיות דהעד אומר בדרך.

אולם למה שהעלו כל האחרונים דפסולין ובאמת לא תלינו בדרך ובנדאי שנים המכחישין לעד אחד מפסל ולא תלינו שיהעיד בדרך לא אתי שפיר והדרא הקושא דלדוכתיה אמאי יהיו פסולין נאמנין להכחיש להעד הפשר וצ"ע עדיין בזה.

וביותר להמבואר בתשובה המיוחסת לרמב"ן (סי' קכ"ח) דהיכא דגוי מסל"ת מעיד שמת והתרונו ע"פ ל"מ אף אם שנים אחרונים אומרים לפ"ר להקפד ממה שאמר הראשון ששיחת הראשון הרי היא פעדות של שנים ואם השנים מתפוננים להעיד א"נ כלל שאין מאמינים אותם בתורת עדות כלל ועוד שאין הכחשה ממש בב"ד שאם באו לב"ד הרי אלו מתפוננים להעיד ואין מקבלין מהן כלל במתפוננים להעיד כמו שאמרנו עכ"ל אם כן כמו כן נימא דפסולין או קרובין דאינו נאמנין בתורת עדות והגדתו לפני ב"ד הוי כמו אם הגידו חוץ לב"ד ולמה מקבלין עדות בשיחה לבד ועיי"ש עוד היטב ברמב"ן.

ומהאי טעמא יש לעיין במ"ש הח"מ (סי' י"ז ס"ק י"ז) בעד המעיד ששמע מן פסול כמו שפחה וכדומה שמת פלוני והכחשה דהראשון נאמן ועיי"ש ב"ש ויקשה ג"כ פנין דמעיד הפסול על הפשר שיהעיד שקר ועבר על ל"ת וא"נ לפסלו אף אם יצטרף לו עד אחד א"כ נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא יהיה הפסול נאמן אף להכחיש לבטל עדותו שלא להתיר האשה וצריך לומר פנין שתלה הכשר עדותו מפי הפסול הראשון נאמן פנין שבא מפחו ולא מטעם עדות רק פנין שבא מפחו ול"ש לומר בזה כלל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה: הדרן לדברינו עכ"פ זה ברור דאם שנים מכחישין לעד אחד מעדי צירוף נדאי פנין דנתבטל הפשרות של העד ומפסל לכל עדות שבתורה כמבואר מש"ס שבועות (דף מ"ח) דמוקי לר"ח ומצטרפין לעדות אחרת דעדות החודש ומבואר שם בריטב"א דנ"מ לדין בעד המכחיש לעד אם בא עוד עד לצרף להאחד מפסל איך עיי"ש וכיין דמפסל לכל עדות שבעולם נדאי האחרונים נאמנים בבירור וליכא שום ספק.

ואין להקשות א"כ לר"ח דסובר בב' פיתות עדים המכחישים זא"ז בהדי סהדי שקרא למה לי והם פסולין לכל עדות דעלמא פנין דידענו דנתערב פת אחת פסולין וכן בחד המכחיש לחד כמבואר מס' שבועות שם א"כ איך משפחת לומר כל מקום שהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים הא פנין דמס' גם הראשון פסול לכל עדות שבעולם ואיך מקבלין עדות זה שיהעיד ע"כ צריך לומר דבאמת בחד לגבי חד לא מקבלין עדותו של השני כלל ובהעידו בב"א ע"כ צריך לומר דל"ש כלל כ"מ שהאמינה לר"ח ועיין סוטה (דף ל"א) וצ"ע.

אולם לטעם זה יש להסתפק היכא דעד הראשון אינו בפנינו בזה למ"ש הש"ך (סי' ל"ח) להשיג על הריב"ש וסובר בהזמה שלא בפניהם דלא מפסלו ועיי"ש בנתיבות דמ"מ אין לו דין תו"ת שיהיה מהני תפיסה דדוקא לפוסלן לעדות אחרת הוי פשלא בפני בע"ד אבל עדותו שבשטר זה נתבטל לגמרי ע"י הזמה שלא בפניהם דעדות זה לפני הבע"ד הוא עיי"ש וא"כ י"ל בנד"ד דכיון דעכ"פ לא מפסל העד לעדות דעלמא ובחזקת פשרות הוא שוב י"ל כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי פאן שנים והוי פהכחשת תו"ת עכ"פ.

וגם מה דפשיטא ליי לנתיבות דלהחלקים על הריב"ש בהזמה שלא בפניהם וסוברים דלא מפסלו דעכ"פ אין לו דין תו"ת מבואר להיפך בתשובת רלב"ח (סי' קל"ו) וסובר כיון דלא מפסלו הו"ל דין תרי ותרי.

א"כ ה"נ דכונתיה כיון דמפאן ואילך לא מפסל אותו העד נשאר בכח נאמנות שלו והוי כתרי נגד תרי כיון דהאמינה תורה כב' ע"י צירופו של עד האחר. אף יש לומר למ"ש הש"ך שם לחלק בין הזמה שלא בפניהם לבין פסלינהו בגזלנותא דנפסלין דמעידין על גופן של עדים ועיי"ש בנתיבות דמדחיק א"ע לפרש דברי הש"ך.

אולם הדברים מבוארים יפה בקרח"י ו"ל דהא דהזמה חידוש הוא משום דאנן לאו בתר השתא אזלינן בנגיעה שנוקדה אחר הגדת עדותן הא ליתא דבשעה שהעידו על הדבר ל"ה נוגעין בעדותן כלל ובאותו שעה שהעידו הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שייך למימר מאי חזית דסמכות אהני בתראי סמוך אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותו שעה שהעידו ל"ה נוגעין בעדותן כלל דאלת"ה גם בהכחשה האחרונים אומרים על הראשונים דשקר העידו והו"ל פאומרים גולתם דאין יכולין להכחיש לסהדי וע"כ דאנן בסהדותא דקמאי לאו בתר השתא אזלינן אלא בתר שעת עדותן ושפיר אמרינן דלא אלימי הני טפי מהני והזמה חידוש הוא עכ"ד שם.

ונה"כ פוננת הש"ך דבפסלינהו בגזלנותא שפיר נאמנין אף שלא בפניהם דמעידין על גופן וא"נ להכחיש דנוגעין הן משא"כ בהזמה רק מטעם חידוש בעי שיהיו בפניהם. ולפי"ז אף בהכחש הוי כמעידין על גופן של עדים דהעידו שקר רק אנן בתר מעיקרא אזלינן ואז ל"ה נוגעין והם העידו מי שיהיה להיפך הם מעידין בשקר לכה הוי כתרי ותרי אבל להכחיש עד א' אף שנעשה צירוף ע"י עוד עד מהלואה אחרת מ"מ אינו מועיל הכחשתו של עד הראשון לשנים המכחישין אותו והוי כאלו מעידין על גופו לפסלו בגזלנותא דבזה אף שלא בפניהם נאמנין האחרונים ונתבטל עדותו של הראשון לגמרי וז"פ: ומה שהשיג שם בשע"מ על דברי מהריב"ל המובא בח"מ בקע"ג (אות ס"ה) בב' מעידין שגוי אמר מסל"ת על פלוני שמת וא' אומר שקל"ה מסל"ת וא' מכחיש ג"כ ואומר שהי' מסל"ת אף לא נתברר לו בבירור שמת דמצטרפין אלו הב' להכחיש להראשונים והוי תרי לגבי תרי דאמאי הא שנים מכחישין לכ"א אף למ"ש יש לפלפל בדבריו ולקיישב קצת דברי מהריב"ל אולם כפר קדמהו בתשובה פני משה (ח"ב סי' כ"ז) להשיג על מהריב"ל בזה וכן בס' דברי אמת קונטרס (ח' דף ע"ח ע"ד) עיי"ש ואכ"מ בזה: סי' כה יש לחקור בדברי רמב"ם שסתם דבד"מ אם הכחישו העדים זה את זה בדרישות או בחקירות עדותן בטילה אם אמר אחד בשלש שעות והשני אומר בתחילת שעות עדותן בטילה כמו שכתב שם (פ"ב) בדיני נפשות דעדותן בטילה או דלמא דוקא בדיני נפשות מדכתיב

ושפטו העדה והצילו העדה אמרינו דזה שאמר בג' שעות פנונתו על תחילת שעה ג' וזה שאמר בתחילתו על סוף חמש וקוי עדות מוכחשת כמבואר שם פסחים (דף י"ב) אבל בד"מ מיישבין דברי העדים שזה פנונתו על סוף ג' וזה פנונתו על תחילת חמש ואדם טועה בזה.

ומדברי רמב"ם דמפרש (פ"ג) כיצד א' אומר בניסן לנה ממנו והשני אומר לא כי אלא באייר משמע דדוקא בהכחשה רחוקה שאי אפשר ליישבן אבל באחד אומר בג' והשני אומר בה' דאפשר ליישבן יחד ולתלות בטעות האפשר עדותו פשרה ועיין צ"ח פסחים שם דמקשה למה נקט הש"ס ואנו ניקום ונקטול מספקא ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה הא בלא"ה מספיקא לא נקטול.

ואולם באמת בזה פליגי אב"י ורבא שם אב"י סובר פיון דע"כ העדים פשרים לעדות אחרת מצד חזקת פשרות שלהם דמקרבין עדותו שלא יהיו מוכחשין ואמרינו דזה פנונתו על סוף שלש וזה פנונתו על תחילת חמש לק"פ ממילא נהרג הנידון פיון דהעדים פשרים ורבא סובר דמ"מ בדיני נפשות פיון דהתור' צונתה ושפטו העדה והצילו העדה ומחדר על זכות שלא להרוג לק"פ נדקדק בעדותו ונאמר דזה פנונתו על תחילת שלש וזה על סוף חמש ואף דלא נפסול להעדים מספק מ"מ לענין להצילו נדקדק בהם ובאמת בד"מ מיישבין דברי העדים לקבל עדותו ועיי"ש בתוס' ד"ה אלא דכתב להחמיר ולקיים עדותו לא בדקינן להו ובדיני ממונו' י"ל דדקינן להו אם אפשר והא דקתני עדותו בטילה היינו בדיני נפשות ולא בדיני ממונות.

שוב ראיתי בנתיבות (סי' ל' ס"ק ה') דכתב פן ועיין ריב"ש (סי' קצ"ג) שכתב ואפילו רבא לא פליג בהא טעמא אלא משום דבדנ"פ לית לן לכווני סהדוהא בהכי למקטל גבר' משום דכתב ושפטו העדה אבל בד"מ אפילו תימא דלא טעו במידי כסברא דאב"י נימא דהכי והכי הוי עובדא עיי"ש ומשמע מדבריו שם דזה הוא הפל מטעם דל"ב בד"מ דרישה נחקירה וי"ל היכא דהוי דין מרומה דבעי דו"ח להסוברים דבזה אוקמי אדין תורה בכה"ג לא מיישבין דברי העדים ועיין תשובת עבודת הגרשוני (סי' קי"ב) דכתב להדיא דבא' אומר בג' וא' אומר בה' מקרבין עדותו כאב"י ורק בדנ"פ מדכתב והצילו העדה מחפשינן זכותו וכדעת הנתיבות ודלא כדעת החנפים: אף יש לחקור בעדי הנזמה א' אומר בב' וא' אומר בה' עמנו הייתם דשם ל"ש לומר כמו שכתב תוס' דלהחמיר לא בדקינן להו לקיים עדותו פיון דעיי"ז יהרוג הנידון ומאי חזית לחוס על דמי דהאי מהאי ולא נוכל לומר דמספקא לא קטלינן להעדים וגם להנידון דהא ממנ"פ מוטל על הב"ד לקיים ובערת הרע וא"כ מה"ת לא נבדוק אותם אם פנונתם הנה על תחילת שעה או על סוף שעה ואם יהיה ביכולת לקרב עדותו ינצל הנידון והעדים יהיו חייבים ואם יתרחק עדותו ינצלו העדים והרוצח יהרג וא"כ איך קתני במתניתין א' אומר בג' וא' אומר בה' עדותו בטילה הא לפעמים גם בדנ"פ לא בטלה מפל וכל וצריף לבדקם אם אפשר לקרב עדותו ויש להתבונן בזה: עוד יש להתעורר בדברי תוס' פסחים שם ד"ה באינה דכתב דנ"מ בחקירה דאינה יום אם יכחישו זה את זה הא במתניתין קתני דא"י בחקירות עדותו בטילה ומפרש בש"ס סנהדרין מטעם דהוי עדות שאילה"ז ולדברי תוס' אם יאמרו א"י באינה יום יהי

כְּשֶׁר פִּינּוֹן דְּכּוֹנּוֹנוֹ יַחַד עַל כַּמָּה בְּחֻדְשׁ וְגַם לְתִירָץ א"נ שְׁפָתָבו תּוֹס' שָׁם דַּנ"מ אִם לֹא כּוֹנּוֹנוֹ יַחַד קָשָׁה כַּנ"ל יֵשׁ לְיִשָּׁב בְּדוֹחֵק.

וְעֵינַי מְהֵרָשׁ"ל סְנֵהֲדָרִין דְּמִטְעָם דְּלֹא יֵאמְרוּ אַח"כּ כְּשִׁיזְמוּ דְטָעוּ בְּעִיבּוּרוֹ שֶׁל חֻדְשׁ וּכ' בְּמֵהֲרָשׁ"א דַּא"כ אִם כּוֹנּוֹנוֹ יַחַד עַל אַחַר רֹב חֻדְשׁ דַּל"ש רַבָּא דְאִינְשֵׁי טָעוּ. וְצָרִיךְ לֹמַר דְּדַעַת מְהֵרָשׁ"ל פִּינּוֹן דַּע"כּ פ' אִיכָּא מִיַּעוּטָא דְטָעוּ וּמ"מ לְחַבְרָן וּלְקַרְבָּן יַחַד ל"א אֲבָל כְּדִי שְׁלֵא יִהְיִי גִיזְמִים אֲמַרִּינּוּ דְטָעוּ פִּינּוֹן דְּכַבֵּר נִתְקַבֵּל עֲדוּתָן וְהֵמֶר ש"א שָׁם פָּתַב דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ דְטָעוּ שְׁנֵיהֶם פִּינּוֹן דַּל"ה מְקוֹדֵם שׁוּם חֲשֵׁשׁ טָעוּת וְדוֹקָא בַּח' אוֹמֵר בַּב' וַא' אוֹמֵר בַּג' אִז כְּדִי לְקַרְבָּן אֲמַרִּינּוּ דְטָעָה אֲבָל לֹא כְּשִׁפּוֹנוֹנוֹ יַחַד מִשְׁמַע מְדַבְּרִי דִּיּוֹתֵר סְבָרָא לֹמַר לְקַרְבַּ עֲדוּתָן וּלְקִיָּים מִמָּה שְׁנֵאמַר אַח"כּ דְטָעוּ וְקָשָׁה לְכַאוּרָה מְדַבְּרֵי עֲצָמוּ מ"ש בְּתוֹס' ד"ה אֲחַד דְּבִשְׁעָה הִרְאִישׁוּנָה דְּכּוֹלָה קוֹדֵם גַּץ הַחֲמָה אֵין לְטָעוּת דְּהוּא רַק לְעֲנֵן בְּיַטּוּל עֲדוּת דְּהוּי כְּמוֹ הַכְּחָשָׁה אֲבָל לְעֲנֵן שְׁהִמְזִימִין יוֹכְלוּ לְהַצִּיל עֲצָמָן יְהִיבִין לְאוֹמֵר ג' מִשְׁעָה הִרְאִישׁוּנָה חֲזִינּוּ אַף דְלַעֲנֵן לְקַרְבַּ עֲדוּתָן וְלֹמַר דְטָעוּ לֹא מְקַרְבִּינּוּ וְדָנִין אוֹתָן כְּמַכְחִישִׁין וּבכ"ז שְׁלֵא יִהְיִי גִיזְמִין מְקִיָּימִין עֲדוּתָן וְאֲמַרִּינּוּ שְׁטָעוּ וְיֵשׁ לְדַבֵּר וּלְפַלְפֵּל בְּזֵה: וְהֵנָּה הָא דְכַתְּבֵי הַטּוֹר וּמְחַבְּרֵי בְּאֲחַד אוֹמֵר בַּב' בְּחֻדְשׁ וַא' אוֹמ' בַּג' דְּאִיכָּא לְמִימַר דְּתַרְנוּןִיְהוּ אֲחַד יוֹמָא מְסֻהָדִי וְטָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא מְצֻטְרָפִין כ' תּוֹס' פְּסוּחִים וְסְנֵהֲדָרִין אִיךְ נִקְטוּל מְסַפֵּק אַע"ג דְּבִש"ס דִּיִּיק מְהֵרָא דְאֲמַרִּינּוּ זֵיל בְּתַר רַבָּא וְרַבָּא דְאִינְשֵׁי עֲבָדוּ דְטָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא מ"מ מַה נִּפְסִיד אִם גְּדַקְדַּק בְּהֶם וְכַתְּבוּ פִּינּוֹן דְּשִׁינְלִינּוּ לְהוּ בְּאִיזָה יוֹם וְקַמְכוֹנִי לְיוֹם אֲחַד ש"מ שְׁזָה לֹא יַדַּע בְּעִיבּוּרָא.

וְיֵשׁ לְחַקוֹר אִם בַּד"מ נֵאמַר ג"כ דְּלֹא תְלִינּוּ דְטָעוּ רַק אִם כּוֹנּוֹנוֹ לְיוֹם אֲחַד אֲבָל אִם לֹא אֲמַרו בְּאִיזָה יוֹם לֹא תְלִינּוּ בְּטָעוּת וְתוֹס' כ' הָא דְדִיִּיק בְּש"ס סְנֵהֲדָרִין (דַּף ס"ט) דַּבְּדַנ"פ אֲזִלִּין בְּתַר רַבָּא דְרַבָּא דְאִינְשֵׁי טָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא הָא ש"ה דְּכּוֹנּוֹנוֹ שְׁנֵיהֶם לְיוֹם אֲחַד וּכ' דְאִי לֹא אֲזִלִּין בְּתַר רַבָּא הָוִי הַכְּחָשָׁה וְהָוִי חוֹזֵר וּמַגִּיד בְּמַאי דְקָאמְרוּ אַח"כּ וְאִם מְהֵרָא עֲדוּתָן זֵה בַּד"פ מְהֵרָא ג"כ לְהוֹצִיא מְמוֹן וְלֹא מְחַשְׁבִּינּוּ מִטְעָם רַבָּא דְאִינְשֵׁי טָעוּ לְהַכְּחָשָׁה וִי"ל דַּבְּד"מ אַף דְּלֹא אֲמַרו לְכּוֹנּוֹן יַחַד לְיוֹם אֲחַד ג"כ מְקַרְבִּין עֲדוּתָן.

וְרֵאִיתִי שָׁם בְּתַשׁוּבַת עַה"ג דְּכַתְּבֵי דְמְתַרְצִינּוּ דְבְרֵיהֶם בַּד"מ כְּאַבְיֵי בַא' אוֹמֵר בַּג' שְׁעוּת וַא' אוֹמֵר בַּה' דְּזֵה כּוֹנְנָתוֹ עַל סוּף ג' וְזֵה עַל תְּחִילַת ה' פִּינּוֹן דְקִי"ל כַּר"ח דְּכְדִי שְׁלֵא תִנְעוּל דְלַת כו' ל"ב בַּד"מ דו"ח וְשִׁטְר שְׁפָתוּב זְמַנּוֹ בְּאֲחַד בְּנִיסָן וְאִתְזַמּוּ דְאֲמַרִּינּוּ שְׁמַא מְאֻחָר הוּא וּמְתַרְץ בְּזֵה הָא דְהָעִיר הַשְּׁ"ף הָא קִי"ל דְאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב דְּבַעֲדוּת שְׁאֵנִי דְמְתַרְצִינּוּ מִלְתִּיְהוּ אַף בְּשְׁמַא מְשׁוּם נַע"ד וּמִשְׁמַע מְדַבְּרִי דְגַם בַּא' אוֹמֵר בַּב' בְּחֻדְשׁ וְאֲחַד אוֹמֵר בַּג' דְּמְתַרְצִינּוּ דְטָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא הוּא ג"כ בְּמְמוֹן מְשׁוּם נַע"ד וְאַף בְּלֹא כּוֹנּוֹנוֹ יַחַד עַל יוֹם אֲחַד: אַף לְדַבְּרִי א"כ בְּדִין מְרוּפָה דְבַעֲינּוּ דְרִישָׁה וְחֻקִּירָה וּלְהַסְפּוּרִים דְמוֹקְמִינּוּ אַד"ת כְּמוֹ בַּד"פ אִז לֹא מְתַרְצִינּוּ לֹמַר דְטָעוּ וּלְדַבְּרִי גַם בְּקִנְס דְבַעֲינּוּ ד"וּח נִימָא ג"כ דְּלֹא אֲזִלִּין בְּתַר רַבָּא לְהוֹצִיא מְמוֹן וְזֵה דְבַר תִּימָא לֹמַר דַּבְּדַנ"פ מְחֻזְקִינּוּ דְטָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא וּלְגַבֵּי קִנְס לְהוֹצִיא מְמוֹן נֵאמַר דְּלֹא טָעוּ וְנִתְבַּטַּל עֲדוּתָן וְעֵינַי בְּגַט פְּשׁוּט בְּקוֹנְטְרַס הַפְּלִים (פְּלָל א') כ' הַטְעָם דְאֲזִלִּין בְּתַר רַבָּא דְטָעוּ בְּעִיבּוּרָא דִּירְחָא וּל"מ הַנִּזְדוֹן לְהַצִּיל עֲצָמוֹ וְלֹמַר קִים לִי דְהָעֲדִים הֵם מִן הַמִּיעוּט דְּלֹא טָעוּ וְאַפְחוּשֵׁי דְקָא מְכַחֵשִׁי אֲהַדְדִי מְשׁוּם דְהָעֲדִים הָעוֹמְדִים לְפָנֵינוּ הֵם אוֹמְרִים דְבִיּוֹם אֲחַד

קא מסהדי ויהם מרנפא דעלמא דטעו ונמצא דאין פאן מיעוט פדי שיסמוך עליו הנידון ועדיין יש להתבונן בדבריו מה מועיל דהעדים העומדים לפנינו דהמה על יום אחד מסהדי ויהם מרנפא דעלמא הא מ"מ אם נאמר דמכחישין אהדי ויהמה מן המיעוט דינדעו בעיבורא דירחא ועדי שקר הו ולא מכונני אהדי אינו מועיל עדותו: ובאמת הא דמקרבין גם בד"מ אשר נסתבכו האחרונים ז"ל ועיין בצל"ח פסחים שם.

ובש"ש ובקה"ס בקצוה"ח (פלל ו') מחלקו בין היכא דבא הרוב בשעת מעשה ובין שפא שלא בשעת מעשה דהיכא דבא קודם המעשה פיון דהוקבע האיסור ע"י הרוב הוקבע אעפ"י שיש אח"כ נ"מ לדנ"פ ומש"ה ל"ק מש"ס חולין דילפינו ממכה אבני ואמו דאזלינו בתר רוב ומרוצח אף דהתם איכא מיעוט שיסמוך עליו הנידון דהתם פבר הוחזק האיסור ע"י הרוב קודם המעשה ועיי"ש מה שמגמגם בזה על דברי אחיו בש"ש ז"ל וכבר כתבתי במ"א להוכיח מדברי הראשונים דאין הולכין במזון אחר הרוב אף אם נתחזק מקודם ובפרט מדברי הרא"ש קידושין (דף מ"ו) ומדברי רשב"א בש"מ פתובות (דף י"א) ועיין בזה בדברי חיים דיני אונאה (סי' ה') ובספרי ח"ר קונטרס התשובות (סי' ה') ושם הבאתי דאף במקום שאנו דנין ע"י הרוב לענין איסור בבירוד גמור לחייבו אף מלקות מ"מ לענין מזון הממע"ה שפן הוא דעת רמב"ן הלכות בכורות להדיא ביהא דקיי"ל דטינוף פוטר בבכור' ומ"מ אין חוששין לטינוף משום דהוי מיעוטא ולוקה על הולד בניז' ועבודה ולאכשוריה לגבי מזבח לגבי ליטון לפהו הממע"ה ועבדינו תרתי דסתרי ועיין תוס' ורא"ש בכורות (דף כ'): ומה שהעלה שם הש"ש (ש"ד פ"ח) דדיני נפשות ודיני ממונות שוין והיכא דמהני רוב בדיני ממונות כמו בדיינים ובעדים שטעו בעיבורא דירחא מהני ג"כ בדיני נפשות משום הטעם שכתבו תוס' ב"ק בדיינים שהם מפקי מזון ומיעוט פמי שאינו ה"נ סמכין על העדים ועדים מוציאים את המזון כמו"ש הג"פ ובכת שלש ויו"א דממיתין הבא עליה הוא משום דהרוב בא קודם והוקבע האיסור אבל ברוב הבא לאחר מעשה לא אזלינו בתר רובא בדיני נפשות דלא גרע דיני נפשות מדיני ממונות.

ראיתי להיפך בדברי תשוב' הרשב"א שהביא דברי ירושלמי מס' סנהדרין פ' ה' בודקין בשאלת העדים מפירים אתם אותם ר"ל שפא עובד ע"ז ה' כ' בירושלמי נהרג מטבירה לצפורי חזקה ישראל היה נכתב משום דבאיסורין הולכין אחר הרוב ושפא אף בדנ"פ פן ועיי"ש (ח"ג סי' שע"ח) שהביא ראיה מסוף (פ"א) פתובות פרט לזורק אבן כו' דרק משום קבוע פטרינו דהוי כמע"מ הא ניידי בכי הא חייב ונמצא בין טביר' לצפורי אינו קבוע שם בדרה אלא ניידי וכל דפריש מרובא פריש נכתב שהוא מסתפק שלא הוזכר פן בגמרא.

ועוד בדנ"פ פתיב בה ונחילו העדה ואפילו בענין שפרור אצלינו כמו בידוע בלא ראיה אין דנין עד שיראו עדים ממש וסיים דמ"מ האי דכתובות מרעא לי וכ"ש שר"י דירושלמי מרע עיי"ש ובמזון פבר ביארתי שם בספרי ח"ר דלא אזלינו אף בתר רובא דאימא קמן הרי דדנ"פ לגבי רוב גרע מדיני ממונות: [וראיתי בספר תמים דעים (סי' ק"ב) שם הלכות יו"ט בלשון רבינו אשר בר' משולם כתב שם (דף פ"ה ע"א) ז"ל דפלוגתא דר"ח ורבה באופה מיו"ט לחול בדוכתא דמטו שלוחי תשרי הוא תדע מדקאמר ר"ח לוקה דאי ס"ד בדוכתא דלא מטו שלוחין הוא ל"מ אופה מיו"ט לחול שאינו לוקה

דהו"ל ספיקא ונאף עפ"י שרוב השנים אדר ואלול אינו מעופרים אין הולכין במלקות אחר הרוב עכ"ל ואיני מבין הא דכ' אין הולכין במלקות אחר הרוב למה לא הא אף בדיני נפשות אזלינן בתר רובא הא מצינו בתוס' גדה (דף מ"ו) במנפלא סמוך לאיש בהקדיש ונאחרים אוכלין דלוקין דל"ה התראת ספק שמא לא יביא שערות משום דאזלינן בתר רוב שמביאין שערות בזמן וה"נ כיון דרוב השנים אדר ואלול אינם מעופרים אף די"ל דמ"מ אינו לוקה מיד רק דנמתין דלמא מעופרים מ"מ אח"כ פשנודע שהיה יו"ט שפיר לוקה דמטעם רוב ל"ה התראת ספק ואכ"מ בזה]: ונראה דהא הסוגיא דסנהדרין (דף ס"ט) צריף ביאור דשם איתא בבן סורר ומורה דחייב מיתה הוא רק בזמן שנקר' בן ואינו ראוי להיות אב פשהו ענברה ופריה דאם יולדות לשבע' ג"כ ענברה ניפר בשליש ימיה לא גיזל בתר רובא מטעם ופשטו העדה ושקיל וטרי אי אזלינן בתר רוב בדיני נפשות ומאי ס"ד הא בש"ס חולין ילפינן ממפה אביו ואמו דאזלינן בתר רוב בדנ"פ וכבר עמד ע"ז בחידושי הר"ן שם וכן קשה דהוכיח מהא דבת ג' שנים ויום א' דמתקדשת בקדושי אביה דמומתין ע"י ודלמא אינלנית היא נדחי בקא עליה אביה ומאי דחי הא יקשה דלמא לאו אביה היא וע"כ דאזלינן בתר רוב.

לכן צ"ל דשם הוא בחינה אחרת דנדאי פשעבר אדם עבירה מה שאסרה התורה והוא מצד רוב אזלינן גם בדנ"פ בת"ר כדמוכח ממפה אביו אולם הטעם דכך גזרה התורה במפה למי שהוא אביו מצד הרוב או ברוצח שהרג לאדם מישאל שמצד הרוב אינו טריפה חייב מיתה אבל שם גלי לנו הקרא בבן סורר ומורה שכל זמן שהוא נקרא בן ואינו ראוי להיות אב חייב מיתה ואם ראוי להקרא אב דהיינו שהעבור באשה שנתעברה מביאתו אז חסה התורה עליו ואינו חייב מיתה וקאמר בש"ס דגם בזה הולכין אחר הרוב ורוב נשים לתשעה יולדות ואין ימיו של בן סו"מ רק ג' חדשים אבל יש מיעוט דיולדות לשבעה וא"כ מניין לנו לומר דאף בכה"ג דיש מציאות להמיעוט היולדות לשבעה ובכה"ג דהקפידה התורה שלא יהיה ראוי להקרא אב וכיון שיש המציאות אם יבא על אשה היולדות לשבעה אם ניפר ענברה לשליש ימיה ראוי להקרא אב והתורה אמה ופשטו העדה והצילו העדה לא נהרג אותו רק בזמן ב"ח ושליש ומי יאמר לנו שהתורה שקרא אותו בן הפנונה היה למיזל בתר רובא והוא ג"ח דלמא התורה דברה על בירור גמור שאינו ראוי להקרא אב אבל אם יש עכ"פ מציאות דאם יקרה לפנינו שיולדות לשבעה יהיה ענברה ניפר לשליש ימיה ראוי להקרות אב.

והוכיח מהא דאחד אומר בב' בחודש וא' אומר בשלשה בחודש דאמרינן דטעו בעיבורה דירחא אם נאמר דהתורה דברה על בירור גמור דלמא הא דכתבה עפ"י ב' עדים יקום דבר אף דאין זה בירור גמור שלא העידו בשקר דיכול להיות דמשקרין רק גזה"כ הוא לקיים הדבר על פיהם וכמו שכ' הרמב"ם הלכות יסה"ת וגזרה התורה דעדים המוחזקין אצלנו בחזקת פשרות לקבל ולדון ע"י עדותן אף דחזקת פשרות הוא ג"כ מצד הרוב וכמו שכתב הפנ"י גיטין (דף י"ז) דלמא דוקא היכא דליכא שום ריעותא לפנינו אבל היכא דאיכא ריעותא לפנינו שמכחישין זה את זה נאמר ופשטו העדה דלא טעו ועדות שקר הוא אלא כיון דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא.

ועיין רש"י פסחים (דף י"ב דהואיל ויש טועין בכך אע"פ שמצווין לחלק עדותן כדי שיבטל להציל את הנפש אין בידינו פת לחלק והיינו אף דבש"ס קאמר רובא דאינשי טעו מ"מ אין הפירוש דרוב אדם טועים בזה וזה נגד המוחש רק רוב המכחישים זה את זה אומר בג' בחודש וז"א בב' אינו משקרים רק אחד טועה בעיבורא דירקא לכך לא נחלק עדותן והתורה שאמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר היינו עדים שעפ"י הרוב הם פשרים ואף דכתיב נכון הדבר אמרינו שזה נכון מה שעפ"י הרוב מכוננים יחד רק שא' טועה הרי דהתורה אמרה שיתקבל עדים מה שעפ"י הרוב הם פשרים.

וכן מה דכתוב בתורה אשר ישכב אשת רעהו אף דיבענו בקדש קטנה אם נמצא איילנית לאו אשת רעהו נקראת דיתבטל הקידושין מ"מ כיון דקתני מומתין ע"י ע"כ דדעת חכז"ל בקא על אשת רעהו מה שמצד הרוב נקראת אשת רעהו חייב מיתה הרי אף דכתיב ופשטו העדה להצילו מ"מ כיון שעפ"י הרוב נקראת אשת רעהו אין בכחצו להצילו כף נמי הא דהקפידה התורה בסורר ומורה שהוא בן ולא אב ואף הראוי להקרא אב מציל אותו ממיתה מ"מ אזלינן בתר רוב ואף דאם נסיב איתתא ואינכר ענברה בבציר מתלתא ירקא מקפטר כיון דלאו בן מקרי רק אב מ"מ מה דפטרין ליה מטעם דראוי הוא אזלינן בתר רובא דלתשעה ילדין ואמרינו דהאי איתתא נמי דמסיק אדעתה דהוי מתרמיא ליה בתר רובא שדינו ורובא לא ילדין אלא לט' ועיי"ש בקידושי הרמ"ה: ולפי"ז אף במקמון אם אנו דנין על העדים ד"מ ודנ"פ שוין וכיון דרובא דאינשי המכחישים בכה"ג אמרינו דאחד טועה בעיבורא דירקא ואמרינו דנכון הדבר ממילא פשר בכה"ג גם בד"מ דמה דאמרה התורה עפ"י שנים עדים יקום דבר ושיהיה נכון הדבר אמרה התורה להכשיר מה שעפ"י צד הרוב נכונים.

ועיין תשוב' הרשב"א (ח"ג סי' ד') הא דאמרינו פרק אחד ד"מ שטר שזמנו פתוב באחד בניסן כו' חיישינו שפא אחרוהו וכתבוהו שאפילו לאפוקי ממונא מכשירין את העדים מספק וכדמוכח בב' פיתות עדים המכחישים זה את זה דקיי"ל ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה עיי"ש ושם הוא מצד חזקת פשרות וה"נ כיון דלגבי כ"ע עדים פשרים הם ותלינן בטעות מקבלין גם עדות זאת דהשתא אף מד"ת ואף בד"מ אם אינם מכוננים על יום אחד כיון דא"צ דו"ח ואף אם אינם יודעים באיזה יום רק אף שאומרים בכמה בחודש וז"א בב' בחודש וז"א בג' בחודש מקבלין עדותן כיון דכשרים הם לכל עדות שבעולם אח"כ מוציאין גם השתא על פי עדותן: סי' כו חכז"ל למדו מדכתיב יקום דבר שצריך שפל עד יעיד עדות שלם ולא חצי דבר ואעפ"כ במעידין שלשה פיתות על שני חזקה כל פת על שנה אחת מצטרפו' והן עדות אחת אבל בב' פיתות שבאו להעיד על אחד שהוא גדול וכת אחת מעידה על שצרה אחת בימין וכת אחת מעידה על שצרה בשמאל אינו כלום שפל פת לא העידה רק על חצי דבר.

ונאמרו בזה טעמים רבים לחלק בדבר דעת האלפסי ז"ל דבהעידו על אכילה שנה ראשונה ושניה כל פת עושה פעולה בעדותן שאם לא יעידו השני פיתות האחרות על אכילה שנה ושניה ושלישית יהי חייב המחזיק לשלם הפירות ואף דעיקר באו להעיד על אכילה לתועלת המחזיק מ"מ כיון דאם לא אתו הפת שלישית חייב להחזיר הפירות לכך מצטרפין לענין חזקה דמיגו דהוי עדות לענין חזקה דהא בהא תליא



ולדבריו היתה נראה דאף בכל מקום כ"ז שלא העידו כל העדים אפילו הן מאה יכול כ"א לחזור בתוכד"ד של האחרון כמבואר מדברי תוס' פתובות (דף ל"ג) ועיין בדברי משפט (סי' כ"ט ובמ"ש לעיל (סי' י"ז) מ"מ בנידון זה כינון דעיקר הא דמצטרפין הנה תלתא פיתות אף דלענין הקרקע כל אחת עושה רק חצי דבר והא דמצטרפין להם יחד הוא משום דכת הראשונה הועילה לדבר שלם דאם לא יעידו האחרים על שני שנים האחרונים יצטרף להתזיר הפירות וכן השנייה רק פשהעידה הפת שלישית קנימה ליה חזקה מיגו דהוי עדות לענין פרי א"כ עיקר הקיום שיש לכת הראשונה והשנייה בשביל שכל אחת עשתה פעולתה דאם לא תעיד השלישית דבר מעליא הוא לחיבו לאהדורי פרי ממילא קיום עדות הזאת לא תלי בהפת השלישית דאדרבא ע"י הפת שלישית קנימא ליה החזקה א"כ הוי כל פת עדות בפ"ע ואינו יכול לחזור תוכד"ד של חבירו: אולם לסברת התוס' הואיל דכל פת ראו כל מה שיכלו לראות מצטרפין משא"כ באם כל פת מעידה על שערה אחת דהוי יכולין לראות הפל לכך אין מצטרפין וכן לסברת רש"י כאשר ביאר דבריו הרמב"ן ו"ל בחידושי ובהמלחמות ד' דדוקא באם כל פת מעידה על שערה אחת כל על קטנה מעידה ואין פאן התחלות גדלות משא"כ כשמעידין שאכל פירות הקרקע מעיד שהחזיק באדם המחזיק בשלו הלכך הוי התחלות עדות שניה ושלישית ועדות כולן בדבר אחד א"כ כינון דהצירוף של כולן הוא על דבר אחד להתחזיק הקרקע כשלו ממילא הוי עדות אחת ויכולין כל פת לחזור תוכ"ד של אחרונה דאז נגמר עדותו.

ועוד יש נפ"מ אם המערער מחל הפירות של שני שנים ואינו תובע רק הקרקע לדעת הרי"ף אין השני פיתות עושין שום פעולה בעדותו אם לא בצירוף הפת השלישי להתחזיק הקרקע בידי המחזיק וכינון דאין עושין שום פעולה הוי חצי דבר ודוחק לומר כינון דאם לא היתה מוחל לו הוי פעלו בעדותו לאהדורי הפרי מקרי כל פת דבר שלם דז"א כינון דהמערער אמר אף אם יתברר שאכל שנה ראשונה ושניה אינו תובע הפירות כלל ומוחל א"כ אין בעדותו שום פעולה רק להתחזיק בידי המערער וזה הוי לדעת הרי"ף ח"ד ולא ינאך פוסקים לעולם הוי דבר שלם ומצטרפין ואפשר אף לדעת הרי"ף משפחת אם המחזיק אמר שאין רוצה במחילה להסוברים דמחילה בע"כ ל"מ כמבואר במח"א הבאתי לעיל דיני דינינים (סי' כ' אות ב'): והנה התוס' ב"ק (דף ע') פתבו להקשות על דעת האלפסי מהא דאשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה ב' פתי עדים ב' שיאמרו בפנינו אמרה וב' שיאמרו בפנינו קבל ושם לא עשו פת הראשונה פעולה ואפילו למ"ד שליש נאמן מ"מ צריף שנראה הגט בידי חצי דבר הוא אלא ע"כ כינון שכל פת רואה מה שיכולה לראו באותו שעה ל"ה חצי דבר ובתוס' גיטין כ' דאם שליש נאמן נחא דעדי אמירה ל"צ לע"ק ועיי"ש בפנ"י ובת"ג פתב דתוס' גיטין ס"ל דהקפידה על שעת ראי' הוא וכינון דמשפחת לפעמים שיועיל עדותו לבד ל"ה חצי דבר והתוס' ב"ק ס"ל דהקפידה הוא על שעת הגדה וכינון דבשעת הגדה צריף ב' פתי עדים הוי ח"ד והרמב"ן ב"ב ורשב"א גיטין שם פתבו דעדי אמירה ל"צ לעדי קבלה דעל ענין אחר הם מעידין שעשאתו שליח ודומה לעדי קידושין שא"צ לעדי ביאה.

ולכאורה נראה דס"ל אף דלא עשו עדי אמירה שום פעולה בעדותו זולת עדי מסירה מ"מ כינון דעדי מסירה לא מסהדי כלל בגירושיה ובגיטה רק דשניה לזה שלוחה ויכול

לקבל הגט מעת' דידו פינדה עדות בפני עצמה הוא ול"צ לאצטרופי וקשה לכאורה הא  
בסנהדרין (דף פ"ו) בפלוגתא דחזקיה ור' יוחנן בעדי גניבה ועדי מכירה בנפש דחזקיה  
אמר אין נהרגין דאמר דבר ולא חצי דבר ופריה פיון דעדי גניבה יכולין לומר להלקותו  
באנו והיינו הואיל דיש עונש עפ"י הראשונה לא שייכא ההוא סהדותא קמיינתא בהני  
בתרייתא והני בתראי פוליה דבר עבדי כמו"ש שם רש"י חזינון עכ"פ דאם פת הראשונה  
לא פעלו מאומה ל"ה רק חצי דבר אף שהן מעידין על דבר אחר וראיתי בספר פה"ב  
דעמד ע"ז ומדחיק א"ע בזה: אולם נראה דהא שם איירי היכא דמיקסל מעיקרא וקאי  
כמ"ש תוס' שם דאל"כ מצו למימר לפנסלו לעדות באנו א"כ כפלא יש שום תועלת  
בעדותן אין צורך בעדותן כלל ואפשר שאינם רשאים להעיד פיון דליכא שום נפ"מ  
בעדותן שגנב נפש רק לענין אם מקרו אח"כ שייחייב וישפיר הוי ח"ד פיון דעיקר עדותן  
על צורך זה דבלעדי זאת הוי פהוצאת שם רע בעדותן משא"כ בעדי אמירה דגע אף דלא  
יש שום תועלת בעדותן שעשתה לזה שלים וידו פינדה אם לא פשימסור לו הבעל הגט  
פיון דלא מסהדי כלל עליה בגירושיה ובגטתה רק דידו פינדה מקרי עדות בפ"ע ועדות  
שלם הוא ויש להסביר ביותר דדוקא באכילת ג' שנים שכל שנה הוא חלק מן החזקה  
לקה הוי ח"ד אם לא דכיון דיש תועלת בכח הראשונה לענין דמי הפירות אבל עדי  
אמירה ועדי קבלה כל אחת היא עדות אחרת עדי אמירה מעידי על פעולת האשה  
שעשתה ומסרה כחה לשלוחה ועדי קבלה על פעולת הבעל שמסר לה שלים הגט הגם  
דלא יש תועלת מן רצונה ופעולתה שמסרה כחה לה שלים אם לא יתן הבעל הגט מ"מ  
זה ענין אחר ועדות אחר ואף דלא נתקיים הדבר זה בלא זה מ"מ ל"ה ח"ד אבל בעדי  
חזקה כל עדות היא חלק ומקונן בחבירו וכן בעדי גניבה בנפש אם לא יש שום תועלת  
בעדותו הוא חלק מעדות אחת לצורך שיתחייב מיתה פשיעשה עוד פעולה אחרת  
פשיבואו עדים שמכר וגניבה ומכירה היא עדות על אדם אחד פשיגמור השני פעולות  
הרעות האלה יתחייב וישפיר הוי ח"ד אם ל"ה שום תועלת בעדי גניבה לחוד: וראיתי  
בספר המקנה הלכות קידושין (סי' ל"ה ס"ג) דחקר להסוברים דגם בשליחות האיש  
לקדש צריף שני עדים דמשמע דל"צ שאותן עדים המעידין על השליחות יהיו עדי  
קידושין ול"ה חצי דבר דבקדושי שטר שיש עליו עדים דומה לגט וקדושי פסג נמי ל"ה  
ח"ד דמהני סהדותיהו לענין דאין השלים יכול להכחיש הנתינת פסג ולומר להד"מ אבל  
בשטר קידושין דאין חתומין עליו עדים והשטר אינו ש"פ ל"מ עד דעדי השליחות יעידו  
על הקידושין ונהרגיש מדברי רמב"ם (פ"ט הלכה ל"ב) מגירושין דאף בגט שאין עדים  
חתומים עליו ג"כ סגי אף דמוסר לשלים בפני עדים אחרים שהשלים מסר לה הגט ול"ה  
ח"ד מפני דאיירי בגט שש"פ ויש תועלת בעדותם נענין הממון וכתב דמה"ט כתב שם  
הרמב"ם ואם הוי שם ב' עדים שיעידו שגט זה הבעל נותנו לשלים לגרשה דקשה למה  
צריף ב' עדים הא סגי בעד א' ושלם נעשה עד כמו"ש הטור דשלם והעד מצטרפין אלא  
משום דאיירי בגט שש"פ הוי השלים נוגע בעדות לבתר דתיקנו היתת אבל בשטר שא"ב  
ש"פ י"ל דהוי ח"ד עכ"ד ויש לגמגם בדבריו דהא איירי דהגט יוצא מת"י האשה ואם  
יתבע הבעל לשלים שלא מסר לו הגט שיתננו להאשה סגי ג"כ בעד אחד ועד המסייעו  
פוטר אותו משבועת היתת וענין ח"מ וב"ש(סי' ל"ה ס"ב) דאף בשולח לקדש בכסף  
דהשלים הוי נוגע מ"מ סגי בעד אחד לפוטרו מהיתת ואף למ"ש שם בטו"ז דזה גרע מעד

הצריף שבוועה ועיין מ"ש שם המקנה ליישב ובמה שפתבתי בהגהותי לדברי חיים דיגי העושה שלים (סוף סי' ה') בזה מ"מ פאן דהגט יוצא מת"י האשה והשלית טוען שנתנו לו לגרשה בו ודאי דהשלית מצטרף להעד ועוד הא פתב שם ברמב"ם שאין השלית נאמן להתיר הערונה אף עפ"י שהוא עד א' הרי דאיירי במקום דשלית נעשה עד וליפא חשש נגיעה בדבר ועיין בטור אה"ע (סי' קמ"א) ובב"י ובב"ח שם ובס' בית מאיר (ס"ט) וספר תורת גיטין שם ואכ"מ להאריך בזה: ולכאורה יש לדון דלעולם יש תועלת בעדותן שעשה אותו לשלית דהא מבואר ברמ"א אה"ע (סוף סי' ל"ה) שלים שאמר קדשתיה למשלח והיא אומרת לא קדשתני המשלח אסור בקרובותיה ע"פ השלית ועיי"ש בב"ש כיון דאומר דעשה שליחותו וחקקה שלים עושה שליחותו מסייע ליה ובאמת יש להבין הא איפא חזקת פנויה פנגדו והו"ל השלית עד א' בהכחשה דלאו כלום הוא וע"ש במקנה דכתב דעיקר הטעם כמו"ש הריב"ש (סי' פ"ב) דשלוחו פמותו ומהימן ליה לגבי דידיה יותר מעד א' והמעיין בריב"ש יראה דהביא ראיה משליש דנאמן דהא הימניה ולכאורה שם י"ל דהימני נגד עצמו בכל מה שיאמר אבל פאן כיון דהאשה מכחישתו מניין לומר דנאמן כיון דלא סגי לקידושין בלא עדים דלמא לא הימניה במקום הפחשות האשה עד שיברר ע"י עדי קידושין.

וצריך לומר דעיקר סמיכתו של הריב"ש כמו"ש שם אעפ"י שאין השלית כבע"ד לגמרי דהא קיי"ל דשלית נעשה עד מ"מ הרי הוא פמותו בכל עניני שליחות וכל מה שאומר בענין השליחות הרי הוא פאלו אמרה המשלח וכיון שאומר שקדשה להמשלח נאמן אף אם אין העדים לפנינו עיי"ש בריב"ש ודוגמא לזה מ"ש הרמב"ם דבהא דחכם שאסר דאין חבירו רשאי להתיר דהוא מטעם דשניה אנפשיה חתיכה דאיסורה לאסור מה שהחכם יאמר לו ועיין תומים (סי' כ"ה ס"ק י"ג) אף דלא קבל עליו רק ששואל ממנו להורות לו הוי קבל ע"ע הוראתו וה"נ מוסר הנאמנות לשלית בכל מה שיאמר והוי דברי השלית כדברי המשלח וכאלו אמר המשלח אני קדשתיה ואסור בקרובותיה ולפי"ז אף בשטר שא"ב ש"פ מ"מ ל"ה ח"ד דהעדים המעידים על מינוי השלית הוי פמעידים על דבר שלם דכל מה שיאמר השלית הוי פמאמר המשלח ויכול לאנסרו בקרובותיה: אולם אם נאמר פן ל"ה קשה קושית הראשונים פלל מהא דשלית לקבלה דעדי אמירה ל"ה ג"כ מה"ט ח"ד דהא עדותן הוא דבר שלם דדברי השלית הוי כדברי המשלח לאנסרה לכהונ' א"ו דאין פכחו לאסרה רק במקום דשלית נאמן וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם מדכתב (פי"ב ה"ג) מגירושין בבעל המערער על הגט ואמר שלא נתן לה דא"נ אבל אם אמר על תנאי הנה פקדון הנה מזונף הוא אם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים אבל פסלה נפשה מכהונה שהרי פסלה עצמה בהודאת פי' ועשתה עצמה פחתיקה של איסור ושם כ' בהלכה (י"ג וי"ד) בשלית קבלה שקבל גט לאשה ושלחו לה בפני ב' עדים והגיע הגט לידה ה"ז מגורשת ואם הבעל מערער יתקיים בחותמו שהרי עדים מעידים שהגט שנתנו לה יצא מת"י שלוחה שידו פידה ואעפ"י שהיא אינה יודעת הרי העדים ידעו ואם לא נתקיים אינה מגורשת ולא כתב הרמב"ם דעכ"פ פסלה מכהונה דהא השלוח שלח לה הגט בפני עדים ואמר שקבל גט זה מבעלה וא"כ כיון דהוא שלית קבלה מהאשה וידו פידה הוי פאלו אמרה היא שקבלה גט זה מבעלה לדברי הריב"ש ומ"ש זה משלית לקידושין דנאמן לאסרו בקרובותיה אף אם האשה מכחשת ואומרת לא נתקדשתי ה"נ

יְהִי נֶאֱמָן שְׁקִיבֵל הַגֵּט מִבְּעֵלָה וְהוּי כְּאֵלּוּ הִיא אֲמָרָה שְׁקִיבֵלָה גֵּט זֶה מִבְּעֵלָה דְּפִסְלָה נִפְשָׁה מִפְּהַנְוֵה בְּהוֹדָאָת פִּיָּה וְה"נ תְּהִיָּה פְּסוּלָה לְכַהֲנֵה עַיִי אֲמִירַת הַשְּׁלִיחַ שֶׁהוּא כְּמוֹתוֹ א"ו דְּלֹא ס"ל לְסִבְרַת הָרִיב"ש וְצ"ע: וְעַיִין מ"מ (ס"י ר"ה סק"ה) דְּמַסִּיק הָרַמ"א אִם כְּבָר נִכְתְּבָה הַמוֹדְעָה וְהִבִּיא אַח"כ רֹאֵה דְּאֲנוּס הִיָּה הַמְּכִירָה בְּטִיְלָה וְכַתֵּב שֶׁם הַקְּצוּה"ח דְּזֶה דוֹקָא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּרֹאוּ כָּל מַה שֶׁהִיוּ יְכוּלִין לִרְאוֹת ל"ה חֲצִי דְּבָר אֲבָל לְדַעַת הָרִי"ף הו"ל ח"ד פִּינָן דְּמוֹדְעָה בְּלֹא אֲנוּס וְכֵן אֲנוּס בְּלֹא מוֹדְעָה לְאוּ פְּלוּם הוּא.

וְיֵשׁ לֹדֵם בְּמַטְלִטְלִין עֲשׂוּ עַדִי הַמוֹדְעָה פְּעוּלָה אִם תְּפִס שְׁלֹא בְּעַדִים דְּנֶאֱמָן דְּהִיָּה אֲנוּס בְּמִכְרָה בְּמַגּוּ דְּלֹא תְּפִסְתִּי אוּלָם בְּלֹא עַדִי מוֹדְעָה אִף עַפ"י"כ מְהִיָּה הַמְּכִירָה דְּתִלוּהוּ וְזַבִּין זְבִינִי זְבִינִי דְּאֲנִי אֲנוּסִי וְזוּזִי גְּמִיר וּמִקְנָה כְּשֶׁלֹּא מְסַר מוֹדְעָה וְא"כ מְהִיָּה עַדִי מוֹדְעָה אִף בְּלֹא עַדִי אֲנוּס.

וּבְקַרְקַע נְמִי בְּאִם תּוֹף שְׁנֵי חֲזָקָה נֶאֱבַד הַשְּׁטֵר וְהַמּוֹכֵר מוֹדָה עַל הַמְּכִירָה רַק דְּטוֹעֵן דְּהִיָּה אֲנוּס בְּמִכְרָה מְהִיָּה לוֹ עַדִי הַמוֹדְעָה וְעוֹד נִרְאָה לִמ"ש תּוֹס' הָא דְּמְהִיָּה שְׁטֵר הַמוֹדְעָה וְל"ה מְפִי כְּתָבָם דְּהוּי תְּקִנּוֹת חֲכָמִים שְׁיִוְעִיל כְּמוֹ כֵּן י"ל דְּמְהִיָּה עַדִי מוֹדְעָה בְּצִירוֹף עַדִים אַחֲרִים שֶׁהִיָּה אֲנוּס אִף דְּהוּי ח"ד כְּדִי לְהַצִּיל אֲנוּס מְאֻנְסוֹ אוּלָם יֵשׁ לֹדֵם פִּינָן דְּלִכְתּוּחִיָּה אִין לְכַתּוּב הַמוֹדְעָה כְּשֶׁלֹּא יִדְעוּ מִן הָאֲנוּס דְּתַתְּזִיל אֲרַעֲיָ כְּמוֹ"ש בְּש"מ ב"ב פ' חה"ב אִף בְּדִיעֵבַד לֹא יְהִי מְטַעַם ח"ד אִף אִם נֹאמַר כֵּן אִף לְשִׁיטַת הַתּוֹס' הוּאִיל דְּרֹאוּ כָּל מַה שֶׁיִּכְלוּ לִרְאוֹת מ"מ לֹא יְהִי מְטַעַם מִפִּיָּהֶם וְלֹא מְפִי כְּתָבָם וְע"כ צ"ל דְּלֹא פְּלוּג וּמ"מ לְעַנְנָן ח"ד ל"ה פְּלָל הַתְּקִנָּה.

וְע"כ צְרִיף לֹדֵם לְדַעַת הָרִי"ף דְּעַדִי הַמוֹדְעָה פְּעֵלוּ לְאִיזָה דְּבָר וּכְמוֹ"כ לְעִיל: וְהִנֵּה מְדַבְּרֵי הַש"ע אִין רֹאֵה מְוִכְרַחַת לְהִלְכָה אִם כְּשִׁיטַת הָרִי"ף אוּ כְּתוֹס' וְכ"כ בְּסִפְרָ פְּתַח הַבֵּית וְלְכַאוּרָה מְהִיָּה דְּפִסְק בְּאֵה"ע (ס"י קמ"ב ס"י"ב) בְּשִׁלִּיחַ לְהוֹלְכָה דִּיְהִיב לָהּ בְּאִפִּי הִנֵּהוּ סְהַדִי גּוֹפִיָּהוּ וְעַיִי"ש בְּב"ש דְּזֶה לְדַעַת הָרִי"ף וְהַרְמ"ה כְּדִי שְׁלֹא יְהִיָּה ח"ד אֲבָל לְדַעַת הַתּוֹס' א"צ יֵשׁ לֹדֵם דְּהַש"ע חֲשַׁשׁ לְחוּמְרָא לְדַעַת הָרִי"ף וְהַרְמ"ה וְכ"כ שֶׁם בְּב"מ דִּישׁ לָנוּ לְתַפְּנוֹס לְהִלְכָה כְּחוּמְרָא פְּסִק הַטּוֹר עַפ"י הַרְמ"ה וְהָרִי"ף וְנִפְלְאֵתִי עַל מְאוּר הַגּוֹלָה בְּעַל ח"ס שְׁפָתַי ח"מ (ס"י קמ"ח) בְּנִדּוֹן דְּהִיָּה שְׁנֵי עַדִים עַל בְּכוֹר שֶׁהוּא פְּטוֹר רַחֵם לְאִמּוֹ וְב' עַדִים דְּאֲבִיו לֹא נִשְׂא מְקוֹדֵם אֲשֶׁה אַחֲרַת וְדוֹן דְּהוּי ח"ד לְדַעַת הָרִי"ף וְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי הַש"ע אֵה"ע הַנ"ל דְּפִוּסֵק כְּשִׁיטַת הָרִי"ף וְהַרְמ"ה וְל"מ דְּהַפְּשׁוּט יְכוּל לְטַעוֹן קִים לִי דְּהוּי ח"ד אֲלֵא אִף אִם הִיָּה הַבְּכוֹר מְוִחֲזֵק לֹא הוּי מְצִי לְמִטְעֵן קִים לִי כְּתוֹס' נִגְדַּת הַכְּרַעַת הַש"ע דְּמַנִּיין לוֹ לֹדֵם דְּהַכְּרַעַת הַש"ע הִיָּה אִף לְהוֹצִיא מִהַמְּוִחֲזֵק וְכִי מְשׁוּם דְּחֲשַׁשׁ לְחוּמְרָא לְגַבִּי אִיסוּר א"א לְדַעַת הָרִי"ף וְהַרְמ"ה נוֹכַל לְדוֹן מְזָה דְּהַכְּרִיעַ אִף בְּדִיעֵבַד וְאִף לְהוֹצִיא מְמוֹן.

וְיֵמָה דְּקִשָּׁה (מְסִי' ק"מ) דְּשִׁלְשָׁה כְּתוֹת שׁוֹכְרִים יְכוּלִין לְהַעֲיֵד שְׁדָרוּ בְּהַבֵּית כָּל כַּת שְׁנָה אַחַת אִף דְּלֹא פְּעֵלוּ כָּלֵל יְבוֹאֵר אִי"ה בְּמִקּוּמוֹ וְלִדִּינָא צ"ע בְּכָל הַנ"מ שְׁבִין הַשְּׁיִטוֹת הָאֵלָה: ס"י כֹּז הַב"י (ס"י ל"א) הִבִּיא מְשֶׁם הַמְּיַשְּׁרִים אִם אִינָם מְכַחִישִׁין זֶה אֵת זֶה אֲלֵא בְּמִקְצַת עֲדוֹת וּבְקִצַּת אִינָם מְכַחִישִׁים נִתְקַיֵּים אוֹתוֹ קִצַּת וְתָמָה בְּכַנָּה"ג הָא ש"ס עָרוּף הוּא ב"ב (דָּף ל"א) הָא אִיָּתִי סְהַדִי דְּאֲבָהָתִי הוּא וְאֲכַלָּה שְׁנֵי חֲזָקָה וְהָא אִיָּתִי סְהַדִי דְּאֲכַלָּה אוֹתוֹ שְׁנֵי חֲזָקָה אֲמַרִינָן לר"ה נְהִי דְּאִיִּתְכַחֲשׁוּ בְּשְׁנֵי חֲזָקָה בְּאֲבָהָתָא לֹא אֲתַכַּחֲשׁ

וכשרה ועיימ"ש בתנמי' לנישב ויש לגמגם בדבריו מש"ס דקדושין (דף ס"ה) ה"ד אי דאיכא סהדי כו' וברשב"א ורישב"א שם: וי"ל בכוננת הרבינו ירוחם דהא הר"ן פתובות (דף כ"א) כתב להקשות על הר"ף דסובר בתרי נגד תרי המכחישים זה את זה בפסול גברא על איש אחד דפסלינו ליה מספיקא מ"ש משני פיתות עדים המכחישים זו את זו דקיי"ל זו באה בפ"ע ומעידו וזו באה בפ"ע ומעידה ומכשרינן לכ"א בפ"ע וכו' לחלק דשם פשפא פת זו בפני ב"ד להעיד אין אנו דנין על הפת השני המכחישה אז רק על אלו ומחזקינן בחזקת פשרות אבל בנידון הר"ף אנו דנין ביחד על איש זה מפח שני פיתות הללו ולפי"ז יש לכאורה לדון היכא דאימכחשו ואנו צריכין לדון מאיזה פח זוכה בהשדה כגון שפאו על ראובן שני בע"ח לדין לגבות ממנו אחד בא בכח שט"ח שיש לו על אביו והוא ירש קרקע של אביו לכן בא שיגבהו הב"ד חוב של אביו דנשתעבד לו הקרקע ואחד בא לגבות שטר שיש לו על ראובן ורוצה שיגבהו הב"ד מקרקע שלו ויש מערער על הקרקע והביא עדים דשל אבותיו הוא ובא פת שני והעידו דשל אבותיו של ראובן הנה וגם דאכל שני חזקה ויש לב"ד לדון באיזה פח לזכות לראובן בהקרקע אם שיזפה בכח דאכל שני חזקה יגביהו לבע"ח של ראובן ולא לבע"ח של אביו ואם יזפה בכח דשל אבותיו הנה יהיה זוכה בע"ח של אביו לגבות חובו י"ל דבזה אין אנו יכולין לקיים העדי אכילה דאז יסתלק בע"ח דאביו וצריכין אנו לדון שלא לקבל עדותן שיעידו דשל אבותיו הנה כיון דיש פת אחרת המכחשת להללו ואומרים דשל אבותיו של המערער הוא וא"כ דנין הב"ד עכשיו על כל עדותן וי"ל כיון דצריכין לדון דאלו משקרים הם במה שאמרו של אבותיו ה"א הואיל דכת אחרת מכחישים יש לומר דבזה לא מקבלין שוב עדותן של אכילה.

ועד כאן לא מצינו בש"ס רק דאוקי אכילה בהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא היכא דליכא שום נ"מ באיזה צד ומאיזה פח זה בא לזכות רק שאלו דנין על גוף הקרקע אבל באם צריכין לדון מאיזה פח שיזפה ואנו צריכין לומר על מה דאמכחש דאינו זוכה בכח זה רק בכח אחר שלא אמכחשו א"כ אנו דנין עכשיו על אלו העדים דספק פסולין המה יש מקום לומר דמסקינן עדותן לגמרי ונשארו בספק: אף נראה דהר"ן לא הוצרך לדון בסברתו הואיל דאין אנו דנין על עדות אחרת מחזקינן לפשרים רק על עיקר הדין דזו באה בפ"ע ומעידה אע"ג דיזענו דהוכחשו פ"ח מפת אחרת דמ"מ כשרי' לעדות אחרת כיון דלא דנין אז על אחרים אבל ממילא כיון דכשרים הם לכל עדות דעלמא ממילא אף באותו עדות מקבלין דברייהם במה דלא אמכחשו אף דאז צריכין לדון מאיזה פח מחזקינן לזה להאי ארעא מ"מ כיון דלכל עדות דעלמא כשרים הם לא נוכל לגרוע עדותן ולסלק במה דלא אמכחשו ומקבלין עדותן גם בזה אולם זה לא שמענו מהש"ס ממה דקיי"ל כר"נ דאוקי אכילה להדי אכילה וארעא בחזקת אבהתא דשם ליכא שום נ"מ רק בין אלו הבאי' לדון אבל כשיש נ"מ מאיזה פח להחזיקו באותו נידון אינו מבואר דבכ"ז במה דלא אמכחשו מקבלין עדותן ולימד אותנו הרבינו ירוחם דאעפ"כ כיון דכשרים הם לעדות דעלמא מחזקינן לעדותן אף באופן זה במה דלא אמכחשו.

שוב ראיתי מעין זה בס' ברית אברהם: סי' כח מי שהביא עדים והוכחשו מתוך עדותן כו' ואח"כ הביא עדים אחרים ונמצא עדותן מכוננת דנים על פיהם ש"ע (סי' ל"א ס"ד) ובסמ"ע שם דהטור שינה מלשון הרמב"ם דכתב והוזמו משום דהזמה אינה שכיחא.

ובבאמת בש"ס מכות (צ"ה) קתני ואשתקד ופירש"י הכחישו זה את זה בדרישות ב"ד כשפדקו ועיין בב"ח ויש לחקור פיון דבאמת דעת ר"ל שם דהחזוק זה להביא עדי שקר ולא נקבל עוד עדות אחרת רק ר' יוחנן אמר אם החזוק זה כל ישראל מי החזוקו.

וי"ל דרמב"ם נקיט רבותא דאף בהזנמו ובנדאי עדי שקר היו מ"מ לא חיישינן להחזיק אחרים לשקרנים אבל מ"מ י"ל דהוי פדין מרומה וצריף דרישה נחקירה אם לברר הדבר פדעת הריב"ש או לדעת הסוברים דצריף דו"ח גמורה כמו דנ"פ.

ועיין תומים (סי' למד) דהעלה דצריף דו"ח לגמרי פדין מרומה וי"ל דעכ"פ פיון דהחזוק להביא עדים שקרנים צריף דו"ח גמורה או די"ל פיון דאמרין כ"י מי החזוקו מכשרין לעדותן של המכוננים גם יש לחקור פיון דזה החזוק להביא עדים שקרנים אם יש לו דין כמו בהעידו עדים דמהדר לזיניף כשמוציא שטר אף בנתקיף פסול וה"נ אם מוציא אח"כ שטר אם חיישינן לזיוף ועיי"ש בריטב"א הא דל"א גבי שטר אם הוא החזוק כל ישראל מי החזוקו דהתם חיישינן דציורי צייריה איהו גופיה וכאן אתו סהדי גופיהו והעידו בפיהם וכ"כ בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קמ"ג) א"כ י"ל דוקא פיון דמסהדי בפיהם אבל כשמ כשמוציא אח"כ שטר חתום בעדים יש לומר דחיישינן שמה זיניף ועד דלא מסהדי בפיהם חיישינן.

או דיש לומר דוקא שם דמהדר לזיניף לכך חיישינן אבל פאן דלא החזוק רק להסית לעדים שיעידו בשקר ל"ח על זיוף חת"י: שוב ראיתי בכנה"ג (סי' ס"ג) שכתב דוקא כשבא להם שזיניפו אבל אם הביא עדים ואשתקד והוציא שטר מקניינים לפנינו גובה בו וכתב משם מהרי"ט וספר בני שמואל ועיין מהרי"ט אה"ע (סי' מ') שהוכיח פן מדאמרין האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה ול"א האי גבירא ריעא לא מגבי בשטרא א"ו כ"ז דלא החזוקו לזיופים אחרים לא מרעינן לשטרא המתקיים ע"י דימוי.

וכתבתי זאת מפני שראיתי במחבר אחד דכתב ממה דכתב הר"י מיגאש משום דהעדים העידו בפיהם בפני ב"ד משמע בהחזוק להביא עדים שקרנים ל"מ עדות בשטר והדברים פשוטים דאין להוכיח כלל לאורוע' שטרא כ"ז דלא מיהדר לזיניף ואם החזוק להסית לעדים שיעידו בשקר אינו חשוד לזיניף וכמו"ש מהרי"ט ואין פאן שום הוכחה לנגדו מדברי הר"י מיגאש: וראיתי בכנה"ג (סי' ל"א) שכתב וז"ל דוקא בשני עדים אמרינן הכי אבל אם בא עד אחד חיישינן שמה שקר הוא הרא"ם ז"ל הרח"ש ז"ל בתשובה חלק אה"ע (סי' י"ט) ולכאורה לא אדע למה הא כללא הוא כל מקום ששנים מחייבין ממון עד אחד מחייבו שבועה וכמו דאמרין לגבי עדים לחייבו ממון דאם הוא החזוק כ"י מי החזוקו פן נמי לגבי עד א' לחייבו שבועה למה יגרע חזקתו.

ועינתי במהרח"ש שם וראיתי פי לא דן ע"ז הר"א מרח"י ז"ל ולא הוא לענין נאמנות עד אחד לחייבו שבועה רק על מה שכ' הרמב"ם (פי"ג) מגירושין באשה שאמרה לבעלה גרשתי בפני פו"פ ובאו העדים והכחישוה ואח"כ הלכה היא ובעלה ובאה ואמרה מתבעלי דאינה נאמנת פיון שהחזוקה שקרנית בא עד א' והעיד שמת בעלה לא תנשא שמה היא שקרה אותו וע"ז כתב הר"א מרח"י ז"ל לחלק בין הא דאמרין אם היא החזוקה כ"י מי החזוקו דהתם דוקא בב' עדים שהאמינה אותם התורה לכל דבר אין לנו לחשוד אותם לשקרנים מטעם דהיא החזוקה אבל בעד המעיד שמת בעלה דאינו אלא

עד אָחד שְׁהתוֹרָה לֹא הֶאֱמִינְתוּ לְכָל עוֹן וּלְכָל חַטָּאת אֲלֵא לְעִנְיָן שְׁבוּעָה בְּלִבְד מִשׁוּם דְּעַד אָחַד עֵבִיד לְשִׁקְר וְלֹא סְמְכִינֵן אֲלֵא בְּעֵדוּת אִשָּׁה דְּהִיא דִּיִּיקָא וּמִינְסַבָּא אוּ דְּהוּי מִילְתָּא דְּעֵבִידָא לְגִלוּיִי וְהִיכָא דְּאִיכָא רִיעוּתָא פִּי הִיא דְּהוֹחֲזָקָה שְׁקִרְנִית לֹא סְמְכִינֵן עַל הָעַד שְׁהִבִּיאָה.

וכן המרח"ש דן שם לענין קידושין שע"א העיד שפלוני הנה עמו הואיל דהמקדש הוה חזק שיקרן ומבקש אחר עדי שקר והפל הוא במקום דמן הדין אין עד אָחד נאָמן רק או בצירוף דִּיִּיקָא דְּאִשָּׁה או לחוש לחומרא במקדש בעד אָחד אָבל בְּדָבָר דְּעַד אָחַד נאָמן מן התורה פגון לחייבו להגותבע שבוועה ודאי כמו דאמרינו לגבי שנים אם הוא הוה חזקו כ"י מי הוה חזקו לחייבו ממון פן עד אָחד מחייבו שבוועה וזה פשוט וברור ויען הכנה"ג ז"ל העתיק הדברים בקיצור אמרתי לבאר הדברים שלא יהיה מכשול להמעיינים: סי' כט פתב הרמב"ם פ"ה מעדות אין חותכין דין מן הדינין עפ"י ע"א לא דיני ממונות ולא דיני נפשות שנאמר לא יקום עד אָחד כו' ומפי השמועה למדנו שקם הוא לשבוועה בב' מקומות האמינה תורה עד אָחד בסוטה שלא תשטה מי מרים ובעגלה ערופה שלא תערוף כמו שפיארנו וכן מדבריהן בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה ויש לדקדק מדברי הרמב"ם מדסתם וכ' בסוטה שלא תשטה ולא פירש דע"א האומר נטמאה נאָמן לאָסור משמע דס"ל דנאָמן אף להתיר כשמעיד שלא נטמאה באותו סתירה ועיין מ"ש בחלק הראשון דיני שחיטה סוף (סי' ה') הבאתי דברי הא"ר דמסתפק בזה ודברי הגו"ב דפשיטא ליה דהואיל דיש רגלים לדבר אין עד אָחד נאָמן לומר לא נטמאה ומדברי רשפ"א בש"מ פתובות דמשמע דע"א נאָמן ומדברי ירושלמי (סוף פ"ו) דסוטה דמשמע דאינו נאָמן ועיין תוס' מס' סוטה (דף כ"ח) ד"ה מה דהקשו וכי אצטרף קרא למיסר ספיקא וכתב דהפתוב אוסרה קודם שתיה כאלו הוא ודאי ועשה איכא משמע קצת פגון דהוא בכלל עשה ואינו כשאר ספיקות שוב אין עד א' נאָמן.

אף י"ל להיפך ממה דדחקו תוס' לומר נ"מ דאפילו אם היא טהורה נענש בב"ד של מעלה אם בא עליה כמו על חייבי עשה ולא פתבו בפשיטו' הנ"מ אף לב"ד של מטה דהפתוב אסרה כאלו הוא ודאי דאין ע"א נאָמן להתירה ולומר דלא נטמאה סברו דבאמת נאָמן אף דיש רגלים לדבר ויש לצדד לכאן ולכאן בדברי תוס' ובדברי הרמב"ם י"ל אף דסתם וכ' האמינה תורה עד אָחד בסוטה שלא תשטה מ"מ פגון שכתב כמו שפיארנו ובהלכות סוטה אינו מבואר רק דהעד האומר נטמאה נאָמן לאָסור י"ל דסובר דלהתיר א"נ פגון דיש רגלים לדבר וכמו שהוכחתי שם מדברי הירושלמי: ויש להעיר למה כ' הרמב"ם דרק בב' מקומות האמינה תורה עד אָחד הא נאָמן עד אָחד באיסורין לא מבטיח אם נאָמר כמו"ש הש"ך יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ט"ז) דדעת הרמב"ם פשיטת האחרונים דנאָמן לאָסור אף נגד חזקה היכא דאינו מכחישו מדכ' בהלכות נזיר דבשותק או מסתפק לו מביא קרבן עפ"י עד אָחד וע"כ דנאָמן מה"ת א"כ למה כ' בב' מקומות האמינה תורה עד א' הא בכלל איסורין נאָמן ע"א אלא אף אם נאמר דדעת הרמב"ם פשיטת התוס' וסייעתם דאינו נאָמן רק מטעם שתיקה פהודאה דמאי ולא משום נאָמנותיה של העד הוא מ"מ זה דוקא היכא דאתחזק התירה אָבל היכא דיש ספק לפנינו נאָמן עד א' לברר הדבר כמו בחתיקה ספק חלב ס' שומן דנאָמן עד אָחד לומר דחלב הוא ומחזקינן לאיסור אף ללקות אח"כ ע"ז למי שאכל כמבואר ברמב"ם הלכות סנהדרין (פט"ז) דהאיסור עצמו בעד א' יוחזק.

ובאמת מפמה מקומות ברמב"ם יש להוכיח דדעתו כמו"ש הש"ך דאף בא"י עא"נ ולא מטעם שתיקה פהודאה ועיין ברמב"ם (פ"ט) מאישות עד אחד אומר מקודשת היא וע"א אומר אינה מקודשת לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי ועיי"ש במ"מ דהקדשתה ל"מ פיון דמסייע לה העד לומר דלא נתקדשה ואם היא א"י סובר אף אם לשאת תצא וע"כ שם הוא רק מדרבנן דמד"ת אין דבר שבפירוה פחות משנים ואם באיסורין לא האמינה התורה עד אחד אף בלא הכחשת הבע"ד למה החמירו חכז"ל באישות כל פה א"ו פיון דבאיסורין נאמן עד אחד בלא הכחישו לקה החמירו חכז"ל גם בדבר שבפירוה ועיין מ"ש באנרף בזה בח"ר דיני שחיט' (סי' ה') וכן לא מצינו ברמב"ם דיאמר דמטעם שתיקה נאמן עד אחד באיסורין שהוא פהודאה רק כ"ז דלא הכחישו נאמן משמע דס"ל מצד נאמנות שלו וא"כ יש לדקדק למה פתב הרמב"ם דרק בב' מקומות האמינה תורה עד א' וא"ל דכוננתו בהכחשת הבע"ד דאעפ"כ האמינה התורה לעד אחד גבי סוטה אבל באיסורין אם מכחישו הבע"ד א"צ דהא הרמב"ם פתב בפעלה ערופה שלא תערוף וישם אם יש מי שמכחישו מיד ג"כ אינו נאמן א"כ לענין איסור באינו מכחישו ג"כ נאמן: שוב ראיתי בספר קדושת יו"ט מהגאון מהרי"ט אלגאזי ז"ל (סי' טו) דעמד ע"ד הרמב"ם בזה למה לא מנה נמי דעד א' נאמן באיסורין וכתב ואולי הרמב"ם סובר פשיטות ר"ת ודעימיה דמטעם שתיקה פהודאה הוא וכבר פתבתי דזה לא נראה מפמה מקומות ברמב"ם וכמו שכתב הש"ך יו"ד בדעת רמב"ם דמטעם נאמנותו דעד א' הוא ובא"י ג"כ נאמן וגם הא עכ"פ בספק נאמן לברר והחזוק על ידי ע"א אף ללקות.

ואף בדבר שבפירוה נאמן עד אחד לברר האיסור: ויש לומר למה שהוכיח הכו"פ (סוף סי' ל"ט) בדעת הרמב"ם דסובר פדעת הריטב"א דל"א כ"מ שהאמינה תורה עד א' הרי פאן שנים ואין עד א' יכול להכחישו פנשאו בזה אחר זה רק בדבר שבפירוה דצריף ב' אבל בשאר איסורין דעד א' נאמן אין לו נאמנות יותר מעד אחד אפילו בא פתחילה וכתב דבסוטה ובפעלה ערופה גלי קרא דבזה הוי כב' עיי"ש ובספרי ח"ר (סי' ד') גמגמתי הרבה בדבריו דבסוטה ופעלה ערופה צריף קרא להאמין עד אחד עיי"ש וכתבתי דאדרבה ממה דכתב הרמב"ם האיסור החזוק פעד אחד ללקות עליו יש להוכיח דהוי כב' דאם הנה עד אחד יכול להכחיש ל"ה לוקין ע"י עדותו של הראשון אולם פתבתי מדסתם הרמב"ם משמע דאף ע"י עד פסול כמו אשה גם פן החזוק האיסור ללקות אף דסובר דעד פשר יכול להכחיש עד פסול אף בזה אחר זה ועיין בדברי חיים יו"ד (סי' כ"ז) דדעתו באמת בדברי הרמב"ם דדוקא פעד פשר דהוי כב' ואין א' יכול להכחישו אז החזוק פעד א' ללקות ולא על ידי עד פסול ומתריץ בזה קושית הפנ"י על הרמב"ם מהא דאין האב נאמן לומר קדשתי פתי לסקול ע"י.

ומ"מ אין הברח ברור לזה דיספור דגם באיסורין אמרינו כ"מ שהאמינו לעד אחד הוי כב' ויש לומר דסובר פדעת הריטב"א וכמו שכתב הכו"פ וקוש' הפנ"י יש ליישב בכמה דרכים אחרים ואם פן יש לומר דהרמב"ם בא ללמדנו דאין חותכין דין מן הדינין עפ"י עד א' שיהנה ברור ושאין עד א' יכול להכחישו ובב' מקומות האמינה תורה עד אחד פסוטה ובפעלה ערופה ומדבריהן פעדות אשה שמת פעלה בזה נחתה הדין ונאמן עד א' פשנים ואין אחר נאמן להכחישו הואיל דמן הדין הנה צריף שנים ע"כ דיש פח להעד



א' כב' וכן מדבריהם בעדות אשה דמן הדין אין דבר שבערונה פחות משנים ע"כ דחכו"ל האמינוהו כב' מטעם דדייקא או משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי ואח"כ פתב כ"מ שיעד א' מועיל אשה ופסול כ"כ מעידי' ואף דלא האמינום כב' ועד פשר יכול להכחישם וכבר פתבתי לעיל (סי' כ"ד) דיש הבדל בין סוטה לעגלה ערופה וסמך הרמב"ם בזה במה שכ' במקומו דבסוטה גזלן דאורייתא א"נ כמו בעדות אשה דמת בעלה ושללא לערוף אף גזלן דאורייתא נאמן שלא לערוף [ובס' קדושת יו"ט שם רוצה לומר בדעת הרמב"ם מדלא ביאר בהלכות סוטה באשה אמרה נטמאה דלא אלימה ליחשב כב' עדי' פדי שנאמר אין דבריו של אחד במקום שנים כמו שכ' בהלכות רוצח ס"ל דבסוטה פיון דאיכא רגלים לדבר דקנא לה ונסתרה אלים טפי ואף אשה ופסול חשבינו כעד פשר לחשוב כב'.

ונה נגד דעת אחרונים וגם הא חזינו דשלא לערוף אף גזלן דאורייתא נאמן לומר ראיתי את ההורג ובסוטה אינו נאמן ועוד יש כמה הוכחות נגד זה] ולא מנה הרמב"ם פאן דעא"נ באיסורין פיון דלא האמינוהו כב' ואף א' יכול להכחישו אח"כ ולא נקרא חתוף הדין דהוי רק פמודיע דנאמן כשאינו מכחישו אם לאיסור אם להיתר מטעם דאין אדם חוטא ולא לו או מדכתיב או הודע אליו מ"מ אם אין מכחישו מהימן כמבואר פרייתות (דף י"ב).

ולפי"ז משמע קצת מדברי הרמב"ם מדכתב ומפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה דבזה נמי אמרינו כ"מ שהאמינה תורה עד א' הוי כב' ואין עד המכחישו אח"כ פוטרו ודלא כמו שפכת הש"ך (סי' פ"ז) ועיי"ש מ"ש בתנאים וקצוה"ח וי"ל נמי פיון דכל מקום שב' מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה ואם הנה לו צירוף עוד היו מחייבין ממון ולא היינו משגיחין על העד המכחיש כלל לכה נמי חייב שבועה פדי שיתברר הדבר אף דעד אחד מכחישו ואכ"מ בזה: וכן נמי לענין דיני ממונות היכא דאין אחד מוחזק דמבואר בר"ן חולין פ' גה"נ דעד אחד נאמן להחזיר אבידה ע"י פשמעיד למי הוא האבידה הואיל דליכא ח"מ והא דמבואר ב"מ (דף כ"א) בזה אמר סימנים וזה אמר סימנים ועד א' דיניית שם פיון דכל אחד אומר סימן מיגרע גרע כמו שכתבו האחרונים ובאמת תליא בזה אם עד אחד נאמן בדבר שבערונה בלא איתחזק איסורא ואם בדבר שבערונה עד אחד נאמן היכא דליכא חזקה כמו כן לגבי ממון היכא דליכא ח"מ עד אחד נאמן דילפינו דבר דבר ממון.

וכמו שפכת מהרי"ק (סי' ע"ב) ומה שהשיג עליו הש"ש (ש"ו פ"ג) דגבי ממון אף להחזיק אין עד אחד נאמן דבריו תמוהין דנדאי מה שבלעדי העד היינו מחזיקים לדבר כמו שהוא אף להוציא אין עד אחד נאמן לפטור רק אם עד פוטר משבועה יש מחלוקת הפוסקים אבל דבר שהוא בספק יש לומר דעד א' נאמן וכ"כ בדבר שבערונה.

וכבר פתבו האחרונים דעת הר"ן גיטין (דף ס"ד) דאין ע"א נאמן בדבר שבערונה אף דלא איתחזק איסורא ומ"מ דעת הר"ן דמחזירין האבידה ע"י עד א' ועל פרוך צריך לחלק בזה. וכבר פתבתי בדברי חיים חלק אה"ע דיני אישות (סוף סי' ג') דיש לומר דטעמא דר"ן הוא משום דיש לומר פרי ושמא פרי עדיף כמו שכ' הפנ"י פ"א דכתובות דהא דאין מחזירין האבידה בטענות פרי הוא משום דהוא נגד הרוב די"ל מרובא דעלמא נפל ואם כן שוב פשיש עד אחד דנאמן נגד הרוב נשאר טענות פרי נגד שמא.

אולם זה א"ש לדעת הרמב"ן דסובר דאף בל"ה ל"ה למידע דל"ה ברי טוב ושמא גרוע ג"כ אמרינו לר"ה ור"י ברי ושמא ברי עדיף אבל לדעת התוס' דדוקא בברי טוב ושמא גרוע אמרינו ברי עדיף אבל בל"ה ליה למידע דהוא ברי גרוע ושמא טוב לא אמרינו ברי ושמא ברי עדיף אם פן לגבי אבידה דהוי ברי גרוע ושמא טוב ל"ה מוציאין מיד המוצא האבידה וע"כ דהר"ן אתי עלה מטעם נאמנות דע"א הואיל דאין פאן הוצאות ממון וגם בלא"ה יש לגמגם טובא בדברי הפנ"י לתת לזה דין ברי נגד שמא פינו דלא ידענו למי הוא וממי נפל הוי פאלו אין הבע"ד בפנינו.

ואולי יש לומר פינו דהמוצא אין לו בזה שום טענה רק התורה רמזא עליו המצוה לקיים השבת אבידה ועד שיתברר למי הוא הוי פשוטר ממילא הוי לגבי המוצא פטענה ברורה דידוע שחייב לקיים בו מצות השבת אבידה.

אולם פינו דהוא נוגע לגבי עצמו ודאי א"י בטענתו לחייבו להחזיר לו האבידה ואצטרף קרא לאהדורי אבידה בסימנין אולם עד א' נאמן לחייבו בהשבת האבידה הואיל דל"ה ח"מ לגבי המוצא הוי כמעיד לענין איסור דחייב להשיב לזה האבידה וכמו בכל מקום דעד א' נאמן באיסורין ודבר שבפירוה דיש גז"ש דבר דבר מן ממון היינו אף בלא אתחזק איסורא לדעת הר"ן וסייעתו דא"נ פן נמי לענין ממון רק לענין השבת אבידה הוי כמו לענין איסור.

וי"ל ג"כ דל"א בזה כל מקום שהאמינה כו' להיות פשנים שלא יהיה יכול אחד להכחישו ולקף לא פתב הרמב"ם רק בב' מקומות האמינה התורה ע"א ולא גילף מזה דעד אחד אינו נאמן בדבר שבפירוה בלא אתחזק וכן בממון היכא דליכא חזקה דע"א אינו נאמן די"ל דנאמן רק דל"ה כב' ואחד יכול להכחישו אח"כ: ובאמת מצינו חולקים על הר"ן חולין הנ"ל דבריטב"א גיטין (דף כ"ז) דכ' אפילו פי מהדרינו לצורבא מרבנן אביד' בטביעת עין אומר רבינו דדוקא בדבר שהוא שלו אבל באומר דבר זה מפלוני הוא ואית להו טביעות עינא בגויה לא דהא ודאי עדות פינו שמעיד לאחרים ובעדות לא מהימן לן צורבא דרבנן טפי מע"ה עכ"ל [ועיין ב"ש אה"ע (סי' קל"ב) דכתב דאדם אחר נאמן בט"ע בלא מגזו וכבר השיגו עליו שם הב"מ והת"ג ומה שכתב שם הב"מ דלא מחזירין אבידה בעד אחד כמבואר לכל יודעי דת ודין אינו פן דעת הר"ן חולין ויש להב"ש על מי לסמוך דאף דהוי דבר שבפירוה לענין גט מ"מ יש לומר פינו דעיקר עדותו הוא לענין החזרת הגט ויבואר בזה במ"א דמוכח מש"ס ריש סוטה דגם בכה"ג הוי פנידון על דבר שבפירוה] הרי מבואר דהריטב"א ורבו חולקין על הר"ן וכבר פתבתי מזה בהגהותי בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) להוכיח דהרמ"א ז"ל הכריע דאין עד א' נאמן אף להחזיר אבידה ובמקנה דליכא ח"מ מדכ' (סי' רפ"ד ס"א) ולא מורידין קרוב לירוששה עפ"י עד א' ומשמע אף פשמונח הירוששה ואינו פניד שום אדם רק ת"י הב"ד שצריכין לחקור אחר היורש מי הוא וכשלא נודע לנו משום קרוב הקודם לירוששה והוי פאבידה ואעפ"כ אין מחזירין עפ"י עד אחד וכן יש להוכיח קצת מעובדא דמרי בר איסק ב"מ (דף ל"ט) וש"ס פתובות (דף כ"ז) ועיין בתוס' ב"מ שם ובהפלא' פתובות שם דיש לפלפל טובא בדבריו: וראיתי למי שכתב להוכיח דעד אחד נאמן בממון היכא דליכא חזקה דממונא ממה דכתב הרמב"ם (פ"ד) מנחלות יעקב שמת והניח ראובן ושמעון ולא

החזק לו בן אלא שניהם משמע דאם החזק לו בן אחר אלא שהאחים אינם יודעים אותו הנה מהימן האי אח לומר זה אחי פינן דליכא חזקת ממון דחלק שלישיית לאו דידהו הוא נאמן עד אחד וכל מקום שנאמן עד אחד גם קרוב נאמן ואין זה הוכחה כלל דנוכל לומר להיפך דאם החזק עוד בבו שלישי ל"ה שמעון נאמן על לוי שזה אחיו ול"ה נוטל עמו אף מחלקו דחלק שלישיית של זה הבן שלא נודע מי הוא הנה צריף להיות מונח ביד אחרים.

דעד א' א"נ אף שהוא לברר ואף דעת הר"ן קידושין (דף ס"ג) דלכך נאמן באומר האב קדשתי את בתי ואיני יודע למי פשבא אחד ואמר אני קדשתייה אף דאין דבר שבערנה פחות מב' משום שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדש' לו והיינו דאינו רק כמברר האיסור מ"מ הא גם שם לרב א"נ לכנוס רק ליתן גט מטעם דא"א חוטא ולא לו וגם משום דמירתת מן האב ולא חציף לכך קיי"ל כרב אסי דנאמן אף לכנוס משא"כ אם בא אחד ואומר שהוא בנו של המת ל"ש לומר פן ובפרט פינן דאחיו מסייעו ל"א דלא חציף לומר פן: ועיין רמ"א (סי' רכ"ב ס"ד) באומר שדי מכרתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני הלוקח נאמן ועיי"ש בפ"ה דהביא חולקים ע"ז הרשב"א בשם הירושלמי.

ובאמת לפי מה שראיתי בחידושי מהרי"ט ז"ל בקידושין דפירש דברי הירושלמי מהו אין למידין ממנו דבר אחר אחת משדותי מכרתי ואיני יודע למי מכרתי' בא אחד ואמר אני לקחתיה לאו כל הימנו אף בקידושין פן אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע למי קדשתייה ובא אחד ואמר אני קדשתייה לא כל הימנו וכתב מהרי"ט ז"ל דע"כ לא הימנוהו רק בידוע מי נתקדשה דחזקה לא קלקל נפשיה להיות באיסור אשת איש כל ימיו ולא חציף בכך אבל כשאב א"י איזה בת נתקדשה סומך בדעתו שזאת אינה שנתקדשה לאחר ולכי איגלאי מילתא שקדש האחר אחותה לא מכסיה בזה שהעליל לקחת את הפנויה וכמו כן לענין שדות אם היתה שדה ידועה מפיך ליה מיד המוכר פינן דטוען פרי ומוכר שמה וכמו בדין כל דאלם גבר דהטעם מי שטוען שקר לא יתחזק וימסור עצמו שיאמר מה בצע באלמותי אח"כ יביא עדים ויוציאנה מידי.

אבל בב' שדות לא הפסיד הרמאי הוא יודע שאם יביא עדים יעידו על שדה אחרת וגם בב' שדות יאמר המוכר שמה אין זה השדה ולמחר יברר אחר ויקח האחרת וכן בבת בידוע מי נתקדשה כבר יצתה מחזקת פנויה לכך נאמן להעמידה על חזקתה אבל אחת מבנותי פל אחת ואחת יש להעמידה בחזקת פנויה ולא כל הימנו לגרוע חזקתה עכ"ד הנכונים למאד.

ומאד לפלא בעיני על שראיתי לשלשה גדולי הדור דאזלי בתר איפכא הראשון בספר בית מאיר שכתב (סי' ל"ז ס"כ) ע"ד הרמ"א שכתב וי"א אם החתן עמד לפניו תחלה ולא הפירו ואח"כ אמר שמכירו א"נ וכתב הב"מ ונ"מ לאמר אחר מיתת פלוני שעמד לפניו שא"נ והיא אסורה לכ"ע מבואר מדבריו אם לא עמד לפניו תחילה נאמן האב אף לאחר מיתת פלוני להתירה לעלמא ודין זה צ"ע הא עד אחד אינו נאמן רק לברר הדבר ולהעמידה בחזקתה חזקת א"א דאינה מוציאה מחזקתה אבל כשמעיד דעכשיו היא פנויה דנתקדשה לזה שכבר מת שוב אין עד אחד נאמן ואינו דומה לעד האומר מת בעלה דשם ידענו מי הנה בעלה אבל כשנאסרה ונתחזקה בחזקת אשת איש ולא ידענו למי נתקדשה

א"נ רק זה משום חזקה א"א חוטא ולא לו אכל פשמת ובא אחר להעיד שזה שמת קדשה ונדאי א"נ להוציא מחזקת א"א ול"ש לומר החזקה דא"א חוטא וא"ד לכל עד האומר מת בעלה כמובן מעצמו.

ועיין ספר תורת גיטין (סי' ק"כ ס"ק י"ב) דכתב פן להדיא והדברים פשוטים כמו שכתב מהרי"ט דהיכא דבא לברר ולהעמידה בחזקת א"א נאמן עד א' ולא פשבא להתיר. השני בספר עצי ארזים (סי' ל"ה ס"ק כ"ג) פתב בפשיטות בדין האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שבעולם דכמו שכתב הרמב"ן אם הקרובות עומדות לפנינו אין חזקתן מועלת לאשה זו וכתב שאם אחת אומרת אותי קידש שישכח להגרשה ולהיות מותר בכל הנשים עפ"י דיבורה שחזקה אין אדם חוטא ולא לו ומדמה לה דא"י למי קדשתיה ועיי"ש עוד בדבריו וזה לא נהירא גם פן דע"כ לא פתב הרמב"ן רק פשמבררת להעמידה בחזקתה חזקת פנויה דנאמנת לברר אכל לומר אני נתקדשתי דמעידה להוציא נפשה מחזקת פנויה ולהחזיקה בחזקת אשת איש ונדאי דאינה נאמנת וא"ד לשם פלל דשם מעיד להעמידה על חזקתה משא"כ פשמעידה להוציא נפשה מחזקת פנויה ונדאי דא"נ אף דמטעם חזקה שלים עושה שליחותו מחזקינן ונדאי קידש פנויה אחת מ"מ פשאנו דנין על הפרט על כל אחת ואחת יש לה חזקת פנויה וכשפאנו להחליט דזו נתקדשה מוציאין אותה מחזקת פנויה ונדאי לכ"ע אין דבר שבערוה פחות משנים וכמו שכתב מהרימ"ט ז"ל.

ובכן תמהני גם פן על הגאון המובהק שארי המגוים ז"ל בספר זית רענן ח"ר חיו"ד דלא ירד לחלק בין הנפרדים דלברר אינו נאמן רק היכא דמעידה על חזקתה ולא להוציא מחזקתה: הדרן דברינו די"ל הא דכתב הרמ"א באמר אני הלויקם נאמן היינו פשידע המוכר איזה שדה מכר ואינו ראי' מרשב"א וירושלמי דשם איירי כשא"י ג"כ איזה שדה דבא ג"כ להוציא השדה מחזקת מרא קמא דאף היכא דנדאי מכר אחת משדותיו מ"מ עלכל שדה שאנו דנין שיהי' לאוקמי על חזקת מרא קמא ודלא כמו"ש הנתיבות (סי' ע"ה ס"ק י"א) כמו שיתבאר לקמן אי"ה דיני טוען ונטען וכמו שפכר הרגיש ע"ד אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ב') דיני טוען ונטען ובזה אף עד אהד אינו נאמן וכ"ש בע"ד אכל פשמכר שדה ידועה ואינו ידוע למי י"ל דבזה מטעם דלא חציף אמרינו ברי ושמא ברי עדיף.

ומ"מ עד דעלקמא יש לומר דאינו נאמן וכמו דמוכח מדברי רמ"א (סי' רפ"ד) הנ"ל דהיכא דחבירו אינו מכיר בשקרו אינו נאמן אף עד אהד ובטענות ברי ומסתימת ד' הרמ"א משמע אף אם אין שום אדם מוחזק בקרקע ואינו ת"י שום אדם ג"כ אינו נאמן ובמקור הדין דרמ"א שהוא מהריב"ש (סי' מ"ו) שם היה נפתלי מוחזק בהפקדון וצריף להוציא מידו בב"ד ע"י הגדות העד וכתב הריב"ש שיש להב"ד לחוש שלא להוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן מ"מ הרמ"א סתם הדברים דלעולם אין מורידין משמע דבכ"מ אין ע"א נאמן להחזיקו ליו"ש ברור אף פשאנו ת"י שום אדם.

ועיין (סי' קמ"ו ס"ט) ומ"ש שם הנתיבות (ס"ק ט') דמדברי הרמ"א הנ"ל משמע דל"א בזה ברי ושמא ברי עדיף ובאבידה פשמצא והגביה אם אומר ששלו הוא ונדאי אין

מוציאין מידו אבל אם יודעים הב"ד דממון זה המונח שינה לאחד וא"י למי אינו נאמן ול"א בזה פרי ושמה פרי עדיף ואף עד אחד אינו נאמן.

ועיין נתיבות (סי' ר"פ ס"ק א') שהקשה למה נאמן שמעון פשאומר על לוי שהוא אחיו לענון שהוא יורש כל נכסיו הא כל יורש צריך עדים וכתב דוקא פשיש פאן יורש אחר אז צריך עדים אבל פשמת פאן אחד ולא נודע מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי ליורש אותו נאמן ויורש אותו ואם בא אחר ואמר אני קרובו יותר הדין כל דאלם גבר רק בין שניהם ודבריו צ"ע למה נותנים לו הירוששה הא לא גרע מבאבידה דל"א בזה פרי ושמה פרי עדיף ואף עד אחד לא מהימן כמו דמשמע מסתימת דברי הרמ"א הנ"ל ובקושיתו הנ"ל למה שמעון יורש לוי י"ל פיו דכבר אמר שהוא אחיו בעוד לוי חי והחזיקו לאחיו ונתן לו חלק מירוששת אביו אנו סהדי דהאמת אתו ומה לו לשקר ודומה להא דאמרין גבי עד אחד באיסורין אף במקום דא"נ מתוך שנאמן להפסיד שפרו נאמן לאסור ואף דמבואר בר"ן וריטב"א שם דרק לגבי איסור אמרינן סברת מתוך אבל במקום אינו נאמן משום מתוך על חבירו הא כ' משום חשש קנוניא אבל פאן ל"ש זה ועיין בעה"ת (שער נ"א ח"ב) ובמה שכתבתי בדברי חיים דיני פתובה (סי' כ"ה) וכאן כ"ע מודים פיו דאז אינו מעיד על שום דבר רק חובתו וכיון דהחזיק לאחיו לכך יורש אותו ועיין תשובת הריב"ש (סי' קפ"ב): וכן יש להוכיח מדברי הגהות אשרי ב"ב (דף קל"ד) דהביא משם הריב"ם באם אמרו שאר האחים דאין זה אחינו מה יהא בחלקם וכתב גראה שמנזחים עד שיבא אחד מירששים שלו מן האב ולאותו אח שאמר אחינו הוא לא יהיבין אלא חלקו שהוא מודה שאין לו בהם יותר וגם הפקר ל"ה שאין לה אדם בישראל שאין לו גואלים ואינו פגר לכך פשיבא אחד מקרוביו ונתן לו אבל מספקא לי אם יבא אחד מקרוביו בנדאי בראיה אם לא נוציא מיד זה שאמ' אחי הוא וגם את חלק שנטל דלאו כל כמיניה לומר אחי הוא במקום שיש קרובים אחרים בראיה.

ובאמת מפשטות דברי הפוסקים והש"ע שם משמע הואיל דהוי פסילק מן אח זה שאומר אין זה אחי נוטל אחיו כל ירושת לוי וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב שם וכן מבואר בתוס' רי"ד שם דבמודים דאין זה אחינו הפל הוא של אותו האח שהחזיקו פי הוא אחיו אולם דעתו פיון שגם הוא הודה לו כל מי חיו שהוא אחיו ועיי"ש מה שהביא משם רבינו יצחק אולם לדבריו של הגה"א דמסנפק אם מוצא הביא בראיה שהוא קרובו החלק שלקח שמעון ואמאי ל"א אין ספק מוציא מידי נדאי דלדברי הנתיבות אף אם בא בלא ראיה הדין כ"ד גבר וברא' נאמר אין ספק מוציא מידי נדאי.

א"ו דאינו דומה למת וא"י מי המה יורשיו מטעם שכתבתי שזה ראיה ברורה שנתן לו החצי מחלקו והחזיק לאחיו בחיו וגם אחיו הודה לו אף שאינו יודע בבירור דגם פן הדין דכשמת יורשו אח"כ כמו שכ' הנתיבות הוא ג"כ דאנו סהדי והחזיק לאחיו.

ובכ"ז מסנפק הגה"א אם מוציאין מידו. אבל נדאי לכ"ע אינו יורד לנכסי המת עד שיתברר עפ"י עדים שהוא קרובו ואף עד אחד ל"מ כמבואר מדברי הרמ"א הנ"ל: וראיתי דבר חידוש בנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' נ"ד) בדבר אשה שמת בעלה ונשארה זקוקה ליבם אולם ונתברר שהרב המסדר הקידושין נתן דעתו לסדר על תנאי שאם ימות בלא ז"ק יהיו הקידושין למפרע בטליו והיה רק עד א' שמעיד ששמע שהרב סדר תחת החופה

על תנאי זה וכתב דהיכא דיש רגלים לדבר יש להאמין לעד א' אף בדבר שבפירושו ואפילו איתחזק איסור' דעיקר הלימוד דילפינו דבר דבר מדכתיב פי מצא בה ערות דבר ובערות דבר גופיה היכא דרגלים לדבר נאמן ע"א כמו בסוטה אף דהיתה בחזקת היתר ונאמן ע"א לאסור ק"ו ונאמן להתיר והבי' מדברי רש"י מס' סוטה דעד אחד נאמן בה אף להפסיד פתובתה שרגלים לדבר ומקראי ילפינו ול"ת שאני סוטה דאיתרע חזקתה שהרי נסתרה בנד"ד נמי פינו שרגלים לדבר מקרי איתרע חזקת זקוקתה ליבום עכ"ד.

והדברים נפלאים לדמות רגלים לדבר לרגלי' לדבר דסוטה פינו דקינא לה ונסתרה דא"כ נימא בדיני ממונות ג"כ היכא דיש רגלים לדבר יהי' עד אחד נאמן וזה לא שמענו מעול' האם נאמר דע"י אןמנדא דמוכח או עפ"י רוב דאין מוציאין ממון ואין הולכין בממון אחר הרוב יהי' עא"נ זה ודאי לא ולדידן דלא פסקינו פרבי אחא בגמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו בידוע שזה הרגו נאנו לא פסקינו כן ומבואר ברמב"ם הלכות נ"מ (פ"ח הי"ד) אין אומרים בידוע שזה הרגו עד שראוהו עדים פשרי' הרי דצריף שנים.

א"ו דאין ללמוד מסוטה דשם עשאה התורה הספק פנדאי כמו שכתבו תוס' סוטה (דכ"ח) דאף אם גליא כלפי שמיא דטהורה מ"מ אם בא עליה בעלה נענש א"כ אין לדמות לרגלים לדבר במ"א.

ואב"י ורבא דפליגי באשתה זינתה בעד אחד קידושין (דף ס"ו) וילדעת התוס' וסייעתם דבאינו יודע לכ"ע אינו נאמן רק היכא דהוי רגלים לדבר ושתיקה הוי רגלים לדבר יש לומר' באמת דאב"י מודה דאין דבר שבפירושו פחות משנים רק דסובר היכא דהוי רגלים לדבר נאמן לאסור כמו בסוטה אבל רבא אינו סובר לדמות לרגלים לדבר דסוטה וכן קי"ל.

וגם דבריו סותרין דברי עצמו דכתב במהד"ת חז"מ (סי' ח') לבאר דעת רמב"ם על פי דברי ר'ושלמי סוטה דלהפסידה פתובתה בסוטה מה"ת אין עד א' נאמן רק לאסרה אף פינו שהאמינתו תורה לאסרה גנאי הדבר להאמינו בדבר אחד ולהגבותה פתובה וא"כ לא נוכל ללמוד להאמין לע"א בדבר שבפירושו בצירוף רגלים לדבר מסוטה פינו דגם שם לא האמינו התורה לדעתו לכל דבר ושוב פינו דגם בסוטה אינו נאמן לענין ממון ילפינו דבר דבר כמו דאינו נאמן לגבי ממון אף ברגלי' לדבר כן א"נ בכל דבר שבפירושו ועוד יש להביא כמה ראיות לזה: וקצת יש לומר בדינא דנו"ב הנ"ל למ"ש בתשובת מהר"ם ז"ל שבמרדכי קידושין והגה"מ הלכות אישות (סי' ג') בשליח שטעה ואמר לי דע"א נאמן אם אינו אומר להתיר איסור דבר אשר מעיקרא אסור הי' ועיין בש"ש (ש"ו פ"ג) ביאור דבריו דהגז"ש דבר דבר ממון היינו היכא דידוע שהוא ודאי דבר שבפירושו אבל היכא דא"י אם יש פאן דבר שבפירושו ועד א' מעיד של"ה פאן דבר שבפירושו וכמו שם השליח מעיד שלא קדשה מעולם לעצמו בזה הו"ל כמו שאר איסורין ועד אחד מהימן בה עיי"ש וה"נ פינו דמעיד שלא הוי קידושין מעולם רק על תנאי שאם ימות בלא ז"ק יתבטל הקידושין למפרע לא הוי כמעיד על דבר שבפירושו ועד א' נאמן אף לקושטא ז"א דרק שם לא איתחזקה לא"א מן השליח דמיד אמר שטעה כמה שאמר אבל היכא דלגבי כל העולם איתחזקה לאשת איש אף כשמעיד עדותו דמעולם לא הוי דבר שבפירושו אינו נאמן והוי נגד חזקה וכן מוכח מעובדא דינאי הפלף קידושין (דס"ו) ורק שם מעולם לא

אתחזק לחזקה ודאית דאפשר שטעה משא"כ בנדון דהנו"ב לגבי כל העולם שישובו כמה שנים פאיש עם אשתו הוי פאתחזקה לא"א ודאי דכ"ע לא ידעו דקדשה על תנאי ועיין מה שכתבתי בחלק ראשון יו"ד דיני נשואים (סי' ג' דף ג' ע"א): והיכא דיכול להתברר כתב המרי"ק דעד א' נאמן לגבי ממון והש"ף (סי' למד סקי"ג) מפרש דבריו דאירי בגוני דמבואר קידושין (ס"ו ע"ב) גבי שלח ואחוי הכי נמי לגבי ממון היכא דהעד הראשון רוצה לברר את דבריו והשני א"ר לברר הראשון נאמן והש"ף חולק ע"ז דרק לגבי איסורין דעד א' נאמן רק אם מכחישו אינו נאמן לכה במקום שיכול להתברר נאמן להתמיר אבל בממון לא.

ובתנאים חולק ע"ז דגם לענין ממון לחייבו שבועה אעפ"י שעד א' מכחישו פשאינו מברר הדין הוא כמו באיסורין. אולם פנראה הש"ף פונן לדברי מהרי"ט בקידושין קידושין שם דעמד ע"ד תוס' דכתב מפאן יש להוכיח דכל דבר שיכול להתברר עד א' נאמן עליו אעפ"י שעד א' מכחישו דהיכן מוכח דנאמן אף במכחישו עד א' דלמא לגבי בע"ד הוא דמהימן מטעם שלח ואחוי פיון דהוא קרוב אצל עצמו אבל ביש לו עד א' המסייעו למה לא נאמר אוקי חד בהדי חד וכתב פיון דעד א' לגבי בע"ד גם פן אינו נאמן רק מחמת שתיקת בע"ד אם פן אם עד א' מכחישו לאו פלום הוא והכי אמרינן דאין סומכין על החזקות היכא דאפשר להתברר פדמוכח בריש חולין.

א"כ פיון דבאמת מן הדין פשעד מכחישו אין הראשון נאמן רק מטעם דלא סמכין על החזקה במקום דנוכל לברר אתינו עלה ודאי הדין עם הש"ף דנה לא מהני רק לגבי איסור אבל לא לגבי ממון דאין לחייבו שבועה בגונני דיכול לברר פיון דמן הדין אוקי עד לגבי עד.

וא"ל פיון דהוי מילתא דעבידא לאגלוניא לאלתר עד אהד נאמן אף לענין ממון פמבואר מדברי הריב"ש (סי' קנ"ה) א"כ למה הבע"ד והעד א' יכולין להכחישו לגבי ממון פיון דהראשון העיד בדבר דיכול לגלות לאלתר יש לומר דכמו כן הוא לגבי השני הוי ג"כ פמעיד במלתא דיכול להתגלות לאלתר דאם יכריחו הב"ד לברר יהיה נתפס פשקרן ודאי פקושטא קא מסהיד ואוקי עד לגבי עד רק באיסורין מחמירין שלא לסמוך על החזקה במקום דנוכל לברר אמנם אם אמר פא ואראך אם הלה עמו ולא מצאו אין פאן איסור פמבואר בטו"ז יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ה) וראיתי למי שהשיג על הטו"ז דאם שיהיה צריך לילה ולברר פשיטא דבמקום דאיכא לברורי צריך לברר לכה מפרש שהפל תלוי בשעת אמירת העד אם אז יכול לברר נאמן אף בשעה שאחר מכחישו פבר אינו יכול לברר אמרינן דמסתמא העיד האמת ואינו פדאי לחלוק בזה על הטו"ז דכיון דיש חזקת היתר ואין עד אהד נאמן לאסור נגד חזקה הנה ס"ד דא"צ לברר וא"ד לכ"מ דיש ספק לפנינו ורוצה להוציא מחזקה וכמבואר במג"א (סי' תל"ז ס"ק ד') וכבר כתב בכנה"ג יו"ד (סי' קכ"ז) בהא דתמה הש"ף שם על הרמ"א למה כ' משם י"א הא תלמוד פרוך הוא לגבי בעל מום וכ' פיון דאין לתמוד דבר זה אלא מתירוצו של אב"י דלתירוצו של רבא אין לתמוד דבר זה הוצרך לומר דאין רבא חולק ע"ז ובאמת בלא"ה יש לומר דגבי בעל מום לעולם הוי מלתא דעבידא לאגלוניא משא"כ באומר פא ואראך גוי מנסה יינה הי מקום לומר דא"צ לברר פיון דאף אם לא ימצא פדבריו לא יתפס לשקרן דיאמר

דְּכַבֵּר הֵלֶךְ לְדַרְכּוֹ וּבִכ"ז סָבְרוּ תוֹס' דְּצָרִיף לְבַרְר וְרֵאִיתִי שְׁפָן פְּתוּב בִּס' שֶׁפֶת צִיּוֹן דִּישׁ  
לְחַלֵּק בֵּין בַּעַל מוֹם דְּהוּי לְעוֹלָם מִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי' לְדִינָא דְתוֹס' וּמ"מ דַּעַת תוֹס'  
דַּעכ"פ פְּשִׁיכּוֹל לְבַרְר בְּקַל חֲזִיב לְבַרְר.

וּא"כ וְדַאי זֶה אֲתִי שְׁפִיר רַק לְגַבֵּי אִיסוּר חֲשִׁישׁוֹ לְזֶה אֲבָל לְגַבֵּי מְמוֹן בְּאִנְפּוֹן דְּאִין לְבַרְר  
אַחַר פֶּה וּל"ה פְּמִילְת' דְעֵבִידָא לְגִלּוּי' דְלֹא יִתְפָּס לְשַׁקְרָן וְדַאי א"צ לְחוּשׁ וּלְבַרְר אֲלֵא  
אַף בְּמִקּוֹם דְנוּכַל גַּם אַחַר פֶּה לְבַרְר וְהוּי פְּמִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי' לְאַלְתֵּר מ"מ פְּשִׁישׁ עַד  
הַמְכַחֲשׁוֹ שׁוּב אֲמַרִּינּוּ גַם לְגַבֵּי עַד זֶה הוּאִיל דְהוּי עֵבִידָא לְגִלּוּי' לֹא מְשַׁקֵּר וְאוּקִי עַד  
לְגַבֵּי עַד וּא"ח אַף לְבַרְר: וְיֵישׁ לְחַקּוֹר אִם עַד אֶחָד מְעִיד עַל רְאוּבֵן שְׁחִיב לְשִׁמְעוֹן מְמוֹן  
וְרְאוּבֵן א"י וְלֹא הוּי לִיה לְמִידַע דְפִטוּר אִם הָעֵד מְהִימֵן לְגַבֵּי רְאוּבֵן כְּבִי תְרִי אִם חֲזִיב  
רְאוּבֵן לְשִׁלֵּם עכ"פ בְּדִינֵי שְׁמַיִם כְּמוֹ בְּמַעֲוִי עַל אֲשֶׁתּוֹ שְׁזִינְתָה דְחֲזִיב לְהוֹצִיאָהּ כְּמִבְּנֵי  
קִידוּשִׁין (דָּף ס"ו) וְרַמְבַּ"ם (פכ"ד) מְאִישׁוֹת וְהוּל' סוּטָה וּש"ע אה"ע (סי' קט"ו) אוֹ דְלִמָּא  
דְנוּקָא לְעַנְיָן אִיסוּר מְחַמְרִינּוּ אֲבָל לֹא לְעַנְיָן מְמוֹן וְלִמָּה שְׁפֶתֶב בִּס' תְּנוּמַת יִשְׂרָאֵל (סי' ע')  
דְהוּ סָבְרָא דְמְהִימֵן כְּבִי תְרִי הוּא רַק מְדַרְבְּנָן יֵישׁ לּוֹמֵר דְרַק לְעַנְיָן אִיסוּר אַף דְאִין דְבַר  
שְׁבַעְרוּהּ פְּחוֹת מְשֻׁנִּים מ"מ הִתְחַמְרוּ בְּמְהִימֵן לִיה כְּבִי תְרִי לְחֲזִיבוֹ לְהוֹצִיאָהּ מְדַרְבְּנָן אֲבָל  
לֹא נוּכַל לְלַמֵּד מִזֶּה לְעַנְיָן מְמוֹן וְרֵאִיתִי לְאֵאמ"ו ו"ל בְּסִפְרוֹ דְבְרֵי חֲזִיבֵי דִינֵי פְתוּבָה (סי'  
ג') שְׁהִבִּיא דְבְרֵי תְנוּמַת יִשְׂרָאֵל אֲלֵה וְכַתֵּב וְעִינֵי רִשְׁבִּי"א קִידוּשִׁין (ס"ו) דְכַתֵּב נְמִי הָא  
דְמַחְמְרִינּוּ בְּמְהִימֵן כְּבִי תְרִי הוּא רַק מְדַרְבְּנָן וְאִנִּי לֹא מְצִאתִי כְּזֹאת בְּרִשְׁבִּי"א שֶׁם אָפֶס  
לְאַבִּי שֶׁם דְסוּבֵר בְּאֲשֶׁתּוֹ זִינְתָה בְּעַד א' דְנִצְאָמֵן כ' הִרְשִׁבִּי"א בְּחַד תִּירוּץ אַף דְאִין דְבַר  
שְׁבַעְרוּהּ פְּחוֹת מְשֻׁנִּים מ"מ מְדַרְבְּנָן נִצְאָמֵן אֲבָל לְרַבָּא דְאָמַר אִינוּ נִצְאָמֵן וְהָא דְאָמַר שְׁמוּאֵל  
לְהַסְמִיא אִי מְהִימֵן לָךְ זִיל אֲפִיק סְבֵר דְקָאֵמַר לִיה אִי מְהִימֵן לָךְ כְּבִי תְרִי יֵישׁ לּוֹמֵר בְּאֵמַת  
דְאָף מְדַאֲוֵרִינְתָא חֲזִיב לְצִאֵת יְדֵי שְׁמַיִם אִם מְהִימֵן לִיה כְּבִי תְרִי רַק לִב"ד לֹא נְמַסֵּר הַדְבַר  
דְלֹא יְקוּם עַד א' כְּתִיב אֲבָל לְעַצְמוֹ צָרִיף לְחוּשׁ וּמְמִילָא גַם לְעַנְיָן מְמוֹן בְּכַה"ג אַף דְשְׁנִינְהֵם  
אִינְם יוֹדְעִים אִם עַד א' מְהִימֵן ע"ז כְּבִי תְרִי מְעִיד לְחֲזִיבוֹ חֲזִיב לְצִאֵת יְדֵי שְׁמַיִם לְשִׁלֵּם:  
אַף יֵישׁ קֶצֶת רְאִיָּה דְסִבְרַת מְהִימֵן כְּבִי תְרִי לִיתָא רַק מְדַרְבְּנָן וּמְמִילָא לֹא נוּכַל לְמִילָף  
מְמוֹן מְאִיסוּר דְהִיכָא דְמְצִינּוּ מְצִינּוּ מְהָא דְמַס' גִּיטִין (דָּף נ"ד ע"ב) מָה אֲעֻשָׂה שְׁהַתוֹרָה  
הֶאֱמִינְתוּ הִיכֵן הֶאֱמִינְתוּ א"ר יְצַחְק בַּר בִּינְסָא כְּהֵן גְּדוּל בִּיּוּה"כ יוֹכִיחַ דְכִי אָמַר פְּגוּל  
מְהִימֵן וּמְנָא יְדַעִינּוּ וְהִתְחַיֵּב וְכָל אָדָם כו' אֲלֵא לֹא מְשׁוּם דְמְהִימֵן וְעִינֵי"ש בְּתוֹס' דְפְשִׁיטָא  
דְבָקֵל הַקְרַבְנוֹת שְׁיִיף פְּגוּל בְּכָל אַרְבַּע עֲבוּדוֹת וְאִם נִצְאָמַר דְמְהִימֵן כְּבִי תְרִי הוּא מַה"ת  
א"כ מְשַׁפְּחַת פְּגוּל דְבַל"ס כְּהֵן גְּדוּל מְהִימֵן לְגַבֵּי יִשְׂרָאֵל כְּבִי תְרִי א"ו דְהוֹכַחְתּוּ הוּא  
דְהַתוֹרָה הֶאֱמִינְתוּ וּמֵן הַתוֹרָה לֹא נוּכַל לּוֹמֵר דְמַטְעַם דְמְהִימֵן כְּבִי תְרִי הוּי פְּגוּל.

אוּלָם בִּש"ג מַס' סְנֵהֲדֵרִין (פְּרָק ז"ב) כ' מְשִׁם הֶרָאֵב"ד בְּנִידוֹן צְנוּאָה שְׁהִיָּה בְּעַדִּים  
הַקְרוּבִים לְיִוְרֵשִׁים וְהִיָּה שָׁם עַד א' כְּשֵׁר שְׁלֵא הַזְמִינּוּ לְעַד וְכַתֵּב דְהַמְכַחֲשִׁישׁ יְכוּל לּוֹמֵר  
אִינוּ מְאָמִין עַד א' וְהַרְוִצָּה בְּאוֹתָהּ חֲלֻקָּה שְׁמַעֲיָדָה אוֹתוֹ הָעֵד יְכוּל לְהַחְרִים סְתָם עַל מִי  
שְׁמַאֲמִין שְׁלֵא יְכַפּוֹר וְאִם הוֹדָה שְׁמַאֲמִין תְּתַקְנִים הַחֲלֻקָּה עַפ"י הָעֵד עכ"ל הִרִי מְבִנְיָא  
דְאָף לְהַחְרִים סְתָם יְכוּל ע"ז אִם מְאָמִין לְדְבָרֵי הָעֵד וּמְסַתְמָא הַכְּפֻנְנָה אִם מְאָמִינוּ הִינּוּ  
דְמְהִימֵן עָלֵיו כְּבִי תְרִי שְׁלֵא יִשְׁקֵר וְאִף דְבְּפָרְק א' שָׁם כְּתִב דַּל"ה מְנַהֵג הַב"ד לְהַאֲמִין  
כְּבִי תְרִי לְאַפְקוּעֵי מְמוֹן הַבְּעָלִים הִינּוּ שְׁהַב"ד אִינְם מְאָמִינִים לְשִׁלֵּחַ ב"ד כְּבִי תְרִי אֲבָל



אם הבע"ד מאמינו כדברי תרי חייב בדיני שמים להרי נראה דדעת ראב"ד דמהני אף לעגנו ממון מהימן כבי תרי ולדבריו נראה דהוא סברה מדאורייתא.

וכן יש להוכיח מדבריו ברמב"ם (רפ"ד) מק"פ השוחט הפסח על בני חבורה ואמר להם לאחר זמן שלא לשמו שחטתיו אם הי' נאמן להם סומכין על דבריו ואם לאו שורת הדין שאינו נאמן והרוצה להתמיר על עצמו הרי זה משופח ויביא פסח שני והשיג ראב"ד שם אין פאן שבח שאם הי' פטור אינו יכול להביא פסחו נדבה על תנאי שלמים ומדלא השיגו על ריש דבריו דקאמר אם הנה נאמן סומכין ע"ד וחיוב להביא וכיצד יקריב פסחו נדבה על תנאי שלמים אם נאמר דסבר' מהימן כבי תרי ליתא מדאורייתא אלא ודאי נראה דסברת כבי תרי דמהימן דחיוב לצאת ידי שמים לחוש הוא מן התורה וממילא מהני כמו כן וחיוב ממון בדיני שמים.

והו' דגיטין צריף לדחוק: וראיתי בתשובת גנת ורדים חח"מ (פלל ח' סי' י"ב) פתב שם תוף התשובה וז"ל ואגב אורחין אית לאסתפוקי היכא שמעיד עד א' על א"א שזנתה דקיי"ל דהיכא דמהימן לבעל שצריף להוציאה אם מת בעלה קודם שיגרשנה מהו שתהיה מותרת אשה זו לכהונה וצ"ע עכ"ל.

ולא אדע מקום הספק אף אם נאמר דמה"ת הוא חייב להוציאה פנין דמהימן ליה כבי תרי אבל. לאוסרה לכהונה ודאי לא נאסרה על פי עד א' דרק לגבי נפשו צריף לחוש אבל לגבי פל העולם לא נשאר רק עד א' וכללא הוא דאין דבר שבערנו' פחות משנים ואף אם העד הוא איש מהימן ולאסרה לכהונה הוי כדבר שבערנו' דאין עד א' נאמן ועיין מ"ש בספרי ח"ר דיני שחיטה (סי' ד') להשיב ע"ד השב שמעתתא (ש"ו פט"ו) דכ' בדעת רמב"ם דהמעיד על האשה שהיא זונה לפוסלה לכהונה דל"ה דבר שבערנו' והוכחתי שם שלא כדבריו.

וממילא אף דהחזקה לזונה ע"י העד פנין דבעלה מהימן ליה כבי תרי מ"מ לא החזקה לאוסרה לכהונה אם ימות קודם שגרשה: סי' ל היכא דמעיד עד אחד בדבר שפידו לעשות כמו שאמר נאמן כמבואר סנהדרין (דף ל') אמר להן אחד אני ראיתי אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הן של מעשר שני הן בבית ל"א פלום בשדה דבריו קיימין דמה לו לשקר אם רוצה נוטלן ונותנן לאותו שהוא מעיד עליו ויש לחקור אם בא אחר ומכחישו אם נאמן דהנה בבעל שאמר גרשתי את אשתי דמן הדין נאמן ג"כ פנין דהוי דבר שפידו לעשות נאמן אף בדבר שבערנו' אם לא מטעם שכתב הרשב"ם ב"ב (דקל"ד) דכל המגרש יש לה קול לכו' ל"ה רק ספק מגורשת וברמב"ם (פי"ב) מגירושין פתב הטעם שמא יתפונן לקלקלה או בגט בטל גרשה והוא א"י פונד האיסור לכו' אומרים לו אם אמת הדבר גרש אותה עתה בפנינו וברמ"ה ב"ב פ' י"ג כ' דריע מגו דאם איתא שגרשה תחוי גטה או תייתי עדי מסירה.

וברשב"א קידושין (דף ס"ד) פתב מטעם דהוי מגו במקום חזקה והוי ספק מגורשת ועיין ב"ש אה"ע (סי' קנ"ז סק"ט) ובב"ש (סי' קנ"ב) כ' אם זינתה אחר שאמר הבנים ספק ממזרים וסובר דהוי ספק ממש לא לחומרא בלבד כדמשמע לשון דאמר רבא זיל חוש לה וכן נראה מלשון הרמב"ם שכתב א"נ וחוששין לדבריו ותהיה ספק מגורשת משמע ס' ממזרי' אולם אינו מוכח מדבריו דהא יש להוכיח להיפך מדכתב לפיכך אומרים לו

אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה עתה בפנינו משמע קצת דרך אם הוא בפנינו אבל אם אינו בפנינו י"ל דאם נשאת לא תצא וכן הבנים פשרים: וכן מבואר בדברי רמ"ה ב"ב שם שפכתב ואע"ג דלא מהימן מיהו ה"מ למיפטר דאי חזרה וקלקלה אחר כך לא מקטלה אבל לענין חליצה ויבום כ' הוא ואם מת חולצת ולא מתיבמת מ"ט אע"ג דאיכא להימניה לבעל משום מגו פיון דאפשר לה בחליצה אחמירו וה"מ היכא דאפתי לא אינסיבא אבל אי אינסיבא מקמי חליצה או ליתיה להיבם או איתג' ואינסיבא לכהן לא מפקינן לה מתותי גברא מספיקא וכ"ש הכא דאיכא להימניה לבעל והא דקאמר רבא חושי לה מה"ט דמספיקא לא מפקינן יבמה לשויק והא דכתב פשנשאת לכהן דלא מפקינן הא אם גרשה ממנ"פ אסורה לכהן פנונתו להא דמבואר שם ביהוא דאמר חזיא לכהנא רבא וכי' שהיה קדושי טעות שקדשה על תנאי ולא נתקיים וסובר אף דכל נאמנתו דהיה קדושי טעות הוא במגו דבידה לגרשה מ"מ מותרת אף לכהן כמו"ש הרמב"ן שם באומר יש לי בנים וע"ז כ' אף דצריך' חליצה מ"מ אם נשאת לא תצא וממילא נראה מדבריו פשוטתה ל"ה הבנים ספק ממזרים.

וכן קשה הא קיי"ל גט שכתב בכ"י פשר מה"ת רק מדרבנן פסול והטעם כמו"ש תוס' ריש גיטין משום דהויכא"ב זמן ושם הוא רק לכתחילה ואם נשאת הולד פשר ועיין רמב"ם (פ"א הי"ד) ובכ"מ שם א"כ אם יאמר דגרשה בכתב ידו למה אינו נאמן הא שוב ליכא ריעותא ממה דאין לו קול פיון דגרש' בכ"י ובלא עמ"ס דכשר מטעם דהודאת בעל דין פמאה עדים דמי לדעת הרי"ף והרמב"ם.

ועיין אה"ע (סי' ק"ל ס"כ) ובתו"ג שם שכ' להדיא דמש"ע משמע דבכ"י אפילו מסרה בינו לבינה פשר אף לדין מטעם שכתב הרשב"א יבמות פיון דכתיב וכתב ולא פתיב בקרא והעד עדים כמו בפטר מקנה מוכח פשפוטב בעצמו ל"ב עמ"ס וילדעת הר"ן דבכ"מ בגט הנחתם בע"ח אנו עדי מסירה והיינו פיון דמוכח שפא מיד הבעל נידה פן נמי בכ"י דבעל דהוי פגט בע"ח אם פן ליכא ריעותא מן הקול.

ועכ"פ תהיה נדאי מגורשת מן התורה ולמה יהיו הבנים ספק ממזרים הא בכתב בכ"י אם נשאת ל"ת: וצריך לומר דאינו נאמן לומר שעשה שלא כדיון אף דבידו לעשות מ"מ אינו נאמן דעשה מכבר שלא כדיון אולם אם כבר יש ביד האשה כ"י אז אם נשאת לא תצא.

ועיין תוס' ריש גיטין שכתבו פיון דפסלו לכתחילה משום דהוי כא"ב זמן א"ש מטעם דלא יחפה על ב"א דבכ"י נמי איכא למיחש וקשה לכאורה הא כ"י לא עדיף ממה שאומר בע"פ שכתב נתגרשה ואעפ"כ אינו נאמן על למפרע דמה שבידו לא מהני על למפרע לגבי דבר שבערנה ומה עדיף הכ"י שיהיה בידה מאם אומר בפיו דגרש אותה דאף דנאמן מפאן ולהבא מ"מ לא באנו לבית הספק על למפרע ואם נתברר שזינתה מקודם שאמר קטלינו לה פמבואר שם ב"ב ובתוס' ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' קכ"ד) הטעם פיון דכל הנאמנות שלו הוא רק מטעם מיגו דבידו לגרשה אין דנין יותר ממה דאפשר לדון במגו זו לפנינו ולא משוינו הספק על העבר פיון דאין בידו להוליד הספק למפרע וא"כ אף בכ"י דבעל איך יהיה נאמן על למפרע לעשות ספק דהודאתו לא עדיף ממה שאומר בפיו וממילא ליכא חשש שפא יחפה פיון דלא משוינו לספק למפרע: ונראה

בדעת תוס' דהא חזינן בבעל שאמר גרשתי את אשתי אף דהוי כבעלים ונאמן מטעם דבידו מ"מ לא מחזקינן לביור אף מפאן ולהבא ואם הבעל חוזר ונותן אמתלא לזכרי יכול לחזור.

גם לדעת הפנ"י והספ"י ע"י בעל ח"ד (סי' קפ"ה) דהיכא דנאמן מטעם בידו ל"מ להחזיק ע"י ללקות. ובנתיבות פתב הטעם אף פשטיהם מודים בקידושין ובידם לעשות דלא מהני בלא עדים משום דבידו ל"מ לסקול ע"י משום הכי ל"ה קיום הדבר וכמ"ש הפנ"י קידושין עיי"ש בדבריו (סי' ל"ו) וכבר פתבתי בדבריו מוקשים מ"ש הטעם דבגירושין מהני כ"י ולא בקידושין משום דבעינן בקידושין עדים לקיום הדבר לדון ע"י לאחרים ולא תהיה אשת איש לחצאין משא"כ בגט הא בגט ג"כ אף דעיקר הגט בא להתירה לשוק מ"מ בא ג"כ לאוסרה על פהו וללקו' ע"י אם תנשא לכהן אחר מיתת הבעל א"כ נימא ג"כ אין גט לחצאין א"ו דכ"י עדיף וכמו"ש הרשב"א יבמות (דף ל"א) ובאמת בכ"י מגורשת לגמרי אף לדון אותה בגרושה גמורה אח"כ אף לענוש לכהן עי"ז והיינו פיון דעשה מעשה וכתב כ"י ונתן בינה לא צריף עדים לקיום הדבר ונתחזקה עי"ז לגרושה ממש לכ"ד משא"כ באומר הבעל גרשתי אותה אף דנאמן לומר שפבר עשה מעשה מטעם דבידו מ"מ א"נ רק להתירה לשוק ולא לענוש עי"ז אם מת הבעל ונשאת אח"כ לכהן אינו לוקה.

וכן אם קדשה אחר קודם מיתת בעל הראשון ואח"כ מת וזינתה אינה נהרגת דלא איתחזקה לביור גמור כמו בכ"מ דנתחזק ע"י עד א' באיסור פשנאמן מטעם עדות ולפי זה יש לומר אף דנאמן לומר גרשתי מפאן ולהבא מטעם בידו ומ"מ פיון דאינו נאמן על למפרע ממילא קטלינו לה דמוקמינן אותה על חזקת אשת איש אף דהרי גרושה לפנינו וכ' תוס' גיטין (דף י"ז) דלקף בגט שא"ב זמן ל"ה קטלינו לה מטעם דהרי גרושה לפנינו וחסוקת פשרות וכתב שם הפנ"י דב' תירוצים של תוס' הוא חד כמו"ש הר"ן והיינו אף דאיתרע החזקה מ"מ חזקה דמעיקרא עדיף מדהשת' וצריף שיהיה חזא במקום תרתי חזקה דהשתא דהרי גרושה לפנינו מפיח דהגט שפינה מחזקינן אותה בביור לגרושה וחסוקת פשרות.

משא"כ בבעל שאמר גרשתי את אשתי דגם מהשת' לא מחזקינן בביור לגרושה רק פיון דשניהם מודים ובידם לעשו' נאמניו על עצמן ומ"מ לענין עונש דאח"כ לא מחזקינן בביור גמור א"כ לא נוכל לומר חזקה דהשתא כמו דעכשיו היא גרושה פן הייתה גרושה מקודם פיון דגם עכשיו אינה גרושה בביור גמור לכל דבר וגם שיכולין אח"כ לתת אמתלא לדבריהן ולקף אין אנו יכולין להמשיך החזקה דהשתא על למפרע ואף בצירוף חזקת פשרות חזקת אשת איש עדיף ועיין רמב"ם (פ"כ) מא"ב בעד המעיד על אביו שהוא פהו דלא מחזקינן לבנו שהוא פהו פיון דצריף עוד לצרופי חזקה דאביו אין סומכין על העד במקום דצריף צירוף חזקה כמו"ש הנתיבות (סי' מ"ו ס"ק ו') ואף דכבר הוכחתי מפמה דוכתי דלא כדבריו רק לעולם דנין על פיו של עד אחד אף דצריף לסייע לו חזקה מ"מ פאן גרע דלא נוכל להמשיך החזקה דהשתא מה דגם השתא לאו בביור גמור הוא.

אבל פשיש בינה פתב יד ונתחזקה מהשתא בביור גמור לגרושה ירדנו לבית הספק ג"כ על למפרע ולא קטלינו לה לקף פסלו פתב בכתב ידו לכתחילה שלא יחפה על בת

אחותו וממילא פניו דפסול לכתחילה לרמאי ל"ח וכמו שפירש המר"ם שיהי' ז"ל גיטין (דף י"ז) ועיניו בית מאיר (סי' קכ"ז) שכ"ג"כ דבזה הזיוף גיבר.

וכן צריך לומר הא דאינו נאמן על למפרע אף דאינו בידו מ"מ יהיה נאמן במיגו דהיה נותן כ"י בידה אכן פניו דלכתחילה לא תנשא אין זה מגו טובה. ועוד י"ל פניו דעושה הבעל שלא פדין יש חזקת פשרות שלו לצרף לחזקת אשת איש וקטלינו לה וכמו"ש הש"ש ובאבני מלואים בשוב דעת הטור דעכשיו פשיש בידה גט שא"ב זמן קטלינו לה מטעם חזקת פשרות דעדים פן ה"נ יש חזקת פשרות דבעל ואמרין עכשיו איתרע לעשות שלא פתיקון חכמים לגרש בכתב יד ולא מעיקרא: והנה פנראה דהח"ד סותר קצת לדברי עצמו דהוא כ' (סי' קכ"ז) פשעמיד בדבר שעדיין בידו להתיר א"י לחזור בו אף אם העיד חוץ לב"ד כמו דמוכח קידושין (דף ס"ד) לרבי דקיי"ל פנוט' דאמרין מה לי לשקר פעדים דמי ואתו עדים ועקרו חזקה וכן פסקינו אה"ע (סי' קנ"ו) הרי דא"י לחזור מדבריו א"כ כמו דאינו יכול לחזור מטעם פניו דבשעת אמירה היה בידו ממילא הוחזק הדבר לברור גמור וממילא באומר גרשתי את אשתי מדינא דמהימן הואיל דבידו ומטעם מה לו לשקר מחזקינו לדבריו אף לענין עונש דאח"כ וא"ד לאומר נתנסף יינה דשם עכשיו אין בידו וכן לאב דהימני' רחמנא לאסרה וא"נ לסקול שם אין בידו ממש כמו"ש תוס' ישנים פתובות (דף כ"ב) דלכך צריך קרא את בתי נתתי דנאמן דלולא הקרא ל"ה נאמן דאין בידו כ"כ דשמה לא ימצא אדם שיקדשנה ולכך פניו דל"ה בידו כ"כ א"נ רק לאסרה ולא למיקטלי' ע"י אבל מניין לנו לומר בדבר שבידו עכשיו לעשות כמו שאמר שלא יהי' נאמן אף לענין עונש דאח"כ וגם שלא יהיה יכול לחזור עוד מדבריו פניו דקיי"ל לרבי דמה לי לשקר פעדים דמי.

ומ"ש הנתיבות דמה לי לשקר פחזקה זה אליבא דר"נ אבל לרבי דקיי"ל פנוט' דא"י לחזור פעדים דמי ואינו חוזר ומגיד: ומ"ש הנתיבות להקשות פניו דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מטעם בידו ומנהי גם בממון בחב לאחרינא א"כ גוף הגירושין יהיה פשר בלא עדים דאף בממון אם היה מהני הודאות בע"ד בחב לאחרינא היו גוף הקידושין קיים בלא עדים וכיון דגירושין בידו ומנהי בממון בחב לאחרינא גוף הגירושין יהיו בלא עדים.

כבר פתבתי לעיל דסברת הפנ"י כמו בקידושין דצריך עדים מטעם דאין קידושין לחצאין והיינו אף דביד שניהם לעשות כמו שאמרו מ"מ בשעת קידושין היה יכול להיות שלא יתברר מה שנעשה ביניהם דאם אהד יכפור לא יהיה ברור הדבר ובשעת מעשה צריך שיהיה קיחה לכל דבר ענין אישות ולכך צריך עדים בדבר דאז יש בשעת מעשה לברר הדבר ויש קיום להדבר וכיון דבשעתה הווי קיום הדבר אז אף אם מתו העדים אחר פן כבר נתקיים הדבר נמי בגט צריך שיתקיים הדבר לכל ענין שהיא גרושה ושללא יהי' הדבר תלוי בבעל אם יודה או יכפור וצריך שידע בבירור שהיא גרושה לכ"ד הו לענין תפיסת קידושין אח"כ ושייתקיים בה ויצאה והיתה והו לענין אם ימות המגרש אם תנשא לכהן שיתקייבו מלקות לכן צריך קיום הדבר על ידי עדים שלא תהיה גרושה לחצאין.

אבל באם אומר הבעל שגרשה בפני שני עדים ובשעת מעשה היו עדים בדבר נאמן מטעם בידו. וכסברת הפנ"י נראה שזה ג"כ פנונת הרמב"ם (פ"א הי"ג) מגירושין שכ'

ומניין שיתננה לה בפני עדים ה"ה אומר עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר ואי אפשר שתהיה זו ערוה היום והבא עליה במיתת ב"ד ולמחר תהיה מותרת בלא עדים עכ"ל ועיי"ש בלח"מ והיינו אף בשניהם מודים בדבר מ"מ דבר הקב לאחרים ונ"מ לכל העולם אינה מתקנים בשעתה אם ל"ה בפני עדים וכיון דתליא בהודאתם אין קיום לדבר בלא עדים.

וכן למדתי סברת הפנ"י מדברי חידושי רמב"ן קידושין (דף ס"ה) שכתב ונ"ל קשה לו ואי קב לאחרים פי מודה נמי בפני פו"פ שקהלכו למדה"י לא ליהמנה כו' וכתב אינו נאמן כיון שהמעשה מתחילתו חוב הוא ואין בדין לחוב לאחרים בהודאה בלא עדים אין הקידושין חלין שלא קראה תורה קיחה אלא זו שהיא בכל דיני אישו' להחמיר ולהקל הלפך מותרת לכל אדם אבל בפני פו"פ כיון שחלו הקידושין חוששת לאיסור שיודעת ע"ע כו' וסיים שם אבל בקידושין כיון שהם צריכין בכופרים צריכים במודים דהא מחייבו לאחרני בלא מודי עכ"ל וזה ממש פסברת הפנ"י וכן בגירושין כיון שצריף בכופרים צריף לעדים גם במודים דאין גירושין לחצאין.

אבל באומ'גרשתי בפני עדים נאמן וי"ל דנאמן לגמרי אף לדין עי"ז אחר כף לענין עונש: עוד כתב הנתיבות במ"ש תוס' גיטין (דף י"ז) דאם היא מכחישתו אינו נאמן לומר גירשתי את אשתי דבמקום הכחשה נפ"ל מלא יקום ע"א באיש ובעיניו ב' עדים הכשרים לא אבין הא לדבריו שם דדבר שבידו מהני אף להוציא ממון כמו"ש שם מסנהדרין הנ"ל וש"ע (סי' רנ"ה) דבאומר של פלוני הוא אם הוא בידו אף כשהוא ברשותן של היורשים נאמן וכיון דבידו מהני בממון אף להוציא ונעבור יתומים הוי פטענת פרי פמבואר ברא"ש פתובות ובהכחשה ומ"מ נאמן א"כ למה לא מהני גם בדבר שבערוה אף במכחישתו אולם פבר פתבתי בזה בספר ד"ח בדיני יבום (סי"ב) בהגהותי די"ל בגט אם מכחישתו ל"ה כ"כ בידו אף דאי בעי זריק לה גיטא מ"מ כיון שצריף לבא לרשותה תערוק לה לעלמא פמבואר גיטין (דף י"ג) גבי עבד ועיי"ש מ"ש עוד בזה משא"כ כששניהם מודים הוי בידם ממש לעשות כמו שאמרו ואין עוד מעכב בדבר ולכך נאמנים לגמרי ומ"מ יש לומר דמה לו לישקר פעדים דמי ומחזקינו לברור הדבר אף לענין עונש אה"פ וגם שלא יהיה יכול לחזור עוד כמו דקיי"ל פרי לרוב הפוסקים באה"ע (סי' קנ"ו).

ולפי"ז יש לומר דבממון היכא דבידו מהני אף בהכחשה כמו דמוכח מההך דראיתי אביכם שהטמין וענין ספר המקנה קידושין (דף ס"ה) דצידד לומר דכמו בדבר שהיה בידו דנאמן ע"א באיסורין לרבא כן נמי בדבר שבערוה ומאד תמוהין דבריו הא בבעל שאמר גרשתי את אשתי אף אם נאמן מה"ד מפאן ולהבא מ"מ למפרע אינו נאמן הרי מבואר בדבר שבערוה לא מהני מה שהיה פ"א בידו רק באם עכשיו ג"כ בידו בזה י"ל דנאמן אף בהכחשת האחר וכמו כן בממון: ברם י"ל גם כן ולצדד דבממון ל"מ בהכחשה כיון דהוי נגד חזק' והך דסנהדרין י"ל למ"ש אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני גביות חוב (סוף סי' ד') לתרץ גושפית התומים (סי' צ"ט) דשם הטע' כיון דבלעדו אי אפשר להמצא המטמון נאביהם הי' סומך עליו ועשה אותו שליט ושללא יהיה ביד איש ליקח פי אם הוא לכך נאמן עיי"ש בנעם דבריו.

וכן נראה מקושית הראשונים סוף ב"ב בשכ"מ שהקדיש פל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דנאמן מטעם דאין אדם עושה קנוניא על הקדש הא פברי אינו נאמן ולמה לא יהיה

נאמן במגו דבידו לאיתשיל ובר"ן פ' אלמנה נזונת כתב דדיבורא בעלמא קיל ליה טפי משאלה ולכך תינישין וכ"כ תוס' עירובין (נ"ג כ"ג) ועיין בש"ך (סי' רנ"ה) משמע דרק מטעם מגו קשיא להו אבל מטעם בידו אינו נאמן לגבי הוצאת ממון רק שיהיה נאמן בתורת אנו סהדי דהיה יכול לעשות עדיף מזה לכך בעילה כ"ד דדיבור קל ליה לעשות מסלקינן האנו סהדי אבל אם היה נאמן לגבי ממון בתורת בעלים מה איכפת לן במה דקיל ליה.

וראיתי בשעה"מ (פ"ג) מיבום שהביא משם הרב בני אהרן להקשות על הר"ן הא באומר יש לי בנים דנאמן מטעם דבידו לגרשה וכו' בבעל שאמר גרשתי את אשתי הרי דאמרין מגו פי האי אע"ג דהאי דיבורא והאי מעשה והשעה"מ מתרץ דשם ל"ה כ"כ בידו ממש כיון דצריך שלשה אמרינו דדיבורא קיל מה שאין פן בידו לגרש סופר ועדים שכיח כיון דא"צ ב"ד ושוב הקשה מיבמות (פ"ח) דאמרין בהקדש דבידו לאיתשולי אף דשאלה צריך ב"ד של ג'.

ונה יש לתרץ דכבר כתב הרשב"א שם דדוקא היכא דלא נעשה שיהיה פאלו נעשה משום דבידו לעשות איכא למיחש לדלמא לא מנדקי ליה דפעמים שאין נזקקין אבל שאינו ידוע אם נזקקו לו כבר אם לא כיון שרובו של בני אדם נזקקין לכך ברוב פעמים ונה מעיד שזקקו לו נאמן א"כ שם עיקר הטעם דמעיד שפכר נעשה המעשה אבל שיהיה נאמן מטעם מגו דאי בעי לאיתשולי שפיר י"ל דדיבור קיל מלעשות מעשה הצריך שלשה והא דא"נ במגו דהיה אומר פכר נשאלתי זה מגו גרוע שיתברר האמת וכמו"ש השעה"מ שם או משום דהוי במקום תנקה רק במה דבידו לעשות עדיף: אף עיקר נראה דזה ודאי ל"ה מחוסר מעשה מה שצריך שלשה כיון דא"צ מן מחזין וכמו שפסיק הרשב"א יבמות שם ומ"ש הר"ן ותוס' דדיבור קיל מלעשות מעשה היינו כיון דבשאלה יהיה צריך חרטה דמעיקרא באמת שיתחרט והיה רוצה שלא נדר מעולם וכמבואר יו"ד (סי' רכ"ח ס"ז) ואולי אין בלבד חרטה כזאת וצריך שיעשה מעשה ובשקר ולכך דיבורא קיל ליה לשקר ממה שיעשה מעשה בשקר.

וביותר להמבואר במח"א הלכות צדקה דנדר הקדש לא סגי בחרטה רק ע"י פתח והא דש"ס יבמות הוא מטעם מגו ע"ש וכיון דהוא מטעם מגו דבידו לעשות בשקר אמרינו דדיבור קיל ליה מלעשות מעשה בשקר משא"כ כשאומר שפכר עשה מעשה נאמן.

אף הא דקאמר בש"ס יבמות שם אי דאחרניא משום דבידו לפדותו ושם ודאי ל"ש מגו דדלמא א"ר להפסיד ממון וכמו"ש הרא"ש פ' הנזקין ורק מטעם בעלים נאמן ועיין מ"ש בח"ר דיני נדרים (סי' ח"י וכ"ב) ובש"ש (שמעטא ו' פ"ב) הוכיח במישור דרק מטעם בעלים נאמן וכתב אף דבממון ל"מ בידו רק מטעם מגו ממש מ"מ להוציא מרשות גבוה לרשות הדיוט לאו תורת הוצאות ממון הוא רק תורת איסור שיש בו ובח"ר כתבתי בזה וי"ל הטעם דשאר ממון הדיוט יש קנין להמוציא ממון זה ולהוציא מרשות לרשות צריך תורת עדות ממון בזה משא"כ בממון הקדש כל היכא דאיתא ביה גזי דרחמנא איתא וא"ב תורת עדות הוצאת ממון רק לאסור ולכך עד א' נאמן.

אף יקשה למה בהך דשכ"מ לא יהיה נאמן מטעם עד א' כמו לענין איסור וכמו שהקשה הקצוה"ח (סי' רנ"ה) [וכנראה סותר בש"ש לדברי עצמו בקצוה"ח לומר דשם כיון דלא

הקפיד לומר בפשעה שהקדיש ששאל פלוני הם כף וכף הני כמו שאומר בפירושו שהפל להקדיש והני פחזור ומגיד ודומה קצת להא דש"ס גיטין באשכחי ולא אמר ליה דשוב א"נ וכתב הרמב"ן וריטב"א דהני כמו כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וה"נ דכונתיה ובפרט לדעת הרשב"א דאיירי שפבר מסר ליד הגזבר ודאי דא"ש דאינו נאמן מטעם דבדו לפדותו אף דלא יש להקדיש דין ממון מ"מ במסר פבר ליד הגזבר הני פחזור ומגיד ודלא כמו"ש בקצוה"ח שם.

שוב ראיתי בהקדושי הרמ"ה ב"ב שם שכתב לתרץ דלכך אינו נאמן בבריא משום מגו דכחול למיהדר ביה או לחלל על ש"פ וכהיא דסנהדרין בראיתי לאביכם שהטמין וכ' דריע האי מגו מכל מגו דעלמא כיון דמסתמא מידק דניק נהדר זהב והו"ל בפשעת צנוותו והודאתו דהיגו שעת ההקדש או שעת הקנאה ול"א אלא לאחר זמן איפא למיחש לקנוני' רק בהקדש דאיפא למימר א"א חוטא לעשות קנוניא על הקדש לאחרים ולא לו אבל בבריא או בהדיוט חיישינן ועיי"ש עוד ואף דשאר הראשונים לא פתבו דיתבטל המגו בשביל זה דריע טענתו בשביל שלא אמר מעיקרא מ"מ מטעם ע"א שיהי' נאמן באיסורין א"נ מה"ט.

וגם משמע מרמ"ה דמטעם מגו בלבד הקשה ולא מטעם בעלים ועיין רמ"ה פ' י"נ (סי' ק"י) שכתב וז"ל דקיי"ל ל"ש בממונ' ול"ש באיסורא כל היכא דבדו לעשות אותו דבר שהוא מעיד עליו נאמן להעיד עליו אפילו יחדי ואפילו קרוב ואפילו אשה גבי איסורא כדאמרינן ביבמות משום דבדו גבי ממונא נמי כדאמרינן בסנהדרין כל שבדו ליטלן דבריו קיימין עיי"ש מבואר דמדמה איסור לממון ומטעם מגו.

ומ"מ פנראה בממון ובדבר שבערוה היכא דבדו עכשיו לעשות כמו"ש דלאו מטעם בעלים הוא רק מטעם מגו וכמו לא שבק התירא ואכל איסורא והוי פאנן סהדי ומ"מ י"ל דלאו ברור גמור הוא ויכול ליתן אחר כך אמתלא ועיין מ"ש בח"ר דיני שחיטה (סי' ד') להוכיח דדעת הרמב"ם בכ"מ באיסורין פשהוא בדו מחזקינן אף ללקות ודלא כפנ"י והנתיבות.

ובהכחשת הבע"ד עיין ש"ף יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ג') דכתב אף באיסורין אינו נאמן בהכחשת בע"ד ומכ"ש בממון אף דעכשיו הוא בדו לעשות מ"מ בהכחשת בע"ד ל"א מוציאין ממון: ועיין בש"מ סנהדרין (דף ל') משם הרא"ש ז"ל שהקשה בהא דאיתא שם כל שאין בדו ליטלן ל"א פלום וז"ל ולהפניה במגו דאי בעי שתיק ולא יבואו ליגדם לעולם וי"ל דאין לנו להאמינ' לתתם לו אם לא שהוא בעצמו יכול לתתם לו אבל תמיהא לי מאי מגו שייך גבי מעשר דא"ל הואיל ובדו ליטלם ולאן כלם בירושלים דלמה יגזול ממון אחר וא"ל דמהימן במגו שהיה נוטלם והי' נותני' להם ואומר אביכן הפקיד מעות אלו של מע"ב בדי דא"נ דאילו היה נאמן אפילו הטמין בבית נמי דאם הוא נאמן מה לי הם בדו מה לי אינם בדו ממנ"פ חייב ליתן להם מה שהפקיד אביהם בדו ואם ירצו לא יאמינו לו וא"ל במגו שאם היה רוצה היה שותק דא"כ אפילו בבית נמי וצ"ע עכ"ל מבואר מדברי הרא"ש דלאו מטעם בעלים והואיל שהוא בדו נאמן דאם פן מאי קשיא ליה לגרוע המגו הא סוף כל סוף בדו ליטול הפעות ולהעלות לירושלים.

ומה זה שכ' דלמה יגזול ממון אחר וגם אם הנה נוטלם ואמר אביכם הפקיד אצלי מעות מעשר למה לא יהיה נאמן מצד בעלים משא"כ בבית הואיל דאין בידו ליטלם א"נ רק במגו דהנה שותק וזה ס"ל להרא"ש דלאו מגו מעליא הוא או דס"ל לרא"ש דלעולם א"נ מצד בעלים לגבי ממון ורק בתורת מגו שהוא אגון סהדי וצריף לזה פללי מגו שיהיה בידו לעשות כמו שאומר עכשיו לכה קשיא ליה ועיין נתיבות (סי' ס"ב ס"ק ט') דבפשיטא ליה דהמעיד לאחרים בדבר שבידו לעשות יש לו תורת עדות בדבר שבערנה ובממון ועא"נ ול"ב בזה פללי מגו ומדברי הרא"ש הנ"ל מבואר דבעינן פללי מגו.

ובאמת לא הבנתי קושית הרא"ש למה פשה ממון בידו ואומר אביכם הפקיד בידי מעות זה של מעשר שני לא יהיה נאמן אף דחייב ליתן להם מה שהפקיד אביהם למה כ' אם ירצו לא יאמינו לו הא בלא"ה הקשה הרמב"ן דהא עד א' נאמן באיסורין אפילו אינו בידו ומתיר דמעשר שני אפוקי ממונא הוא שמוציא ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה ועד א' א"ל אלא באיסורא גרידא ידא ולא פשיש בו הוצאות ממון מרשות לרשו' אפילו פשיש בו נפקותא לענין איסור וא"כ א"ש דאם אינו בידו ליטלו א"נ במגו דהנה שותק דא"נ להפקיע ממונא משא"כ פשבידו ליטלן או פשהם ת"י ואינו ת"י היורשים אם אומר שאביהו הפקיד בידו מעות מעשר שני כיון דאין כאן הוצאה מרשות למה לא יהי' נאמן כשאר עד אחד דנאמן באיסורין ולגבי איסור נדאי אם בידו נאמן לעולם.

ומפל מ"ש נראה דלעולם עד א' א"נ לגבי ממון אף אם הוא בידו עכשיו מצד עדות רק בתורת מגו ואם יש הכחשה מאחר י"ל דא"נ ועוד נ"מ טובא אם נאמן בתורת עדות או מצד מגו וצ"ע בכ"ז: [אגב אבאר דברי הרמ"ה פי"נ שהבאתי לעיל דס"ל דמשפחת שהבעל נאמן שנתבטלה הקידושין למפרע ואם נשאת לכהן לא תצא.

והיינו היכא דאמר הבעל שהיו הקידושין על תנאי ולא נתקיים התנאי דדין זה שנה להאומר גרשתי את אשתי דהוי ספק פן נמי בזה. והנה הרמב"ן הביא שם שכן פירש הר"ח דהא דאמר חזיא לכהנא רבא דקידושי תנאי הווי ובטלו הקידושין והקשה א"כ היינו למפרע ול"א בהכי מגו ועוד שא"כ מצינו שיהיה נאמן למפרע ואתי לחפויי על ב"א וכתב והא ל"ק דהוא מלתא דל"ש אלא הא קשיא דמשום מאי מהימן משום שבידו לגרשה ואין בידו להתירה למפרע בשום ענין ול"ד לקמיינתא דהכא עיקר היתרא משעה ראשונה הוא ותו קשי' לי א"כ ליהמניה למימר למפרע גרשתי משום האי מגו דמצי אמר השתא איבטל תנאה א"ו הא נמי למפרע הוא וא"נ עיי"ש ולרמ"ה ניקח לי הפירוש זה וכ' נמי לדינא דנאמן ואף אם נשאת לכהן פטורה מחליצה: וע"כ צריף לומר דסובר כמו דנאמן לומר יש לי בנים או אין לי אחים אף נגד חזקה מטעם הואיל דבידו לגרשה ומותרת עכשיו אף לכהן ול"ה מגו לחצי טענה משום דלא איכפת ליה לבעל אם לא תינשא לכהן והי' לו לגרשה כדי שלא תזקק ליבם וכשפאין לפנינו ע"כ אגו מאמינן אותן שאינה זקוקה ליבם וכיון שהותרה הותרה שאם אינה זקוקה ליבם מפני טענה זו שטען מותרת אף לכהן עיי"ש ברמב"ן ובמל"מ (פ"ג) הלכות יבום פן נמי היכא דאמר דנתבטל הקידושין מפני תנאי הנה לו לגרשה וכיון דאין אגו יכולין למיפלג בדבורו וכיון שנאמן שלא תהיה זקוקה ליבם הותרה ע"כ אף לכהן ונאמן אף שהוא על למפרע



וא"ד לאומר גרשתיך מכבר דא"נ דשם אנו יכולין למיפלג דיבורו ולומר שיהיה נאמן במה שאומר גרשתיי אבל לא על הזמן דהיינו שלמפרע על זה א"נ הואיל דאינו בידו.

ולמ"ד דסובר דל"א בחד גופא ואם אמר למפרע דא"נ היינו טעמא כמ"ש הרמ"ה שם פיון דלאסהודי עלה למפרע קמכונן פי היכי דלא מהימן למפרע לא מהימן להבא והיינו פיון דמעיד על הזמן למפרע במה שאינו בידו אמרינו דבטלה פולה ועיין שם ברמ"ה דבלמפרע איירי אם קלקלה היום ואמר אתמול גרשתיך לא מהימן לשון' פנויה למפרע ובזה פיון דבלתי באפשר לקבל דבריו על למפרע נתבטל כל העדות.

משא"כ באומר קידושי תנאי היה דאינו מעיד רק כדי שתהיה פטורה מיבום וע"ז בידו לגרשה נאמן לגמרי עפ"י דבריו פיון דלא בא להעיד רק שתהיה פטורה ובלתי באפשרי למיפלג דיבורו והפל רק עדות אחת הוא נאמן מה שאין פו באומר גרשתי למפרע דהוי שני עדות.

אחד שגרשה. השני זמן הגירושין.

פיון דאפשר למפלג פלגינן לדבורו. ומאן דסובר דלא פלגינן אמרינו פיון שבטלה עדות השני בטלה פולה דעדותו של למפרע לא מקבלינן דאינו בידו ולמה היה לו להעיד הי' לו לומר סתם גרשתי.

משא"כ באומר שיהיה קידושי תנאי דבלתי באפשרית לו למפלג דיבורו לכן אמרינו להיפך פיון שנאמן לפטור מיבום מחזקינו לדבורו. ושם ע"כ צ"ל דליכא שום נ"מ לו אם נתבטל למפרע הקידושין או לא או משום דאיירי בארוסה וכמ"ש הרמ"ה שם וסובר ארוסה ל"ל פתובה או דמתלה הפתובה וכיון דלא ידענו אם קמכונן לאסהודי על למפרע נאי אפשר למפלג דיבורו נאמן וממילא מותרת אף לכהן: ומינשב נמי קושית רמב"ן דאתי לחפוי על בת אחותו דז"א פיון דאז יתברר דאתו לאסהודי על למפרע ועל מה דאינו בידו ובזה אינו נאמן פיון דאי אפשר למפלג דיבורו.

ומה שהקשה הרמב"ן דיהיה נאמן למפרע במגו דאי בעי אמר שהי' קידושי תנאי ונתבטל אתי נמי שפיר פיון דבמקום דמעיד על למפרע ע"כ אתי לאסהודי על למפרע והיינו אם קלקלה וכמו"ש הרמ"ה ובזה גם באומר שהיו קידושי תנאי א"נ פיון שיהיה נ"מ על למפרע וע"ז אינו נאמן דל"ה בידו.

ומלבד זה יש לומר דהא לאו מגו מעליא דאינו רוצה שיפקיע הקידושין למפרע. ועוד למ"ש הר"ן קידושין (דף ס"ד) דהא דנאמן במגו שהיה מגרשה אף דהוי מגו במקום חזקה הטעם דמגו דבידו לעשות עדיף.

א"כ א"ש דנה ניחא היכא דבידו לעשות דהיינו לגרשה אבל שיהיה נאמן על למפרע במגו דהי' טוען טענה אחרת בזה א"נ במקום חזקה דהיתה מוחזקת לאשת איש ולהוציאה מחזקתה. וא"ל יהיה נאמן למפרע במגו דבידו לגרשה ע"י שליח ולבטל השליח דאז אפקינהו רבנן לקידושין כמבואר בתוס' גיטין (דף ל"ג) דאז פדין יחפה ז"א די"ל למ"ש אחרונים דעכ"פ נשאר קידושין דרבנן א"כ לאו מגו מעליא היא.

ואף למה דנראה מדברי ראשונים שבש"מ (רפ"א) דכתובות דנפקע הקידושין לגמרי מ"מ יש לומר דא"ר בהפקעות הקידושין ל"מ בנשואה יתנה בעילתו ונות ואינו רוצה בזה לאו מגו מעלייתא היא ואף בארוסה יש לומר דא"ר בזה שיתנה הקידושין נפקע לגמרי ובה א"ש ג"כ קושית הרמב"ן דיש לומר לכה נאמן לומר דתנה קידושי טעות פיון דזה מפקיע הקידושין לגמרי ונתבטלו נאמן במגו דתנה נותן הגט ע"י שליח והי' מבטל השליח ותנה נפקע הקידושין ממילא ג"כ משא"כ באמר גרשתי למפרע לאו מגו מעלי' הוא דיש לומר דאינו רוצה בבטול הקידושין ולדעת החולקים שם בגיטין (דף ל"ג) וסברו דהיכא דעושי' בשביל זה לא הפקיעו חז"ל הקידושין אתי שפיר בלא זה וכמו שכתבתי למעלה ועיין היטב: עוד יש ליישב קושית הרמב"ן שהקשה על הר"ח שיתנה נאמן על למפרע במגו דתנה אומר שיהיו קידושין על תנאי ולא נתקנים למ"ש במ"א משם הריטב"א ב"מ (דף פ"א) דלא אמרינן מגו רק היכא דבטעות המגו תנה נאמן מצד עצמותה דטענה מעליא הוא אבל היכא דגם בטעות המגו ל"ה נאמן בטענתו בעצמותה רק אז תנה נאמן ותנה ג"כ רק מצד מגו זה לא אמרינן ויבואר א"ה דבר זה בדיני עו"נ ליישב קושית הקצוה"ח (סי' רצ"ו) על הסוברים דבאפקיד בשטר דנאמן הסותרת במגו דנאנסה ובשבועה הוא רק שבועה דרבנן אבל מדאורייתא אין צריך שבועה על טענות הסותרת והקשה א"כ מאי מתרץ הש"ס שבועות (דף מ"ה) בהא דפריך שבועה' השו"מ דחייב רחמנא היכא משכחת דאפקיד ליה בשטר הא תיהדר הקושיא דמ"מ יתנה נאמן נאנסה במגו דהסותרת והסותרת יהי' נאמן במגו דנאנסה ושם קאי על התירה וליכא שבועה ועפ"י דברי הריטב"א ב"מ הנ"ל א"ש דל"ה מגו היכא דטענות המגו צריך שוב למגו וה"נ דכונתו' דלא אמרינן שיתנה נאמן לומר גרשתי על למפרע אף דאינו בידו מטעם מגו דתנה אומר דנתקדשה על תנאי ונתבטל התנאי פיון דגם טענה הזאת א"נ רק במגו דתנה אומר גרשתי או שהי' מגרשה זה לא אמרינן ואם באנו לומר דמגו מה דבידו לעשות עדיף בלא"ה אתי שפיר וכמו"ש למעלה: אף זאת צריך להבין לדעת הר"ח והרמ"ה בההיא מעשה דאמר חזינא לכהנא רבה דתנה אומר שקידושין תנאי תנה ונתבטל א"כ אמאי אמר ליה רבא לר"נ ב"א חוש לה ותינו כמו"ש הרשב"ם דאם גרשה קלא הו"ל למלתא כדאמרינן באשה שנתארמלה או מטעם דהוי רעותא דליכא לגיטה בידה וכמו"ש הרמ"ה ובאומר יש לי בנים נאמן ולא חיישינן משום דליכא רעותא והואיל דבידו לגרשה נאמן כ"כ יתנה נאמן לומר דהי' קידושי תנאי ונתבטל פיון דבידו לגרשה ועכשיו אין כאן ריעותא וצריך לומר דמ"מ הני רעותא כמו"ש הרמ"ה לגבי גרשתי דריע מגו דאמרינן אם איתא דגרשה תיתי עדי מסירה.

וה"נ לענין נאמנותו שקדשה על תנאי ונתבטל תיתי עדי קידושין ולכה"נ להוציאה מחזקת א"א אף דהיכא דבא לומר דהחזקה תנה בטעות ועוקר החזקה מעיקרא עדיף וכמו"ש במרדכי והגה"מ ר"פ האומר בשליח דטעה ואמר הרי את מקודשת לי דנאמן לומר שטעה היינו דשם לא אמתחזקה פלל אבל היכ' דנתחזקה לאשת איש א"נ לעקור החזקת אשת איש אף דיש לו מגו דגרשה הואיל דריע טענתו דתיתי עמ"ס.

ובשיטת הר"ח אתי שפיר ביותר דיש לומר דסובר כמו שכתב הרשב"א קידושין הלכה לדין בעל שאמר גרשתי את אשתי א"נ דהוי מגו נגד חזקה והוא איבעי' דלא איפשטי אם אמרינן או לא עיי"ש א"כ באומר קידושי תנאי תנה ונתבטל ג"כ הוי נגד חזקה והוי

ספק והרמ"ה דסובר דרב תניינא ליה מדרבנן בלבד ואם נשאת בלא תליצה ואי אפשר לחלוץ או שנשאת לכהן דלא תצא צריף לומר כמו שפתי דלקה אמר זיל חוש ליה הואיל דריע טענתו דתייתי עמ"ס פן נמי באומר קידושי תנאי ריע טענתו דתייתי עדי קידושיין.

אבל אם נשאת לכהן בזה לא תצא ועיין בכ"ז]: סי' לא קיי"ל פאביי סנהדרין (דף כ"ז) דרשע רע לשמים אף דאינו רע לבריות פסול לעדות מקרא דאל תשע רשע עד ונראה מדברי הנ"י שם ובמס' יבמות (פ"ב) דלאו מטעם משקר הוא רק גזה"כ הוא ולקח באיסורין דל"ש עדות דאפילו עד א' פשר בהם ואפילו אשה ליכא למפסליה.

ומטעם זה העלה הקצוה"ח (סי' מ"ו) בהא דמבואר שם בשטר שחתום בו עד שלא נעשה חתנו ואח"כ נעשה חתנו דל"ב שיתחזק השטר מקודם. דכן נמי בחתום עד שלא נעשה רשע ואח"כ נעשה רשע אחרים מעידין על חת"י פיון דאינו פסול מטעם משקר רק גזה"כ כמו פסול קריבה רק בחתום בו עד שלא נעשה גזלן ונעש' גזלן בזה פסול מצד משקר.

ולדעתי מבואר בחידושי הרמ"ה סנהדרין שם להדיא דפסלה התורה מטעם משקר דכתב על הא דפריף שם הש"ס לרבא מברייתא אל תשע רשע עד אל תשע חמס עד אלו גזלנין ומועלין בשבועות מאי לאו אהד שבועות שוא ואהד שבועו' ממון וכתב וז"ל הא דקתני בברייתא אל תשע חמס עד לאו פירוש' דאל תשע רשע עד הוא אלא מילי מילי קתני ולפרושי קרא קאתי דרישא דקרא משמע אל תשע ידך עם רשע אל תשע רשע עד וסיפא דקרא משמע להיות עד חמס שלא תשע חמס עד ותנא קא מפרש ליה לתרנייהו רשע דלאו חמס כגון מועלין בשבועות שוא חמס כגון הגזלנין ואב"א פירושא קא מפרש דהאי אל תשע רשע עד אל תשע חמס עד קאמר ולאו למימר דל"ה פסול עד דהוי חמס אלא הכי קאמר רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס אל תשימון עד עכ"ל הרי מבואר דהתנא מפרש לקרא דע"י רשע יהיה עד חמס שחוששין התורה למשקר.

וכן נראה כמבואר מלשון רמב"ם (פי"ד ה"ה) מעדות שפינים שאינו דומה הפסול בעבירה לפסול בקריבה שהפסול בעבירה חשוד לזניף הרי אף דמתחילה כתב חתום עד שלא נעשה גזלן מ"מ לאו דוקא גזלן רק כל הפסול בעבירה שפסול להעיד חשוד לזניף וחוששין למשקר וע"כ אף דלא קיי"ל כר"מ בכורות (דף ל') וחסוד ע"ד מעיד כפר פתבו תוס' שם לענין עדות רחמנא אמר אל תשע רשע עד וגזה"כ הוא לא כמו קרובים רק מדכתיב להיות עד חמס גלי התורה דתיישינו לענין דבר הצריף עדות בב"ד דמשקרי וכמו"ש הרמ"ה דחוששין שמא יהי עד חמס היינו למשקר: וכן נראה מבואר עוד מדברי רמב"ם הלכות סוטה (פ"א הט"ו) דקרוב נאמן ואפילו אשה או עבד או שפחה ופסול לעדות בעבירה מדברי סופרים.

להעיד על הסוטה שזינתה. הרי מבואר דדוקא הפסול מדברי סופרים נאמן אבל הפסול מדאוריית' דהוי רשע א"נ פיון דלאו שם עד עליו חוששין למשקר, ועיין ס' ט"א ר"ה (דף כ"ב) דהקשה למה ל"א גזלן דדבריהם פשר לעדות שאשה פשרה ליה דהוי עגלה צרופה נמי בכלל וכו' ושמא י"ל דלגבי ע"ע אף גזלן של תורה פשר להעיד דדוקא לגבי סוטה פיון דאפיק רחמנא בלשון עד להא דעא"נ היינו דוקא בראוי להעיד לאפוקי גזלן דאינו בתורת עדות דכתיב אל תשע ידך ודרשינו אל תשע רשע עד ש"מ דרשע אין שם עד

עָלְיוֹ אֲבָל אִשָּׁה שָׁם עַד עָלְיָהּ רַק דְּנִפְקָא דְּפִסּוּלָהּ מִדְּכִ' וְעַמְדוֹ שְׁנֵי אֲנָשִׁים ל"ל לְמַעוּטֵי  
רַק בְּדָבָר דְּצָרִיף ב' עֵדִים אֲבָל הֵיכָא דְּעַד אֶחָד נְאֻמֵּן אִשָּׁה בְּכָלֵל עַד.

אֲבָל לְעֵנִין ע"ע נ"ל מִדְּכָתִיב וְלֹא נֹדַע הָא נֹדַע אֶפְיָלוֹ אֶחָד בְּסוּף הָעוֹלָם ל"ה עוֹרְפִין  
וְנֹדַע מִי הִפְהוּ אֶפְיָלוֹ גִּזְלָן בְּמִשְׁמַע עכ"ד. וּבְאַמַּת שְׁכֹן מְבֹאָר מְדַבְּרֵי רַמְבַּ"ם (פ"ט)  
הַלְכוֹת רו"נ שֶׁפְּתַב אֶפְיָלוֹ עֶבֶד אוֹ פִּסּוּל לְעֵדוֹת בְּעֵבְרָה ל"ה עוֹרְפִין וְלֹא הִתְנַהֵּ כִּמו"ש  
בְּהַל' סוּטָה הַפִּסּוּל בְּעֵבְרָה מִד"ס מִשְׁמַע לְהַדְּלִ' דְּלַעֲנִין ע"ע אף גִּזְלָן ד"ת נְאֻמֵּן.

וְאִף דְּבַהֲל' עֵדוֹת (פ"ה) כָּלֵלָא כְּיִיל וְכַתֵּב כ"מ שְׁעַד אֶחָד מוֹעִיל אִשָּׁה וּפִסּוּל כְּמוֹ כֵּן  
מְעִידִים חוּץ מִעַד אֶחָד שֶׁל שְׁבוּעָה. ע"כ סְמָךְ עַל מַה שֶּׁבִּיָּאָר בְּמִקּוּמוֹ דִּישׁ הַבְּדֵל בִּינֵיהֶם  
דְּפִסּוּל בְּעֵבְרָה דְּאוֹרֵייתָא בְּכָלֵל רְשָׁע הוּא וְלֹא תוֹרַת עַד עָלְיוֹ וּא"נ לְגַבֵּי סוּטָה לְאַסְרָה  
לְעוֹלָם שְׁלֵא תִשְׁתָּה וּלְגַבֵּי עֲגֵלָה עֲרוּפָה דְּלֹא צָרְכִינָן לְשֵׁם עֵדוֹת כָּלֵל רַק כִּינּוּ דְּנֹדַע לְאַחַד  
שְׁאוּמֵר וְהוּא בְּכָלֵל יִשְׂרָאֵל מִיְקָרֵי נֹדַע מִי הִפְהוּ וּבְדָבָר דְּצָרִיף עֵדוֹת י"ל דְּפִסּוּלָהּ הַתּוֹרָה  
רְשָׁע אִם מִגְזָה"כ אִם מִטַּעַם מְשַׁקֵּר.

אֲמַנָּם מ"ש ה"ט א דְּבִסּוּטָה אִשָּׁה נְאֻמַּנְתָּ דִּישׁ לָהּ שֵׁם עַד יֵשׁ לְהַתְּבוּנָן דִּמ"מ כִּינּוּ דְּגַלִּי לִן  
הַתּוֹרָה מְוַעְמְדוֹ שְׁנֵי אֲנָשִׁים דְּאִשָּׁה לֹא בְּתוֹרַת עֵדוֹת הִיא שׁוֹב לֹא שֵׁם עַד עָלְיָהּ וְכֵן  
כְּתוּבוֹ הַמְּחַבְּרִים דִּמְה"ט קְתַנִּי בְּמַתְּנִיתִין דְּאִין שְׁבוּעַת עֵדוֹת נוֹהֲגַת בְּנָשִׁים אִף דְּמִשְׁפַּחַת  
בְּעַד סוּטָה וְכֵן לְהַסּוּבְרִים דְּעַד א' נְאֻמֵּן לְעֵדוֹת אִשָּׁה מְה"ת א"כ מִשְׁפַּחַת שְׁבוּעוֹת עֵדוֹת  
בְּנָשִׁים וְכְתוּבוֹ כִּינּוּ דְּלֹא תוֹרַת וְשֵׁם עַד עָלְיָהּ לִיתָא בְּק"ש הָעֵדוֹת וְלֹא נְכָלֵל' בְּפִסּוּק וְהוּא  
עַד: אוּלָם בְּאַמַּת הָא דְּאִשָּׁה נְאֻמַּנְתָּ שֵׁם דל"צ תּוֹרַת עֵדוֹת לָזָה וְהָא דְּפִסּוּלֵי עֵדוֹת  
דְּאוֹרֵייתָא אִינָם נְאֻמַּנִּים מְבֹאָר טַעַם הַדְּבָר מִצַּד אַחֵר.

דְּהִנָּה הַרְמַב"ם (פ"א) מְעֵדוֹת כְּתוּב וְנ"ל לְפִיכָף הַחֲשׂוֹד עַה"ד יֵשׁ לוֹ לְדוֹן בּוֹ וּלְהַעִיד בּוֹ  
לְאַחֵרִים חֲזָקָה אִין אָדָם חוּטָא כְּדִי שְׁיִהְיֵנוּ אַחֵרִים כּו' וְכֵן כָּל פִּיּוּצָא בְּזָנָה בְּשָׂאָר אִיִּסּוּרִין  
לְפִי שְׂאִימַת הָאִיִּסּוּרִים עַל הַרְשָׁעִים וְאִין אִימַת הַמְּמוֹן עָלֵיהֶם עכ"ל מְבֹאָר מְדַבְּרֵי לְתַרְזֵן  
קוֹשְׁיַת תּוֹס' וְרַא"ש בְּכוֹרוֹת הַגִּזְלָל דְּאִף דְּלֹא קִי"ל כּו"מ וְהַחֲשׂוֹד עַה"ד מְעִיד לְאַחֵרִים  
מ"מ בְּדָבָר דְּצָרִיף עֵדוֹת לְעֵנִין מְמוֹן פִּסּוּל דְּהַתּוֹרָה פִּסְלָה לְרְשָׁע לְהַעִיד מִטַּעַם מְשַׁקֵּר.

וְהַרְמַב"ם כְּבָר כְּתוּב בְּהַל' יִסָּה"ת דְּהָא דְּגִזְרָה הַתּוֹרָה ע"פ שְׁנַיִם עֵדִים יְקוּם דְּבָר אִינּוּ  
מִטַּעַם בְּיָרוּר הַדְּבָר לְאַמַּת שְׁכֹן הוּא רַק אַעפ"י שְׂאִין אָנוּ יוֹדְעִין אִם הַעִידוֹ אֲמַת אִם שְׁקָר  
רַק חֵק הַתּוֹרָה וְצוּיִנוּ לְחַתְּנוּף הַדְּבָר עַל פִּיהֶם עִי"ש (פ"ח) א"כ בְּכָל עֵדִים אִף הַכְּשָׁרִים  
בְּיִשְׂרָאֵל יֵשׁ לָנוּ סְפֵק אִם אֲמַת אִם שְׁקָר רַק חֲזָקָה וּגְזִירָה עָלֵינוּ לְחַתְּנוּף הַדְּבָר ע"פ וְרְשָׁע  
פִּסְלָה הַתּוֹרָה מִמִּילָא יֵשׁ לָנוּ חֲשָׁשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִם אֲמַת אִם שְׁקָר וְלֹא נוֹכַל לְחַתְּנוּף הַדִּין  
עפ"י עֵדוֹת רְשָׁע הוֹאִיל דְּאִיתְרַע חֲזָקָתוֹ וְרַע לְשָׁמַיִם הוּא וְזָה דְּנֻקָא לְעֵנִין מְמוֹן לְחִיִּיב  
חֲבִירוֹ אוֹ לְפִטְרוֹ אִף דָּאִם מְעִיד שְׁקָר עוֹבֵר עַל לֹא תַעֲנֶה מ"מ כִּינּוּ דְּרַע לְשָׁמַיִם הוּא  
חוֹשְׁשִׁין עַל שְׁקָר מִשָּׂא"כ בְּאִיִּסּוּרִין כִּינּוּ דְּאִימַת אִיִּסּוּרִין עָלְיוֹ חֲזָקָה דִּא"א חוּטָא וְלֹא לוֹ  
וּלְשָׂמָא שְׁכָרוֹ חֲבִירוֹ לֹא חִיִּישִׁינוּ לְכֵן אִף דְּרַע לְשָׁמַיִם מ"מ כִּינּוּ דְּיִשְׂרָאֵל הוּא אִימַת  
אִיִּסּוּרִין עָלְיוֹ שְׁלֵא לְהַכְשִׁיל לְחֲבִירוֹ וְנְאֻמֵּן.

אוּלָם קִשָּׁה הָא אִף לְדִינֵי נְפִשׁוֹת גַּם כֵּן פִּסְלָה הַתּוֹרָה לְרְשָׁע וּבְכָלֵל אֵל תִּשְׁתֵּ רְשָׁע עַד  
הוּא גַּם כֵּן לְדַנּוּ"פ וְאִמַּי לֹא יִהְיֶה נְאֻמֵּן הָא ק"ו הוּא מִמַּה דְּנְאֻמֵּן בְּאִיִּסּוּרִין הוֹאִיל דְּאִימַת

איסורין על הַרְשָׁעִים אף דהוא רע לְשָׁמַיִם רק מְמוֹן קל בְּעֵינֵי הָרַע לְשָׁמַיִם נִימָא דְאִסוּר  
שְׁפִיכַת דְּמַיִם וְדַאי אֵימְתוּ יוֹתֵר מְאִיסוּרִין וְיִהְיֶה נְאָמֵן וְצָרִיף לֹמַר פִּינּוֹן דְּבִאֲמַת כָּל עֲדִים  
הַכְּשָׁרִים לְאוּ מְטַעַם בְּיָרוּר נְאָמְנוֹת רַק חֶזֶק וּגְזִירַת הַתּוֹרָה לְחַתְּנָהּ הַדְּבָר ע"פ שְׁנִים  
וְטוֹבִים הַשְּׁנִים מִן הָאֶחָד שְׁאִינוּ נְאָמֵן בְּעֵינֵי דְוָקָא שְׂיִהְיֶה מְוַחֲזָקִין לְנְאָמְנֵי לְכָל עֲדוּת  
שְׁבַתְּוָה וְכִינּוֹן דְּרַע לְשָׁמַיִם אִיתְרַע חֲזַקְתּוּ וּא"נ אף לְמְמוֹן הַקַּל בְּעֵינֵיהֶם יֵצְאוּ מְגֹדֵר שְׁנֵי  
עֲדִים כְּשָׁרִים וְלֹא נוֹכַל לְדוֹן ע"י אף בְּדָבָר הַחֲמוּר.

וְנָה טַעְמָא דר"מ דְּעַד זֹמָם בד"מ פְּסוּל לְנִפְשׁוֹ וְדָלָא כר' יוֹסִי מְשׁוּם פִּינּוֹן דְּאִינוּ כְּשָׁר  
לְמְמוֹן לְאוּ תוֹרַת עֲדוּת עָלְיוּ וְעפ"י שְׁנִים עֲדִים יָקוּם דְּבָר פְּתִיב שְׁצָרִיף שְׂיִהְיֶה עָלְיוּ  
תוֹרַת עַד הַכְּשָׁר אף לְמְמוֹן הַקַּל אֲזַ כְּשָׁר לְדנ"פ.

משא"כ לְעַנְנֵן אִיסוּרִין דְּדִי אף בְּאֶחָד וּא"צ אֵלָא בְּיָרוּר דְּבַר מַה וּגְלוּי מִקְלָתָא בְּעַלְמָא.  
לְכַף אף דְּאִיתְרַע חֲזַקְתּוּ דהוא רע לְשָׁמַיִם מ"מ פִּינּוֹן דִּישׁ חֲזַקָה דְּאִין אָדָם חוּטָא וְלֹא לֹו  
וְאֵימַת אִיסוּרִין עָלְיוּ שְׁלֵא לְהַכְשִׁיל לְאַחֲרִים לְכַף נְאָמֵן לְהַתִּיר.

וְעֵינֵין ש"ף יו"ד (סי' קכ"ז) דְּלֵאִיסוּר י"ל דְּאִינוּ נְאָמֵן הַפְּסוּל בְּעֵבְרָה עֵי"ש וּלְטַעַם  
הַרְמַב"ם דְּמְמוֹן קִיל בְּעֵינֵי רְשָׁעִים וְאִין אֵימַת מְמוֹן עָלֵיהֶם רַק אֵימַת אִיסוּר נִרְאָה כְּמוֹ  
מְבוֹאָר דא"נ לְאֶסוּר דְּבָר עַל חֲבִירוֹ כְּמוֹ דא"נ עַל מְמוֹן דְּקִיל בְּעֵינֵיו לְהַפְּסִידוֹ רַק לְהַתִּיר  
נְאָמֵן.

וְלִכּוֹן אֲתֵי שְׁפִיר בְּסוּטָה לְאֶסוּר שְׁלֵא לְשַׁתּוֹת אִשָּׁה נְאָמְנַת הוּאִיל דְּהוּי רְגִלִים לְדָבָר וְאִין  
תוֹרַת עֲדוּת עָלְיוּ וּמ"מ הַפְּסוּל בְּעֵבְרָה פִּינּוֹן דהוא רע לְשָׁמַיִם קל מְמוֹן בְּעֵינֵיו א"נ פִּינּוֹן  
שְׁמַפְסִיד לָהּ הַכְּתוּבָה וּבָזָה א"נ אף בְּדָבָר דְּלִיכָא תוֹרַת עֲדוּת עָלְיוּ.

עכ"פ מְבוֹאָר מ"ז דְּרִשָׁע פְּסוּל מְטַעַם מְשַׁקֵּר וְגַם דְּכּוֹן מְבוֹאָר לְרַבָּא דְּמוּמָר לְחִתְּאָבוֹן  
הֵינּוּ שְׁחוּמַד מְמוֹן וּמְשׁוּם דְּזִיל טְפִי מְדַהֲיָתְרָא אִינוּ חוּשֵׁשׁ לְאִיסוּר וְע"כ מְטַעַם מְשַׁקֵּר  
פְּסָלָה הַתּוֹרָה כּוֹן נְמִי לְאִבְיֵי דְּבִין לְהַכְעִיס בֵּין לְחִתְּאָבוֹן רִשָׁע וּפְסוּל ג"כ הוּא מְטַעַם  
דְּחֻשְׁדִּינּוֹ לְמְשַׁקֵּר וְדָלָא כַּהֲקֻצוּה"ח וְעֵינֵין יו"ש יְבָמוֹת (פ' י"א) ש"כ ג"כ כּוֹן: וְהִנֵּה הַש"ג  
כ' בְּשֵׁם רִיא"ז וְז"ל נִרְאָה בְּעֵינֵי שְׁאָף הַפְּסוּלִים מַה"ת אִינּוֹן נְפֹסְלִין אֵלָא בְּדָבָר שְׁהוּא  
חֲשׂוּד בּוֹ וְהַמְקַדֵּשׁ בְּפָנֵי ב' גְּזוּלָנִים חוּשְׁשִׁין לְקִידוּשִׁין שְׁלֵא נְפֹסֵל מְדָבָר שְׁאִינוּ חֲשׂוּד בּוֹ  
אֵלָא מַד"ס.

והב"ש אה"ע (סי' מ"ב) כָּתַב דְּאִין נִרְאָה כּוֹן מְדַבְּרֵי שְׁאָר פּוֹסְקִים. וְהַנּו"ב מַהד"ק אה"ע  
(סי' נ"ז) כָּתַב לְפָרֵשׁ דְּבָרֵיו דְּסוּבֵר אף דְּקִי"ל כְּאִבְיֵי דל"ב רִשָׁע דְּחָמַס לֹא שְׂיִפְסֵל רַק  
מְדַרְבְּנָן פִּינּוֹן דְּלֹא קִי"ל כר"מ וְחֲשׂוּד לְדָבָר אֶחָד אִינוּ חֲשׂוּד לַד"א וְגִזְלוֹן עֵיקֵר פְּסוּל  
שְׁמַקְבֵּל שְׁוֹחַד לְהַעֲיֵד וְאִם הֵינּוּ יוֹדְעִין שְׁלֵא קַבֵּל מְעוֹת הֵינּוּ עֲדוּתוֹ כְּשָׁר וּנ"מ אִם מְשַׁעָה  
שְׁגוּל לֹא זִוָּה יָדוּ מִיָּדֵי עֲדִים וְנִרְאָה שְׁאֶחָד קִידֵשׁ אִשָּׁה וְהַעֲדִים שְׁעֲמוּ לֹא רָאוּ הַקִּידוּשִׁין  
אֲבָל זֹאת רָאוּ שְׁלֵא קַבֵּל מְמוֹן מְשׁוּם אָדָם וְהַעֲיֵד שְׁפְלוּנֵי קִדֵּשׁ עֲדוּתוֹ מוֹעִיל דְּבִלָּא בְּצַע  
כְּסָף אִינוּ חֲשׂוּד לְעַבְנוֹר עַל לֹא תַעֲנָה וְאִם שְׁנִיָּהֶם מוֹדִים צָרִיכָה גִט עֵי"ש.

וּלְעַנ"ד תְּמוּהֵין דְּבָרֵיו חֲדָא פִּינּוֹן דְּבִלְעָדֵי אַחֲרִים שְׂיַעֲיָדוּ שְׁלֵא לְקַח בְּצַע כְּסָף לֹא מְקַבְּלִין  
עֲדוּתוֹן שְׁלֵא גְזוּלָנִין א"כ הוּי חֲצִי דְּבָר בְּכַה"ג פִּינּוֹן דְּעֲדוּתוֹן שְׁלֵא אֵלוּ אִינוּ פּוֹעֵל מְאוּמָה וְעוֹד  
מ"ש פִּינּוֹן דְּמְשַׁכַּחַת שְׂיִוְעִיל עֲדוּתוֹן לֹא מְקַרֵי מְקַדֵּשׁ שְׁלֵא בְּפָנֵי עֲדִים וְאִם מוֹדִית

שְׁנֵי קְדוּשָׁה בְּפִיָּהֶם צְרִיכָה גַט מֵאֵי מְהַנִּי אַף אִם שְׁנֵיהֶם מוֹדִים פִּינּוּן דַּמ"מ לְעֵלְמָא לֹא נוֹכַל לְדוֹן ע"י עֲדוּתוֹן לְהַרְוֵג הַבָּא עֲלֵיהָ וְלְהַחְזִיקָהּ בְּחֻזְקָתָא שְׂתֵי אִישׁ שׁוֹב אֵין אִישׁוֹת לְחַצְאִין וְכַמ"ש הַפְּנ"י קִדְוִישׁוֹן (דָּף ס"ה) וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי לְעֵיל (ס"א ל') דַּכ"כ הַרְמַב"ם בְּטַעַם הַדְּבָר דְּצָרִיף לְקִיּוּם הַדְּבָר בְּגִיטִין וְקִדְוִישׁוֹן עֲדוּת.

וְגַם פְּכָר פֶּתַב הַרְשָׁפ"א וְר"ן קִדְוִישׁוֹן (דָּף מ"ג) דְּהִיכָא דַּל"מ עֲדוּתוֹן רַק בְּצִירוּף הַנְּדָאוּתוֹן שְׁל שְׁנֵיהֶם הָוֵי כְּמַקְדָּ' בְּלֹא עֲדִים וְעֵינּוּן מ"ש הַמְּקַנָּה (ס"א מ"ב) בְּיִשׁוּב דְּבָרֵי הַש"ג וְיִשׁ לְדוֹן בְּדַבְרֵיו אַכ"מ.

וְעֵינּוּן רַד"ך (בֵּית כ"ד) דְּכַתַּב דְּמַש"ס ב"ב מוֹכַח דְּפָסוּל גְּזֻלָּן הוּא מְשׁוּם מְשַׁקֵּר וּבַכ"ז אֵין חוֹשֵׁשׁוֹן לְגַבֵּי קִדְוִישׁוֹן דְּמַשׁוּם דְּחִיּוּשׁוֹן לְמַשְׁקֵר גְּזֵרָה הַתּוֹרָה שְׁיִהְיוּ פְּסוּלִין מִפְּלִי וְכַל עֲדוּתוֹ ל"ח עֲדוּת עֵי"ש וְיִשׁ סְמָךְ לְזֵה מְדַבְרֵי רַמְב"ם גַּבֵּי טֶןְמָטוּם פִּינּוּן דַּא"נ לְהוֹצִיא א"נ לְהַחְזִיק וְהֵינּוּ כ"ז דְּלֹא הָוֵי עַד פְּשָׁר לַכ"ד לֹא נִקְבַּל מִמֶּנּוּ עֲדוּתוֹ וְה"נ כְּמוֹכּוֹן: וְלְכַאוּרָה יִשׁ לְהוֹכִיחַ דְּרַק בְּרִשְׁע דְּחָמַס חֲשָׁדִין לְמַשְׁקֵר מְהָא דְּמַבְנָאָר בְּטוֹר דְּחִיּוּבֵי מְלָקוֹת פִּינּוּן שְׁלָקוּ כְּשֵׁרִין לְעֲדוּת וּבְגַבֵּי וְגֻזְלָן אַעפ"י שְׁהַחְזִירוּ אִם לֹא הַחְזִירוּ רַק בְּכַפֵּיתָב"ד פְּסוּלִין עַד שְׁיִשׁוּבוּ וְקָשָׁה הָא גַם בְּחִיּוּבֵי מְלָקוֹת לְקוּ בְּכַפֵּיתָב"ד.

אוּלָּם אִם נֶאֱמַר דְּרִשְׁע דְּאִינוּ דְּחָמַס פְּסוּל מַגְזֵה"כ וְאִינוּ מְחַמַּת חֲשָׁד א"ש בְּזֵה פִינּוּן שְׁלָקָהּ וּמְכּוּפָר לֹו הָעוֹן הָרִי הוּא כְּאַחִיף וְתוּ לֹא מְקַרֵי רִשְׁע לְכָף כְּשֵׁר אַף שְׁהֵיָה בְּכַפֵּיתָב"ד מֵהָ שְׁאִין כּוֹן בְּרִשְׁע דְּחָמַס דְּבִזָּה הַטַּעַם דְּחֲשָׁדִין לְמַשְׁקֵר אַף דְּהַחְזִירוּ וּמְתַקְּנוּ בְּזֵה הַאִסּוּר מ"מ פִּינּוּן שְׁהֵיָה בְּכַפֵּיתָב"ד חֲשָׁדִין עֲדֵינּוּן לְמַשְׁקֵר.

אוּלָּם אִם נֶאֱמַר כּוֹן יְקָשָׁה עַל הַכ"מ דְּכַתַּב בְּפֶרֶק יוֹד מְעַדוּת בְּהוֹזְמוּ הָעֲדִים שְׁהַעֲדִיו שְׁקֵר אִם לְקוּ חֲזָרוּ לְכַשְׁרוּתוֹן כְּמוֹ כָּל חִיּוּבֵי מְלָקוֹת שְׁלָקוּ הָא בְּזֵה חֲשָׁדִין לְמַשְׁקֵר פִּינּוּן דְּהָוֵי רִשְׁע דְּחָמַס וְכַמּוֹ דַּל"מ בְּהַחְזִיר הַגְּזוּלָה ע"י כַּפֵּיתָב"ד כְּמוֹ כּוֹן בְּהַעֲדִיו עֲדוּת שְׁקֵר דְּהָוֵי רִשְׁע דְּחָמַס וְחֲשָׁדִין לְמַשְׁקֵר לְמָה חֲזָרוּ לְכַשְׁרוּתוֹן ע"י מְלָקוֹת שְׁלָקוּ.

א"ו דְּאִין חִילּוּק בֵּין רִשְׁע דְּחָמַס לְרִשְׁע דְּאִינוּ דְּחָמַס לְעֵנּוּן זֵה וּבְאַמַּת הָא דְּכַתַּב בְּרַמ"א (סְעִיף כ"ט) מֵי שְׁגָבֵי וְגֻזַל בְּאַקְרָאֵי בְּעֵלְמָא מִיֵּד שְׁהַחְזִיר הָוֵי תְּשׁוּבָה וְדוּקָא אִם הַחְזִירוּ מְעַצְמוּ אֲבָל אִם לֹא הַחְזִיר רַק ע"י כַּפֵּיתָב"ד ל"מ הַחְזִירָה עַד שְׁיַעֲשֶׂה תְּשׁוּבָה וְהוּא דְּבָרֵי הַטּוֹר וּבַקְצוּה"ח (ס"ק כ') הִבִּיא דְּבָרֵי הַב"ח דַּאֲעַפ"י שְׁל"ה הַשְּׁבָה אֲלָא בְּכַפֵּיתָב"ד מִיֵּד שְׁהַחְזִיר הַגְּנִיבָה אוּ הַגְּזוּלָה הָרִי הוּא כְּשֵׁר לְעֲדוּת וְלְשׁוּבָה וְהַקָּשָׁה עֲלֵיו מַב"מ בְּעוֹבְדָא דְּהוּא רְעִיא דְּפָרִיף וְהָא גְּזֻלָּן הוּא וְכִינּוּן דְּחִיּוּבֵי לְהַחְזִיר אַמְאֵי פְּסוּל וְהִבִּיא דְּבָרֵי תוּס' ב"מ שְׁם ד"ה דְּחָשׁוּד דַּכ' דְּמָה שְׁמַשְׁלֵם ע"י עֲדִים אֵין זֵה הַשְּׁבָה מְעַלְלֵי דַע"כ מְשַׁלֵּם וְה"ט דְּכּוּפָר בְּפִקְדוֹן וּבְהוּא רְעִיא מְבַנָּאָר דַּאֲף בְּפַעַם אַחַת נָמִי לֹא מְהַנִּי חֲזָרָה: וְי"ל דְּוַדַּאי יִשׁ סְבָרָא דְּחֲזָרָה ע"י כַּפֵּיהָ פִינּוּן דְּמַקְטִיבִים וְהַשִּׁיב זֵה תְּשׁוּבָתוֹ וְכַמּוֹ חִיּוּבֵי מְלָקוֹת אַחַר שְׁלָקָהּ הָוֵי כְּאַחִיף אַע"ג דְּהֵיָה בַע"כ.

אוּלָּם זֵה דוּקָא בְּאִם מְחִזִיר גּוּף הַגְּנִיבָה וְגֻזְלָה דְּבִזָּה מְקַיִים וְהַשִּׁיב אֲבָל כְּשֵׁאִינוּ בְּעֵין דַּאֲף דְּמַחְזִיר הַדְּמִים מ"מ הַלָּאוּ אִינוּ מְנַתֵּק רַק דְּפָטוּר מִמְּלָקוֹת מְשׁוּם דְּהָוֵי לָאוּ הַנִּימְנוּ לְתַשְׁלוּמֵין לְכָף מְמוֹן מְשַׁלֵּם מְלָקֵי לֹא לְקֵי כְּמַבְנָאָר שְׁיִטַּת הַרמ"ה בְּרִיטְב"א מְכּוֹת (דָּף

ט"ז) וכבר בארתי בהגהותי בדברי חיים דיני אבידה (סי' א') שזה ג"כ נשיטת הרמב"ם עיי"ש שהוכחתי מפמה מקומות בדברי הרמב"ם.

וא"כ אף במחזיר הדמים שגזל מ"מ נשאר עליו הלאו דגזילה לכן דוקא במחזיר מעצמו חזינו דמתקרט ועושה תשובה חזר לכשרותו משא"כ פשמיחזיר בכפיית ב"ד פינו דלא מינתק הלאו פשאינו מחזיר גוף הדבר שגזל ואף דאינו בעין מ"מ אנו פסקינו קיימו ולא קיימו פשאינו מקיים להעשה נשאר חומר הלאו רק דאינו לוקה הואיל דהוי לאו הנחתן לתשלומין ממון משלם מילקי לא לקי.

ואולם עכ"פ אין לנו ראיה דשב בתשובה לכך לא חזר לכשרותו. וא"כ אתי שפיר מההוא רעיא דשם אכל הגזילה אף דמחזיר הדמים מ"מ נשאר עליו הלאו לכך לא חזר לכשרותו אבל היכא דהחזיר גוף הדבר שגזל אף שהוא ע"י כפיית ב"ד מ"מ מינתק הלאו בזה י"ל פדעת הב"ח דחזר לכשרותו.

ואף דתוס' פתבו דהטעם מה דמשלם עפ"י עדים אין זה השבה מעליא דע"כ משלם וה"ט דכופר בפקדון מבואר דעיקר הטעם משום דמשלם בע"כ י"ל דתוס' לשיטתם דסברי מס' מכות שם דלאו דגזל הוא מינתק אף באם משלם דמים ולא פשיטת הרמ"ה והרמב"ם אבל לדעת הרמ"ה ורמב"ם דאינו מינתק הלאו בהחזרת דמים רק פשמיחזיר הגזילה בעינא כעין שגזל י"ל דאף אם מחזיר בכפיית ב"ד חזר לכשרותו כמו חייבי מלקות שלקו דאחיה הוא ובאמת לדידהו כופר בפקדון דפסול לעדות הוא קודם שהחזיר גוף הפקדון אבל פשהחזיר אף שהוא עפ"י עדים אם מחזיר כעין שגזל דמינתק הלאו חזר לכשרותו: אף למה שראיתי בלח"מ דכ' דכל לאו המינתק ע"י עשה דאינו לוקה הוא רק דגלי לנו התורה דבעינו דומיא דלאו דחסימ' ומינתק הלאו מלחייבו מלקות אבל מ"מ איסורא עליו רמיא ובנדאי צריף תשובה א"כ מה מהני אם מחזיר עפ"י עדים ואינו דומה לחייבי מלקות שלקו דחזר לכשרותו דגלי לן קרא ונקלה אחיה לעיניה פינו שלקה הרי הוא אחיה דעכ"פ סבל יסורין ובזיון מה שאין פן פשהחזיר ממון ע"י כפייה ולא סבל שום עונש וכמו שכתב הסמ"ע (ס"ק ע"א) ואע"ג דמחמת איסור לא נפסל רק בלאו שיש בו מלקות מ"מ פינו דכבר נפסל אינו חזר לכשרותו כ"ז שנשאר עוד עליו חומר עון מעבירה דנפסל ע"י: סי' לב מבואר מדברי הרמב"ם דרק הפסול בעבירה שחייב עליו מלקות מקרי רשע ופסלה התורה אבל בלאו דאין בו מלקות אינו פסול מן התורה וכן כ' משם הרי"ף בתשובה ורוב הראשונים דרשע מקרי החייב מלקות מדכתיב וזהה אם בין הפות הרשע.

וכן מבואר רמב"ם פירוש המשנה שני עיקרים בפסולי עדות חייב מלקות אף דאין שם חמס וכל שלוקח ממון שלא כדין אפילו אינו חייב מלקות דלא כמו שעלה ע"ד הכנה"ג לפרש דברי רמב"ם דאף בעבר על לאו שאין בו מעשה מיפסל מן התורה ועיין תשובת פנסת יחזקאל (סי' צ"ט) דהעלה לפסול בעוב' על לאו שאין בו מעשה מה"ת כמו בלאו שנייתק לאזהרת מיתת ב"ד ולא הנחתק לעשה דאין בו מלקות עיי"ש ודבריו נגד כל האחרוני' דשם לאו משום קלות איסור אינו לוקה רק משום חומר וכן בלאו הנל"ע משפח' מלקות בביתולו משא"כ בלאו שאין בו מעשה ובמהרי"ט אה"ע (סי' מ"ג) כתב להוכיח דלגבי חמס ל"ב לאו ממש דהא מייתי הש"ס מברייתא אל תשת רשע עד א"ת

חָמֵס עַד אֵלּוּ הַגְזֵלָנִים וּמוֹעֲלִים בְּשַׁבּוּעוֹת מ"ל אָחַד ש"ש אָחַד שַׁבּוּעוֹת מְמוֹן וְדַחֵי אִיּוֹדֵי וְאִיּוֹדֵי שַׁבּוּעוֹת מְמוֹן וְלֹאֲבֵי נְמִי מְרַבּוּי דְקָרָא פְּסָלִינָן גְּזֵלָנִים וּמוֹעֲלֵי שַׁבּוּעוֹת וּע"כ הִטְעַם לְפִי שְׂאִין בּוֹ מְלָקוֹת רַק מִטְעַם חָמֵס וּש"ש וּשְׁבֻעָת בִּיטוּי דְלִשְׁעֵבֶר לְקִי וְכֵן בְּאוֹכֵל וְאָכַל דְלָאוּ שְׂיִישׁ בּוֹ מַעֲשֵׂה לְקִי אִם כֵּן לֹא צָרִיךְ רַבּוּי דְקָרָא וּע"כ דְלֹא אֲצַטְרִיךְ לְרַבּוּי דְחָמֵס אֲלֵא מוֹעֲלֵי שַׁבּוּעוֹת דְאוֹכֵל וְלֹא אוֹכֵל דְלֹא לְקִי וּמְפָסֵל מִטְעַם חָמֵס וּמִיִּישָׁב בְּזָה דְבָרֵי רִשְׁבָּ"א מוֹבָא ב"י (ס' ל"ד) בְּחֻשׁוֹד עַל הַשְּׁבֻעָת מְמוֹן פְּסוּל לְעֵדוּת מִטְעַם חָמֵס וְתַמָּה הַב"י דְהָא קִי"ל פְּאֲבֵי דְלֹא בְּעֵי רִשְׁעֵי דְחָמֵס וְכַתֵּב בְּכּוֹנֶנֶת הַרִשְׁבָּ"א דְבְשַׁבּוּעָה שְׂאִין בּוֹ מְלָקוֹת לֹא מִיִּפְסָל אֲלֵא מִטְעַם חָמֵס אֵלּוּ דְבָרָיו.

וְלִכְאוּרָה אֲדַרְבָּא יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְש"ס הַנ"ל לְהִיפָּךְ דֹּא"כ גַּם לֹאֲבֵי ע"כ הָא דְקַתְנִי בְּבִרְיֵיתָא וּמוֹעֲלִין בְּשַׁבּוּעוֹת לֹא בְּעֵי לְהוֹרוֹת לָנוּ עַל כָּל אֲפֻגְיֵי שַׁבּוּעוֹת דְעַל לִשְׁעֵבֶר לְקִי וּבְכָלֵל רִשְׁעֵי הוּא וְגַם לֹא אֲכָל וְאָכַל הַפֵּל בְּכָלֵל רִשְׁעֵי וְרַק עַל שַׁבּוּעָה דְלִהָבָא כְּמוֹ אוֹכֵל וְלֹא אָכַל וְהִינּוּ שְׁנֵי שְׁבֻעָת לְעֵשׂוֹת וּבְמָה שְׂאִינוּ מְקַיִּים עוֹשֵׂה חָמֵס לְחַבְרֵי וּמֵאֵי פְּרִיךְ לְרַבָּא דְשַׁבּוּעוֹת טוֹבָא מְשַׁמֵּעַ וּמְתַרְץ שַׁבּוּעוֹת דְעַלְמָא הָא ע"כ גַּם לֹאֲבֵי לֹא צָרִיךְ לְרַבּוּי שַׁבּוּעוֹת שְׂלָקוּ עֲלֵיהֶן דְבְכָלֵל רִשְׁעֵי הוּא וְרַק סוּג שַׁבּוּעוֹת דְשָׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה שְׂאִין בּוֹ מְלָקוֹת וְלֹא בְּכָלֵל רִשְׁעֵי הוּא צָרִיךְ לְרַבּוּי מְחַמֵּס וּע"כ הָא דְקַתְנִי שַׁבּוּעוֹת שַׁבּוּעוֹת דְעַלְמָא.

א"ו דְפִירוּשׁ הַבְּרִיִיתָא לֹאֲבֵי כְּמוֹ"ש הַרמ"ה הַבְּאֵתִי לְעֵיל סִי הַקְדוּם דְמִיִּלִּי מִיִּלִּי קַתְנִי וּלְפָרֵשׁ הַקָּרָא דְחָמֵס הִינּוּ גְזֵלָנִין אֲפֵי דְאִין בּוֹ מְלָקוֹת וּמוֹעֲלִין בְּשַׁבּוּעוֹת הִינּוּ אֲפֵי ש"ש מִטְעַם רִשְׁעֵי הִיכָא דְחִיִּיב מְלָקוֹת כְּגוֹן ש"ש וּשְׁבֻעָה דְלִהָבָא בְּעוֹבֵר בְּקוּם וְעֵשֶׂה אוֹ לְפָרֵשׁ רִשְׁעֵי שְׁחוּשְׁשִׁין שְׂמָא יְהִיָּה עַד חָמֵס אֵל תְּשִׁיתוֹן עַד: וּמ"ש לִיִּישָׁב דְבָרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבָּ"א דְבְשַׁבּוּעָה שְׂאִין בּוֹ מְלָקוֹת לֹא נִפְסָל אֲלֵא מִטְעַם חָמֵס לְכָף בְּעֵינָן שְׂיִהִיָּה חֻשׁוֹד עַל שַׁבּוּעוֹת מְמוֹן תְּמַהֲנִי הָא בְּשַׁבּוּעָה דְלִהָבָא דְבִשְׁעַת שַׁבּוּעָה בְּקוּשְׁטָא קָא מְשַׁתְּבַע מְבִנְיָא לְהִדְיָא מְדַבְרֵי רִשְׁבָּ"א (ח"ג ס' צ"ד) דְאֲפֵי שַׁבּוּעוֹת מְמוֹן בְּכַה"ג לֹא נִפְסָל עֵי"ש הִיכָא שְׁחִיִּיב בְּשַׁבּוּעָה לְשֵׁלֵם לְזִמְן קְצוּב וְעֵבֶר עַל שַׁבּוּעָתוֹ אִם מִיִּפְסָל לְעֵדוּת תְּלִיָּא בְּמַחְלֻקָתָא הַפּוֹסְקִים אִם נִפְסָל בְּעוֹבֵר עַל שַׁבּוּעָה דְלִהָבָא אוֹ לֹא וְכ' כָּל שְׂיִישׁ סָפֵק בְּדַבָּר אִין פּוֹסְלִין אוֹתוֹ מִן הַסְּפֵק.

הָרִי דְלֹא הִכְרִיעַ לְדִינָא וְאִיךְ נֹכַח לֹאֲמַר דְכּוֹנֶנֶת הַרִשְׁבָּ"א שְׁבַב"י הַנּוֹ' עַל שַׁבּוּעָה דְלִהָבָא דְבְזָה בְּאֲמַת אֲפֵי בְּחָמֵס לֹא נִפְסָל מִטְעַם דְכִי מְשַׁתְּבַע אִיכָא לְמִימַר בְּקוּשְׁטָא מְשַׁתְּבַע. וְהָא דְכַתֵּב הַרִשְׁבָּ"א (ס' צ"ד) הַנ"ל דְלִהָסוּבְרִים דְנִפְסָל ע"י שַׁבּוּעָה דְלִהָבָא אִם נִתְבָּרַר דְלֹא הִרְחִיב לוֹ הַזְּמַן מִיִּפְסָל אֲפֵי דְהוּי לָאו שְׂאִין בּוֹ מַעֲשֵׂה ע"כ כְּנֻנְתוֹ דַּע"כ פְּ מְדַרְבְּנָן מִיִּפְסָל הִיכָא דִּישׁ חִימוּד מְמוֹן.

וּקְצַת יֵשׁ לְהִבִּין אִם נֹאֲמַר כֵּן לְמָה צָרִיךְ לֹאֲמַר דְלֹא פְּסָלִינָן אָדָם מְסָפֵק הָא בְּנֻדָּאֵי בְּזָה סְפִיקָא דְרַבְּנָן לְקוּלָא וְיֵשׁ לֹאֲמַר דְקוּשְׁטָא נִקִּיט הַרִשְׁבָּ"א דְבְכָל אֲנָפִי לֹא פְּסָלִינָן מְסָפֵק: גַּם יֵשׁ לֹאֲמַר בְּאֲמַת דְזָה כְּנֻנְתָא רִשְׁבָּ"א פִּינּוֹן דְהַמְל"מ (פ"ו) מְעַדוֹת הִבִּיא מְשַׁם הַפ"מ הִיכָא דְעֵשֶׂה אִיסוּר דְרַבְּנָן בְּלֹא חִימוּד מְמוֹן דִּישׁ מַחְלֻקָתָא הַפּוֹסְקִים אִם נִפְסָל מְדַרְבְּנָן דַּל"א לֹאֲוֹקְמִי עַל חֻזְקָתוֹ דְהָא עֵבֶד אִיסוּרָא דְרַבְּנָן רַק לְפִסּוּלוֹ יֵשׁ סָפֵק ל"ש חֻזְקָתָא הַגּוּרָף וּמַל"מ כְּתִב פִּינּוֹן דְאִין הַסְּפֵק בְּמִצִּיאוֹת וְהַפְּעוּלָה נַעֲשִׂיתָא רַק הַסְּפֵק אִם פְּסָלוּהוּ חֻזְקָתָא לְעֵדוּת בְּשִׁבִיל זָה ל"ש לֹאֲמַר אוֹקִי גְבָרָא אַחְזַקְתִּי וְלֹא פְּסָלוּהוּ חֻזְקָתָא עֵי"ש.



והנה מדברי רש"י הנז' מבואר להקד' דאף בדבר שהפעולה נעשית כל שיש ספק בדין אם פסול הוא אין מוציאין אותו מחזקה דמעיקרא כמו בס' אם מפסל לעדות ע"י שעבר על שבועה דלהבא דהעבירה נעשית והספק רק בדין ודוחק לומר דגם זה יהיה ספק במציאות אם כפאו יצרו אח"כ ובדעתו היה לקיימה כמו"ש רש"י שבועות (דף מ"ו ע"ב) או כדעת ר"ח דמפסל בשביל זה דהספק יהיה בדעת בני אדם דזה דוחק.

אלא אף דהס' הוא בהדין מ"מ אף דל"ש חזקת הגוף על הפעולה לא פסלינן אותו מן הספק. ואולם י"ל דהיכא דהספק הוא אם מפסל מדאורייתא או לא אין הכרעה מדברי הרשב"א די"ל פסברת הפ"מ והמל"מ כיון דבין פה ובין פה עבר עבירה ונעשה הפעולה ל"ש לאוקמי על חזקה ופסול הוא מספק עכ"פ משא"כ בעבר עבירה שאינו מיפסל לכ"ע מדאורייתא והספק רק אם מיפסל מדרבנן בזה י"ל בכל אנפי אין פוסלין אדם מספק חזק דספק דרבנן אוקמי על דאורייתא ועוד כיון דפסול דרבנן בעי הכרזה וכל זמן דלא הכריזו עליו לא מפסל לא מכריזין עליו מן הספק וכ"ז דלא מכריזין עליו נשאר פשוט ואף כי דעת מהרי"ט שם לדון דהיכא דעבר עבירה דאורייתא רק דלא מיפסל מד"ת רק מדרבנן בזה ל"ב הכרזה.

כבר הביא המל"מ (פ"ד ממלוה ה"ו) דדעת מהרא"ש אינו כן ובכל אנפי דלא מיפסל מה"ת בענין הכרזה. ועיין ריטב"א ב"מ (דף ע"ב): אחר כתבי זאת מצאתי את תשובת רשב"א המובא בב"י בקיצור והוא (ח"ד סי' קס"ו) ונשאל בעוברי על שבועתם בעדי' ויש שאין עדים רק יצא להם קול קלא דלא פסיק והשיב וז"ל שנינו פ' כה"ג שפנגדו חשוד על השבועה כיצד אחד כו' ואפילו שבועת שוא והביא כל מאי דאמרין עלה בגמרא מאי אפילו פי' עד דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע ל"ק וכתב ומ"מ אף בהא מ"מ חשוד מקרי ושפנגדו נשבע ונוטל פה פירש הרב בעל העיטור ז"ל וכן נראה מפירוש הר"ח ז"ל ורש"י ז"ל לא פירש כן נמצא שהחשוד על השבועה ואפילו על שבועת שוא אין מוסרין לו שבועה לעולם ושפנגדו נשבע ונוטל ואם הוא חשוד על שבועת ממון פוסל אף לעדות דתנן פ' ז"ב אל תשע ידה כו' ואוקימנא בשבועת ממון כו' ואם יצא עליו קול בקלא דלא פסיק חוששין לו ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בשבועתו [ובדברי ב"י כ' בעדותו דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה ואעפ"י שזה בחזקת פשוט היה ואין פוסלים אותו בקלא בעלמא מ"מ מיחש חיישינן כו' ומבואר דאין פוסק הרשב"א להשואל בהחלט כדעת הר"ח וסייעתו דאף בשבועה דלהבא נעשה חשוד אף לענין שפנגדו נשבע ונוטל ויפה כתב מהרי"ט לפירוש דבריו דלכך לפוסלו לעדות בענין שיהיה חשוד על שבועת ממון דקאי על שבועה דלהבא דאין בו מלקות ולא נפסל לעדות רק מטעם חמס.

ויקצת יש לדקדק דהא הרשב"א כ' נמצא שהחשוד על השבועה ואפילו על שבועת שוא שפנגדו נשבע ונוטל וע"ז כתב אח"כ ואם הוא חשוד על שבועת ממון פוסל אף לעדות וע"כ דלא קאי על שבועת שוא דהא פסול מטעם רשע דחייב מלקות רק על שבועה דלהבא דהואיל דא"ב מלקות בענין שיהיה שבועות ממון.

ומשמע דאם אינו שבועת ממון פשוט ואמאי הא עכ"פ מדרבנן פסול כמו שהוכיח הב"י מפ"ח ק"ו דאם בעובר עבירה דרבנן נפסל מדרבנן ק"ו בעובר עבירה דאורייתא שאין בו

מלקות ודוחק לומר דהרשב"א לא השיב רק על פסול מן התורה פמוכן ויבואר עוד לקמן דמשמע מדברי רשב"א בתשובה (סי' תקס"ד) דברשע דחמס בלאו שאין בו מעשה אינו פסול מן התורה אולם בתשובת הרשב"א שלפנינו (ח"ד) העלה בבירור לפסוק דמיפסל לשובעה אף בשובעה דלהבא ואף בלא חזמוד ממון רק לעדות בעיני חזמוד ממון היכא דליכא רשע דמלקות.

וצ"ע דבכמה מקומות בתשובותיו ובחידושו נטה אחר דעת רש"י וסייעתו ולא ידענו איזהו הוא האחרונה: ומ"ש הרשב"א דביצא קול בקלא דלא פסיק חוששין ואין מוסרין לו שבועה נראה דלא פתב רק מיחש חיישין אבל מ"מ לענין שיהיה שפנגדו נשבע ונוטל לא מתקנין ליה רק לספק חשוד ואף להסוברים דמה"ד חייב החשוד לשלם אף אם לא ישבע שפנגדו מטעם דהוי מחויב שבועה דאורייתא וא"י לישבע ומשלם והא דצריך שפנגדו לישבע הוא רק תקנתא דרבנן מ"מ י"ל בספק חשוד עדיף דרק בנדאי חשוד כ"ז שלא נתברר ע"י שבועתו חייב ממון ואין לנו בירור אף אם קפץ ונשבע פניו דבחזקת חשוד הוא משא"כ בספק חשוד אם קפץ ונשבע י"ל דפטור ממילא אף דאין מוסרין לו שבועה מספק מ"מ אין מוציאין ממון מספק וכבר פתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ב) והבאתי דברי כנה"ג (סי' צ"ב) משם מהרש"ך וכמו כן בקלא דלא פסיק פניו דלא נוכל לפוסלו בבירור אין מוציאין ממון רק מיחש חיישין שלא למסור לו שבועה ומה"ט לא פתב הרשב"א בזה שיהיה הדין שפנגדו נשבע ונוטל כמו"ש לעיל.

ובד"מ פתב וצ"ע לקמן גבי חשוד על העריות דמשמע דלא מפסל משום קול. וכן בתשובת משאת בנימין (סי' נ"א) הוכיח דלא פסלין ליה לגברא בנשביל קלא דלא פסיק וכתב שצ"ע בדברי הרשב"א שבב"י וכתב אם אין כאן ט"ס קשה להולמן וכסתרי אהדדי דבתחילה כ' אין חוששין לו משמע דכשר לעדות ואח"כ פתב דאין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו וכ' לפרש דבאמת לא פסלין לגברא בקלא דלא פסיק לכל עדות שבתו' ואעפ"כ אין מוסרין לו שבועה משום דחשוד מיהו הוי בהכי ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה וכדאשכחן פ' הכותב בההיא איתתא דמפקא שם שמים לבטלה והפכה רבא אשפנגדה אע"ג דמה"ד פשרה היא לשובעה משום דהוי חשודה בעיניו ואיהי דאפסדה אנפשה הה"ד נמי גבי קלא דל"פ מטעם זה אין מוסרין לו שבועה וכן נמי אין מוציאין ממון אלא בעדות ברוה.

ובאמת מ"ש המ"ב דדברי הרשב"א פסתרי אהדדי היא לפי שכ' הב"י אין חוששין לו וברשב"א שלפנינו כתוב חוששין לו ואין מוסרין שבועה וגם אינו מבואר דהדין הוא שפנגדו נשבע ונוטל רק חוששין שלא למסור לו שבועה וכמ"ש למעלה.

וגם אף למ"ש דחוששין מ"מ צריך להבין אמאי מפסל לעדות פניו דהוא בחזקת פשרות והראיה ממה דבתרי לגבי תרי דלא אמרינן אוקי גברא על חזקתיה לאפוקי ממונא שם הוא משום דהוי תרי נגד תרי אבל בקלא בלבד אף דמוציאין אשה מבעלה הוא דוקא אם היה עדי פיעור דאיבדה חזקתה חזקת פשרות וכמו"ש שם המ"ב דאיתרע חזקתה אבל בקלא דל"פ בלבד מה"ת להוציא מחזקת פשרות: ולכאורה יש לומר דרשב"א סובר פדעת הרז"ה והרא"ש דפירשו בהא דאמר ר"נ סנהדרין (נ"ח כ"ו) החשוד על העריות

דְּכָשֶׁר לְעֵדוּת וּר"ש פְּרִיָּה אַרְבָּעִים בְּכַתְּפֵיהָ וְכָשֶׁר וְאָמַר רַבָּא וּמוּדָה ר"נ לְעֵנִין עֵדוּת  
אִשָּׁה שֶׁהוּא פְּסוּל וּפְיָרְשׁוּ דְהֵינּוּ שֶׁהוּא רַגִּיל וְגַם בְּעֵרִיּוֹת וּמְתִיחֵד עִמָּהֶם וְסָגִי שְׁנִמְעִנְיָה  
וּמ' בְּכַתְּפֵיהָ דְמַלְקִין עַל הַיְחוד שֶׁל כָּל עֵרִיּוֹת חוּץ מֵא"א וּמַלְקִין עַל לֹא טוֹבָה הַשְּׁמוּעָה  
קָלָא דְלֹא פְּסִיק בְּשִׁמּוֹן עִם מַעֲבִירִין עֲלֵיו קִיל וְעֵינִין עוֹד בְּרֵא"ש דַּכ' בְּשִׁיטַת הַרְש"י  
וְהַרְי"ף דְּאִיִּרֵי בָבָא מִמֶּשׁ עַל הָעֵרִיּוֹת וּמִשׁוּם דִּיִּצְרוּ תוֹקְפוֹ כָּשֶׁר וּלְעֵדוּת אִשָּׁה פְּסוּל  
דְּהִתְשׁוּד עַל הַדָּבָר לֹא מְעִידוּ וְא"כ י"ל הֵכָא נָמִי כְּוִינָן דְּהוּא קָלָא דְלֹא פְּסִיק דְּחִשׁוּד עַל  
הַשְּׁבוּעָה אִף דְּכָשֶׁר לְעֵדוּת מ"מ חִשׁוּד לְאוֹתוֹ דְּבַר הַגּוֹי וְלִכְּנָן בְּשִׁחְשׁוּד עַל שְׁבוּעָה שְׁקָר אִם  
הוּא בְּחִמוּד מְמוֹן לְפְסוּל לְהַעֲיֵד עַל מְמוֹן דְּאִף דְּכָשֶׁר לְהַעֲיֵד וְאִין פּוֹסְלִין לְאַדָּם ע"י קִיל  
אִף בְּקָלָא דַּל"פ מ"מ לְאוֹתוֹ דְּבַר פְּסוּל.

אוּלָּם ז"א דְּהָא אָנּוּן קִי"ל פְּרִשְׁב"ג דְּנֶאֱמָן עַל שֶׁל חֲבִירוֹ וְע"כ הָא דְּפְסוּל בְּחִשׁוּד עַל  
הָעֵרִיּוֹת לְעֵדוּת אִשָּׁה מִשׁוּם דְּהֵינּוּ נוֹגַע בְּעֵדוּת דַּנ"ל דְּתַהוּי פְּנוּיָה דְּתַהוּי שְׂכִיחָא לִי אִו  
מִשׁוּם דְּמִים גְּנוּבִים יִמְתְּקוּ וְכַמְבֹּאֵר בְּש"ס שֶׁם וְכַמוֹ שֶׁכ' הַשְּׁ"ף יו"ד (הִי קִי"ט ס"ק  
ח"י).

וְעוֹד הָא בְּאַמַּת לֹא מְצִינּוּ זֹאת שְׂיִהְיָה חִשׁוּד לְאוֹתוֹ דְּבַר בְּקוּל בְּעֵלְמָא בְּעוֹבֵר עַל שְׂאָר  
אִיסוּרִין שְׁבִתוּרָה רַק אִם כְּבָר עָבַר עֲבִירָה וְנִעְשָׂה חִשׁוּד וְדוּקָא גַבִּי עֵרִיּוֹת מְצִינּוּ וְכַבָּר  
עֲמַד ע"ז בְּתַשׁוּבַת מְהַר"ש הַלְוִי אַה"ע (ס' י"ג) וְכ' דְּבְאַמַּת הוּא מִטַּעַם כִּינּוּ דְּלוֹקִין עַל  
לֹא טוֹבָה הַשְּׁמוּעָה מִשׁוּם דְּנִפְשׁוּ שֶׁל אָדָם חוֹמֵד וְיִצְרוּ תוֹקְפוֹ חֵיִשְׁינּוּ שֶׁהַקּוּל אַמַּת וְלוֹקִין  
עַל הַקּוּל וְלִכְּנָן סָבַר ר"ש כִּינּוּ דְּאִרְבָּעִים בְּכַתְּפֵיהָ פְּסוּל לְכָל עֵדוּת וְרַבָּא ס"ל דְּכָשֶׁר לְכָל  
עֵדוּת שְׁבִתוּרָה אֲבָל לְאוֹתוֹ דְּבַר נִפְסָל מִשׁוּם דְּאִרְבָּעִים בְּכַתְּפֵיהָ וְנִתְחַזַּק הַדָּבָר ע"י הַקּוּל  
אֲבָל בְּשְׂאָר עֲבִירוֹת דְּאִין לוֹקִין עַל חִשׁוּד בְּעֵלְמָא וְקוּל כ"א עַפ"י עֵדִים שְׂרָאוּ דְּאֵל בְּנֵי  
לֹא טוֹבָה הַשְּׁמוּעָה גַבִּי עֵרִיּוֹת הוּא דְּכַתִּיב וְלֹא לְגַבִּי שְׂאָר עֲבִירוֹת וְכִינּוּ דְּאִין לוֹקִין לֹא  
מִפְּסָל ע"י קוּל בְּעֵלְמָא אִף לְאוֹתוֹ דְּבַר.

וְכֵן מִשְׁמַע מִפְּירוּשׁ רַמ"ה בְּחִידוּשׁוֹ דַּכ' מ' בְּכַתְּפֵיהָ וְהַרְי"ה חֲתִמִּירוּ עֲלֵיו וְעִשְׂאוּהוּ כְּחֵיבֵי  
מַלְקוֹת דְּקִרְיָנָהוּ רַחֲמָנָא רְשָׁעִים דַּכ' אִם בִּין הַכּוֹת הַרְשָׁע וְאֵת אַמְרַתְּ כָּשֶׁר הַרְי"ה עֵיקַר  
הַטַּעַם לְפְסוּלוֹ מִשׁוּם חִשׁוּד שְׂיִצָּא עֲלֵיו קוּל מִשׁוּם דְּבַר מַלְקוֹת הוּא וְזֶה דוּקָא מִשׁוּם לֹא  
טוֹבָה הַשְּׁמוּעָה דְּגַבִּי עֵרִיּוֹת כְּתִיב.

וְא"כ אִף בְּקָלָא דְלֹא פְּסִיק לֹא מִיפְּסָל אִף לְאוֹתוֹ דְּבַר. אוּלָּם מְדַבְּרֵי הַגַּה"א (פ"ג) סְנֵהֲדֵרִין  
נִרְאָה לְכַאוּרָה דְלֹא כְּדַבְּרֵי דַּכ' מוּמָר לְדָבָר אֶחָד הַגּוֹי מוּמָר לְכָל הַתּוֹרָה וְדוּקָא שְׂיִדוּעַ  
לְנוּ בְּנֹדָאֵי שְׂעֵבַר אוֹתָהּ עֲבִירָה אֲבָל אִם חִשׁוּד עַל אוֹתָהּ עֲבִירָה וְלֹא יִדְעִינּוּ בְּנֹדָאֵי אִי  
עָבַר אוּ לֹא אִזְ לְאוֹתָהּ עֲבִירָה שֶׁהוּא חִשׁוּד לֹא מְהִימָנָא לִיהָ לֹא לְשִׁלּוֹ וְלֹא לְשִׁל חֲבִירוֹ  
אֲבָל לְשְׂאָר כָּל הַתּוֹרָה כְּוִלָּה כָּשֶׁר וּמוּמָר לְאוֹתָהּ דְּבַר דְּהֵינּוּ מוּמָר לְכָל הַתּוֹרָה כְּוִלָּה הֵינּוּ  
שְׂרָגִיל תְּדִיר בְּאוֹתוֹ דְּבַר לְעֵבּוֹר אֲבָל אִם עָבַר וְאִינוּ רַגִּיל בְּאוֹתָהּ עֲבִירָה כָּשֶׁר לְכָל הַתּוֹרָה  
כְּוִלָּה וְאִפְּלוּ בְּמָקוֹם שֶׁהוּא רַגִּיל בְּאוֹתָהּ עֲבִירָה תְּדִיר אִם אָנּוּ רֹאִים שְׁנוּהֵג בְּשְׂאָר דְּבָרִים  
כְּשְׂאָר יְהוּדִים ל"א שְׂיִהָא מוּמָר לְכָל הַתּוֹרָה כְּוִלָּה.

אוּלָּם דְּבָרֵינוּ צְרִיכִין בְּיָאוּר מְדַכ' וּמוּמָר לְדָבָר אֶחָד הַגּוֹי מוּמָר לְכָל הַתּוֹרָה כְּוִלָּה אִפְּלוּ  
מִחֵיבֵי לְאוּיִן לְחֵיבֵי פְּרִיטוֹת וּמִימַת ב"ד מְבֹאֵר דְּקִאֵי לְכָל עֵדוּת הַצְּרִיף תּוֹרַת עֵדוּת  
דְּלְעֵנִין אִיסוּרִין הָעוֹבֵר עַל קַל אִינוּ נִפְסָל לְחִמוּר רַק בְּמָה דְּצְרִיף עֵדוּת מִפְּסָל אִף לְחִמוּר

מטעם אל תפשת ידה עם רשע כמבואר תוס' ורא"ש בכורות (נ"ד ל"ו) וע"ז כתב דבכחשוד שלא ידעינו בנדאי אי עבר פסול לאותו דבר ומה זה שכ' אח"כ דנדאי מומר לאותו דבר דהוי מומר לכה"ת פנולה וע"כ ג"כ בדבר שצריף תורת עדות דדוקא אם רגיל תדיר באותה דבר לעבור ובאינו רגיל פשר לכל התורה פנולה הא אם עבר עבירה שיש בו מלקות פסול מה"ת לכל התורה בדבר שצריף עדות וגם סוף דבריו פנוהג בשאר דברים בשאר יהודים ל"ה מומר לכל התורה פנולה ואמאי הא בדבר שצריף תורת עדות נדאי פסול.

וכנראה יש שם תערוכו' דברים וזה קאי לכל איסורי תורה ופוסק כר"מ דמומר לדבר א' הוי מומר לכל התורה: והנה בדברי מהרי"ק (סי' קכ"ו) מבואר להדיא דאף בחמס אם אינו גזלן ולוקח שאינו שלו בחמס לא מיפסל והוכיח מדברי רמב"ם דכתב ועוד יש רשעים שהם פסולים אעפ"י שהם בניתשלומין ואינם בני מלקות הואיל ולוקחין ממון שאינן שלהם בחמס משמע טעמא שלוקחין ממון שאינן שלהם הא אם היו עוברים על דברי תורה בשביל ממון שא"ר לפרוע שהוא שלהם דומיא דגנב שעבר על לאו דלא תגנוב אפ"ה ל"ה נפסל פיון שאין בו חיוב מלקו' ולנה בריבית פסול אף עפ"י שאינו לוקח ממון שאינו שלו משום דעבירות לקיחת הממון ע"י דמלנה נעשית ואי אפשר מבלעדו תשיב עד חמס וכן העובר על החרם בשביל ממון שאינו רוצה לפרוע אף דעובר על ד"ת לא תשיב עד חמס לפסול לעדות ואף להסוברי' דפסול לשבועה והה"ד לעדות בשבועה דלהבא היינו דוקא בשבועות ביטוי להבא דאיכא לאו ומלקות ואף דלרבא דבעי רשע דחמס ומ"מ מודה באוכל גבלות לתאבון משום דשכיח בזול טפי היינו פיון דעכ"פ הוא רשע למלקות אבל באינו רשע למלקות ובאנו לפוסלו מטעם רשע דחמס גרידא אז בעינו חמס גמור היינו לוקח ממון שאינו שלו עכ"ד.

הרי מבואר דהיכא דאינו עובר בקום נעשה אף דהוי חמס הואיל דאין בו לאו לא מיפסל: וראיתי בתנאים (ס"ק ג') דהעלה דמודה הרמב"ם ברשע דחמס דחמור דכתיב להדיא בתורה אפילו בלאו שא"ב מעשה פסול פיון דחומד ממון וכן משמע במהרי"ק דבחימוד ממון לא בעינו מלקות.

ואחריו נמשך פן לדינא בנתיבות והביא ג"כ פן משם מהרי"ק וכל עין הרואה בתשובת מהרי"ק יראה להדיא דכ' להיפך רק בלאו דומיא דגניבה דהוי בקום נעשה רק דנימין לתשלומין פסול אף דאין בו מלקות הואיל דהוי חמס גמור ליקח שאינו שלו אבל באין בו קום נעשה לא מיפסל.

והתנאים מביא ראי' מכנפר בפקדון דפסול לעדות היכא דל"ש אשתמוטי משתמיט ואמאי הא לא עבר על לאו שיש בו מעשה דבהתירא בא לידו ועכשיו דכפר ל"ה רק דיבור וכל דיבור לאו שאין בו מעשה חוץ נשבע ומומר ומקלל בשם.

ולכאורה דלמא באמת אינו מיפסל מדאורייתא רק מדרבנן כמו בכל לאו שאין בו מעשה היכא דיש חימוד ממון דכמעט לכ"ע מיפסל מדרבנן. אולם מסתימות פל הראשונים נראה דכופר בפקדון מיפסל מדאורייתא ולא בעינו הכרזה.

וי"ל דכיון דקנאו בכפירתו שיתחייב באונסין ומפקיע מרשותו דבעלים ונעשה גזלן לא מבעיא היכא דמונח ברשותו וקונה לו תצרו בכפירתו הוי מעש' ממש כמו לוקח ממון חבירו בידיים דמה לי ע"י או ע"י תצרו אלא אף אם אינו מונח ברשותו מ"מ כיון דכפר בב"ד ונפטר בכפירתו הוי כגזלן ממש ע"י מעשה.

ועיין מ"ש בהגהותי בס' דברי חיים דיני גניבה (סי' י') להשיג על ספר מחנה אפרים דכתב בכופר בפקדון ונעשה גזלן ומוקי הש"ס דאתו סהדי ואסהידו בי' דההי' שעטא איתא לפקדון בביתו וסובר המח"א דאינו חייב באונסין ולא נעשה גזלן רק במונח ברשותו.

ובאמת מבואר מ"ש"ס ב"ק (דף ק"ה) דאף אם קאי באגם נעשה גזלן בכפירה אי לא מטעם דסבר אישתמיטנא דקרא גלי לן וכחש דבכפירה לחוד נעשה גזלן וכמ"ש הש"ס שטיטה מקובצת שם והארכתו שם בזה ובמ"ש המאירי דדוקא בכפר בב"ד וכו' פתב הרמב"ם (פ"ג) מגזילה ובטוש"ע (סי' רצ"ד) לא פתבו וכפר בב"ד.

וראיתי פעת בתשובת פהונת עולם (סי' פ"א) שכתב שאפשר דההיא דכופר בפקדון פסול לעדות אינו אלא בכפר בב"ד דחויז לב"ד ל"ה כפירה דלא מגלי אינש טענתו אלא בב"ד ומתהימא שלא הרגיש דכן משמע מדברי הרמב"ם דדוקא בב"ד אולם בטוש"ע השמיטו תיבת בב"ד.

ועוד מצאתי להדי' מבוא' מדברי הרי"ף פרק המפקיד שכתב דאם ליתיה הפקדון בביתו לא מתחייב באונסין אלא עד דמשתבע דלא אפקיד גביה. הרי דאחר שנשבע ונתפטר דלא למשתמיט קמכוין קנאו ונתחייב באונסין אף דל"ה ברשותו ול"ה מעשה קנין מ"מ הכפירה בב"ד עושה הקנין וע"כ או דגזה"כ הוא או כיון דיצא זכאי מב"ד ע"י כפירתו קנאו ונעשה גזלן.

וכן נראה מדברי ש"מ ב"מ (דף ו') דמטעם דיצא מב"ד זכאי הוי כפירה מעליא: ובאמת יותר ה"ה להתנמים להביא ראיה מכופר במלנה דאמ' ר"ח דכשר לעדות ומטעם אשתמוטי ופירוש רש"י ב"מ שם וז"ל אלא לאו דעתיה למגזלי' דנימא אל תשת עד חמס אלא לאשתמוטי עבד עכ"ל הרי להדיא דאם היינו יודעים דלאו לאשתמוטי מכוין ה"ה מיפסל.

ובש"מ שם מבואר דאם ראו עדים ביזו מעות מונח והודה בפניהם דהמעות אלו הם שלו ממש ואין עליו מלנה אחרת בגוונ' דליכא אישתמוטי פלל מיפסל ור"ח איירי בסתם עי"ש הרי מבואר במלנה אף דאינו לוקח ממון שאינו שלו ובהתירא בא לידו מפסל.

ודןסק לומר דבאמת בכה"ג במלנה לא מפסיל אלא מדרבנן ובעי הכרזה חדא דמסתמא בחד פסול משוי ר"ח וכמו בכופר בפקדון דמשמע באמת דמפסל מדאורייתא דבזה הוי כגזל ועושה מעשה וכמו שכתבתי פן במלנה בגוונ' דל"ש אשתמוטי מפסל מדאורייתא בכופר ממש.

ועוד דאם נאמר דבמלנה אף בלאו סברא דאשתמוטי אינו מפסל מדאורייתא רק מדרבנן מאי פריך הש"ס שם א"ה כופר בפקדון אמאי פסול לעדות נימא אשתמוטי ומוקי ע"כ בגוונ' דאתו סהדי דהי' בביתו.

דלמא באמת סברת אשתמוטי לא ברור לי לר"ח הן במלנה הן בפקדון. וספוקי מספקי לן בכפירתו מה דעתו אם באמת דעתו רק לאשתמוטי או דעתו לכפור בפירת עולם.

ובמלנה דאף אם תימא דדעתו לכפור בבירור מ"מ לא מפסל רק מדרבנן הואיל דבהתירא אתי לידו ואינו עובר בלאו שיש בו מעשה והוי ספק דרבנן ולהקל ואין מכריזין עליו ונשאר בכשרותו וכמו"ש לעיל וכן בשומרין ל"א מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועת' וסמכינן על סברת אשתמוטי כיון דאף חשוד ממש אינו רק פסול דרבנן דשבועה חמיר כמו"ש תוס' שם.

וגם כיון דנשאר בלא"ה בחזקתו חזקת פשרות סמכינן על סברת אשתמוטי למסור לו השבוע' מה שאין פן בכופר בפקדון דיש לפנינו ספיקא דאורייתא על פשרותו דאם ליפא אשתמוטי וכפר בבירור הוי רשע דחמס ממש ולוקח ממון שאינו שלו וכגזלן דאורייתא ופסול מספק כיון דאף אם מכנין למשתמט גם פן עושה עבירה לכפור לחבירו ולהעזי פניו נגדו בפקדונו שהפקיד אצלו ובפרט בפני ב"ד וא"כ איתרע חזקתו ול"ש כל פה לאוקמי' על חזקת פשרות ודומה קצת למ"ש מהרי"ט דהיכא דיצא מחזקה מדרבנן שוב לא מוקמינן אף מדאורייתא על חזקה כמו בספק קידושי דאורייתא היכא דמדרבנן ודאי מקודשת כבר יצאה מחזקת פנויה וכתבתי בפ"ט זה במ"א.

וה"נ דכונת' כיון דעכ"פ העיז פניו ועושה איסור דאורייתא על מדבר שקר תרחק בפ"ט בפני ב"ד והפעולה נעשית והספק אם מתכוין וגמר בדעתו לכפירה אמיתית או לא לכ"ף פסלינו מה שאין פן לגבי כופר במלנה.

אלא ודאי משמע להש"ס דע"כ סברתו של אשתמוטי בריר' הוא מדמכשרינן לעדות לכופר במלנה מטעם זה לכן בפקדון ג"כ צריף דוקא שיסהדו עליו דהנה ברשותו ובלא"ה תלינן באשתמוטי כמו במלנה ומזה משמע דבלעדי אשתמוטי פסול גם כופר במלנה מדאורייתא ויקשה מזה על הסוברים דבעינן שיעבור על לאו דקום ועשה: ונראה דמזה סייעתא למ"ש במ"א לדון דכל הכופר במלנה ממש ואינו רוצה לשלם בלא אשתמוטי נעשה כגזלן למפרע דאדעתא דהכי לא הלנהו לו המלנה ודומה להא דאמר רבא אתרוג זה לה במתנה על מנת להחזיר לא החזירו לא יצא ופירש"י קידושין (דף ו') דהוי ליה גזל למפרע וכ"כ הרא"ש פ' לולב הגזול פן נמי בהלנאה דהלנה לו על סמך שישלם לו עכ"פ ולא יכפור לו ואם כופר ודאי אדעתא דהכי לא הלנהו ונעשה גזלן למפרע כל שאינו מקיים עכ"פ להודות לו בהלנאתו ולהיות עבד לנה לאיש מלנה נתבטל קנין ההלנאה למפרע ונעשה גזלן וכלוקח ממון שאינו שלו.

ומזה יוצא כמה פרטי דינים דהא דמבואר בש"ס פריעת בע"ח מצוה היינו לפרוע בזמנו אבל הכופר ואינו רוצה לפרוע כלל עובר בלאו וכמו"ש הרמב"ם (פ"ז) מגזילה ורדב"ז (ח"ב סי' תר"י) ובהגהות מרדכי פתובות פרק הכותב.

ועיין מ"ש בח"ר בקונטרס התשוב' (ס"ג) ועוד יבואר אי"ה בזה במקומו. וא"כ שפיר כופר במלנה בגונן' דל"ש אשתמוטי פסול לעדות דהו"ל כלוקח ממון שאינו שלו ורשע דחמס הוא אבל המונע לפרוע חיובו אף דעובר באיסור תורה וחימוד ממון הוא מ"מ לא מפסל באינו עושה מעשה וכמו"ש המרי"ק.

שוב ראיתי בדרכי משה שהביא דברי מהרי"ק הנז' וכו' ובסי' צ"ב גבי כופר בפקדון לא משמע פו. ובהגהות דו"פ כתב ויש לחלק דשאני פקדון דכ"מ דאיתא ברשותא דמרא איתא והכופר בו פאלו לקח ממון שאינו שלו עכ"ל הרי מבואר דלא פתומים ובמלנה אף דל"ש כ"מ דאיתא ברשותא דמרה איתא מ"מ הוי פלוקח ממון שאינו שלו פמו שפארתי: גם מה דפשיטא ליה לתומים דכופר בפקדון הוי לאו שאין בו מעשה.

תליא במחלוקת הראשונים סנהדרין (נף ס"ה ע"ב) בהא דאמר רבא שאני עדים זוממין הואיל דישנו בראי' פמו שפכת הרי"ף שם ובמב"ן מלחמות וחידישי ה"ן. דעקימת שפתיים באותיות בומ"ף הוי מעשה ולקרבו בעינו תורה אחת לעושה בשגגה מה שאין פו לענין מלקות.

וכל שדיבר בכל אותיות מלבד אותיו' אחה"ע חשוב מעשה ולקי. ונתבאר ענינים האלה באנרף כל דעת הראשונים בזה בס' חק"ל יו"ד (ח"ג סי' ע') ועיי"ש מה שהעלה בדעת הרשב"א ובהר"י מיגאש מס' שבועות (נף כ"א) דהואיל דגלי לן הקרא ללקות על שבועת ביטוי דלפי ובעי דומיא דשוא על לשעבר ולהבא אינו לוקה הואיל דל"ה מעשה כלל בנשבע לאכול ולא אכל היכא דיש מעשה זוטא בעקימות שפתייו לקי.

והמתבאר מדברי ר"י מיגאש שם אם נשבע שלא לדבר ודבר לקי דהוי פלאו שיש בו מעשה: ולענ"ד שפן ג"כ יש להוכיח מדברי תשובת רשב"א (סי' תתקס"ד) שחקר שם אם נשבע הבע"ד שישטעון טענות אמת בב"ד ואחר כך נתחייב מתוך טענותיו שבועה דחייב לישבע שגית וכתבותדע דשבועה זו חמורה מן הראשונה דע"י שבועה הראשונה לא מפסל לעדות ולא נעשה חשוד לפי דבשעה שנשבע בקושטא משתבע ואינו חשוד לדעת ר"ח ורש"י אלא בשבועה שבשעה שנשבע נשבע לשקר.

ויש להבין בדבריו הא לענין פסול דאורייתא אף אם נאמר דלקושטא לא ס"ל סברא הזאת דיצרו תקפו ומפסל פשעבר אח"כ על השבועה היינו אם עבר ועשה מעשה דבעינו רשע בלא שיש בו מעשה ולא מפסל לעדות רק מדרבנן ובשבועתו של השתא אם יוצא שקר מפיו יופסל מדאורייתא ולמה תלי הרשב"א הוכחה הזאת דוקא לשטיט דלא מפסל בשבועה דלשעבר אלא נראה דרשב"א סובר דאם נאמר דאף פשעבר על שבועה דבשעה שנשבע בקושט' משתבע מפסל לעדות לית לן נ"מ בשבועתו עכשיו דאם טוען שקר פבר מופסל ועבר על שבועתו בקום ועשה דעקימת שפתייו מה שטוען שקר בפרט בפני ב"ד הוי כמעשה.

ולא נתוסף פסול ע"י שבועתו של של השתא מה שאין פו לדברי הפוסקים דלא מיפסל בעבר על שבוע' דלהבא מטעם דיצרו תקפו ובקושטא משתבע אז אף בעבר אחר כך בלא שיש בו מעשה לא מפסל רק אם שקר בשבועתו בשעה שנשבע ועיין מל"מ (פי"ב) מעדות שהקשה על הריב"ש דסובר דלענין פסול לעדות היכא דעבר אח"כ על השבועה בלאו שיש בו מעשה כ"ע מודים דמפסל אף בשבועות ביטוי דלהבא.

וכתב דמדברי הרשב"א בתשובה הלזו מבואר דסובר פמו דסברו להכשיר שלא להיות חשוד על שבועה דלשעבר פשעבר על שבועה דלהבא כ"כ לא מפסל לעדות. ובס' שע"מ

בְּתוֹב דְּאִינוּ רְאִיָּה דְכָאן הָוֵי לָאוּ שְׂאִין בּוּ מַעֲשֵׂה אִם טוּעֵן שְׂקָר דַּעֲקִימַת שְׂפִתְיוּ לָא הָוֵי מַעֲשֵׂה.

וּלמ"ש דְּבָרֵי הַמַּל"מ נְכוּנִים דָּאִם תִּימָא דְלַעֲנִין לְהִיּוֹת פְּסוּל לַעֲדוּת לַכ"ע מִפְּסֵל פְּשַׁעְבֵּר עַל קוּם וַעֲשֵׂה א"כ אִם עֵבֶר עַל שֵׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה אוּ בְּלָאוּ שְׂאִין בּוּ מַעֲשֵׂה עַכ"פּ מִפְּסֵל מְדַרְבְּנָן וּלכ"ע נְמִי נ"מ בֵּין שְׂבוּעָ' שְׂפִבְרָ נְשַׁבַּע שְׂיִטְעוּן אֲמַת לְשַׁבּוּעָה דְהַשְׁתָּא דְאַף הַסּוֹבְרִים דְנַעֲשֵׂה חֲשׂוּד לָא יְהִיָּה פְּסוּל דְאוֹרְיִיתָא אִם נְאָמַר דַּעֲקִימַת שְׂפִתְיוּ ל"ה פְּעֵבֶר בְּמַעֲשֵׂה וְגַם לָא מִיְפְּסֵל אֲלָא מְדַרְבְּנָן וּע"י שְׂבוּעָה דְלַהֲשַׁתָּא יְהִיָּה מִפְּסֵל מְדְאוֹרְיִיתָא א"ו דְרַשְׁבָּ"א סוֹבֵר דְלַהֲסוֹבְרִים דְנַעֲשֵׂה חֲשׂוּד ע"י שְׂבוּעָה דְלַהֲבָא מִמִּילָא מִיְפְּסֵל ג"כ בְּמַה שְׂטַעֵן שְׂקָר וְלַהֲסוֹבְרִים דְלָא נַעֲשֵׂה חֲשׂוּד בְּשַׁבּוּעָה דְלַהֲבָא אִזּוּ אַף בְּעֵבֶר בְּקוּם וַעֲשֵׂה לָא מִפְּסֵל.

וְנָה פְּשׁוּט: וְנַחְזוֹר לְדְבָרֵינוּ דַּעֲכ"פּ לָא מְצִינוּ מְבוֹאֵר בְּרַשָּׁע דְחָמַס בְּעֵבֶר בְּלָאוּ שְׂאִין בּוּ מַעֲשֵׂה דְיְהִיָּה פְּסוּל מְדְאוֹרְיִיתָא וּבַמַּהֲרִי"ק וּבְרַשְׁבָּ"א פְּמַעַט מְבוֹאֵר לְהִיָּפָה. אוּלַם יֵשׁ לְהַבִּין בְּדְבָרֵי תוּס' סְנֵהֲדָרִין (דָּף כ"ד ע"ב) ד"ה וְאֵלוּ דְכְּתוּבוּ דְלָא חֲשִׁיב בְּמַתְנִיתוּן רַק פְּסוּלֵי דְרַבְּנָן מְדָלָא קְתָנִי גְזוּלָנִין וְסוֹחְרֵי שְׂבִיעִית אִיָּרִי בּוּזָה"ז דְּאִינוּ אָסוּר אֲלָא מְדַרְבְּנָן וְאַפְּיֵלוּ בְּשַׁבִּיעִית דְּאוֹרְיִיתָא לָא חֲשִׁיב לִיָּה אִסוּר דְּמַמְצִיאִין מְעוֹת לַעֲנִיִּים עִי"ש וְלָמָּה צָרִיף לְהוּ לְנָה הָא אֲפִילוּ אִיָּרִי בְּשַׁבִּיעִי' דְּאוֹרְיִיתָא וְחֲשִׁיב לִיָּה אִסוּר מ"מ אִינוּ עוֹבֵר כ"א בְּעֵשֶׂה לְאֲכֵלָה וְלָא לְסַחֲוֵרָה דְלָא מְצִינוּ עֲבִירוֹת לָאוּ בְּסוֹחֵר בְּפִירוֹת שְׂבִיעִית וּמִמִּילָא לָאוּ בְּכָלֵל רַשָּׁע דְקָרָא הוּא וְאַף דְהָוֵי פְּמוֹ חָמַס הוּאִיל דְּעוֹשֵׂה אִסוּר בְּשַׁבִּיל חִימוּד מְמוֹן וּמַה"ט פְּסוּל אַף בְּשַׁבִּיעִית בּוּזָה"ז וְאַף דְבַעֲבִיר' דְּרַבְּנָן בְּעִינוּן שְׂיַעֲבוֹר מְשׁוּם חִימוּד מְמוֹן וּע"כ דְּזָה חֲשׂוּב עֲבִירָה שְׂיֵשׁ בּוּ חָמַס וּמַה"ט לּוּלָא דְלָא חֲשִׁיב לְהוּ אִסוּרָא בְּשַׁבִּיל דְּמַמְצִיאִין לְהֵם לַעֲנִיִּים הָיָה פְּסוּל מְדְאוֹרְיִיתָא הָרִי דְבַעֲבִירָה דְחָמַס ל"ב שְׂיַעֲבוֹר דּוֹקָא בְּלָאוּ שְׂיֵשׁ בּוּ מַעֲשֵׂה וְלָאוּ שְׂאִין בּוּ מַעֲשֵׂה לָא גָרַע מְעוֹבֵר עַל עֲשֵׂה.

וּבַרמ"ה שְׁם פִּירֵשׁ לְהַדְיָא דְמַלְוָה בְּרִיבִית מְדְאוֹרְיִיתָא. פְּסוּל דְּעֵבֶר עַל לָאוּ הָוֵי לִיָּה רַשָּׁע דְּיַלְפִינוּן מַחֲיִיבֵי מַלְקוֹת דְקָרִינְהוּ רַחֲמָנָא רַשָּׁעִים דְכְּתִיב וְהָיָה אִם בֵּין הַכּוֹת הַרַשָּׁע וְהַתָּם בְּחִיבֵי לְאוּוִין קָאִי דְסַמִּיף לִיָּה לָא תַחֲסוּם וְרַשָּׁע פְּסוּל לַעֲדוּת דְכְּתִיב אֵל אֲשֶׁת יְדָה.

וְסוֹחְרֵי שְׂבִיעִית הוּאִיל וּמְשׁוּם חִימוּד מְמוֹן מַעֲבִירִין עַד"ת הו"ל רַשָּׁע דְחָמַס וְהִיָּנוּ טַעֲמָא דְעַרְבִינְהוּ לְפְסוּלֵי דְאוֹרְיִיתָא בְּדַרְבְּנָן וְתַנְיָנְהוּ בַּחֲדָא מְשׁוּם דְדָמוּ לְהַדְדִי דְקָא עֲבָדִי אִסוּרָא מְשׁוּם מְמוֹן עִי"ש הָרִי מְבוֹאֵר דְסוֹבֵר דְדוֹקָא רַשָּׁע דְחִיבֵי לְאוּוִין פְּסוּל מִן הַתוֹרָה וְסוֹחְרֵי שְׂבִיעִית דְלִיָּפָא פְּסוּל רַק מְדַרְבְּנָן בְּלָא טַעֲמָא דְמוֹרֵי הַתִּירָא כְּמוֹ"ש תוֹסְפוֹת וּמְזָה נִרְאָה לְכַאוֹרָה דְדַעַת תוּס' דל"ב לְגַבִּי חָמַס דּוֹקָא שְׂיַעֲבוֹר עַל לָאוּ וְלָא כְּמוֹ שְׂפִתְבַּת הַתְּנַמִּים: וְכֵן הָר"ן בְּחִידוּשָׁיו שְׁם הוֹכִיחַ דְכּוֹלָה מַתְנִיתִין אִיָּרִי בְּפְסוּלֵי דְרַבְּנָן וְכ' וְסוֹחְרֵי שְׂבִיעִית בְּשַׁבִּיעִית בּוּזָה"ז דְּרַבְּנָן מְשַׁמַּע ג"כ מְדַבְּרִיו דְסוֹבֵר בְּעֲבִירָה דְאוֹרְיִיתָא בְּחִימוּד מְמוֹן אַף דל"ה לָאוּ מ"מ מִיְפְּסֵל מְטַעַם חָמַס וְדוֹחֵק לּוֹמַר דְּמְשׁוּם ה"ט מוֹקִי בְּשַׁבִּיעִי' בּוּזָה"ז מְשׁוּם אַחַת מְרְאִיּוֹתָיו הִיא דְמַתְנִיתִין אִיָּרִי בְּפְסוּלֵי דְרַבְּנָן מְמַה דְאַמְרִינוּן בְּגַמְרָא עֲלָה דְמַתְנִיתִין וְכוּלָן צָרִיכִין הַכְרָזָה ע"כ פְּסוּלִין דְרַבְּנָן נִינְהוּ וְאִם לָא אִיָּרִי בְּשַׁבִּיעִית בּוּזָה"ז רַק בְּשַׁבִּיעִית הָאָסוּר מַה"ת סוֹבֵר הָר"ן פִּינוּ דְהַעֲבִירָה הוּא דְאוֹרְיִיתָא אַף דְהַפְּסוּל



הוא מדרבנן לא בעי הכרזה וכמו"ש המרי"ט זה דוחק דהבאים אתריו חולקים על המרי"ט בזה.

וכן יש קצת להוכיח מדברי תוס' דכתבו אף בשביעית דאורייתא ל"ה רק פסול דרבנן מטעם דלא חשיב לי' איסור ואפ"ה קאמר בש"ס וכולן צריכין הכרזה וכן בריבית הקצוצה פתבו דלא משמע ליה איסור ואעפ"כ צריף הכרזה ומה"ת נאמר דהר"ן יתנה חולק ע"ז וכן מבואר בחידושי ר"ן שם להדיא להוכיח דמלנה בריבית קצוצה פסול מדאורייתא מהא דבר בינתנן דמקשינן והא אמר רבא לנה בריבית פסול והו"ל רשע ואי ל"ה רק פסול דרבנן הא לא הכריזו עליו וכשר לעדות א"ו דפסול מה"ת הרי אף בעבירה דאורייתא אי לא מיפסל רק מדרבנן בעי הכרזה א"ו דסובר דאם אינרי בשביעית דאורייתא היו פסולין מדאורייתא אף דלא עברו על לאו מ"מ חשוב כמו רשע דחמס ועוד דכבר החרם המל"מ (פ"ד) ממלנה דאף לדעת מהרי"ט הנז' דבעבירה דאורייתא והפסול דרבנן דל"ב הכרזה מ"מ מודה היכא דמן הדין מפסיל בעבירה לאינשי בעי הכרזה עיי"ש וא"כ אינו ראוי מתוס' נגד מהרי"ט וממילא ע"כ גם הר"ן דכתב דאינרי בשביעי' בזה"ז מבואר דבעבירה דאורייתא שיש בו חימוד ממונ מפסיל מדאורייתא אף בא"ב מלקות רק עשה בלבד.

ואפשר דדעת מהרי"ק דזה הוי ג"כ כמו לוקח ממון שאינו שלו דכיון דאסור לעשות בו סחורה הוי פלוקח שאינו שלו והוי כמו רשע דחמס מה שאין פן היכא דעובר בלאו שאין בו מעשה אף דהוי בממון מ"מ כיון שאינו לוקח ממש שאינו שלו ל"ה רשע דחמס ועדיין צ"ע: סי' לג ועובר על שבועות עדות דאין בו מלקות הואיל וחיבבו הפתוב קרבו א"כ קיל שבועה זו וגם אינו עובר בשעת שבועה שמשפיעו התובע דבידו לילה ולהעיד רק אחר כך עבר בשב ואל תעשה אם מיפסל מדאורייתא יש להסתפק כיון דאין בו מלקות.

וראיתי בתנאים (סי' צ"ב צ"ב סק"ג) שכתב דדוחק לומר דקרבו במקום מלקות דרמב"ם פללא יחייב בא"ב מלקות דלא מקרי רשע וכתב כיון דע"י שכוכשין עדותן מפסידין ממון אף זה בכלל רשע דחמס דמפסידין לחבירו ממון עיי"ש.

ולמה שנתבאר דאף במקום הפסד ממון כ"ז שאינו לוקח ממון שאינו שלו ל"ח רשע דחמס מכ"ש בכובש עדותו דאינו עושה פלום ואין בו חיוב רק מצד גמילות חסד להעיד והוי פמונע להשיב אבידה וכמו"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דאף גרמא ל"ה ובנדאי אין זה בכלל רשע דחמס.

ועוד אם נימא דזה הוי בכלל רע לבריות מה פריף הש"ס לרבא מהא דקתני אהד שבועת שוא ואהד שבועת ממון ומשני לא אידי ואידי ש"מ ומ"ש שבועות דעלמ' ולמה צריף לומר שבועות דעלמא הא שבועות ממון ושבועות העדות בכלל רשע דחמס הוא א"ו דשבועות העדות לא חשיב רשע דחמס ולכך צריף לומר שבועות דעלמא.

ועיי"ש ברמ"ה הפירוש שבועות דעלמא כגון שבועות מוב"מ וע"א ושומרין ולא פרט ג"כ שבועות העדות משמע דלרבא באמת לא מיפסל דל"ה רשע דחמס: אף י"ל דהא בלא"ה צריף לדקדק למה קאמר בש"ס ומאי שבעו' שבועות דעלמא.

הא גם לרְבָא דְבַעֲיָנָא רְשַׁע דְחָמְסָא מ"מ מוֹדָה בְּאוֹכַל נְבִילוֹת לְתִיאָבוֹן דְּמִיפְסָל מְטַעַם פִּינּוּ דְכַפִּין וְאָכַל אִיסוּר' ה"נ כְּפִין וְשָׁקִיל זוּזֵי וּמְסִהִיד בְּשִׁיקְרָא א"כ מוֹדָה רְבָא אִם נִשְׁבַּע שְׂלֵא אַכְל הַיּוֹם וְאָכַל מִיפְסָל אַף לְרְבָא מְטַעַם הַנ"ל א"כ לְמָה מְתַרְזֵן לֹא אִידי וְאִידי שְׁבוּעוֹת מְמוֹן נִימָא דְרַק שְׁבוּעַת שְׁוֹא אִינוּ.

בְּכָלֵל זֶה אָבֵל שְׁאָר שְׁבוּעוֹת הֵן שֶׁל מְמוֹן וְהֵן שֶׁל אִיסוּר בְּעוֹשֶׂה לְתִיאָבוֹן בְּכָלֵל מוֹעֵלֵי שְׁבוּעוֹת הֵן וּמִיפְסָלֵי. וְצָרִיךְ לִזְמַר דְּבִאֲמַת כְּפָה דַעַת הַתְּרַצֵּן אִידי וְאִידי שְׁבוּעוֹת מְמוֹן הֵינְנו אוֹ פְּפִירוֹת דְּבָרִים הַנוֹגְעֵי לְמְמוֹן אוֹ שְׁבוּעוֹת בִּיטוּי בְּעוֹבֵר לְתִיאָבוֹן וְקָאָמַר וּמֵאֵי שְׁבוּעוֹת דְּעֻלְמָא הֵינְנו הֵן מְמוֹן הֵן אִיסוּר אִם עוֹשֶׂה בְּשִׁבִיל הַנְּאוֹת מְמוֹן מִיפְסָל.

וּא"כ י"ל דְּעוֹבֵר עַל שְׁבוּעוֹת עֲדוֹת ג"כ בְּכָלֵל שְׁבוּעוֹת מְמוֹן וְהוּי כְּרְשַׁע דְחָמְסָא: וְלְכַאוּרָה נ"מ בֵּין הַנֶּהָרְתֵי טַעֲמִים שֶׁפֶתַח הַתְּנֻמִּים אִם בָּא עַל שְׁפָחָה חֲרוּפָה דְּלִיתָא בְּכָלֵל עֲרִיּוֹת וְאִין בּוֹ לֹא כְּרַת וְלֹא מְלָקוֹת וְאִין לֹא אִין בּוֹ רַק הַתּוֹרָה חֲזִיבּוּ בְּקֶרְבָן אִם בְּכָלֵל רְשַׁע הוּא אִם נֶאֱמַר דְּקֶרְבָן בְּמָקוֹם מְלָקוֹת י"ל דְּמִפְסָל אָבֵל אִם נֶאֱמַר דְּקֶרְבָן אִינוּ בְּמָקוֹם מְלָקוֹת וּבְשְׁבוּעוֹת עֲדוֹת הַטַּעַם מְשׁוּם דְּהוּי רְשַׁע דְחָמְסָא דְּמִפְסִיד לְחִבְרֵי מְמוֹן א"כ בָּא עַל שְׁפָחָה חֲרוּפָה לֹא מִפְסָל מְדַאוּרֵייתָא דְּלֹא בְּכָלֵל רְשַׁע הוּא.

וְעֵינָן סמ"ע (ס"ק ד') מְשִׁם הַמְרָדְכֵי בּוֹעֲלֵי אַרוּסָה בְּלֹא כְּתוּבָה פְּסוּלִין מְדַרְבְּנָן. וְיֵישׁ לְהַעִיר הָא בּוֹעֲלֵי אַרוּסָה בְּלֹא כְּתוּבָה וְהִיא כְּלָה בְּלֹא בְּרָכָה ל"ה כ"א אִיסוּר דְּרַבְּנָן וּכְבָר כְּתַב הַרְמ"א דַעַת י"א דְּבַעֲיָנָא שְׁעֵבֵר מְשׁוּם חִימוּד מְמוֹן.

וְיִקְשֶׁה אִמְאֵי מִיפְסָל בּוֹעֲלֵי אַרוּסָה בְּלֹא כְּתוּבָה וּכְבָר כְּתוּבָה תוּס' סְנֵהֲדָרִין (דָּף ט') וְר"ן בְּחִידוּשָׁיו סְנֵהֲדָרִין (דָּף כ"ו) דְּלְרְבָא בָּא עַל הָעֲרִיּוֹת ל"ה כְּרְשַׁע דְחָמְסָא רַק הוּאִיל דְּרְשַׁע מְעַבְרָה חֲמוּרָה הוּא שֶׁהוּא מְחִיבֵי כְּרִיתוֹת וּמִיתוֹת ב"ד וְדִינוּ שְׁיִהְיֶה פְּסוּל לְעֲדוֹת עֵי"ש א"כ זֶה א"ש בְּשְׁאָר עֲרִיּוֹת אָבֵל בְּבָא עַל אַרוּסָה בְּלֹא כְּתוּבָה דֵּא"ב כ"א אִיסוּר דְּרַבְּנָן וְלִיכָּא חִימוּד מְמוֹן וְאִדְרַבָּא שְׁיִיךְ לִזְמַר יִצְרוּ תַקְפּוּ וְחֲשִׁיב כְּאֹנָס וְלֹא מִפְסָל וְלִזְה כְּנוֹן ג"כ כְּבוֹד יִדִּי"נ הַרְבֵּה הַגָּאוֹן הַגְּדוֹל מ' שְׁמַחָה רַעֲהַפִּישׁ נ"י רָאָב"ד בַּק' קַעֲמַפְנָא יַע"א.

וּכְמוֹ כֵּן י"ל גַּם בְּבָא עַל שְׁפָחָה חֲרוּפָה פִּינּוּ דְּלִיכָּא מְלָקוֹת לֹא מִיפְסָל אָבֵל אִם נֶאֱמַר דְּקֶרְבָן בְּמָקוֹם מְלָקוֹת קֵאֵי מִפְסָל מְדַאוּרֵייתָא וְצ"ע. וְעֵינָן בְּמִקְנֵי קִידוּשֵׁין (ס"ב מ"ב ס"ה) דְּכַתֵּב הָא דְכ' הָרָא"ש חָשׂוּד עַל הָעֲרִיּוֹת הֵינְנו רִגִּיל וּמְתִיחֵד עֲמָהֶם לֹא מִיְיָרֵי בְּאִיסוּר יְחִיד גָּמוּר דֵּא"כ מִצַּד זֶה פְּסוּל לְעֲדוֹת דְּאִפְּיֵלוּ אִם הוּא מְדַרְבְּנָן וּקְרָא אֶסְמִכְתָּא פְּסוּל עַכ"פ מְדַרְבְּנָן וְיֵישׁ לִזְמַר פִּינּוּ דְּיִצְרוּ תוֹקְפוּ ל"ה כְּחִימוּד מְמוֹן וְלַדַּעַת רַמ"א הַנ"ל בְּעֵינָן שְׁיִעֲבֹר עַל דְּרַבְּנָן מִחֲמַת חִימוּד מְמוֹן: וְדַע דְּעוֹבֵר עַל דְּאוּרֵייתָא וּא"ב לֹא שְׁיֵישׁ בּוֹ מְלָקוֹת אִינוּ מְבִנְיָר בְּכּוֹסְקִים לְהַדְיָא אִם מִפְסָל מְדַרְבְּנָן רַק הַב"י הוֹכִיחַ זֹאת מִפְּנֵי כ"ש אִם עוֹבֵר עַל דְּרַבְּנָן מִפְסָל ק"ו הָעוֹבֵר עַל דְּבָרֵי תוֹרָה שְׁאִין בָּהֶם מְלָקוֹת וְהִבִּיא מְשִׁם בְּעַל הָעִיטוּר שְׁהַעוֹבֵר ע"ד דְּרַבְּנָן כְּגוֹן יו"ט שְׁנֵי וּגְבִינּוֹת עַכו"מ אִינוּ פְּסוּל לְעֲדוֹת אַף מְדַבְרֵיהֶ' דְּלֹא אֲשַׁכְּחֵן פְּסוּלִים דְּרַבְּנָן אֲלֵא בְּחֻשְׁד מְמוֹן.

מְשִׁמַּע מְדַבְרֵי ב"י דָּאִם נֶאֱמַר דְּעוֹבֵר עַל דְּבָר שְׁאִיסוּרוֹ מְדַרְבְּנָן לֹא מִפְסָל לְעֲדוֹת אַף מְדַרְבְּנָן וְכֵן נִמִּי הָעוֹבֵר עַל ל"ת שְׁאִין בּוֹ מְלָקוֹת לֹא מִפְסָל אַף מְדַרְבְּנָן וְלְכַאוּרָה יֵישׁ לְהַעִיר דְּהָא אִיכָּא לְמִיפְרָךְ עַל הַךְ ק"ו שֶׁל הַב"י דְּמַצִּינוּ דְּסִבְרָא לִיהַ לְרַמְב"ם דְּאִיסוּר

דְּרַבְּנָן חֲמוּר מְאִיסוּר תּוֹרָה דְּכָר שְׂאִינוּ מְפֹנְרֵשׁ מֵה"ת כְּמוֹ חֲצִי שְׁעוֹר וְכַדוּמָה וְסוֹבֵר דָּאֵם  
נִשְׁבַּע שְׂלֵא לְאַכּוֹל חֲצִי שְׁיַעוֹר נְבִילָה וְעֵבֵר וְאָכַל לֹקְהָ וּל"א אֵין שְׁבוּעָה חַל עַל שְׁבוּעָה  
הוֹאִיל דְּאִינוּ דְּכָר הַמְּפֹנְרֵשׁ בְּתוֹרָה וּבְנִשְׁבַּע עַל אִיסוּר דְּרַבְּנָן מְקַרִי מִן שְׁבַע וְעוֹמֵד מֵהַר  
סִינֵי הוֹאִיל דְּרַבְּנָן אוֹקְמוּהוּ עַל לָאו דְּלֵא תְסוּר וְעֵינֵן ש"ף יו"ד (סי' רל"ט סק"א) וּא"כ  
י"ל דְּמַה"ט הָעוֹבֵר עַל אִיסוּר דְּרַבְּנָן מְפָסֵל מְדְרַבְּנָן דְּחֲמוּר עַכ"פּ וּבְכֻלָּל לָאו דְּלֵא תְסוּר  
הוּא וְלָאו דְּלֵא תְסוּר הוּא לָאו שְׁנִיתָן לְאֲזַהֲרַת מִיתַת ב"ד וְאַף דְּאִין לֹקִין עַל לָאו שְׁנִיתָן  
לְאֲזַהֲרַת מִיתַת ב"ד מ"מ נְפָסֵל דְּזֵה אִינוּ לְקִלוֹת אִיסוּר רַק מְחַמַּת חֲנוּמֵר הָאִיסוּר כְּמוֹ  
שְׁהַעֲלָה הַתּוֹנְמִים (ס"ק א') [ובפ"מ או"ח בְּפִתְיָה פּוֹלְלַת (ח"א אוֹת כ"ה) חֲתַר אַחֲרֵי  
וְכַתְבֵּי דְּמַחְמַר דַּא"ב מִיתָה צ"ע.

אוּלָם סְבַרְתָּ הַתּוֹנְמִים פִּינּוּ דְּלָאו זֵה נֶאֱמַר לְאֲזַהֲרַת מִיתָה וְנִכְלָל בְּלָאו דְּל"ת מְלֵאכָה אַתָּה  
וּבְהַתְּמָה וְאֶמְרִינּוּ דַא"ב מְלֵקוּ הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּחֲנוּמֵר יֵשׁ בְּלָאו זֵה. וְכֵן מְבֹאֵר בְּדַבְּרֵי  
תוֹס' סְנֵהֲדָרִין (דָּף פ"ו) בְּעַדֵי גְּנִיבָה בְּנִפְשׁ דְּמְפָסֵל אַף דְּלָאו דְּלֵא תִגְנוֹב נִיתָן לְאֲזַהֲרַת  
מִיתַת ב"ד וְכ"ז שְׂלֵא מְכַר א"ח מִיתָה מ"מ נְפָסֵל מִן הַגְּנִיבָה לְחוּד דְּעוֹבֵר עַל לָאו חֲמוּר  
כ"נ בְּלָאו דְּמַחְמַר דְּאִיסוּרֵי שְׁבַת חֲמִירֵי וְעֵינֵן בְּמֹת (דָּף ו') וּאִכ"מ בְּזֵה] פִּן נְמִי בְּעוֹבֵר  
עַל לָאו דְּלֵא תְסוּר דְּגוּף הֵלָאו נִיתָן לְאֲזַהֲרַת מִיתַת ב"ד עַל זְקֵן מְמַרָּא מ"מ אוֹקְמוּ וְרַבְּנָן  
אִיסוּרֵיהוּ עַל לָאו דְּלֵא תְסוּר וְחֲמִיר מְדַבְּרֵי תּוֹרָה שְׂאִינוּ מְפֹנְרֵשׁ פִּן נְמִי י"ל דְּלֵא נְפָסֵל  
מְדְרַבְּנָן מְשַׂא"כ הָעוֹבֵר עַל אִיסוּרֵי תּוֹרָה יֵשׁ לוֹמֵר דְּלֵא נְפָסֵל אַף מְדְרַבְּנָן אוּלָם דַּעַת  
הַב"י דַּמ"מ לְעַנְנֵן חֲשֵׁשׁ פְּסוּל דְּמִשְׁקַר בְּעֵדוּתוֹ יוֹתֵר חֲמוּר אִיסוּר תּוֹרָה וְנְפָסֵל מְדְרַבְּנָן  
מְפַחַת ק"ו הַנ"ל: וְהִנֵּה אַף דְּבַש"ע וְכֵן בְּרַמְב"ם פְּתַב ל"ש אִם עֵבֵר לְתִיאָבוֹן ל"ש אִם עֵבֵר  
לְהַכְעִיס ע"כ הַפִּירוּשׁ לְהַכְעִיס הֵינּוּ שְׂאִינוּ לְתִיאָבוֹן אֲבָל לֹא הַפּוֹקֵר וְעוֹשֶׂה לְהַכְעִיס  
שְׁבוּעַט בְּאִיסוּר בְּזֵה אַף בְּדְרַבְּנָן בְּכֻלָּל מִין הוּא וְאֶפִיקוּרְס וְכַבֵּר כ' רַמְב"ם אֶפִיקוּרְס  
בְּכֻלָּל מִין הוּא וּפְחוּתִים מְגוּזִים וּפְסוּלִין לְעֵדוּת וְלֹא הַצְּרִיכוּ חֲכָמִים לְמַנּוּתָם וּבְנִדְאֵי  
פְסוּלִין מַד"ת.

וְרֵאִיתִי בַּפ"מ יו"ד (סי' ב' בַּש"ד ס"ק ח"י) שְׁהַקְשָׁה דְּשָׁם סְתָם הַמְּחַבֵּר דְּמוּמָר לְהַכְעִיס  
בְּכֻלָּל מוּמָר לְכַה"ת. וּבַח"מ פָּלַל לְהַכְעִיס וּלְתִיאָבוֹן מְשַׁמַּע דְּבַעֵי שְׁיִהִיָּה בּוּ מְלִקוּת וּבְכַאֲמֵי  
לְהַכְעִיס אַף בְּמַבְטֵל הָיִי כְּגוֹי וּפְסוּל.

וְהַבְּרוּר דְּבַש"ע אֵין הַפְּנוּנֵי בְּלְהַכְעִיס מְמַשׁ דְּזֵה הוּא פְּחוּת מְגוּזִי וְכַמ"ש הַרְמַב"ם  
וְטוּש"ע (ס"ב) רַק לְהַכְעִיס דְּאִין אֲצִלוּ הַבְּדֵל בֵּין הַיְתֵר לְאִיסוּר וְהַצְּרִכְתִּי לְזֵה שְׁרֵאִיתִי  
לְמַחְבֵּר אֲחַד שְׁכ' דְּגוּזֵי פְּסוּל מַק"ו מְאֵשָׁה וְעֵבֵד וְכַמ"ש תוֹס' ב"ק (דָּף פ"ח) מַה שְׂאִין פִּן  
מוּמָר דְּקִדּוּשֵׁי קִדּוּשֵׁין וְאַף דְּהוּא רַע לְשָׂמִים מ"מ אִינוּ רַע לְבְּרִיּוֹת.

וְטַעַה בְּזֵה דְּלְהַכְעִיס מְמַשׁ ב"מ הַבּוֹעֵט זֵה גֵרַע מְגוּזֵי דְּגוּזֵי אִינוּ מְצַנּוּה רַק עַל שְׁבַע מְצוֹת  
ב"נ וְהִנֵּה ס"ד לְהַכְשִׁירוֹ לְעֵדוּת וְצָרִיף לִמְיֻד אֲבָל יִשְׂרָאֵל דְּחִיִּיב בְּכָל מְצוֹת תּוֹרָה וְדַבְּרֵי  
סוֹפְרִים וְהַבּוֹעֵט אַף בְּדְרַבְּנָן זֵה עוֹבֵר עַל לָאו דְּלֵא תְסוּר וְחֲמוּר מְעַבְרָה שְׁל מְלִקוּת  
וּפְחוּת מְגוּזֵי כַּמ"ש הַרְמַב"ם וְטוּש"ע.

וּבְכַאֵן ע"כ הַפְּנוּנָה אִינוּ עַל לְהַכְעִיס מְמַשׁ כְּמוֹ בַּכ"מ וְעֵינֵן ת"ש יו"ד שָׁם וּבְבַכּוֹר שׁוֹר  
מַס' ע"ז (כ"ו) וְזֵה פְּשוּט מְאֹד. וְעוֹד נִרְאֶה דְּחֲמוּר הוֹאִיל דְּמַתִּיר עֲצָמוּ לְמִיתָה פִּינּוּ דְּהוּא  
מִן הַמּוֹרִידִין וְלֹא מְעַלִּין וּמְצַנּוּה לְהַרְגוֹ אִם יֵשׁ בְּיַדְנֵנוּ כַּח כְּמַבּוֹאֵר רַמְב"ם (סוֹף פ"ד)

הלכות רו"נ א"כ הוי פמו העובר על חייבי מיתת ב"ד דכ' בי' רשע למות ובכלל רשע הוא ואף רבא דבעי רשע דחמס מודה בחייבי מיתות ב"ד וכריתות פמבונאר חידושי ר"ן סנהדרין (דף כ"ו) ומה"ט הנה נראה הא דכתב הסמ"ע (ס"ק ד') דבועלי גויות פסולין מדרבנן י"ל היינו דוקא בצנעה הואיל דאין בו לאו של מלקות אבל בבוועל בפרהסיא דקנאין פוגעין בו הוי פמו רשע למות הואיל דמתיר עצמו למיתה ומפסל מדאורייתא ועיין תשובת מהר"ש חאה"ע (סי' י"ט) אה"פ ראיתי שפן פתוב בכנה"ג וילדעת הר"ן מס' סנהדרין (דף פ"ב) דאפ"ל דיש פרת בצנעה פמו בפרהסיא רק בדיני אדם אין עושין לו פלום גזרו ב"ד חשמונאי שיהי' מלקין פדי להרחיק מן עבירה שיש בני אדם רשעים שאין עומדין בעצמן מפני פרת המסן' לשמים ובשביל המלקות יתרחק מן האיסור עיי"ש ואם פן פינן דיש בו פרת מדאורייתא חמור מן אוכל נבלות להכעיס כמו"ש ר"ן סנהדרין (דף כ"ו) הנ"ל וי"ל דנפסל מדאורייתא: וכן נראה דמסור פסול מן התורה אף דלא עבר כ"א על לאו דלא תלך רכיל מ"מ הואיל דחמור ומן המורידין הוא ומתיר עצמו למיתה הוא בכלל רשע למות ולכן פתב הרמב"ם (פי"א) מעדות דהמוסרין והאפיקורסין והמומרים לא הצריכו למנותן בכלל פסולי עדות עיי"ש דמבונאר מה"ט הואיל דאלו מורידין ולא מעלין ואין להם חלק לעוה"ב והמה בכלל רשע למות.

ושוב ראיתי ברדב"ז (סי' שמ"ו) דכתב בהחזוק לומר אמסור פסול מה"ת עיי"ש בדבריו וראיתי בס' בית מאיר (סי' י"ז ס"ג) דהביא משם פנים מאירות (ח"ב סי' צ') דהעלה להפוסקים דגרמי והה"ד מסור קנסא דרבנן אינו פסול אלא מדרבנן עד שיכריזו והב"מ השיג עליו דנהי דפטור בדיני אדם מ"מ בד"ש ודאי חייב וגם עבר אדאורייתא לא תלך רכיל והביא לשון רמב"ם וש"ע שכתבו עליו פחותים מפותים מורה דהוא פסול ד"ת עכ"ד.

ותשובת פ"מ אין בידי לעיין בו. אולם נראה אולי פוננתו על מסור שלא הוחזק למסור דעשה אשר זמם ואינו מוחזק למסור אסור להורגו כמ"ש הרמב"ם והרמב"ם להדיא איירי במוחזק למסור עליהן פתב דפחותין מעכו"ם אבל לא בלא הוחזק וכן מבונאר במהרי"ק (סי' קכ"ו) משם רב פלטאי גאון במסו' שלא הוחזק אינו פסול מן התורה עיי"ש ואותו אפשר מכשיר הפ"מ לעדות אשה.

וראיתי בשער משפט דמתחילה השיג ג"כ על הפ"מ מטעם דאף אם חייב תשלומין אינו כ"א מדרבנן מ"מ מדאורייתא אסור לגרום היזק לחבירו. אולם שוב פתב ראיה מוכרחת לדעת הפ"מ מש"ס דגיטין (דף נ"ג) דפריף התם דר"מ אדר"מ דסבר במטמא ומדמע ומנסף אחד שוגג ואחד מזיד חייב ובמבשל בשבת בשוגג יאכל ומשני פי קניס ר"מ בדרבנן בדאורייתא לא קניס ופי' רש"י מטמא ומדמע איסורא דרבנן הוא פינן דל"ש היזק אין פאן איסורא דאורייתא ודברי סופרים צריכין חיזוק הלכף קניס אף השוגג הרי מוכח דהמזיק לחבירו בדבר דלא שמי' היזק אינו אלא איסור' דרבנן וא"כ הה"ד במסור פינן דמה"ת לא דיינין דד"ג והוי פלא היזקו פלל ול"ה אלא איסורא דרבנן וכעי הכרזה.

ודבריו דברי תימא לומר על מסור דל"ה כ"א איסור דרבנן הא מ"מ עובר על לא תלך רכיל ואף אם לא דיינין דד"ג מ"מ חייב בדיני שמים ועובר על לא תלך רכיל והוי פרשע דחמס ולהסוברים דבאיסור דאוריית' אף בא"ב מלקות פמו לאו שאין בו מעשה

מ"מ בחימום ממון פסול מד"ת ונדאי גם זה פסול מה"ת רק דעת המרי"ק דבעינו דוקא בלאו שאין בו מלקות כמו גזלן שלוקח ממון שאינו שלו ומה"ט במסור פיון דאינו ליקח ממון שא"ש אף דעובר מדאורייתא על לא תלה רכיל מ"מ הואיל ואין בו מלקות אף דחייב בדיני שמים או אף אם דד"ג חייב מדאורייתא מ"מ לא מופסל אבל אם נאמר דעובר על דאורייתא לא בעינו הכרזה וכדעת מהרי"ט בנדאי מסור ג"כ א"צ הכרזה דעובר על דאורייתא: גם מ"ש דה"ד במזיק בידים לחבירו בהיזק שאינו ניכר במזיד פיון דל"ש היזק אינו אלא פסול דרבנן ובעי הכרזה אף לדעת מהרי"ט.

הדבר תימא לומר דליכא איסור מה"ת להיזק לחבירו בהיזק שאינו ניכר ומצאתי בים של שלמה ב"ק (פ"י סי' כ"ג) שכתב להדיא דאף מדאורייתא אסור לעשות היזק לחבירו ואפילו כל דד"ג בנזקין דפטורין מן התורה מ"מ אסורין מן התורה משום ואהבת לרעה כמוה עכ"ל ושם קאי אף לאסוהיד לגוי דישאל חייב ויודע באמת שחייב עיי"ש.

וכן ראיתי ברמ"ה ב"ב פ' לא יחפור (סי' ק"ז) דאסור למגרם מידי דאיתי מיניה היזקא לאינשי אי משום לפני עור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעה כמוה עיי"ש. ובאמת לפי דבריהם הי' נראה דחבירו המותר לשונאו וכמו"ש הרמב"ם סוף הלכות רו"נ.

דאם ראהו לבדו שעבר עבירה והתרה בו ולא חזר ה"ז מצוה לשונאו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעו עיי"ש א"כ בזה לא נאמר ג"כ ואהבת לרעה כמוה נימא דליכא איסור דאוריית' לגרום לו היזק: אולם אי לאו דמסתפינא הייתי אומר דהתורה רמזה לנו לחוס על ממון של ישראל שלא יעשה גורם אף להיזק שאינו ניכר מדכתיב וצוה הפהן ופינו את הבית ודרשו חז"ל על מה חסה התורה לא חסה רק על כלי חרס שאין לו טהרה שלא יאמר הפהן לטמא את הנגע ויהיה הבית טמא והכלים שבתוכה הרי גילה לנו תורתנו הקדושה לחוס על ממון של ישראל שלא לגרום אף להיזק שאינו ניכר היינו לגרום שיטמא הכלי חרס שבתוך בית המנוגע.

והעובר ע"ז ומפסיד לחבירו ונדאי עובר על איסור תורה פי דרכיה דרכי נועם. ועיין שיטה מקובצת ב"ק ר"פ הכונס וז"ל כל שפכתנו עליו פאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בהשבון הא לענין איסור אף מה שהוא פטור בו מד"ש איסור מיהא קא עביד אלא שלענין השבה נאמרה ומפאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בד"ש פסול הוא לעדות עד שישביב והדברים נראין שמאח' שהוא חייב להשיב תורת גזילה חלה עליו עד שישביב הרב המאירי עכ"ל.

הרי מבואר דאיסור בכל גונוי הוא והחייב בד"ש פסול לעדו ותורת גזלן הוא עליו. אולם י"ל דס"ל דמדרבנן נפסל אף פשטות דבריו נראה דתורת גזלן עליו להיות פסול מדאורייתא והא דקאמר בש"ס גיטין פי קניס ר"מ בדרבנן נרא' קצת ליישב דרש"י דקדק וכ' פיון דל"ש היזק אין פאן איסורא דאורייתא ודברי סופרים צריכין חיזוק היינו דרש"י נחית פאן לשיטת הרמב"ם דדבר שאינו מפורש בתורה נקרא דברי סופרים ואף דברים הנדונים בג"ש ומדות שהתורה נדרשת בהן הואיל ואינו מפורש בתורה נקרא דברי סופרי' וצריכין חיזוק וברש"י ריש פתובות מביא דכל רבותיו פירשו דקדיש בכספא קודושי דרבנן ניהו והשיב עליהם דכל הלימוד מג"ש כמו שכתב מפורש הוא היינו לענין דלא חשיב קודושי דרבנן אבל מ"מ מודה רש"י דצריף חיזוק יותר ממה

דמפנרש בתורה ונקרא דברי סופרים ולקף הוסיף רש"י ודברי סופרים צריכין חיזוק פן י"ל ע"צ הדוחק פי קשה מאד לומר דליכא איסור תורה להזיק ממון לחבירו בהזיק שאינו ניקר וכמו"ש.

ועיין רשפ"א גיטין שם דכ' אף דמטמא תרומה איסורא דאורייתא דכתיב ושמרתם את משמרת תרומתי וכתב או דקרא אסמכתא הוא וא"נ י"ל דליכא לאו אלא עשה ע"ש וכ"כ י"ל לקף נקרא דרבנן וצריף חיזוק הואיל דליכא לאו אלא עשה או מצד ואהבת לרעיהו פמוה או כמו"ש מדכתיב וצוה הפהו ופנו את הבית עכ"פ הואיל דליתא בלאו צריף חיזוק ועדיין צ"ע: ובספר פני יהושע ב"ק סוף פירק הפונס כתב דצ"ע לדינא מאן דמזיק ממון חבירו בידים אי מקרי גזלן לענן עדות ומלשון הפוסקים לא מצינו דפסול אלא מסור לחוד אלא מסברה נראה דפסול דמה לי גוזלה לעצמו ומה לי גוזלה ע"מ לאבדה ואע"פ שמשלם הגזקו מ"מ פושע מיקרי ולא גרע מחמסן כו' וצ"ע עכ"ל.

ומ"ש דמ"ל גוזלה על מנת לאבדה משמע דוקא אם הגביה דאז נעש' גזלן אף בהגביה ע"ד להזיק וכמ"ש ש"ס ב"ק (דף צ"ח) אבל משקלי' בידיה מיגזל גוזלה השבה בעי מעבד. ועי' ש"ף (סי' שפ"ו ס"ק ז') וברש"י גיטין (דף נ"ב) שהגביה על מנת לגזלה ועיי"ש ברשפ"א.

אבל אם לא הגביה כלל רק עשה הגזק בידים י"ל דלא חשיב פגזלן ואינו נפסל. אולם במרדכי מבואר דהמזיק לחבירו במזיד אעפ"י שדעתו בשעה שמזיק לשלם לו ההזיק נקרא רשע דחמס פדאשכחן סוף פירק הפונס במעשה דדוד כו' קרי לי' חבול רשע גוזלה שלם אלא דרשע גמור הוא וראוי לפסולו לעדות ולשבועה ומובא בב"ח (סי' ל"ד) ומשמע דסובר דמדאורייתא פסול.

ועיין מהרי"ט אה"ע (סי' מ"ג) דכ' דרשע דדברי קבלה לאו בכלל רשע למיפסל לעדות עיי"ש ומדברי מרדכי הנז' מבואר להקפך. וביותר מבואר מדברי ש"מ ב"ק הנז' דאף במזיק דאינו חייב לשלם רק בד"ש ג"כ פסול לעדות ומפשות דבריו משמע מדאורייתא וצ"ע בכ"ז.

ועיין יש"ש ב"ק פירק הפונס (סי' ל"ג) מובא בש"ף (תי"ח ס"ק ז') דמזיק אפילו להכעיס ל"ה רשע פגזלן עיי"ש ודבריו צ"ע ועיין תשובת הגאונים (ח"ד שער א' סי' י"א) הגורם לאבד ממון חבירו שלא במסירות אם פורע אותו דבר שגורם הוא פשר ואם לא רצה לפרוע הוי פגזלן ופסול ומשמע נמי שהוא פסול מה"ת.

ועיי"ש עוד בתשובת הגאונים (שער ז' מחלק ה' סי' טו"ב) דכתב בעדים דשמתו באנפיהו ולא אסהידו במידעם ולא אמרו בב"ד דלא ידעינן סהדויתא לא מיפסלן חדא דאיכא למימר ל"ה דכירין ואידכרו ועוד תנא ב"ק ר"י אומר ד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם ותייב בדיני שמים וחד מנהון היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ואי הו מיפסליו הוי מחייבי בדיני אדם וכיון דפטור מדיני אדם לא פסיל ועוד דלא חשיב כובש עדותו עם פסולי עדות וכיון דלא פסול אי הדר סהיד מקבלא סהדויתא עיי"ש עוד מבואר מדבריו דהיכא דחייב לשלם מיפסל לעדות.

גם מבואר דבהנהגה דחייב בדיני שמים לא מיפסל לעדות ודלא כמו"ש בש"מ ב"ק משם קרב המאירי ז"ל: סי' לד וקני דחשידי על גניבה וגזילה של אינו ישאל פתח הח"צ (סי' כ"ו) דבמקום שהא"י יודע בדבר נוסף על מה שהוא עובר על לאו דלא תחלו את שם קדשי עוד הוא עובר על איסור גזל הא"י שהוא אסור מדאורייתא מכח וחשב עם קוניה וממילא הדבר ברור שהוא פסול לעדות ולשבועה אליבא דכ"ע שהרי הוא רשע דחמס דאפילו לרבא פסול ונגרר אחריו בספר בית מאיר (סי' י"ז) דאף לעדות נשים הוא פסול.

אולם בתשובת מהר"ם לובלין (סי' כ"ה) נראה דכשר דכתב ועוד חקרתי והגידו שפעולם לא נשמע עליו שגנב דבר מיהודים רק הוא בחזקת חשד שגנב מזולתו ולא כתב מאיזה טעם דלא נפסל ואולי דעתו משום דלא משמע להו לאינשי.

וכן מבואר ברדב"ז (סי' ר"ח) שהעלה ג"כ מה"ד לפסלם שהו בכלל הגנבים והחמסנין וכתב אלא שמצאתי להם הכשר ממ"א שהרי אינם יודעים שזה אסור ושהו נפסלי לעדות מפני זה אלא אדרבא הם אומרים דמצוה קעבדי דכתיב ואכלת כו' ולא נפסלו לשום עדות עד שיתרו בו עדים ויודיעוהו שדבר זה אסור מה"ת ושהעושה זה נפסל לעדות עיי"ש.

ובאמת לכאורה אף אם לא ידעו שנפסלין עיי"ז סגי רק אם מלמדים אותם שדבר זה אסור מה"ת: והעובר על לאו דלפני עור לא מיפסל מן התורה פיון דאינו לוקה על לאו זה דהוי לאו שבכללות פמבואר בנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' ע"ו) אולם עכ"פ חמור מהעובר על עשה דעובר על עשה לא מפסל אף מדרבנן אבל העובר על לפני עור עכ"פ היכא דיש חימוד ממון מיפסל מדרבנן ויש להעיר בדברי רמ"א (סי' ל"ב) שכתב בשוכר עדי שקר אם היה חייב לו רק שאלו העדי' הם שקרים פטור מד"ש אבל עובר על מדבר שקר תרחק והוא מדברי הרא"ה מובא בני"ר ר"פ הכונס וכן מובא שם בזה הלשון בש"מ למה כתב דעובר על מדבר שקר תרחק דהוא רק עשה הא עובר על לפני עור דמכשיל את העדים שיעידו בשקר אף דהוא יודע האמת שחייב לו מ"מ העדים עברו בלאו דלא תענה וע"ד שקר ממילא השוכר עובר על לפני עור.

שוב ראיתי בתנאים (סי' ל"ב) שעמד ע"ז: ומי שנתברר עליו שזייף שטרות מבואר בתשובת מהר"י מיגאש (סי' קס"ד) שהוא פסול לעדות להיותו גזלן פיון שביקש דרוך ליקח מה שאין לו ליקח מן הדין או לפטור עצמו מן החוב שעליו וגם אם העיד בגט פסול הוא שיהיה הגט בזה מזויף מתוכו עכ"ל ומבואר אף אם עדיין לא עלתה בידו ליקח או לפטור רק שנתברר עליו שזייף שטרות פסול לעדות.

ותמהני על תשובת ח"ס חז"מ (סי' ל"ט) שכתב שם בנידונו שנתברר על אחד שזייף לעצמו שובר על שט"ח שלו ורצו הב"ד לפוסלו והוא צידד שם להכשירו אף אם איהו מחקו וזייפו אף אחר הנחה של שוא שהמזייף שטר נפסל לעדות ולשבועה אבל איפכא שמעינן פתובות (דף ל"ו) אימר זיופי זייף ושיטת ר"ח ור"ת דהאי שטרא ריעא הוא שלא יגבה בו אלא בשבועה תחילה ומבואר דלא נפסל לשבועה אף לאותו ממון.

וידבריו נפלאים הָא שָׁם רַק אֵימֶר זִיוֹפִי זִינְיָ וְחִזְיִישׁינּוּ לְשִׁמָּא זִינְיָ הוּא בְּעֲצָמוּ לְכוּנּוּ כְּתִבּוּ  
הַדּוּמָה לְכִ"י עֲדִים וְלַדְעַת ר"ח ור"ת מְהֵנִי תְּפִיסָה וְרַק מְרַעִינוּ לְהַשְׁטֵר וּבְשִׁבוּעָה נֶאֱמַר  
כְּמוֹ בְּכָל מְקוֹם אִו דְּלָא אָמְרִינוּ חָשׂוּד עַל מְמוֹן חָשׂוּד עַל הַשְׁבוּעָה וּמִצַּד שְׁבוּעָה יִפְרוֹשׁ  
וְלֹא יִגְזוֹל כֵּן נְמִי בְּזָה אִו מְטַעַם שְׁמָא מְלִנְה יִשְׁינְה יֵשׁ לוֹ עָלֵיו וּמְסַפֵּק לָא פְּסֻלִינוּ אוֹתוֹ  
לְשִׁבוּעָה כֵּן נְמִי בְּזָה אִף דְּחֻשְׁדִּינוּ לִיה שְׁמָא זִינְיָ מ"מ מְבַרֵר לְנוּ הַשְׁבוּעָה אַבְל אִם נְתַבְרַר  
שְׁזִינְיָ וְדָאִי נְפֻסֵל כְּמוֹ גְזֻלָּן גְּמוּר פִּינוּ שְׁחֻצִיף לְזִינְיָ וּבְזָה לָא תְּלִינוּ בְּמִלְנְה יִשְׁינְה וְכְמוֹ  
כּוֹפֵר בְּפִקְדוֹן דְּפֻסּוּל לְעֵדוּת כְּמוֹבָן וְכְמוֹ שְׁמִבְנוֹאֵר לְהִדְיָא בְּהַר"י מִיגָאשׁ: וְהִכָּא דְּאִינוּ  
כּוֹפֵר מְמַשׁ בְּפִקְדוֹן רַק מְעַכֵּב וְאִינוּ רוּצָה לִיתְנוּ לוֹ וּמִדְּחַ' אוֹתוֹ אִם חָשׂוּב כְּגֻזְלָן לְפֻסְלוֹ  
לְעֵדוּת.

הֵנָּה בְּרִדְבָ"ז (ח"א סי' ר"ב) נִשְׁאַל אִם חֲזִיב בְּאֲוֹנָסִין וְכִתְבּוּ וְז"ל וְאִם אָמַר הַיּוֹם אֵינִי  
רוּצָה לִיתְנוּ לָהּ וּלְמַחַר אֲתַנְנוּ לָהּ הֲרִי בְּאוֹתוֹ יוֹם נַעֲשֶׂה עָלֵיו גְזֻלָּן וְלֹא גָרַע מִמִּי שְׁנֻטֵל  
הַפִּקְדוֹן מִמְּקוֹם לְמְקוֹם לְשִׁלּוּחַ בּוֹ יָד שְׁהוּא חֲזִיב דְּשִׁלְיָחוּת יָד אֵינְה צְרִיכָה חֶסְרוֹן וְאִם  
אָמַר אִ"י לִיתְנוּ לָהּ עַד שְׁאֲבִקְשׁוּנוּ כֹּל לָא יִדְעָנָא פְּשִׁיעוּתָא הוּא עֵי"ש עוֹד וְיֵשׁ לְהַקְשׁוּת  
ע"ז מֵאִי קָאֵמַר דְּנַעֲשֶׂה עָלֵיו גְזֻלָּן בְּאוֹתוֹ יוֹם מְבִלִי שׁוּם מַעֲשֶׂה הָא אִף בְּגַנְבּ מְמַשׁ מְבִנוֹאֵר  
בְּרַש"י ב"מ (דף י') דָּאִם נְכֻסָּה הִבְהֵמָה לְבֵית הַגְּנָב וְאָמַר בְּפִירוּשׁ דְּרוּצָה לְקִנּוּתָה לֹא  
נַעֲשֶׂה גְזֻלָּן עַד שְׁיַעֲשֶׂה מַעֲשֶׂה כְּגוֹן שְׁנַעֵל בְּפִנְיָהּ וְכ"ש בְּזָה שְׁאָמַר בְּפִירוּשׁ דֹּא"ר לְגֻזְלָן  
לְחֻלוּטִין רַק שְׁמִדְחַ' אוֹתוֹ עַל יוֹם מְחַר וּמְנִינִין לְנוּ לֹאֵר שְׁבִשְׁבִיל עֵיכּוּב הַחֲזִירָה יִהְיֶה  
קְנוּיָה לוֹ בְּתוֹרַת גְזֻלָּן וּמָה שְׁכֻתָּב דִּל"ג מִמִּי שְׁנֻטֵל הַפִּקְדוֹן מִמְּקוֹם לְמְקוֹם לְשִׁלּוּחַ בּוֹ יָד  
הָא שָׁם ג"כ הַחוּשֵׁב לְשִׁלּוּחַ יָד בְּפִקְדוֹן וְאִף שְׁאָמַר בְּפִירוּשׁ מ"מ לֹא נַעֲשֶׂה גְזֻלָּן לְהַתְּחִיב  
בְּאֲוֹנָסִין עַד שְׁיִגְבִּיהֵנָּה כְּמוֹבָר סוּף פֶּרֶק הַמְּפִקִיד: וְרִאִיתִי בְּמַהֲרִי"ט חז"מ (סי' פ"ח)  
שְׁכֻתָּב בְּמַעֲכָב מְשֻׁכּוֹן אַחַר קְבֻלַּת הַמְּעוּת וְנֶאֱמַר דֹּא"ח וּבְמַחְשָׁבָה בְּלִבְד לֹא קָמָה בְּרַשׁוּתוֹ  
וְלֹא מְקָרִי גְזֻלָּן כ"ז שְׁלֹא עָשָׂה מַעֲשֶׂה וְהִבִּיא רְאִיָּה מְהֵא דְּהַחוּשֵׁב לְשִׁלּוּחַ יָד בְּפִקְדוֹן  
עֵי"ש וְכִבְרָתָהּ בְּהַגְהוּתִי בְּדַבְרֵי חֲזִיבִים דִּינִי גְנִיבָה (סי' י') שְׁיֵשׁ לְגַמְגַם בְּרִאִיָּה הַזֹּאת  
וְעֵי"ש שְׁפִלְפִלְתִּי בְּזָה אִם כּוֹפֵר בְּפִקְדוֹן בְּעִינוּ דְּוִקָא כְּפִירָה בְּב"ד וְעֵי"ש מִשׁ לְעִיל (סי'  
ל"ב) אֲמַנְם אִף אִם נֹאֵמַר דִּל"ב כְּפִירָה בְּב"ד וְנַעֲשֶׂה גְזֻלָּן בְּכִפְיָתוֹ בְּלִבְד אִף בְּלֹא מַעֲשֶׂה  
קִנְיָן הֵינּוּ מְשׁוּם דְּעֵבֵר עַל לָא דְּחֻמְס דְּכִתִּיב וְלֹא תִכְחָשׁוּ אַבְל אִם מְדַחְהוּ וְאִינוּ מְכַחֵשׁ  
לוֹ רַק אוֹמֵר לוֹ הַיּוֹם אֵינִי רוּצָה לִיתְנוּ וּלְמַחַר אֲתַנְנוּ לָהּ בְּזָה פִּינוּ דְּלֹא עָשָׂה מַעֲשֶׂה קִנְיָן  
י"ל דִּל"ה גְזֻלָּן וְדוֹחֵק לֹאֵר מְשׁוּם דְּעוֹבֵר עַל דְּבָרֵי קְבֻלָּה אֵל תֹּאמַר לְרַעְיָ לָהּ וְשׁוּב וְגוֹמֵר  
וְיֵשׁ אַתְּהָ דְּמ"מ ל"ה כְּרִשְׁע דְּחֻמְס וְגַם פִּינוּ דִּל"ה קִנְיָן לֹא נְתַחֲזִיב בְּאֲוֹנָסִין וְלֹא מְפֻסִיל  
לְעֵדוּת וְעֵינִן קְצוּה"ח (סי' רצ"ד) מ"ש מְשִׁם הַתְּשֻׁב"ץ בְּאֲוֹנָן דְּלֹא הִחְזִיר לוֹ הַכְּלִי  
דְּפִשְׁטָא בְּמַעֲכָב פִּקְדוֹן לֹא מְתַחֲזִיב בְּאֲוֹנָסִין וְזָה דְּלֹא כְּדַבְרֵי הַרְדָּב"ז.

אוּלָּם בְּאֲמַת מְתַשֻׁב"ץ אֵינּוּ רְאִיָּה דְּבִנְיָדוּנוּ שָׁם הָאוּנְס בָּא מְחַמַּת הַפְּשִׁיעָה שְׁלֹא הִחְזִיר  
לוֹ דָּאִם הִנֵּה מְחֻזֵּר לוֹ ל"ה נְשֻׁרָף וּבְזָה י"ל לְכ"ע דְּחֻמְס דִּל"ג מְתַחֲזִילָתוּ בְּפִשְׁעֵי וְסוּפּוּ  
בְּאוּנְס הִיכָא דְּהָאוּנְס בָּא מְחַמַּת הַפְּשִׁיעָה אַבְל בְּשִׁבִיל הַעֲכָבָה בְּלִבְד י"ל הִיכָא דְּאִין הָאוּנְס  
בָּא מְחַמַּת הַפְּשִׁיעָה דְּפֻטוּר מְאוּנְסִין הוּאִיל דְּלֹא עָשָׂה שׁוּם קִנְיָן וּמִמִּילָא לֹא מְפֻסֵל לְעֵדוּת  
וְדִלָּא כְּהַרְדָּב"ז הַנֵּ"ל: וְעֵינִן קְצוּה"ח (סי' קל"ג סק"ה) דְּהַקְשָׁה עַל דְּכֻתָּב שָׁם ב"ש ע בָּאִם  
רָאוּ עֲדִים הַחֻפְץ בְּיַד הַמְּחֻזֵּק אֲפִילוּ בְּאוּמֵר בְּפִנְיָהֶם שְׁהוּא מְמוֹשְׁפָן עַד כְּדִי דְּמִיו יִתְרָה  
בּוֹ בְּפִנְיָהֶם שְׁלֹא יִחְזִירָהוּ לוֹ אֲלֵא בְּפִנְיָ פו"פ שִׁל"י לְטַעוֹן הַחֲזִירָתִי.



והקשה הא יהיה נאמן ממושפן במגו דנאנסו וכ' פיון דחויז לב"ד קרינו עדים וראו וא"נ לומר למשפון מחוקינו אותו פדין כופר בפקדון דחייב באונסין. ובנתיבות שם כ' אם טוען שמעפבו בשביל חוב שיש לו עליו פיון דאינו כופר בעיקר החפץ הוי כמעפב הפקדון שפכת הקצוה"ח בעצמו (סי' רצ"ד) דל"נ באונסין.

וכבר נסתפק בזה בתשובת מהר"א ששון (סי' צ"ו) אם מעפב בחשבו שחייב לו ואחר כך נודע לו של"ה חייב לו כלל אפשר דלא מיקרי שולח יד בפקדון להחייב באונסין. והש"ך (סי' רצ"ב ס"ק ה') מביא דבריו ונראה מדבריו דהיכא דנדאי טוען בשקר דמעפב בחובו ויודע דאינו חייב לו דנין אותו ככופר בפקדון לחייבו באונסין דהוי כגזלן אף דאינו כופר בעיקר החפץ רק בחושבו דחייב לו מספק.

אף עכ"פ הדרא הקושיא למקומו דיש לו מגו דהיה חושב דחייב לו ובשביל זה עפבו. אולם באמת בעיקר ספקו של המר"א ששון דלא מיקרי שולח יד בפקדון בחושבו דחייב לו תליא בזה אם בשוגג מיקרי גזלן.

ועיין בזה במח"א דיני גזילה (סי' ז') ומה ששהיג עליו אאמ"ו ו"ל בדיני גניבה (סי' ד') ובקצוה"ח ובנתיבות (סי' כ"ה) ובמ"ש אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני דינינים (סי' ז') וכן מבואר מדברי הרמ"ה ב"ב פי"נ (סי' ט') דבלא ידע לא נעשה גזלן ופטור באונסין ע"ש ויבואר אפי"ה במקום אחר.

ובנפקד שטוען שהי' חושש שהמפקיד חייב לו ועיפב הפקדון בשביל זה נראה נדאי דטענת שוגג ל"ה טענה לפטור אותו וכמבואר ברמ"א ח"מ (סי' ל"ד ס"ה) דא"נ לומר שוגג היתי להכשיר עצמו ועיי"ש בש"ך ובנתיבות (ס"ק ב') דבשאר עבירות הדבר פשוט דאינו נאמן לומר שוגג דרמז' עליו למידק בשעת מעשה אם אינו דבר איסור דבאיסור בדיל מני' מחוייב ליזהר עיי"ש וא"כ אם מעפב בתורת משפון על החוב הפקדון שבידו הוי כשולח יד בפקדון ונחייב באונסין כמו אם היה יודע בבירור דאינו חייב לו ועפבו דפשיטא ליה להמר"א ש"ו ו"ל דהוי ככופר בפקדון ומ"מ לענין לפוסלו לעדות לא מיקסל דהא מצינו אף היכא דיש חזקה אלימתא דמוציאין ממון מידו מ"מ לא מיקסל לעדות כמבואר בב"י (סי' ל"ד) משם תשובת הר"י בן הרא"ש ו"ל בנשבע לפרוע ביום פלוני וטוען הלנה דפרע אף דחייב לשלם פיון דיש השטר בידי המלוה ונחזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ לא נפסל הלנה ע"ש.

ועיין בש"ך (סי' שנ"ט ס"ק ה') דמסיק בחוטף משפון אף דאינו מברר שחייב לו לא מפסל אף דחייב באונסין מ"מ לענין לפוסלו לא משמע להו לאינשי איסור וממילא כמעפב פקדונו בשביל חוב שחייב לו אם אומר דחושב דחייב לו אף דאומר שעמה נודע לו דא"ח אף אם נאמר דלענין חיוב אונסין א"נ דהיה שוגג מ"מ לא מפסל לעדות דנאמן במגו דבאמת חייב לו ולא נתכנין לעפב בחנם וגם לענין לחייבו לשלם בנאבד באונסין י"ל דנאמן דהיה שוגג במגו דהיה אומר דבאמת חייב לו: ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תפ"ג) באלמנה שגנבה נכסים מבית בעלה והחביאה אותם דכתב דלא נפסלה אשה זו לשבועה וכתב כמו דלא מיקרי גונב מרשותו לחייבו כפל כשלא נשבע לא מפסל לשבועה דאין עיקר גניבת השומר אלא בשעת השבועה והביא ראי' מב"ק (דף ק"ח) בעיא דר"פ הטוען טענות גנב בפקדון ונשבע ובאו עדים ונזר וטען טענת גנב אם יש חיוב תרי כפילי והקשו

המפרשי' היאך ינביעוהו הב"ד והרי הוא חשוד על השבועה משבועה הראשונה ואם איתא עדיפא מינה הוי להו לאקשוני מפנין שפאו עדים שהוא ברשותו פסול הוא לשבועה אלא מאי אית לך למימר דטוען טענת גנב בפקדון ובאו עדים שהוא ברשותו פנין שלא נשבע אינו נפסל לשבועה ואפילו לדעת רמב"ם פנין שיש עדים חייב לשלם כפל אבל אינו חשוד על השבועה פנין שעדיין לא נשבע הואיל והדבר הוא ברשותו עיי"ש והדברים תמוהים מאד הא קיי"ל הכופר בפקדון פסול לעדות ושומר מפנין שטוען טענת גנב הוי כגנב להיות פסול לעדות אף בלא שבועה כמו כופר בפקדון רק אם קאי באגם דלאו כפירה הוא דסבר אשתמיטנא ליה אדאזלינא ומייתנא ליה אבל בלא"ה היכא דל"ש אשתמוטי כגון דסהדי אסהידו ביה דהיא שעתא אית' לפקדון בביתיה משעת כפירה הוא דאפסל כמבואר ב"ק (דף ק"ה ע"ב) דמשעת כפירה נעשה גזלן ופסול לעדות ולשבועה.

והא דתוס' ב"ק (דף ק"ח) הקשו דפסול מן שבועה הראשונה ולא הקשו פנין שפאו עדים שהיה ברשותו נפסל לשבועה הוא משום דבש"ס לא אמר ר"פ רק ובאו עדים ואינו מבואר דאמרו שהיה אז ברשותו לכה הקשו דמפסל עכ"פ לשבועה משבועה הראשונה אבל נדאי אף הגונב מרשותו מקרי גנב ופסול לעדות ולשבועה: סי' לה ובענין מחלוקות הראשונים אם מפסל מן התורה בעבר על שבועת ביטוי דלהבא כ' הריב"ש (סי' רס"ו) דאפילו לדעת רש"י אפ"ל דנקא לגבי שבועה הוא דאינו חשוד אעפ"י שעבר ועשה מה שנשבע עליו אינו חשוד לינשבע לשקר לשעבר ולהוציא שקר מפיו בשבועתו אבל מ"מ לעדות שהוא בלא שבועה פסול שהרי עבר עד"ת ואמרינן פז"ב ארבעים בכתפי' וכשר.

ובתשובת מהרח"ש (סי' מ"ב) הביא משם מהרש"ך שכתב פן בדעת הטור שכ' (סי' ל"ד) בלי שום חולק דעובר על שבועות ביטוי פסול ובסי' (צ"ב) הביא פלוגתא דרש"י ור"ת משמע דסובר דעיקר פלוגתתם הוא לענין חשוד על השבועה והמרח"ש שם כ' דאיכא סתירה מדבריו עצמו (סי' שי"א) מתשובת רשב"א שכתב מי שנשבע לפרוע בזמן ועבר על שבועתו אינו נפסל בכך ואינו בדין חשוד על השבועה משמע דלשיטת רש"י אינו נפסל לעדות וכן מדברי הכרעתו שם בנשבע לעשות ולא עשה אינו פסול לעדות ולשבועה הרי השנה עדות לשבועה.

ונה לא קשה דנדאי כשנשבע לעשות ולא עשה אליבא דכ"ע לא מיפסל דעבר על לאו שאין בו מלקות ואף בנשבע לפרוע בזמן ולא פרע ל"ה רשע דחמס דהא אף הכופר במלנה פשר לעדות.

ומה"ט תמהני על תשובת מבי"ט (ח"א סי' רצ"א) שדן שם לפסול עדי קידושין שהעידו עליו שנשבע לפרוע מה בכל חודש וחודש ועבר זמן שלא נתן דבר ואנו סהדי שהיה יכול לפרוע באיזה חודש מחדשי השנה א"כ אף לדעת רי"ף ורש"י ורמ"ה ורמב"ן דסברו דלא מפסל אפשר לעדות פסול ולמ"ש בעבר ולא קיים לעשות מעשה בלא"ה לא מפסל ואף אם נחזיק בסברתו דאנו סהדי שהיה יכול לפרוע ול"ה אנוס דהיה יכול להסתפק ולא לאכול אלא לחם צר ומים לחץ וכמו שכתב שם המבי"ט שהיה לו לעשות פן ולא לעבור על השבועה מ"מ אם בלעדי השבועה לא מפסל מטעם דהיה מטופל בהוצאות מזונות ובא רק לפסול אותו מטעם דעבר על השבועה בזה לכ"ע לא מפסל מן

התורה הואיל דל"ה רשע למלקות דעבר בשוב ואל תעשה ולגבי קידושין אף אם פסול מדרבנן המקדש בפסולי עדות דרבנן חוששין לקידושין וגם אף ברשע דחמס פבר פתבתי לעיל דבעינו שיעבור על לא שיש בו מלקות: וכן יש לדקדק בדברי ריב"ש (סי' רס"ו) שם ה"ה ג"כ הנדון לענין קידושין לפסול העד שהעידו עליו שני עדים שעבר על החרם ולא העידו שניהם על מעשה אחד האחד מעיד על חרם השחוק שעבר ושחק והשני העיד סתם שעבר על החרם.

וכ' אפ"ה מצטרפין עדותן כמו בפ' ז"ב דחד אמר קמאי דידי גנב קבא דחושלא וחד אמר קמאי דידי גנב קתא כ"ש שאחד העיד סתם שא"ל נחלקו עדותו. וקשה בשלמא שם שניהם העידו ע"ד ברור שגפסל ע"י אכל פאן באם עבר על חרם בשוב ואל תעשה לא מפסל ומניין לנו לומר שפוננתו ה"ה ג"כ על חרם השחוק דלמא פוננתו ה"ה על חרם אחר שלא עבר בקום ועשה ולא מפסל ע"י מה"ת ואף אם מפסל מדרבנן וכמו שכתב הב"י בעובר על של תורה באין בו מעשה מפסל מדרבנן מ"מ לגבי קידושין הוי כמקדש בפסולי עדות דרבנן ואף שע"י האחד מפסל מה"ת מ"מ לא משמע אם גפסל בכה"ג לענין שלא לחוש לקידושין.

וגם מדברי הריב"ש (סי' שי"א) בהכרעתו דלכא לא קתני במתניתין שבועות בטוי להבא משום דלא פסיקא ליה בכל שבועת בטוי דלהבא אף די"ל דס"ל דמפסל עכ"פ מדרבנן בנשבע שיאכל ולא אכל ומ"מ ברישא דמתניתין לא קתני רק פסולי תורה דנעשה חשוד מ"מ ממה שכתב שם עוד וכן נראה דעת רמב"ם דכתב בהלכות טו"נ שכל הפסול לעדות משום עבירה הרי הוא חשוד על השבועה ובהלכות עדות כתב אינה רשע כל שעבר על עבירה שחייבין מלקות משמע דס"ל דאף מדרבנן לא מפסל דאם לא פן אינו ראיה.

שוב ראיתי בתומים שהעיר בזה דעכ"פ מדרבנן פסול לעדות וכן בכנה"ג עמד ע"ז ולמד בדעת הריב"ש דאף מדרבנן לא מפסל בעבר עבירה שאין בו מלקות א"כ בנדאי יש להבין דבריו (שפס"י רס"ו): ובעיקר דעת הריב"ש ודעת מהרש"ך בדעת הטור דלענין עדות מפסל בשבועה דלהבא ולענין חשוד על השבועה תליא במחלוקת הכנה"ג מגמגם בזה.

וכן אחיו הגאון ז"ל מובא בתשובת פני משה (ח"ב סי' צ"א) כתב בדעת רמב"ם להיפך דלענין עדות שלא הזכיר הרמב"ם שבועת בטוי משמע דס"ל פ"ש"י דלא מפסל בשבועת בטוי דלהבא אכל להיות חשוד ופסול לשבועה דעת רמב"ם כר"ת והפ"מ לא הסכים עמו וכתב דעדות ושבועה ה"ה תליא וכל הפסול לשבועה פסול לעדות וכתב דהרמב"ם סמך בהל' עדות על מ"ש בהלכות טו"נ וכלל הפל בשבועת שקר וה"ה ראיה דהרי גם בעבר על שבועת עדות ופקדון לא הזכיר.

ולכאורה יש להוכיח דגרע למפסל לשבועה מלעדות וכמו שפן מבואר במהרי"ק דה"ה במתניתין דשבועות לא קתני רק החשוד על השבועה וקתני פסולי דרבנן כמשחק בקוביא וכדומה שהוא חשוד על החמס ולא קתני ברע לשמים והרמב"ם הוסיף וכן כל הפסול לעדות משום עבירה והמ"מ שם כ' שאעפ"י שלא נשנו פולם במשנתנו הדין שונה בהן.

וניש להבין הא אנו לא קיי"ל כר"מ והחשוד לדבר אחד לא חשוד לדבר אחר ועל הקל לא חשוד על החמור. ועיין ש"ף יו"ד (סי' קי"ט ס"ק י"ב) שכתב הא דחשוד ע"ד החמור בין בעונש בין בעיני הבריות חשוד ע"ד הקל ממנו הוא דוקא אם הוא מין איסור אחד הא לאו הכי לא וכתב ראיה דמומר לערלות אינו מומר לשחיטה אעפ"י שהדבר ידוע דהמילה חמור בעונש ובעיני הבריות משחיטה [ובס' דגול מרכבה שם כ' דאינו ראיה ממילה שאף שחמורה בעונש פרת מ"מ יש לו זמן כל ימי חיו משא"כ שאר איסורין שאין לו תקנה ובאמת ראיה הזאת לא כ' הש"ף מדעתו שפן מבואר בתשו' רשב"א (סי' ס"ד) ויש ראיה מש"ס חולין (נ"ד ד') דע"כ מילה חמור דקתני האי ערל ה"ד אלימא כו' אלא פשיטא מומר לערלות אימא סיפא ואפילו ישאל מומר אי מומר לדבר א' היינו מומר לערלות ואי מומר לערלות הוי קל דיכול עוד לתקן איצטריך לאשמענו במומר לדבר אחד באינו יכול לתקן א"ו דאין חילוק.

ועיין רמב"ם הל' מילה דכל יום מבטל מ"ע וראב"ד סובר דעובר בכל יום בחיוב פרת ועיין טיו"ד (סי' רס"א) עכ"פ החשוד על החמור אינו חשוד על הקל אם אינו ממין אחד ולענין עדות קיי"ל פאביי דרע לשמים פסול לעדות כפר כתבו תוס' בכורות (נ"ד ל"ו) דהוא דוקא לענין עדות דרחמנא אמר אל תשת רשע עד אבל בשאר מילי לא חשוד וכ"כ הרא"ש וא"כ זה דוקא לענין עדות אבל לעשותו חשוד על השבועה מניין לנו דנעשה חשוד בשביל שיעבר עבירה אחרת.

ולכאורה י"ל הטעם דהא כפר כתב הרשב"א בתשובה הטעם דחשוד על דבר אינו נאמן אף אם נשבע שהוא פשר משום דחשוד לאותו דבר דכפר מןשבע ועומד מהר סיני וכן פסקינו בש"ע יו"ד (סי' ב' וסי' קי"ט) א"כ חשוד הוא על השבועה כשעבר על עבירה.

א"כ מזה מבואר דאף בנשבע על שבועה דלהבא גם כן חשוד על השבועה דאל"כ למה נעשה חשוד על השבועה אף כשעבר עבירה שמפסל ע"י לעדות שם התורה אמרה אל תשת רשע עד אבל בחשוד על קל אינו חשוד על החמור ונימא גם דאף שהוא רשע ורע לשמים בעבירה אחת מ"מ אינו חשוד על השבועה דאף דעבר על מה דמןשבע ועומד מהר סיני זה הוא שבועה דלהבא משא"כ שבועה שציצא מפיו בשקר ע"ז לא חשוד א"ו דשם שבועה חד הוא ואם כן ממילא מהראוי להיות חשוד כשעבר על שבועה דלהבא.

ובש"ף (סי' קי"ט ס"ק כ"א) הקשה באמת על הרשב"א דהא ס"ל דיש הבדל בין שבועה דלעבר לשל להבא וכתב לחלק דוקא לענין ממונא אמרינן הכי אבל לענין איסורא אין חילוק בין שבועה דלהבא לשלעבר ותירוץ זה הוא דוחק גדול דהא אדרבה באיסור א"צ לתורת עדות ואף אשה ועבד פשרין ומומר לדבר אחד אף שהוא רשע ופסול לעדות ממון כשר לגבי איסורין רק חשוד לאותו דבר פסול ואפי"ה לאותו דבר אינו נאמן אף בשבועה מטעם דחשוד על השבועה כ"ש לגבי ממון דיהי' חשוד על השבועה.

וע"כ דיש לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר א"כ אמאי בחשוד לאותו דבר אינו נאמן בשבועה. ובתירוץ השני מתרץ הש"ף פינן שמןשבע ועומד ועובר ג"כ ועל עבירה גרע טפי ולכך הוא חשוד אף בשבועה דלשעבר.

וְצָרִיךְ לְהִבִּין א"כ שְׁבוּעָה דְלִהָבָא דִּינְדַעְנוּ שְׁעֵבֵר ע"ז וְגַם עֵבֵר עַל מַה שְׁמֹנְשָׁבַע וְעוֹמֵד מֵהָרָם סִינֵי נִימָא ג"כ פִּינּוֹן דְבָאנוּ לְבָרֵר ע"י שְׁבוּעָתוֹ אִין זֶה בִּירוּר פִּינּוֹן דְחָשׂוּד עַל שְׁבוּעָתוֹ. וְרֵאִיתִי בַת"ש (ס' ב' ס"ק י"ב) דְמִפְרָשׁ דְבָרֵי הַש"ף דְוִדָּאִי מְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד קִיל הוּא דְאִינוּ מְשִׁים עַל הַלֵּב וְאִין לְפִנְסֵלוֹ לְשְׁבוּעוֹת מְמוֹן ע"י דְחִמִּירָא לִיהַ לְעֵבֵר עַל שְׁתֵּים אִיסוּר גְּזִילָה דְלֹא נִחָשׂד עֲדִינּוּ וְאִיסוּר שְׁבוּעָה אֲבָל הֵיכָא דְחָשׂוּד לְאוֹתוֹ דְבָר וְאִין לָנוּ לְסִמְנָךְ כ"א עַל שְׁבוּעָתוֹ לְחוּד דְחִינּוּ לֵה אֲפִילוּ ע"י עֲבִירַת מְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד ע"י"ש.

וְיֵשׁ לֹמֵר לַמ"ש הַסַּמ"ע (ס' צ"ב ס"ק ז') הַטַּעַם דְשְׁבוּעָה דְלִהָבָא קִיל דִּישׁ מְקוּם לִיצֵה"ר לְגִירוֹתוֹ פִּינּוֹן שְׁלֹא אֲסַרְהוּ הַתּוֹרָה וּבִשְׁבִיל זֶה אִינוּ חָשׂוּד לְהוֹצִיא שְׁבוּעָת שְׁקָר מִפִּיו ו"ל דְזֶה דְנִקָּא מַה שְׁהוּא קַבֵּל עַל עֲצָמוֹ בְּשְׁבוּעָה אֲבָל בְּמַה שְׁהוּא מְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד מֵהָרָם סִינֵי חָמוּר הוּא וְהוּי פְחָשׂוּד לְאוֹתוֹ דְבָר וּלְכָךְ בְּאִיכָל נְבִילָה דְפָסוּל לְעֵדוֹת מְטַעַם דְהוּי רָשָׁע פָּסוּל ג"כ לְשְׁבוּעָה פִּינּוֹן דְעֵבֵר עַל מַה דְמְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד מֵהָרָם סִינֵי.

אוּלָם בְּאַמַּת זֶה דְנִחָק גְּדוּל דַּמַּה"ת יְהִי פָּסוּל לְשְׁבוּעָה דְלֹא מְשַׁמַּע לְהוּ לְאִינְשֵׁי אִיסוּר זֶה דְמְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד מֵהָרָם סִינֵי וּכְבָר פְּתַב הָרַמְ"א יו"ד (ס' קי"ט ס"ד) בְּדָבָר דְלֹא מְשַׁמַּע לְהוּ לְאִינְשֵׁי שְׁהוּא אִיסוּר לֹא נַעֲשֶׂה חָשׂוּד וְהָא דַּכ' הַרְשָׁב"א הַטַּעַם דְאִין חָשׂוּד נֶאֱמַן בְּשְׁבוּעָה עַל אִיסוּרִין דְחָשׂוּד עַל הַשְׁבוּעָה מִצַּד דְמְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד מֵהָרָם סִינֵי כְּבָר פְּתַב הַת"ש שְׁם דְלֹא פְתַב כֵּן רַק לְסִיּוּעַ בְּעֵלְמָא לְמִימַר דְכְבָר רֵאִינוּ קִצַּת דְעֵבֵר אֲשְׁבוּעָה וְלֹא דְחָשׂוּד מְמַשׁ וְעִיקַר הַטַּעַם פִּינּוֹן דְלִתְאַנּוֹתוֹ עוֹבֵר גָּמַר בְּכָל לְבוֹ לְעֵבֵר עַל אִיסוּר זֶה בַּכ"מ שְׁיִצְטָרְךְ אֵלֶיךָ אִין אִין אֵלֶיךָ אִיסוּר אַחַר חָמוּר בְּשְׁבוּעָה וְכֵן מְשַׁמַּע בְּתַשׁוּבַת רְשָׁב"א (ס' ת"ל) וְא"כ שׁוֹב יִתְעוֹרֵר הַקְּוֹשָׁיָא אֲמַאי חָשׂוּד עַל נְבִילָה פָּסוּל לְשְׁבוּעָה.

וְגַם פִּינּוֹן דְפָּסוּל לְשְׁבוּעָה לְמַה צָרִיךְ רְשָׁב"א לְטַעַמ' דְמְוֹשָׁבַע וְעוֹמֵד מַה"ס הָא בְּלֹא הֵכִי הַחָשׂוּד עַל אִיסוּר פָּסוּל לְשְׁבוּעָה. וְהַת"ש שְׁם כ' דְמְשַׁמַּע מְתַשׁוּבַת רְשָׁב"א הַנ"ל דְאִין לְשְׁבוּעָת מְמוֹן לֹא מְפָסֵל כ"א בְּחָשׂוּד עַל עֲבִירַת מְמוֹן דְהוּי לִיהַ פְּחָשׂוּד לְאוֹתוֹ דְבָר.

וְזֶה דְנִחָק גְּדוּל לֹמֵר כֵּן בְּדַעַת רְשָׁב"א וּבְפִרְט דְהָא מְבֹאֵר בְּרַמְב"ם (פ"ב) מֵהִלְכוֹת טו"ב דְאוּכְלֵי נְבִלוֹת חָשׂוּדִין עַל הַשְׁבוּעָה וְיִקְשֶׁה פִּינּוֹן דְלֹא קִי"ל כַּר"מ וְחָשׂוּד לְדָבָר א' א"ח ע"ד אַחַר רַק לְעֵדוֹת פָּסוּל מִצַּד גִּזְה"כ אֵל תְּשֵׁת רָשָׁע עַד וּמִנ"ל דְחָשׂוּד ג"כ עַל הַשְׁבוּעָה: וְרֵאִיתִי בְּלְבוּשׁ (ס' צ"ב) דַּכ' הַחָשׂוּד עַל הַשְׁבוּעָה אִין מְשַׁבִּיעִין אוֹתוֹ שׁוֹם שְׁבוּעָה שְׁהַתּוֹרָה פְּסָלָתוֹ בְּפָסוּק אֵל תְּשֵׁת יָדָךְ עִם רָשָׁע וְכִינּוֹן דְנִשְׁבַּע לְשָׁקֵר הָרִי הוּא רָשָׁע וְהַתּוֹרָה פְּסָלָה רָשָׁע לְהִיּוֹת עַד מְשׁוּם שְׁצָרִיכִין לְהַשְׁבִּיעוֹ שְׁלֹא יַעֲיֵד שְׁקָר פְּדַכְתִּיב וְשַׁמַּע קוּל אֵלֶיךָ וְכִינּוֹן שְׁהוּא רָשָׁע לֹא יַחֲוֹשׁ לְקוּל אֵלֶיךָ וְיַעֲיֵד שְׁקָר.

א"כ י"ל דְמְטַעַם זֶה פָּסוּל לְשְׁבוּעָה הַפָּסוּל לְעֵדוֹת דְכָל מַה דְהַתּוֹרָה אֲמָרָה אֵל תְּשֵׁת רָשָׁע עַד הוּא מְשׁוּם דְפָּסוּל לְשְׁבוּעָה וְהַפָּסוּל לְשְׁבוּעָה אִינוּ רֵאִוי לְהִיּוֹת עַד דְלֹא יַחֲוֹשׁ לְשְׁבוּעָת קוּל אֵלֶיךָ וְיַעֲיֵד שְׁקָר ג"כ.

אוּלָם כְּבָר פְּתַב הַסַּמ"ע (ס' צ"ב) דְדְבָרֵי אִינָם בְּרוּרִים פְּלֵל וּבְאַמַּת הַדְּבָר תִּימָא לְדָרוֹשׁ מְעַצְמוֹ דְטַעַם דְאֵל תְּשֵׁת רָשָׁע עַד הוּא מְשׁוּם דַּא"ח לְשְׁבוּעָה. וְעוֹד א"כ בְּעֵדוֹת נְפָשׁוֹת דְלֹא שְׁיִיךְ בְּהוּ שְׁבוּעוֹת אֵלֶיךָ דְעֵדוֹת אֲמַאי פָּסוּל א"ו דְזֶה הוּא גִזְה"כ וְאִם כֵּן יִקְשֶׁה לְשְׁבוּעָה אֲמַאי פָּסוּל וְעִינּוֹן בַּס' בֵּית מַאִיר (ס' קט"ו ס"ו) דְעַמַּד ג"כ בְּזֶה דְלְמַה עֵבֵר

עבירה של תורה פסול לשבועה פנין דמומר לדבר אחד ל"ה מומר לכל התורה וכתב דבאמת אינו פסול אלא מדרבנן והטעם פנין דפסלתו תורה לעדות הוא להשביעו עיי"ש וא"כ נדאי מוכרח לומר דלעדות גרע ומיפסל אף בשבועה דלהבא ממה דמפסל לשבועה: וי"ל דזה דעת הטור דלענין עדות כתב סתם דעובר על שבועת בטוי פסול ולא הביא פלל מחלוקת דרש"י ור"ת ומשמע דעיקר מחלוקתם הוא רק לענין למפסל לשבועה והטעם פנין דסובר כמו שכתבו תוס' ב"ק (נ"ד ק"ח) דהקשוד על השבועה אינו קשוד מה"ת על השבועה רק מדרבנן וכן יש להוכיח מדברי תשובת רשב"א (סי' ת"ל) הג"ל בסוף דבריו מדכ' ודדייני גולה פקע דמוטב לפקע ממונא מדגמסר לו שבועה וקורה שבועה לסיני ואמאי צריף לומר דמוטב ליפקע ממונא הא פנין דלא ס"ל מדאג"ל משלם ושבועה לא נוכל למסור מאי שייף הפקעות ממונא א"ו דלא מפסיל אף לשבועה שהוא אותו דבר רק מדרבנן וכמו"ש תוס' ב"ק הג"ל ותוס' ב"מ משם הרי"ח ותוס' גיטין ועיין קצוה"ח (סי' צ"ב) מ"ש בבבאור דבריהם דאף דיצא מחזקת פשרות לא ידענו אם לעולם קשוד הוא על פה רק לעדות פסלה התורה מגזה"כ.

ובאמת ברשב"א מסכת שבועות (נ"ד ל"ב) מבואר דמה"ת ראוי שיטול בלא שבועה עיי"ש וכן מבואר מדברי הר"ן. וקצת יש להבין בדברי תוס' הא קיי"ל הקשוד לאותו דבר לא דנו ולא מעידו אף באיסור דל"צ תורת עדות וצריף לומר דדעת התוס' דקשוד לאותו דבר אינו פסול רק מדרבנן וראיתי בס' חק"ל יו"ד (סי' קנ"ט) דהאריף להוכיח דקשוד הפסול לאותו דבר הוא מה"ת אולם יש לגמגם בכל ראיותיו שם דמ"ש דנפ"ל מהא דחולין (נ"ד ה') דנפ"ל דקשוד על הקלב אינו מביא קרבן על נשגות חלב ש"מ דמד"ת בחזקת שאוכל תדיר.

ונה צ"ע א"כ להמבואר בדברי רמב"ם (פ"ג) ממעשה קרבנות דמומר לאותו דבר לא מקרי אלא מי שהורגל לעשות אותו עבירה אבל לא בפעם א' ועיי"ש במל"מ וא"כ ע"כ מומר לדבר אחד הוא ענין אחר ובקשוד משמע ביו"ד שם דאף בפעם אחד נעשה קשוד ועיין יש"ש חולין פ' גה"נ (סי' כ"א) דבאיסור דרבנן אינו נעשה קשוד בפעם אחד אבל באיסור תורה אף בפעם אחד נעשה קשוד לאותו דבר ומינין לנו זה דמומר לדבר אחד הוא כשהוא מפורסם וידוע והורגל בו ובלשון הורגל יש מחלוקת בין גדולי מחברים אם הוא ב' או ג' פעמים עיין תשב"ץ (ח"ד סי' כ"א) ובכנסת הגדולה ח"מ (סי' רצ"א אות ס"ז) ובברפי יוסף ובב"ח יו"ד (סי' קי"ט) ובתשובת רשב"א (סי' תקצ"ד) ובירושלמי גדרים ואכ"מ בזה] ועוד הא מבואר רמ"א יו"ד דדוקא בקשוד שלא לתאבון אבל באינו עובר רק לתאבון לא מקרי קשוד ועיי"ש בש"ף (ס"ק ו') והא דממעטינן מקרבן הוא אף באינו עושה רק לתאבון וכמבואר שם בש"ס חולין ובדברי הרמב"ם הל' מע"ק ודוחק לומר דלקה נקיט הרמב"ם מפורסם וידוע והורגל בכף דכוננתו רק אם עובר לתאבון דמפשטות דבריו משמע דקאי גם על עובר להכעיס.

ועיין תשובת פנ"י (סי' ט"ז): ומה שהביא ראיה מתוספתא המובא בבב"ב (סי' ס"ד) קי"ט) דלא מפסל למפרע דכתיב ומן היום אשר צנה ד' והלאה הרי דמיעט הכתוב פסול למפרע ש"מ דלהבא פסולו מן התורה לא אדע הפנונה הא שם קאי על וזה נדאי הוא מן התורה ומ"ש ראיה מהא דפריף הש"ס בכורות (נ"ד ל"ה) לר"מ דאמר הקשוד על דבר

א' חשוד לכל התורה פהגי ה"נ דלא דייגי דינא והכ' על פיהם יהיה כל ריב וכל נגע ואם הוא פסול רק מדרבנן מאי קשיא ליה הא מה"ת פשרים ובתוס' שם פתבו דהיה יכול להקשות איה יכול לאכול משחיטתו וכשרים על הקרבנות ואי מדרבנן אימא באם יש ביטול לכמה עשין לא אסרו ויש לומר דפירכת הש"ס הוא דהכ' על פיהם יהיה כל ריב ואם ח"ו לדברי ר"מ כל הכהנים חשודין לס"ד דש"ס פיצד אפשר פנין דהתורה הבטיחה דע"פ יהיה כל ריב ומזה מוכח דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה וכן קושית תוס' ג"כ פיצד אפשר שיאסרו חכז"ל דבר שאי אפשר להתקיים.

אבל לעולם י"ל דאף לאותו דבר אינו חשוד מה"ת. שוב ראיתי בחק"ל חח"מ דהרגיש על דבריו מדברי תוס' ב"ק ה"ל דמוכח דל"ה רק מדרבנן.

וא"כ יש לומר דאף לענין עדות הכריע הטור וכתב בסתם דפסול בעובר על שבועת ביטוי דאף הוא מחלוקת הפוסקים מ"מ פסול מספק שהוא ספק של תורה על הפסול מה שאין פן לענין למפסל לשבועה שהוא רק מדרבנן הביא מחלוקת רש"י ור"ת פנין דמה"ת מהני שבועתו י"ל דל"א מספקא דרבנן שפנגדו ישבע ויטול: ויש להבין בדברי תוס' סנהדרין (דף כ"ז) ומס' שבועות (דף מ"ז) דהקשו לרבא דמומר אוכל גבלות להכעיס פשר לעדות דרשע דחמס בעינן יקשה ממתניתין דפ' כל הנשבעין דחשוד על השבועה אפילו שבועת שוא שפנגדו נשבע ונוטל אלמא דרע לשמים חשוד נמי אשבועת ממון דרע לשמים הוי רע לבריות.

הא לענין למפסל לשבועה הוי פחשוד לאותו דבר ולענין עדות סובר רבא אף דחשוד לאכול גבלות להכעיס הוא אינו חשוד לעבור על לא תענה שהוא מין איסור אחר אבל פחשוד על השבועה דהוא איסור אחד עם שבועות הדיינין חשוד אף על שבועת שקר לכפור של חברו.

וצריך לומר פנין דרבא ס"ל דאף לאותו דבר כמו עד זומם שהוזם בדיני ממונות פשר לדיני נפשות כר' יוסי דאף דהוי רע לשמים ולבריות מ"מ מקולא לחומרא ל"א והא דאוכל גבלות לתיאבון פסול משום דהוי פרשע דחמס ועיי"ש בתו"ח א"כ רבא ס"ל דאף פחשוד לאותו דבר לא חשוד אם אותו דבר הוא חמור.

ובאמת זה תלוי לדין בפלוגתא דחכמים ור' יהודא (פ"ב מ"ב) דמס' דמאי במקבל עליו להיות נאמן דסבר ר"י אף המתארת אצל ע"ה נאמן אמרו לו על עצמו אינו נאמן פיצד? הא נאמן על של אחרים ונאן קי"ל פחכמים דאינו נאמן ועיי"ש בר"ש משם רישלמי.

ונאן פסקינן שם פחכמים הרי אף דאינו חשוד לאכול שאינו מעושר בנדאי רק לאכול אצל ע"ה דמאי וקל הוא מ"מ חשוד הוא לאותו דבר שהוא אותו מין ואסור לחבר לאכול אצלו אף דאינו חשוד על הנדאי ואם הוא מאכיל אותו שאינו מעושר הוא חמור יותר שידוע בנדאי שאינו מעושר ומה דחשוד על הדמאי הוא רק ספק דרוב ע"ה מעשרין בכ"ז פנין שהוא אותו מין איסור חשיד מקל על החמור ודחוק לומר דאינו חשוד רק דלמא מאכיל ג"כ פירות של ע"ה שלקח מהם אבל מפירותיו באמת אינו חשוד דלא משמע פן רק חשוד אף על פירותיו דלא עישר אותן ור"י סובר דאינו חשוד על של חמור אף שהוא אותו מין איסור וע"כ ר' יוסי דסובר עד זומם לד"מ פשר לדנ"פ אף

דהוא חשוד לאותו לאו דלא תענה מ"מ אינו חשוד שיעבך אותו לאו להעיד שקר לחיבו דיני נפשות ואם פן ע"כ רבא גם פן ס"ל פן ולכך הקשו התוס' שפיר מהא דחשוד על השבועה אף דהוא שבועת שוא נימא אף דחשוד לישבע לשוא מפל מקום הוא רק לשמי' ואינו חשוד לישבע לשקר בדבר שהוא רע לשמים ולבריות וע"ז מתרצו פיון דאתה חושדו ברע לשמים ועכשיו שפופר ממון אתה מחזיקו ברע לבריות לא יודה מיראת השבועה ועיי"ש חידושי הר"ן ב"תו ב"אור דהשבועה לא יברר ב"מה דכופר אי אשמתוטי קא משתמיט או לא פיון דחשוד לעבך על שבועה.

וראיתי בתשובת בעי חיי חיו"ד (סי' קפ"ח) שתמה על דברי תשובת הרשב"א הנ"ל דמצדד בטעמים דחשוד על אותו דבר דאינו נאמן בשבועה דלמה לו לטעמים הא מבואר מש"ס קידושין (דף מ"ג) ותוס' שם דעד הצריף שבועה לאו תורת עד עליו ועדות שאינו מתקיימת אלא בשבועה אין פאן עדות והביא דברי הב"י שקכתב ב"דק הבית יו"ד (סי' קכ"ח) שקכתב פן לגבי איסור דכל שאין העד נאמן מצד עדותו לכד גם בשבועה אינו נאמן דנפק ליה מתורת עד.

והדברים נפלאים מניין לנו לדמות עדי איסור לעדי ממון בעיני תורת עדות והגדה בב"ד ובדרישה וחקירה ובזה גזירת הפתוב על פי שנים עדים יקום דבר דוקא אם יכול להתקיים בהגדות פיהם הני תורת עדות והצריף שבועה הני כבע"ד ולאו תורת עדות עליו אבל באיסור דאף פסול ונוגע ובע"ד נאמן ולא בעי תורת עדות והגדה בב"ד ואף רשע החשוד לדבר אהז אינו פסול לדבר אחר פיון דלאו תורת עדות בעיני רק לאותו דבר פסול ואין צריף רק גילוי מילתא דאינו משקר ולמה לא יהיה נאמן בשבועה לכה צריף הרשב"א לצדד בטעמים.

ועוד הא כתב שם רמב"ן בחידושו לקידושין הטעם דאין השליח נאמן אף בשבועה דהמלנה יכול לומר לא מהימני לי בשבועה ולכך אין להם דין עדים פיון דהם בעלי דברים ועדים בתורת עדות שאינם נוגעין האמינם התורה אבל לא פשהם בע"ד ונסתלק גגיעתם ע"י השבועה יכול המלנה לומר דא"נ אצלו אף בשבועה פיון דשבועה אינו בקיור רק נגד הבע"ד מה שאין פן לגבי איסורין למה לא יהיה נאמן בשבועה פיון דא"צ תורת עדות לכה צריף הרשב"א להוסיף טעמים וסברות דחשוד לאותו דבר גרע: ודע דעובר על שבועה דפסול לעדות יש בענין עובר על שבועה פמה חלוקים דלפסלו מה"ת בעיני שיהיה לאו שיש בו מלקות ולדעת רמב"ם ורש"י כמובא בטור יו"ד (סי' רל"ז) בעינין בכנלהו שם או פנוי דעיקר שבועה פי כתובה בשם כתובה או למ אסורא איפא וכפי דמשמע מדברי הר"ן פ' שבועות עדות אינו אלא מדברי קבלה לדעת הרמב"ם וא"כ אם נשבע בלא הזכרת שם או פנוי לא מיקסל מה"ת ואף מדרכנן אם לית ביה חימוד ממון.

ואולם דעת רמב"ן ורשב"א והר"ן וכן נראה דעת הרא"ש דאף באומר אני נשבע ה"ז שבועה ול"ב לא שם ולא פנוי ולא גרע מידות דהוי שבועת התורה למלקות וכו' הר"ן ריש גדרים דהא דאמרינן פ' שבועות העדות דבעיא שם ר"ח בר אידי הוא דגמר אלה אלה מסוטה אבל רבנן ל"ב לא שם ולא פנוי וכדמוכח מתניתין וכי תנן התם וכל הפנויין הרי אלו חייבין לאו דבעי שם או פנוי אלא לומר דמשביע בכנוי כמשביע סתם ומהני ולא כמשביע בשמים ובארץ דתנן התם דפטורין.



ובס' מח"א הלכות שבועות (סי' ג') הקשה עליו דבהדיא אמרינן ר"פ שבועות הדינין לימא ר"ח בר אידי דאמר בעינן שם המיוחד אפילו תימא רבנן דאמר בכנוי הרי בהדיא דאפילו רבנן פשוטו שם או פנוי.

והמעניין בר"ן מס' שבועות יראה דל"ק כלל דלרבנן תרי גונוי שבועות קתני מתניתין כשאמר בשבועה אפילו בלא הזכרת השם וכן אם לא אמר בשבועה אלא שאמר בשם ולרבנן אף בכנוי הוי שבועה והא דקאמר בש"ס ר"פ שה"ד אפילו תימא רבנן דאמרו בכנוי היינו דכשמזכיר הכנוי ל"ב לשון שבועה ומה שאמר בשבועה האמורה בתורה נפקא מינה צריד לאתפוס חפצ' בידיה ועיין חידושי הרשב"א והר"ן שבועות (דף ל"ה) ומשם בארה דל"ק כלל קושית המח"א.

ולדעתם מיפסל מן התורה אף בלא הזכיר לא שם ולא פינוי ובס' מח"א שם למד בדעת הטור באלה או בארור צריד שזכיר את השם או הפנוי והשיג עליו דלמאי דמסיק הרא"ש דאפילו כי לא הזכיר שם הוי שבועה דלא גרע מידות תו ליפא לפלוגי בין אומר בלשון שבועה לאומר בלשון אלה אם כן כמו כן מיפסל מן התורה לדעתם אף באומר לשון אלה או ארור ובאמת הב"ח למד כן גם כן שם בדעת הטור דלדעתם אינו חילוק בין לשון שבועה או אלה או איסור דל"צ להזכיר לא שם ולא פינוי לדעתם והא דהזכיר הטור שזכיר שם או פינוי בלשון ארור או אלה הוא רק לדעת רמב"ם ורש"י ועיין כנה"ג יו"ד שם שהביא דברי רדב"ז דעתו נוטה לפשרת הראב"ד דלחייבו מלקות בעי בשם ובהנרא"ו ז"ל שם כתב והשיטה המתנוורת שפכולן הוא שיטת הרמב"ם ואם כן אם עובר על שבועה ששנשבע בלא הזכרות השם או פינוי אין לפוסלו מן התורה ואם הוי ספיקא דדינא תליא בחקירות הפנ"מ המובא במל"מ (פ"ו) מעדות ויבואר לקמן: ולכאורה כשנשבע מעצמו בלא שם בזה יש רוב הפוסקים דאם עבר אחר כך בקום ועשה דעבר על כל יחל ותייב מלקות ולא נשאר רק דעת רמב"ם ורש"י דלדעת ר"ת ורא"ש ורמב"ן ור"ן ורשב"א וריטב"א הוי שבועה מה"ת.

ומה שהקשה הר"ן ריש גדרים על ר"ת דהא העונה אמן אחרד שבועה כמוציא מפיו דמי וילפינן לה מס' שבועות מסוטה דכתיב ואמרה אמן וכמ' ושבעת מפי עצמה עיי"ש בדבריו ובס' קרבן נתנאל כתב דל"ק דאימתי כמוציא שבועה מפיו דמי כששמע שבועה בשם מפי אחרים אבל בלא שם וענה אמן ל"ה כמוציא שבועה מפיו אבל כששמע מפי עצמו ל"ב לא שם ולא פינוי ודבריו אינם מובנים דהא קתני שם מס' שבועות (דף כ"ט) במתניתין ומפי עצמו וקתני סיפא אחת זו ואחת זו המושבע מפי אחרים חייב ועל המתניתין סידר רב אשי מימרא דשמואל כל העונה אמן אחר שבועה כמוציא שבועה מפיו דמי מבואר דשניהם שוים וכמו דמושב"ע מפי עצמו סגי בלא שם כן נמי מושבע מפי אחרים.

אולם באמת המעניין בלשון הרא"ש גדרים שם וכן בפסקי הרא"ש והטור יו"ד (סי' רל"ז) יראה דר"ת אינו מחלק בין מושבע מפי עצמו או מושבע מפי אחרים רק בין מושבע מעצמו היינו שברצונו נשבע ואין מי שמכריחו לבין שאחרים משביעין אותו בע"כ בלח התורה כגון שבועת העדו' ופקדון ושבועת הדינין המסייבין אותו בע"כ דזה הוא דומיא דסוטה בעינן בשם או בכנוי אבל באם נשבע מה שאוסר מעצמו ברצונו ל"ב שם ואף

במצוה לאחרים שישיביעוהו ואומר אמן אחריו פיון דמרוצונו הוא הוי כמוציא שבוועה מפיו וראיתי בב"ח שם שהקריח פן מדעת הרא"ש שפן הוא ההבדל בין מושבע מעצמו או מאחרים והדברים מבוארים שם בטור שפתב מעצמו ולא בעצמו וכן פתב בפסקי הרא"ש וכתב אבל נשבע מפי אחרים כגון מפי ב"ד בעי בשם או פינוי הרי דעיקר תלוי בין מעצמו ורצונו למפי אחרים בהקרח וחיוב.

עכ"פ הנשבע מעצמו לא בעי שם וחיוב מה"ת לדעת ר"ת ומיפסל העובר על שבוועה פזו: וכן לדעת הראב"ד בהשגות (פ"ב) דהלכות שבוועות דרק בשבוע' עדות ופקדון מצינו דבעי בשם או פינוי אבל שבוועת ביטוי ל"ב פלל שם וה"מ לקרפן וכן נמי לבל יחל אם נשבע שלא אוכל ואכל דעבר בקום ועשה חיוב מלקות אבל למלקות היינו אם נשבע שלא אוכל או שאכל לשקר בעינו שם דכתיב לא תשא את שם ד' לא תשבעו בשמי לשקר ועיין בר"ן שבוועות ובלח"מ שם אם פן אם נשבע על להבא אף בלא שם פשעבר בקום ועשה מיפסל להסוברים דאין לחלק בין שבוועה דלעבר לשבוועה דלהבא.

ולכאורה קשה לדעת הראב"ד מש"ס שבוועות (דף כ' ע"ב) דאמר ר"י אוכל ולא אוכל ושקר ואזהרתיה לא תשבעו בשמי לשקר אכלתי ולא אכלתי שוא ואזהרתיה לא תשא כו' קונמות עובר בלא יחל דברו ועיי"ש ברש"י ובתוס' דבשבועה נמי איכא לא יחל רק בקונמות ליכא אלא בל יחל גרידא משא"כ בשבוועה ודעת הראב"ד הנה תרתי שוא ושקר שיתחייב מלקות על אזהרת יהו בעינו שם וכשנשבע בלא שם הוא א"ח מצד הלואין ואזהרות הללו רק משום בל יחל וכשעובר בקום ועשה אבל על שוא ושקר היכא דהזכיר השם לוקה אף פשאין בו מעשה דשבועה פזאת הוא בכלל חוץ מנשבע ומימיר ומקלל א"כ יש שבוועה פשהוא בלא שם ולמה נקיט דוקא קונמות.

וי"ל למ"ש הש"ג פ' שבוועת העדות דלעבור על בל יחל א"צ הזכרות השם שאם אומר נשבע אני שלא אעשה כה וכה ה"ז עובר בבל יחל דברו שהרי אפילו אם אמר נודר אני או הרי עלי לעשות כה וכה הרי פל אלה בכלל ידות נדרים והרי הוא בכל יחל עכ"ל לכן פיון דעיקר מה דינענו דבאומר שנשבע אף דלא הזכיר השם דג"כ חייב וקאי בכל יחל אף דאזהרות השבוועות הוא דוקא במזכיר השם מ"מ מדכתיב פי ידור נדר או השבע שבוועה כו' לא יחל דברו ינענו דיש חיוב בל יחל על שבוועה בלא הזכרות השם דל"ג מאם אמר נודר אני לכה נקט ר' יוחנן קונמות עובר בבל יחל דמקונמות פבר ינענו דשבועה דכתיב בקרא הוא באם לא הזכיר השם רק אומר נשבע אני.

ומאי דפריה שם הש"ס (דף כ"א) האי שבוועת שקר ה"ד אלימא שלא אוכל ואכל לאו שיש בו מעשה הוא ואלא דאמר שאוכל ולא אוכל האי מי לוקה והא איתמר שבוועה שאוכל פבר זה היום ועבר היום ולא אכלה ר"י ור"ל דאמרי תרנונייהו אינו לוקה ר"י אמר משום דהוי לאו שאין בו מעשה ומאי פריה דלמא שם איירי בלא הזכיר השם דליכא הלאו דלא תשבע בשמי לשקר רק הלאו דבל יחל ובזה היכא דלא עבר במעשה אינו לוקה והא דבשבועות שקר לוקה אף באין בו מעשה הוא היכא דנשבע והזכיר השם דבזה כתיב לא ינקה ה' אבל ב"ד של מטה מלקין ובכלל חוץ מנשבע הוא באמת אף אם נשבע לשקר באוכל ולא אוכל פיון דנשבע והזכיר השם מה שאין פן מצד לאו דלא יחל דברו פשלא הזכיר השם בזה דומה לכל ל"ת שבתורה דבאין בו מעשה אין לוקין עליו

וניש לתרץ פנין דאתמר שבועה שאוכל כפר זה היום ועבר היום ולא אכלה ר"י ורל"ק דאמרו תרנויהו אינו לוקה רק מחולקין בהטעם דלר"ק הטעם הוא משום דהוי התראת ספק וממילא לטעמו אף באם נשבע בהזכרת השם דע"ז יש לאו דלא תנשבע בשמי לשקר ג"כ אינו לוקה.

אם פן נדאי ר' יוחנן דאמר מטעם דהוי לאו שאין בו מעשה גם פן אין לחלק בין שבועה בהזכרת השם לאין בו הזכרת השם ואף דנדאי יש נ"מ בין הטעמים כמבואר בירושלמי מס' שבועות מובא ברמב"ן מכות (דף ט"ו) הנ"מ מצד אחר אבל לא בעצם השבועה וכיון דלר"ל אינו לוקה אף בהזכרת השם כ"כ לר"י וישפיר פריה וילכה א"ר אבהו תהא באכלתי ולא אכלתי וא"ש עכ"פ פנרא דעת רוב פוסקים דיש חיוב לאו בשבועה אף בלא הזכרת השם ובנדאי אם עבר בקיום ועשה הוי ספק פסול מדאורייתא וכן במשמע מסתימ' הש"ע הן לגבי עדות והן (סי' צ"ב) לענין שפגדו נשבע ונוטל דסתם משמע אף בחשוד על השבועה בלא הזכרות השם הדין פן הוא ועיימ"ש לעיל בדין ספק חשוד אם הדין ג"כ שפגדו נשבע ונוטל: סי' לו בסמ"ע (ס"ק ט"ז) פירש בדברי רמב"ם וטור בטבח שיצתה נבילה או טריפה מת"י פסול לעדות דהיינו טבח ששחט בהמות עצמו ונמצא טריפה ורצה למוכרה לאחרים אעפ"י שאינו אוכל ממנו מ"מ פנין שמפני חימוד ממון ונהנאת ממון רצה להכשיל אחרים אמרינו בשביל הנאת ממון יעיד גם פן שקר.

ונראה דנדאי מפני שרצה להכשיל כ"ז שעדיין לא הכשיל נדאי לא נפסל על המחשבה ועיין סמ"ע (ס"ק כ"ז) משם תשובת רשב"א מי ששכר עדים שיעידו לו אינם נפסלין עד שעה שיעידו ובאורים פתב ע"ז דפשיטא מה"ת יפסלו כ"ז שלא העידו בשקר וכי יפסלו על המחשבה ופירש דברי רשב"א בענין אחר ע"ש ובנדאי גם בטבח לא נפסל כל זמן שלא הוציא מחשבתו אל הפועל.

וע"כ הפנונה שמכר לאחרים בחזקת פשר. אולם בזה הא הוי גזלן ממש ולמה ליה כלל לעבירות הלואו דלפני עור ולהוסיף שמפני חימוד ממון יעיד גם פן שקר הא הוי רשע דחמס ממש ולוקח ממון שאינו שלו דהוי מום במקח והוי פגזלן על דמי המקח אף בלעדי לאו דלפני עור.

וצ"ל דנדאי אף בלא מכר עדיין איירי רק אעפ"כ פנין שהכין הבהמה למפור ומחזיקה בחזקת פשר שיבאו ויקנו ממנו זה הוי כמו אם הוציא מחשבתו אל הפועל וגרע מעדים שהושפרו להעיד עדות שקר דשם צריה הגדה בפני ב"ד אמרינו כ"ז דלא העידו דלמא ל"ה מעידין מה שאין פן בטבח ועדיין צ"ע בכונן הסמ"ע בזה: סי' לו ברמ"א (סי' ל"ד סכ"ג) אפילו בפסול מן התורה אין לפסול אלא בנדאי אבל לא מספק פגון אם העיד בב"ד ואח"כ באו עדים עליו שעבר עבירה וא"י אם עבר קודם שהעיד או אחר כך מוקמינו גברא אחזקתו וכל מה שהעיד פשר עד דינעינו דעבר קודם לכן וזה מדברי ריב"ש.

ובקצוה"ח הקשה דמ"ש ממקנה שנמדד ונמצא חסר דהטהרות טמאין למפרע מטעם דאיכא תרתי לריעותא העמיד טמא על חזקתו ונהרי חסר לפניה ונהרי חסר לפניה ונהעמיד ממון על חזקתו ואיך נוציא ממון על פיהם ובנתיבות מתרץ דח"מ לאו חזקה המבשרת היא.

וּדְבָרָיו תְּמוּהִין כְּאִשֶּׁר כָּבַר תְּמָה עָלָיו אַאמ"ו ז"ל בְּחִידוּשָׁיו שְׁבַסוּף ס' דְּבָרֵי מִשְׁפֹּט דְּהַרִיב"ש שֵׁם לְהַעֲד לְהוֹצִיאָה מִחֻזְקַת פְּנוּיָה: וְנִרְאָה לָמָּה דְּמִבּוֹאָר בִּש"מ פְּתוּבוֹת (דָּף כ"ו) מִשֵּׁם רַבִּינוּ יוֹנָה בְּהָא דְּכַתְּבִי רַש"י שֵׁם דְּמוֹקְמִינֵן עַל חֻזְקָה דְּאָבִיו דְּהָיוּ מַעֲלִין אוֹתוֹ עַפ"י ע"א וְהַקְּשׁוּ עַל רַש"י לָמָּה לֹא מִטְעַם חֻזְקָה דְּאָבִיו לְחִיד וְגַם אִם לֹא הָיוּ חֻזְקֵי בְּכֹהֵן וּב' אוֹמְרִים דְּכֹהֵן הוּא וְאִח"פ אָתוּ ב' וְאוֹמְרִים דְּחֻלְל הוּא הָאֵם נֶאֱמַר דְּמוֹקְמִינֵן עַל חֻזְקָה הָא כָּל פֶּח חֻזְקָה הוּא ע"י הַעֲדִים וְכִינֵן דִּישׁ תו"ת נִתְּבַטֵּל חֻזְקָה וְעוֹד הַקְּשׁוּ עַל רַש"י מִש"ס ב"ב וְעִינֵן בְּר"ן וּכ' בִּש"מ וְז"ל וְהִנְכוּן דְּהָא פִּינֵן דְּאִתִּי עַד מַעֲיָקְרָא וְאִסְקִינָהּ אוֹפְּוּמִן מִפְּנֵי סִיוַעַת חֻזְקָה דְּאֵלוּ בְּלֹאוּ חֻזְקָה ל"ה מְבַטְלִינֵן קָלָא עַפ"י ע"א נִמְצָא שְׁהַחֲזִקְנוּ חֻזְקָה שְׁעִשִּׁינוּ מַעֲשָׂה וְהַכְּשִׁרְנוּ ע"פ וְכִינֵן שְׁנַתְּחֻזְקָה הָרִי הוּא נִחְשָׁב לְסִינַע הָנִי תְּרִי דְּמַכְשִׁירוּ נֶגֶד הָנִי תְּרִי דְּפָסְלוּ וְאִם אָתוּ מַעֲיָקְרָא הָנִי תְּרִי דְּמַכְשִׁרוּ בִּב"א וְהָדָר תְּרִי דְּפָסְלוּ ל"ה נִחְשָׁבַת חֻזְקָה לְהָנִי תְּרִי דְּמַכְשִׁרוּ שְׁהָרִי לֹא עֲשִׂינוּ מַעֲשָׂה עַפ"י ע"י"ש וְהַבֵּאתִי דְּבָרָיו בְּהַגְּהוֹמִי לְדְּבָרֵי חַיִּים דִּינֵי אִישׁוֹת (ס' י"ד) לִינְשָׁב בְּזָה כָּל קוֹשְׁיַת הָרַאשׁוֹנִים עַל רַש"י וּבְדְבָרֵי רַש"י קוֹדוּשִׁין (דָּף ס"ו) בְּהָא דִּינְאֵי הַמְּלָךְ וְכַתְּבִיתִי לִינְשָׁב בְּסִבְרָא זו ג"כ דְּבָרֵי הַרְמַב"ם דְּהִיכָא דְּהַב"ד דְּנוּ עַל חֻזְקָה וְעֲשִׂינוּ מַעֲשָׂה עַל פִּיהָ עֲדִיף וּמוֹעִיל אַף בְּתֵרִי נֶגֶד תְּרִי וְעוֹד כְּתִבְתִּי בִּמ"א לִינְשָׁב עַפ"י סְבָרָא זו דְּבָרֵי רַש"י ב"מ (דָּף י"ג) דְּסוֹבֵר דְּנִפְלֵ אִיתְּרַע וּפִירַשׁ הָנִי רִיעֵי הוֹאִיל וְנִפְלֵ אִיתְּרַע דִּי"ל אִם הִי כְּשֵׁר הִי נִזְהָר בּוּ.

וְהַקְּשָׁה רִיטְב"א מְהָא דְּמִבּוֹאָר ב"מ (דָּף ז') נִפְלֵ לִינְד דִּינֵן ה"ד דְּכַתְּבִי בּוּ הַנְּפִיק וּלְפָרְעוֹן לֹא חִיְיָשִׁינֵן מ"מ גִּיחוּשׁ לְכַתְּבִי לְלוֹת וְלֹא לָנָה הוֹאִיל דְּלֹא נִזְהָר לְשִׁמְרוּ וְאִינוּ רֹאֲיָה לָזָה מְהַנְּפִיק אִם נֶאֱמַר דְּכַתְּבִי לְלוֹת וְלֹא לָנָה.

וְאִמְרִיתִי דְּהָא בְּאַמְתִּי יֵשׁ לְשִׁטְר חֻזְקָתוֹ רַק בְּנִפְיִלָה אִתְּרַע. אֲבָל בְּכַתּוּב בּוּ הַנְּפִיק פִּינֵן דְּהַב"ד קִיְיָמוּ הַשִּׁטְר וְדָנוּ הַב"ד אֲזוּ עַל הַשִּׁטְר דְּכְשֵׁר הוּא אֲזוּ אוֹקְמִן עַל חֻזְקָתוֹ פִּינֵן דְּעֲשׂוּ מַעֲשָׂה ב"ד עַפ"י עֲדוֹת הַחֲתוּם בְּשִׁטְר עֲדִיף וְלֹא מְרַעִינֵן לִי לְהַשְׁטְרָשׁוּב ע"י רִיעוּתָא דְּנִפְיִלָה דְּחֻזְקָה שְׁהַב"ד דְּנוּ עַל פִּיהָ עֲדִיפָא הִיא מִחֻזְקַת הַשִּׁטְר כְּשִׁאִינוּ בִּידוּ וְנִפְלֵ דְרִיעַ' בְּנִפְיִלָה אֲבָל כְּשִׁפְכֵר חֻזְקָנוּ חֻזְקַת הַשִּׁטְר וְדָנוּ הַב"ד ע"י חֻזְקַת הַשִּׁטְר וְאֲזוּ לֹא הִיָּה שׁוּם רִיעוּתָא נִשְׂאָר בְּחֻזְקָתוֹ וְהֶאֱרַכְתִּי בְּזָה לִינְשָׁב כָּל דְּבָרֵי רַש"י שֵׁם אַכ"מ.

וְאִם כֵּן ה"נ לְעַנְיֵן תְּרִיתִי לְרִיעוּתָא י"ל סְבָרָא הַזֹּאת דְּהִיכָא דְּעֲשׂוּ הַב"ד הַמַּעֲשָׂה עַפ"י חֻזְקָה כְּמוֹ בְּבָאוּ שְׁנֵי עֲדִים לְהַעֲיֵד לְחִיבּוֹ וְנִתְּקַבֵּל עֲדוּתָן בִּב"ד וְאֲזוּ ל"ה שׁוּם רִיעוּתָ' נוֹדַע לְהַב"ד וְדָנוּ ע"פ חֻזְקַת הַתּוֹרָה עַפ"י שְׁנֵים עֲדִים יָקוּם דְּבָר אַף דְּנִתְּבַרֵר אַחַר כְּפֵי רִיעוּתָא מְפָסוּל שְׁלָהֶם חֻזְקַת פְּשָׁרוֹת שְׁלָהֶם אֲלִימָא טוֹבָא וְאִמְרִינֵן הַשְׁתָּא דְּאִיתְּרַעָאֵי וְלֹא נוֹכַל לְצַרְף חֻזְקַת מְמוֹן שֶׁל הַנִּידוֹן כ"ז שְׁהִינֵנוּ מִחֻזְקִים לְעֲדִים כְּשִׁרִים וְאִם בְּמִקְוָה דְּנִמְדָד ג"כ הִינֵנוּ דְּנִינֵן הַמְּקוֹנָה בְּחֻזְקָתָה כ"ז שְׁל"ה יוֹדְעִים שְׁחִסְרָה וְהִינֵנוּ מְטַהֲרִים כָּל הַטְּהָרוֹת הַנְּעֻשִׂים ע"ג וּבִכ"ז פִּינֵן שְׁנוֹדַע אַח"כ מְהַחֲסָרוֹן מְצַרְפִּינֵן חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא לְחֻזְקָה טוֹמְאָה וּמְטַמְּאִינוּ לְמַפְרַע שֵׁם לֹא הִיָּה לָנוּ שׁוּם סְפָק רַק לְמִיזֵל בְּתֵר חֻזְקָה דְּמַעֲיָקְרָא וְשִׁלָּא לְחוּשׁ עַל חֲסָרוֹן אֲבָל הִיכָא דְּצָרִיף קַבְלַת עֲדוּתָ בְּפִנֵי ב"ד וְשִׁהַב"ד יִשְׁמְעוּ וְיַעֲשׂוּ כְּאִשֶּׁר הַעֲיֵדוּ הַעֲדִים בְּזָה נִתְּחַזַק הַדְּבָר לְהַחֲזִיק בְּעֲדוּתָם וּכ"ז שְׁלָא נוֹדַע לָנוּ בְּעֲלִיל דְּבִטְעוֹת הִי'.

ועיין יו"ד (סי' ח"י סי"ג) הואיל ונצא בהיתר וכתבו הטו"ז והש"ך שם פ"ג דנתחזק פ"א להתיר אין מוציאין מחזקת היתר. ובת"ש שם הביא ראי' לסברת הטו"ז מש"ס פתובות (דף כ"ד) גדולה חזקה שאין ב"ד יכולין להוציאם.

ובאמת אינו דומה לשם דשם אינו ברור לפנינו עתה הריעותא בגוף החזקה רק איתרע כמה דנאבד ספר יחוסם וזה אינו ריעותא בבירור מה שאין פו בספין הנמצא אחר פה והוא פגום דכמו שהספין לפנינו איתרע בבירור וגם הוא במקנה שנמדד נימא ג"כ דהחזקה הטהרות הנעשים ע"ג בהיתר וע"כ צריף לומר דוקא במקנה לא ירדנו מקודם לבית הספק כלל רק לתנונו הלכנו לעשות ע"ג הטהרות ולא הצריכו חז"ל למדוד בכל פעם לקד פניו שנולד אחר פה הריעותא ואין לנו זמן מבורר לדעת מתי בא החסרון לקד מטמאין למפרע מה שאין פו בשוחט בספין דאם הספין לפנינו אחר השחיטה רפה בידינו חזקת הספין וחיבו חכז"ל לבדוק דלמא נפגם ואז מצטרפין חזקה דהשתא עם חזקה דאינו זבוח ובאם נאבד הספין מחזקין ליה להספין בחזקת שלם ולא נפגם אז אף דמצא אחר פה הספין לא נוציא מה דדנין עליו אז אמר השחיטה והיינו מחזקין ליה בחזקת שלם ובזה מיושב קושית הפלתי שם (ס"ק ד') מה דקאמר הש"ס חולין אנקבא ריאה היכא דמשמשא ידא דטבחא תלינו או לא תלינו מסתברא דתלינו דהא תלינו בזאב ומה ריאה שם פבר נטל הזאב והן אבודים וכבר יצא הדבר בהיתר אבל בפנינו וא"י מאין בא הנקב אין תולין ביד הטבח עיי"ש ולמ"ש אחי שפיר דשם איירי אף בבני מעים שנטל הזאב דאף אם היו לפנינו לא היינו צריכים לבדוק אחריהם בשום דבר רק ממילא מוקמינו על חזקת פשרות של הבהמה לקד אם מצא אחר פה כשהן נקובים אי לאו דתלינו בזאב ל"ש לומר דיצא בהיתר ושפיר מדמי הש"ס מה שאין פו בספין דבאנו לחשש והיינו דנין לאוקמי על החזקה זה מקרי יצא הדבר בהיתר דומה למ"ש הש"מ פתובות הנז'.

וה"נ לגבי עדים פניו שהב"ד קבלו עדותו והחזקנו אותם לעדים פשרים על פי חק התורה לדון ע"י עדותם הוי פיצא הדבר בהיתר אז תלינו אם נפסלו ע"י עבירה ע"כ שהיה אח"כ כדי שלא לגרוע מה שפבר נתקבלה עדותו ועשינו מעשה על פיהם.

עוד י"ל דע"כ לא מחזקין החזקה דהשתא לומר שמעיקרא פו היה רק בדבר הנעשה במקרה אמרינו שפיר דכמו שהיה המקרה השתא כמו כן הי' מעיקרא פניו דאין דבר לתלות בהמקרה אבל דבר הנעשה בכונה ובדעת לא נוכל לדון מהנעשה עכשיו לומר שמעיקרא נעשה וכ"ז שנוכל להחזיק דלא נעשה המעשה מחזקין ודומה להא דאין אנו מחזקין ריעותא במקום למקום ואין דנין הריעותא דהשתא להחזיקה במקום למקום כמו כן אף דנדאי איתרע החזקת פשרת לא מרעין ליה להחזקה על למפרע ואמרינו השתא דאיתרע ובמ"א הארכתי בזה לברר סברא זאת והערומי בדברי תוס' חולין וריש מס' נדה בנגע בבית דההסגר הוא לדעת אם תעמוד בעינא או תהי' חסירה ואם נמצא חסר בסוף ז' ימים לא נוכל לדון על מעיקרא לומר שגם קודם גמר ההסגר נחסרה דזה הוי כמו במקום פניו דהמקום גורם היינו זמן ההסגר לברר הדבר והארכתי שם בדברי תוס' אכ"מ וכמו כן חזקת פשרות דישאל אלם טובא והזמן הוא כמו במקום

למקום דכ"ז ועת נפרד מחבירו ואין דנין מהשפא על למפרע וכיון דל"ש חזקה דהשפא נשאר החזק פשרות כ"ז שנוכל להחזיקו בתקפו.

וביותר פנדע דאין אדם יכול לומר אני אני הוא רק הקב"ה אמר ראו עתה פי אני אני ואין בו שימי כלל ח"ו ובאדם הזמן מבלה אותו ואינו ברגע של עכשיו אותו שהיה ברגע הקודם שפבר נשתנה ולא יפול לשון אני אני הוא שאינו בכל פעם על תאר אחד קנים רק ה' בלתי משתנה שהוא היום אותו שהיה אתמול מבלי שינוי עינין ספר עיקרים מאמר ד' (פי"ז) ואף פי כל דברים המורכבים פן הוא משתנים בכל רגע ורגע בכ"ז פיון שאינם פועלים בדעת ורצון מחזקינן על חזקתן כמו שהיינו מחזיקי אותם מקודם וגם חזקה דהשפא נוכל לומר שהיה משתנה מקודם לכן דכל מקרה שקרה עכשיו יכול להיות שקרה קודם לכן לכך הוי פאותו מקום מה שאין פן אדם הפועל ברצון לא נוכל לומר ממה דינענו עכשיו שעבר עליו רוח הרעה לעשות העול ולדון בו שגם מקודם לכן הי' מעושי הרעה פיון שפבר נשתנה ואינו היום אותו שהי' אתמול והוי כמו דלא מחזקינן הריעותא ממקום למקום וא"ל א"כ למ"ש הנו"ב מהדורא קמא (סי' ל"א) והמקו"ח (סי' תס"ז) לדון דכמו דאין מחזיקין איסור ממקום למקום כמו כן אין מחזקינן חזקה דמעיקרא ממקום למקום אם פן כמו כן החזקת פשרות הוי כמו ממקום למקום ז"א דחזקת פשרות הוא חזקה דאתיא מפי רובא וכמו שכתב הפנ"י גיטין (דף י"ז) והוא בכ"מ ובכל זמן או דהוי חזקת הגוף דלא עשה מעשה בפועל והוא תלוי בכ"מ ובכ"ז משא"כ הא דהשפא ידענו בבירור דאתרע תלוי במה דעבר עליו רוח טומאה והזמן גורם דהוי כמו מקום למקום דנשתנה מזגו ומהותו ואין מחזקינן הריעותא ממקום למקום ולגבי אדם העושה בפועל ודעת הוי הזמן כמו ממקום למקום ועיין מ"ש מזה ג"כ בח"ר חיו"ד דיני שחיטה (סי' ט') ועוד יש לדון דוקא דבר שנתברר לנו בחוש האמת לאמתו שהשפא איתרע בבירור גמור בזה שייך לדון מחזקה דהשפא על מעיקרא מה שאין פן עדים המעידין על אדם שעשה עבירה דאנו לא ידענו אמיתת הדבר שפן הוא רק פך גזרה תורה לחתוף הדבר על פי ב' עדים א"כ די לנו לדון שפן הוא הדבר עכשיו אבל לדון מעכשיו על העבר מטעם תרתי לריעותא י"ל דלא נוכל להמשיך מהשפא על מעיקרא פיון דגם עכשיו לא ידענו בירור גמור.

אף אם נאמר פן הי' נ"מ לכמה דברים הן במקוה שנמדד ונמצא חסר על פי שני עדים ובכ"מ דאנו דנין מטעם תרתי לריעותא אם הריעות' דעכשיו לא נתברר בירור גמור אמת לאמתו רק על פי עדים לא נדון בהו תרתי לריעותא ולא נראה פן מפמה מקומות רק בכל אנפי דנין תרתי לריעותא בלעדי בהך לפסול מעיקרא יש ויש פמה סברות לחלק וכמו שכתבתי: וראיתי בתנאים (ס"ק ח') דהקשה על הש"ע דפוסק ביו"ד (סי' פ"א) בגבינות שנעשה מבהמה הנמצאת טריפה דאם ברור שהוגלד פי המפה דנדאי הי' ג' ימים קודם השחיטה מטריפיון למפרע פיון דיצאה שעה אחת מחזקתו ואין לומר עכשיו נטרפה ל"מ חזקתו א"כ אמאי בעדים שחתמו על השטר הפתוב זמן בניסן וראו עדים השטר באייר והעדים החתומים אמרו בזמנו פתבנוה ונמצאו זוממים דלא פסלינו להעדים רק מאייר ומחזקינן דבאייר זייפו וכתבו הזמן בניסן לנה נימא פיון דע"כ יצאו מאייר מחזקת פשרות יהיו נפסלין למפרע ואיך נוציא ממון בעדותו וכתב פיון דהזמה היא חידוש עיי"ש דכתב שזה דוחק ולמ"ש אתי שפיר דחזקה דלא נעשה מעשה עדיף ואמרינן

השפא דאיתרע ואף דלא נעשה ברגע הזאת מפל מקום כל מה דנוכל לאוקמי על חזקה דלא נעשה מעשה רשע מחזקינן: גם י"ל דכל סברת הרשב"א הוא דהא דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא אף דהשפא איתרע היינו דכ"ז שנוכל לומר דהא דהיינו מחזקינן בחזקת היתר וכשר מחזקינן וכאשר מבואר מדברי רש"י ריש מס' נדה וז"ל העמיד אשה על חזקתה שהרי מספק אפה בא לטמאותה לענין טהרות דקודם ראיה ספק הוי לה דם מקודם לכן ס' ל"ה הלכה העמיד אשה על חזקתה שהית' קודם ראי' פשנתעסקה בטהרות אלו עכ"ד מבואר דכל פח חזקה דמעיקרא היכא דאיתרע הוא לאוקמי על חזקה שהיינו מוקמינן קודם דראינו דאיתליד הריעותא וכבר כתבתי בזה בהגהותי לד"ח סוף חיו"ד ובמ"א ולכה דעת הרשב"א לגבי גבינות כיון דראינו דאיתרע החזקה שהיינו מחזקינן את הבהמה לכשרה ונתברר לנו שבטעות היינו מחזקינן לכשרה כיון דע"כ לא נעשה השפא טריפה רק מעיקרא ואתברר שהיינו בטעות לכה מטריפין הגבינות כיון דלא יש זמן מברר לומר השפא איתרע.

מה שאין כן בנידון דידן אף דכעת נתברר לנו ע"י הזמה דהעדים פסולין המה ואיתרע חזקתם מ"מ לא נוכל לפסול אותן רק מזמן שראו העדים השטר ביז המלוה ואם ראה באייר אז הוי כאלו אתברר להעדים דיצאו מחזקתם ואם נולד הספק אז בשעה שראו העדים השטר היינו נוכל לאוקמי אותן על חזקתן ולומר השפא דאיתרעאו והוי כאלו נולד הספק מאז כיון דעכשיו נתברר דשקר חתמו רק דלא ידענו אימתי לכה אמרינן השפא דאיתרעאו היינו מזמן שראו העדים השטר: סי' לח הא דפסקינן ש"ע (סי' ל"ד סכ"ו) דלנה המעיד על המלוה שהלוה לו בריבית דמצטרף עם עד אחד לפסולו דפליגינן דבורי' ודע' המרדכי דדוק' באומ' לדידי אוזיף בריב' ולא שקיל עדיין והריב"ש מובא בש"ף שם חולק על המרדכי דכיון דפליגינן דבורי' מה שמעיד על עצמו הוי פלא העיד פלל דבע"ד אינו בגדר עדות ול"ש ביה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה והוי כאלו העיד סתם דהלוה בריבית ולא אמר למי ול"ה נוגע בעדות.

והש"ף טוען ע"ד דכיון דיש לחוש לנוגע חיישינן דלמא בשביל עצמו מעיד כן. וכל האחרונים החזיקו בשיטת ריב"ש דכיון שידוע לכל אדם דלגבי' נפש' לאו עד הוא לא הוי נוגע והא דבעי סילוק בבני עיר שנגנב' ס"ת משום דשם כל מה שיזכרו בדין יהיה להעד חלק משא"כ כאן.

ועיין נתיבות ודברי משפט: ולי צ"ע להבין דברי ריב"ש דאדרבא ממקום שפא הריב"ש להביא שיטת ראב"ד בטעמא דפ"ד דבע"ד אינו בגדר עדות ול"ש לומר עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה ומקבלין עדותו מה שהוא נוגע לאחרים משם תיובתא דהא כיון דהעידו שלנה בריבית וקבל ביזו ואינו חוזר לכשרותו עד שישוב ויתקן הלאו ואף דלגבי הנוגע לעצמו אינו בגדר עד היינו בכ"מ דהוי שני ענינים כגון פלוני רבעני או בא על אשתי או הרגתי דליכא נ"מ לענין חלק עדות שמעיד על חבירו למי רבע או על איזה אשה בא או ע"י מי נהרג אז אמרינן כיון דא"צ זה לזה מקבלין העדות שיש לו עליו תורת עד אבל במעיד שקבל ממנו רבית אף דאין תורת נוגע עליו כיון דהוי בע"ד ויודע שלא יהיה נאמן שיחזיר לו הא מ"מ לענין גוף הפסלות של המלוה יש נ"מ דאם היה מעיד סתם שהלוה בריבית לא תליא תשובתו בחזרת הריבית ודי שילך למקום שאין

מפירין ויחזיר אבידה וכמו שכתב הראב"ן מובא בתנאים שם דמהני עדות דלנה ברבית אף הקרוב ללנה פשר לפסלו ואינו פשר להריות לקרובו ותשובתו די שילה למקום שאין מפירין ויחזיר אבידה וזה א"ש לשיטתו דאינו סובר סברת הראב"ד ואף בקרוב אמרינו פלגינן דבוריה וכל מה דנוכל להחזיק מעדותן מקבלין אבל לסברת הראב"ד דסובר דיקום דבר פתיב וצריה שיתקיים כל דבר השייך להעדויות א"כ פאן נמי נהי דאינו בגדר עדות השייך לו שיחזיר מה שקבל דבנה הוי גדר בע"ד וגם אינו נוגע מ"מ פיון דעדויתו הוא בדבר הנוגע לפסול המלנה דהמה מעידין דאף אם ילה למקום שאינו מפירין ויחזיר אבידה מ"מ אינו חוזר לכשרותו עד שיחזיר להלנה זה מה שקבל וזה נתבטל פיון דנוגע אליו א"כ נימא שוב עדות שבמ"ק בטלה פולה פיון דבחלק עדות הנוגע אל המלנה בטלה מקצת עדותן דאם נפסל אותו ע"כ נאמר שיחזיר לכשרותו אם ילה למקום שאין מפירין ויחזיר אבידה והמה העידו דלא יחזיר לכשרותו עד שינתק הלאו ויחזיר הרבית שלקח: וראיתי בס' מח"א הלכות עדות (סי' ב') דמספיקים ג"כ עם הריב"ש ומשיג על הש"ך מה"ט דכל שאינם באים לתובעו ממון אלא שמעידים לב"ד שגזלם סתמא אמרינו דלא באו אלא לפוסלו בלבד.

ושם (סי' ג') הביא דעת הראב"ד הנז' וסייעתו והביא מ"ש הגה"א דקרובי המנפה יכולים להעיד על המנפה כדי לגרשו מבהכ"נ [מובא ברמ"א (סי' ל"ג)] וכתב דלדעת ראב"ד וסייעתיה אינו פן דאמרינו פיון דבטלה מקצת עדותן לגבי המנפה שהם מעידים עליו לחייבו ממון וא"נ לזה נאפילו להחולקים איפא למימר דהא דפלגינן דיבורא בתרי גופי משום דלגבי עדות שמעידים על גופו של זה מהימנינן להו על כל מה שהעידו עליו משא"כ בזה עיי"ש ותמהני א"כ אמאי הספיקם לדעת רוב"ש ניהו דל"ה נוגע פיון דיודע דאין אדם יכול להעיד לעצמו ואינם באים אלא לפוסלו הא מ"מ מעידין על גופו של הפסול באופן דנתבטל מקצת עדות לענין הנז' שיחזיר לכשרותו אף אם לא יחזיר גם מ"ש דאף החולקים על הראב"ד אמרינו בכה"ג פיון דבטלה מקצת בעלה פולה תמהני הא להדיא מבואר בראב"ן דלא כן הוא וקרוב הלנה יכול להעיד על המלנה שהלנה ברבית ומקבלין עדותן לפסלו אף דעל גופו של זה לא מהימנינן להו על כל מה שהעידו עליו דלא סבירא ליה לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה אף בגוף אחד.

או דסובר דזה הוי גם פן במעיד על שני גופים האחד שהוא פסול והשני דיש להלנה עליו חוב ממון ונאמן לפוסלו וא"נ מה שנוגע לקרובו: ובספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל כתב להביא ראיה לדעת ריב"ש דהיכא דאין העדות תלוי זה בזה אמרינו דהוי כאלו העיד בסתם דהלנה ברבית מהא דב"ב (דף קל"ד) בבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע למאן דסובר דא"נ אף להבא ופריה הש"ס מ"ש מדרבא ומתרי בתרי גופא פלג"ד ולא פחד גופא מבואר אף דנוגע דרוצה שתהיה גרושה למפרע והוי נוגע לחצי טענה וכמו שכ' הר"ן קידושין (דף ס"ד) ומ"מ אי לאו דבחד גופא לא פלג"ד נאמן על להבא וע"כ דאמרינו דהוי כאלו ל"א שגירשה פבר רק גרשתי והה"ד הקא ל"ה פאומר לדידי אוזיף רק סתם שהלנה ברבית עיי"ש בנזעם דבריו.

אולם למ"ש זה הוי פחד גופא מה דמעיד למי הלנה פיון דיש בזה נ"מ לענין לחזור לכשרותו. ואף דשם מבואר ב"ש (סי' קנ"ב) דדעת רמב"ם וטור לחוש לומר פלג"ד אף



בחד גופא ע"כ מטעם אחר הוא דהא באמת לדעת ראב"ד וסייעתיה דאמרינו עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה יש להתבונן אמאי סובר שם חד מ"ד דפלג"ד וגם למה צריף לש"ס הטעם דבתרי גופא פלג"ד ולא בחד גופא נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ בפלגני רבעני דלגבי עצמו לאו תורת נגדר עד עליו.

אולם מבואר ברא"ה פתובות (דף ח"י) דהקשה פן למה לא אמר דבחד עדות לא פלג"ד וכתב דהתם נמי ה"ט דמאן דאמר דלא פלג"ד והיגו דמתרצינו בתרי גופי לא פלגינו ולא סוף דבר בין שני גופים לגוף אחד אלא ה"נ קאמר התם שני גופים שהו שני עדות שמעיד על אשתו ועל אותו פלוני ה"כא חד גופ' שהו חד עדות ולא נקט חד גופא אלא אידי דאידי תרי גופא והה"ד לחד גופא בשני עדות כו' ואידך דאמר התם פלג"ד משום דהימנותיה משום טעמא דמתוה שבידו לגרשה לקס"ד דכיון דהימנותיה משום טעמא חד דינא הוא דלמאי דקאי סגי טעמא מהימן לאידך לא מהימן ובכהא פלג"ד אפי' בחד עדות כיון דמשום טעמא אתינן עלה ואידך סבר ל"ש הכי ול"ש הכי כיון דחד עדות הוא לא פלג"ד ולא מהימן עכ"ל.

הרי דאין ללמוד משם בדבר דצריף עדות בזה אמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ועיין מח"א שם: והנה בתנאים פתב ג"כ דלדעת הראב"ד הוי נוגע מטעם דבעינו סילוק כיון דנאמין שלו הלנה הוי נוגע משא"כ להחולקים דפלג"ד הפירוש הוא דהלנה ברבית ולא לו אין סילוק גדול מזה ולכן פתב כיון דלדעת ראב"ד הוי כנוגע לא פסלינו מספק.

ולא אבין הא מדברי הש"ע מבואר דאינו פוסק כסברת הראב"ד דהא (סי' נ"א) פתב הרמ"א ובעדות ע"פ בכה"ג פשרים להעיד לנה שאינו קרוביו ושם ע"כ איירי דהעידו בלשון אחד שפלוני נתן נכסיו לשני בני אדם ורחוקים להאחד דמהני עדותן להרחוק דבשתי מתנות אף בשטר לא נתבטל להרחוק וכמו"ש המהפך בש"ע שם וע"כ איירי בעדות בע"פ בדיבור אחד ואעפ"כ לא נתבטל לגבי רחוק הרי דל"א עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה וכבר הוכיח פזאת אא"ז מ"ו ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ל"ד) דהש"ע אינו פוסק סברת הראב"ד עיי"ש.

ואם פן ממילא באומר לדידי אוזיף ברבית בנדאי פלג"ד כיון דאמרינו דלנה ולא לו ל"ה נוגע. אולם למ"ש אפ"ל דבכה"ג כיון דנ"מ בגוף העדות הנוגע לפסלו בענין חזרתו לכשרותו י"ל דלכ"ע בחד גופא כה"ג דנתבטל מגוף זה מקצת עדות בטלה כולה וכמו"ש המח"א ונאף דכתבתי דגם ע"ז חולק הראב"ן מ"מ לא מצינו הכרעה בזה בש"ע.

ובאמת יש להתבונן בדברי רמ"א (סי' נ"א) מה ראה על פכה להכריע נגד דעת ראב"ד אשר הבאים אחריו הסכימו אתו ה"ן בחדושויו לסנהדרין ובר"ן גיטין והרא"ה והריטב"א כולם הסתיקו בדעתו.

ואיך נוציא ממון נגד דעתם. ודעת ריטב"א מוכא ב"י (סי' ל"ג) ובס' מח"א שם פתב דיש לדקדק דנראין דבריו סותרין אלו את אלו מה שהביא הב"י (סי' ל"ג) עם מה שהביא (סי' ל"ז) משמו אולם עין הרואה יראה מבואר ד' ריטב"א פרבותיו שהסכימו לשיטת ראב"ד וה"ו (דסי' נ"ז) עד נאמן דמסכים והולך לדעת ראב"ד ושם סיים כיון דבעדות ראשון שהעידו בב"ד העידו על ההקדש סתם כשחזרו ואמרו במעמד השני על הענין

של ר' יעקב זה סתירה על עדות הראשון כו' וכינון שפן אין מקבלין עדותן דכינון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כינון שלא העידו תוכד"ד עיי"ש הרי דלולא דהעידו מקודם סתם על ההקדש ולא הזכירו זכותו של ר' יעקב הגזבר הי' באמת אף בעדות ע"פ גתבטל מטעם עדות שבטל' מקצת' בטל' כולה.

ועיין ריטב"א מכות בהא דאילעא וטובי' קריביה דערבא דאחר שהביא שיטת הראב"ד כת' ועוד י"ל דהתם כל מה שהעידו בפסול עצמן תוספת דברים הוא שאמרו ולא היינו צריכין לו בכל העדות כי הוא הוסיף על עצמו פלוני רבעני לרצוני של"ה צריכין אלא שיעיד על הנרבע כו' וכינון שפן אין מקבלין ממנו כל אותו תוספת כינון דשני ענינים דלא צריכין אהדדי ולא תלו אהדדי כלל אבל הך דירושלמי שכת' נכסיו לב' בני אדם וכן בלנה וערב אין העדים מוסיפים בעדותן כלל מעצמם פי על שני דברים נזדמנו ונעשו עדים והו"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עכ"ל ולדבריו י"ל דמודה לדעת תוס' סנהדרין (דף ט') באם פהו נשא אחותו הוא ואחר יכולין להעיד על פלוני שפא עליה ולא להעיד עליה כינון דהוי תוספת דברים שהי' יכול להעיד סתם שפלוני בא על א"א ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ויש לפרש בזה גם דבריו בתשובותיו שהביא הב"י.

עכ"פ דעת רוב הראשונים להסכים לדעת ראב"ד וקשה על הרמ"א דסתם (סי' נ"א) ולא הזכיר דעת ראב"ד. ויבאר עוד אי"ה:סי' לט דעת הרשב"א בתשובה דל"א פלגינן דבורו רק היכא דאפשר למיפלג המשמעות כגון באומר פלוני בא על אשתי אבל באומר אני ונייתי עם אשתי לא אמרינן פלגינן דבור'.

ואף די"ל לאונס מ"מ אין קישוי אלא לדעת ובאנסוהו חי אפ"ל דהא יתרג ואל יעבור. והקשו בתנאים ובנו"ב הא מבואר דעת רא"ש בתשובה וכן פסקינן באה"ע דאונסי' אף דעברו על מ"ע דקדוש השם מ"מ אינן נפסלין בשביל זה לעדות.

ובקצוה"ח כתב דאף דלא מפסל לעדות באונסיהו אבל אפתי משים עצמו רשע כינון שבדין היה לו ליתרג ולא יעבור ואין אדם משים עצמו רשע אפילו בדבר דלא מיפסל ע"י וכמבואר מש"ס פתובות (דף י"ט) בהא דאמר ר"מ דא"נ לפסלו דעדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יתרגו ואל יחתמו לשקר וע"כ מטעם אף דלא מפסלו מ"מ אין אדם נאמן על עצמו לומר שעשה שלא כדיון עיי"ש וכן מבואר להדיא ברשב"א פתובות שם.

ובספרו שב שמעתתא (ש"ז פ"ה) כתב ע"ד עצמו וז"ל וכעת התבוננתי בדברתי תשובת רשב"א ליכא למימר הכי דהא מוכח בש"ס דהיכא דלא מיפסל לעדות משוי נפשי' רשע וראיה מהא דאמרו יבמות (דף כ"ה) בהרגתיו לא ישא את אשתו הא לאחר תנשא והאמר ר' יוסף פלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להורגו לרצונו רשע הוא והתורה אמרה א"ת ידה עם רשע להיות עד חמס וכי תימא שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן והאמר ר"מ גזלן דד"ת פסול לעדות אשה ע"ש ומשמע דאלו גזלן דד"ת כשר לעדות אשה מהימן לומר הרגתיו ואע"ג דמשים עצמו רשע וכן בהא דאמר ר' יוסף לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידה עם רשע מבואר דוקא היכא דפסול לעדות הוא דאין אדם משים עצמו רשע ונהא דכ' רשב"א פתובות אליבא דר"מ דאין אדם משים עצמו שאינו

חסידי היינו שם דא"נ לומר בתורת עדות אנוסים היינו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא כל שאין כ"י יוצא ממ"א ואמר כ"י הוא אבל פסולי עדות היינו א"נ לחכמים אלא בתורת מגו דא"ב שתקו ולר"י א"נ משום דשלא פדין עבדי הו"ל מגו במקום חזקה דמסתמא עבדי פדין וכשויה אכל היכא דנאמן בתורת עדות ממש לא מיפסל אלא אם משוי נפשיה רשע הפסול לעדות כו' ולכן מסתבר דהרשב"א בתשובה חולק וס"ל דאנוסים נמי כל היכא דיהרג ואל יעבור פסול לעדות ואע"ג דלא ביטל אלא מ"ע דונקדשתי מ"מ כל שהוא לתאבון מיפסל אפילו בעבירה דרבנן ומכ"ש בעבירה דאורייתא והרא"ש בתשובה דמכשיר היינו מטעם דיצרון תוקפן עכ"ד: ויש להבין בדבריו הא אף אם נודה לו דדעת הרשב"א דנפסלין מה שמבואר מדברי ריב"ש בתשובה (סי' י"א) משם הרשב"א דאינם נפסלין וכמו שהביא הרמ"א אה"ע (סי' מ"ב) ומדברי רמ"א משמע דאף מדרבנן לא נפסלו אולם מה"ת ודאי אינם נפסלין וכמבואר דע' כל הפוסקים דבעינו שיעבור על עבירה שיש בה מלקות פדכתיב והיה אם בין הפות הרשע רק מדרבנן נפסלין אף בעבירה דרבנן ובה דעת ר"י ותוס' המובא ברמ"א (סי' ל"ד) דבעו עבירה שיש בו חימוד ממון וכמו כן בעבירה דאורייתא וא"כ לאו שיש בו מלקות וא"כ אף אם נאמר דהרשב"א סובר דהעובר על העריות באונס מפסל לעדות היינו רק מדרבנן וא"כ למה כתב הרשב"א דאי אפשר למיפלג הדבור באומר אני זניתי נימא דהיה באונס וא"ל דמ"מ מיפסל הא אינו רק פסול דרבנן וכ"ז דלא הכריזו עליו קאי בחזקתו וקאן לא נכריזו עליו כלל דלא נקבל עדותו על עצמו דזה כ"ע מודים דאף אם נוכל לקבל כל עדותו מה שאומר היינו בדבר דרשע פשר כמו לר' יוסף בהרגתיו דאף דלא פלגינן דיבורו מ"מ מקבלין כל עדותו הואיל דאף גזלן דאורייתא פשר לעדות אשה מ"מ מודה ודאי דאינו נפסל ע"י עדותו זה דאין אדם נפסל ע"י עצמו רק דמ"מ פיון דקעת נוכל לקבל כל דבריו דאף גזלן דאורייתא פשר לעדות אשה לכה לאחר תינשא.

וא"כ אם נאמר בדבריו דמדר"י נלמד לדידן אף דפלגינן דבורו מ"מ במקום דא"א למפלג היינו דוקא היכא דאם נקבל דבריו יהיה פסול לעדות ופסול א"נ אבל במקום דאף לדבריו לא מפסל מדאורייתא רק פסול דרבנן וכ"ז שלא הכריזו עליו הוא פשר הדר' הקושיא לדוכתא נימא פג"ד שהיה באונס ואף דעבר על מצות עשה מ"מ לא מפסל מדאורייתא בשביל זה עד שיכריזו עליו.

וכבר הבאתי למעלה דרבו החולקים על סברת המרי"ט דין לומר בעבירה דאורייתא לא בעי הכרזה אם פן פאן דאף אחר כה לא נכריזו עליו למה לא נקבל עדותו. אף י"ל דכיון דמ"מ מפסל ע"י עבירה הזאת נתבטל עדותו זה וכמו שכתב הנ"י פז"ב מובא בסמ"ע (ס"ק נ"ו) בהא דבר ביניתוס דפריה הש"ס והא רבא דאמר לנה בריבית פסול לעדות והו"ל רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד.

והקשה הנ"י הא ל"ה רק פסול דרבנן וכ"ז דלא אכריזו עליו פשר הוא וכתב לאותו עדות שנפסל בשבילו לא ראו חכמים להאמינו ואפילו בלא הכרזה פסול. ובש"ף שם כתב דלדידן ליכא נ"מ ועיי"ש נתיבות דכ' דנ"מ באומר אני לויתי ממנו בריבית דל"א פלג"ד עיי"ש וע"כ הפוננה גם פן על דרף זה דאי לאו דלאותו עדות פסול היינו מאמינין לו והיינו מקבלין כל דבריו דל"ש בזה אין אדם משים עצמו רשע במקום דכשר לעדות

זה רק הואיל דלאותו עדות לא מקבלין אותו לעדות ממילא פנין דל"ש לומר פלג"ד בטייל עדותו.

שוב ראיתי בתומים (סי' מ"ו ס"ק מ"ב) שכ' פן בדעת הרשב"א: אף מ"מ י"ל פנין דאף אם הנה באונס אינו פסול רק מדרבנן והפסול מדרבנן י"ל דנאמן עכ"פ לענין איסור להיות מעדי טומאה לאסור אותה על בעלה פנין דמה"ת עד פשר וכבר נחלק בפרט הנה הגאון בעל ב"מ עם הגרע מובא בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' צ"ט) ואילך עיי"ש דרבינו הגדול חוכה בזה לומר לחוש לעדותו בהנוגע לאיסור תורה כמו במגרש בפסולי עדות דרבנן לאחר הכרז' דמבואר בתשובת רשב"א דמן התורה מגורשת והגט רק פסול מדרבנן עיי"ש (סי' ק"ג) ומכ"ש בנידון זה דאני זניתי עם אשתה פנין דגם להבא הנה פשר ואין אדם נפסל על ידי עצמו רק אותו עדות יתבטל מטעם דלדבריו רשע הוא אף אם נאמר דהנה באונס מ"מ מפסל מדרבנן בזה ודאי יש מקום לדון פנין דמד"ת פשר לעדות הוא למה לא נקבל עדותו.

אלא ודאי נראה הפשוט דאין אדם משים עצמו רשע לומר שפשה מעשה שלא כדת התורה וכמו שפכת בקצוה"ח: אולם י"ל אף דמבואר מתשובת הרא"ש לגבי אנוסים להמיר דתם אם היו מצד פקוח נפשות דאף דחייב אדם למסור נפשו מ"מ אם עבר לא נפסל וכן מביא הריב"ש משם רשב"א דס"ל פן מ"מ לגבי עריות הוי בכלל ספק פסול דהא דעת אבן עזר דשמואל פתובות (דף נ"א) דאשת ישראל ששאנסה אסורה לבעלה דחיישינן שמה תחילתו באונס וסופו ברצון ורבא ס"ל דכל שתחילתו באונס אף שסופו ברצון אפילו היא אמרה הניחו לו שאלמלא נזקק לה היא שזכתה מותרת מטעם יצר אלבשה וכן קיי"ל דבחזקת אנוסה היא מטעם דיצר אלבשה אולם מ"מ זה הוא רק אם היתה מקודם בחזקת פשרות מחזקתה ומה דעברה השתא ברצון היא דיצר אלבשה אולם היכא דאיתרע חזקת פשרות שלה חיישינן על רצון שלא מצד יצר אלבשה ועיי"ש בפנ"י שהביא דעת הפוסקים היכא דנתחזקה מתחילה ברצונה אפ"ל אנוסה אח"כ אסורה משום שמה סופה ברצון ול"ש סברת רבא דיצר אלבשה פנין שהיא גרמה לזה והביא ראיה מדברי ר"א במס' פרייתות דחייב על כל פח נכח ול"א יצר אלבשו משום דגרם בתחילה.

ובהפלאה שם ביאר ביותר דסברת יצר אלבשה ואנוסה דבר ברור הוא בודאי די"ל דנתרצית מרצונה רק מצד חזקת פשרות והיכא דל"ש חזקת פשרות מה"ת נימ' דיצר אלבשה עיי"ש. ולפי"ז היכא דאנוסהו לבא על ערונה ולהתקשות א"ע דמה"ד הנה לו ליהרג ולא יעבור ועבר על מ"ע דונקדשתי אף דלא מפסל בשביל זה מ"מ חזקת פשרות שלו אבד בזה פנין דהתרצה בזה להתקשות א"ע ולבא על הערונה א"כ מ"מ חיישינן שמה הנה סופו ברצון שלא מצד יצר דאלבשה פנין שגרם לזה והתרצה מתחילה לעבור וא"כ א"ש דברי רשב"א באומר אני זניתי עם אשתה דנימ' פלג"ד ל"א פנין דאין קישוי אלא לדעת ואף דלא מפסל בשביל זה דלא עבר רק על עשה מכל מקום כבר אבד החזקת פשרות שלו וחיישינן על רצון ממש בסופו ושרא מצד היצר דאלבשו והני עכ"פ לדבריו אף אם נאמר פלג"ד דהי' באונס יהי' עכ"פ מה"ד ספק פסול דאורייתא ושוב ממנ"פ אין ספק פסול דאורייתא נאמן לאסור אשה על בעלה ועיין ח"מ וב"ח אה"ע (סי' כ' ס"ג ג')

בְּהַרְבֵּי דְאִין קִישׁוּי אֱלָא לְדַעַת מַשֵּׁם הַנ"מ (פ"כ) מְסַנְהֶדְרִין דְּמַעֲשָׂה בְּיַדִּים הוּא דְבָר שְׂיִכּוּל  
לְעֵשׂוֹת בְּאֹנָס שְׂלֵא בְּרַצוֹנוֹ אֲבָל הַקִּישׁוּי כֹּל שְׂאִינוֹ מְרַנְּצָה בְּדָבָר אִי אֶפְשָׁר לוֹ לְהַתְקַשׁוֹת  
וְכִינּוּן שְׂנִתְקַשָּׂה וְדַאי מְרַנְּצָה הוּא וּלְכַף חֲזִיב וְעֵינֵין יָם שָׁל שְׁלֵמָה יְבָמוֹת ר"פ הַבָּא עַל  
יְבָמָתוֹ וּלְדַבְרֵי הַכ"מ א"ד לְשַׁאֲרֵי אֲנָסִין רַק אֲמַרִּין דְּהַקִּישׁוּי אִי אֶפְשָׁר בְּלֵא רַצוֹן מִן חֶלֶט  
לְעֵשׂוֹ דְבָר זֶה א"כ בְּזָה אֶף הָרָא"ש מוֹדָה דְּנִפְסָל לְעֵדוּת פִּינּוּ דְחֲזִיב מִיַּת' דְּהַקִּישׁוּי הוּא  
בְּרַצוֹן גָּמוּר.

וְאֶף לְדַעַת רַמְבַּ"ן יְבָמוֹת שָׁם פִּינּוּ דְמַחְמַת אֲנָס יְהִיב דַּעַתוֹ וּמְקַשָּׂה עֲצָמוֹ פְּטוּר שְׂאֵם  
תְּסַלֵּק אֲוִנְסוֹ מְעַלְיוֹ אֶף הוּא פּוֹרֵשׁ. וְכֵן מַשְׁמַע שָׁם בְּחִידוּשֵׁי הַרְשָׁבָא דְדַעַתוֹ כֵּן דְּהִבִּיא  
כֵּן מַשֵּׁם י"א דְּבִאֲנָס מִיַּתָּה פְּטוּר מִדִּינֵי אָדָם כְּשֶׁעֲבַר וּמַשְׁמַע דְּסוֹבֵר דְּאֶף דְּאִין קִישׁוּי  
אֱלָא לְדַעַת מ"מ אִם בְּאֲנָס מִיַּתָּה הִנְכַרְחָה עַל הַקִּישׁוּי פְּטוּר מ"מ י"ל דַּעַכ"פ לֹא שְׂיִיךָ לֹאמֵר  
יְצַרוֹ אֲלִבְשׁוֹ בְּבִירוֹר פִּינּוּ דַּעַכ"פ אִיִּתְר' חֲזַקְתּוּ דְּעוֹבֵר בְּמָה דְחֲזִיב לְמָסוּר א"ע לְמִיַּתָּה  
חֲזִיִּישִׁינּוּ עַל סוֹפּוֹ בְּרַצוֹן מַשֵּׁשׁ וְעֵינֵין בְּהַפְּלָאָה אַה"ע (ס' ד') וְא"כ אֲתֵי שְׁפִיר דְבָרֵי  
הַרְשָׁבָא הַנּוֹ' דַּל"א פְּלַג"ד בְּכַה"ג פִּינּוּ דְּאִין קִישׁוּי אֱלָא לְדַעַת אֶף דַּהִי' בְּאֲנָס מִיַּתָּה  
מ"מ הוּי סָפֵק פְּסוּל וְאִינוּ נְאָמֵן לְאַסְרָה עַל בְּעֵלְהָ דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע.

וּמְכַל מְקוּם מַצֵּד הַסְּבָרָא וְהוֹכַחְתּוּ אַחֲרוֹת נִרְאָה דְּהַרְבֵּי פְּלָלָא דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע  
נְאָמֵר בְּפִשְׁיטוֹת אֶף אִם כְּשֶׁר לְהַעִיד בְּזָה מְכַל מְקוּם אִינוּ נְאָמֵן עַל עֲצָמוֹ לֹאמֵר דְּעֵבֵר וּפְעַל  
וְעֵשָׂה שְׂלֵא כְּדַת שְׁל תוֹרָה וְכַמוֹ"ש הַרְשָׁבָא הַמּוֹבָא בְּקִצּוּהָ ח הַנְּ"ל וְהוֹכַחַת עֲצָמוֹ  
בַּש"ש שְׁחִזוֹר מְדַרְכּוֹ הִנֵּה מְדַבְרֵי ר' יוֹסֵף ע"כ פְּוֹנְתּוֹ כַּמוֹ"ש דְּמַדְר"י נִשְׁמַע לְרַבָּא בְּמְקוּם  
דַּל"ש לֹאמֵר פְּלַג"ד נְאָמֵן בְּתוֹרַת עֵדוּת בְּמְקוּם דְּרְשָׁע כְּזָה כְּשֶׁר לְעֵדוּת.

וְכֵן הוֹכִיחַ רַבִּינוּ הַגָּדוֹל מֶרֶן עַק"א ז"ל יְסוּד זֶה בְּגִלְיוֹן מְשֻׁנְיוֹת יְבָמוֹת שָׁם. אוּלַם הַקִּשָּׁה  
נִגְדַּד זֶה שְׁנֵי קוֹשְׁיוֹת.

הַא' מְפַתְּנוּבוֹת שָׁם דְּבִאֲמַרִּי כ"י וְאַנּוּסִים הֵינּוּ מְחַמַּת מְמוֹן דְּאִינוּ נְאָמְנִין דְּאִין אָדָם  
מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע וְלָמָּה ל"א בְּלֵא"ה דְּבַמְמַנ"פ אִם הָאֲמַת כֵּן הוּא כְּדַבְרֵיהֶם הֵם רְשָׁעִים  
וְא"נ לְהַעִיד דְּהֵתֵם לֹא אֲמַרִּין פְּלַג"ד.

וְצָרִיךְ לֹאמֵר דְּמָה בְּכַף שְׂאִינוּ נְאָמְנִין מִדִּין עֵדִים מְכַל מְקוּם הֵיוּ נְאָמְנִים בְּמַגּוֹ דְּאִין זֶה  
כ"י לְכַף צָרִיךְ לֹאמֵר דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע וְא"כ קִשָּׁה פִּינּוּ דְּרֵאוּי לְהֵאֲמִין מִדִּין  
מַגּוֹ מָה בְּכַף דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע הָא מְטַעַם זֶה לֹא דְחִינּוּ דְּבָרֵיו כְּמוֹ בְּהַרְגָּתוֹ  
דְּאִם גִּזְלוֹן ד"ת כְּשֶׁר לְעֵדוּת אֲשֶׁה מְקַבְּלִין דְּבָרֵיו דְּהוּא הִרְגוֹ וּמְהִימֵן.

הַב' הַקִּשָּׁה מְהָא דְּכַתְּבַת בְּנ"י ב"ב פָּרֵק י"ג גּוֹחְלִין בְּהֵיא דְּנְאָמֵן לֹאמֵר בְּנֵי זֶה בְּן גְּרוּשָׁה  
הֵינּוּ בְּאֹמֵר שְׂבָא עָלֶיהָ בְּשׁוֹגֵג אֲבָל בְּמִזִּיד לֹא כֹל כְּמִינֵיהָ לְשׁוּנֵיהָ נְפִשְׁיָה רְשָׁע וְע"כ הָא  
דְּלֵא נִקֵּט הַטַּעַם בְּמַמְנ"פ דְּאִם כְּדַבְרֵיו הוּא רְשָׁע וְא"נ לְהַעִיד שְׂבָנוֹ הוּא פְּסוּל א"ו דְּסוֹבֵר  
דְּגַם אֲבִיו רְשָׁע נְאָמֵן לְהַעִיד עַל בְּנוֹ וְאִם כֵּן יִקְשָׁה עֲדִינּוּ מָה בְּכַף דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ  
רְשָׁע הָא מ"מ לֹא מְסַלְקִינוּ דְּבוּרֵי' וְדַמִּי מַשֵּׁשׁ לְהַרְגָּתוֹ וְהַנִּיחַ בַּצ"ע וְכַבֵּר הַבֵּאתִי דְבָר זֶה  
בְּהַגְהוֹתִי לְדַבְרֵי חֲזִיבִים דִּינֵי נְחָלוֹת (ס' ד') וְשָׁם פְּתַבְתִּי דְּאִם נְאָמֵר בְּדַעַת הַנְּ"י דָּאֵב רְשָׁע  
הַפְּסוּל לְעֵדוּת אִינוּ נְאָמֵן עַל בְּנוֹ י"ל בְּאֲמַת לְהַעִיד עַל בְּן גְּרוּשָׁה אִינוּ נְאָמֵן רַק הַנְּ"י  
הִנְכַרְחָה לֹאמֵר מְטַעַם דְּאִין אָדָם מַשִּׁים עֲצָמוֹ רְשָׁע מַשּׁוּם דְּקַתְּנֵי ג"כ בְּן חֲלוּצָה דְּלֵא מְפַסֵּל

רק מדברבנו וכיונתו שם אף דמ"מ מדברבנו מפסל מכל מקום כל זמן שלא הכריזו עליו נשאר בחזקתו וכאן לא נכריז עליו אולם מכל מקום י"ל כמו שפכתב הנ"י סנהדרין דאותו עדות בטל.

וגם הוכחתי שם מש"ס גיטין (דף ע"א) דבאמת אף הפסול לעדות מה"ת נאמן בעדות אב על בנו ועיין מ"ש בס' בית מאיר (סי' ו' ס"ג) בפ"ט ה"ה ואכ"מ ואם פ"מ פ"מ פ"מ דגם הפסול נאמן למה לא יהיה נאמן לומר במזיד כמו לר' יוסף בהר"ג: לכן נראה ליישב דאף דעת ר' יוסף פ"ה הוא לומר במקום דרשע פ"ה לעדות זה מקבלין עדותו מ"מ לדין אליבא דרבא מוכרח לומר דהפירוש של אמרם ו"ל א"א משים עצמו רשע הוא כפשוטו דא"נ לומר שעשה מעשה שלא כדעת.

דקא גם לר' יוסף דסובר דל"א פלג"ד ואם לא נקבל כל דברי העד פהוינתן מפלי פול דבר מדבריו לא מקבלין עדותו והנכרח להוציא סברא הזאת דבמקו' דרשע נאמן מקבלין עדותו כמו שהוא מדברי הת"ק דאמר הר"ג תנשא לו הא לאחר תנשא ע"כ הטעם הוא משום דאף אם נקבל עדותו כמו שהוא אומר מכל מקום גזלן דאורייתא פ"ה לעדות אשה וע"כ אף דזה נדאי גם לדעת ר' יוסף לא פסלין לי' אחר פ"ה לשאר עדות לחשוב אותו לרוצח דזה נדאי לא יאמר ר' יוסף שיהיה אדם נכסל ע"י עצמו רק זה לא איכפת לן במה שגזון על העד שלא לפסלו א"כ דע"ז לא בא עדותו של עכשיו ועכשיו לא בא רק לזון להנוגע לאשתו או לפלוגי שרבעו לכה אמר ר"י רשע הוא והתורה פסלו היינו אף דבאמת ישאר בחזקתו שאחר פ"ה יהיה פ"ה לכל עדות שבעולם מכל מקום לדברי עדותו אם נקבל עדותו של עכשיו כמו שהוא אומר רשע פסול להעיד ועיין רמ"ה סנהדרין דכתב וכו"ת מה נפשה אי מהימנת ליה לשוי נפשיה רשע הימניה נמי למקטליה להא"ף לאו קושיא הוא דכיון דרשע הוא ע"כ התור' פסלתו לעדות עיי"ש ובהר"ג מקבלין עדותו הואיל דגם אף אם נקבל עדותו ורשע הוא מ"מ סובר אליבא דרבנו גזלן דאוריית' פ"ה לעדות אשה.

ולדבריו ע"כ ר' יהודא דאמר הר"ג תנשא לו לא תנשא ע"כ דסובר דאין אדם משים עצמו רשע ולא נאמין לו שעשה מעשה רשע דא"ל דסובר דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה וכו"מ דאמר גזלן דאורייתא פסול ולכה פ"מ דלא פלגינן לדיבורו ואינו נאמן דרשע פסול לעדות הא מכל מקום יהיה נאמן מצד בירור הדבר מצד מגו דאי בעי היה אומר דנהרג והי' שותק מלומר הר"ג תנשא ומצד בירור הדבר יהיה נאמן אף דרשע הוא וכקונשית הגר"ע ו"ל בכה דאנוסים היינו: א"ו ההכרח לומר דלר' יוסף מכל מקום לר' יהודא אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן בשום אופן לומר על עצמו דעשה מעשה רשע וכיון דלא פלג"ד לכה לא תנשא רק לרבנו הנכרח ר' יוסף לומר דסברו גזלן דאורייתא פ"ה לעדות אשה וגם במקום דרשע נאמן ג"כ נאמן לומר שעשה מעשה רשע ולכה תנשא מש"א לר"י דלא תנשא ע"כ דאינו נאמן לומר דעשה מעשה רשע דא"ל דלר' יהודא הטעם משום דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ומגו ג"כ לא מהני פ"מ דהוי נגד חזקה דעשה מעשה רשע פ"מ דבאם הי' נאמן רשע בתורת עדות הי' נאמן אף נגד חזקה זו מכ"ש דראוי לומר שיהיה נאמן מצד בירור הדבר דמגו דעשה מעשה רשע וכמו שכ' הגר"ע ו"ל וכן ע"כ מוכרח הדבר מדברי ר' יוסף עצמו דאמר דטעמ' דרבנו דגזלן

דאורייטא פֿשר לעדות אשה ולמה ליה לזה נימא דפסול רק לכה תנשא דיש לו מגו דהנה  
אומר דנהרג.

ובפלוני רבעני אף דג"כ יש לו מגו מ"מ אינו נהרג אף ע"י אומדנא טובה ועיין ש"ף כ"מ  
(סי' פ"ב) וכבר השיגו עליו בזה דמטעם מגו לא נאמין לענין מיתה וא"כ הי' לר' יוסף  
דךה נכון לתרץ דבריו אליבא דת"ק דלכה לאחור תנשא משום דנאמן מצד מגו א"ו דאם  
אינו נאמן מצד עדות גזלן דאורייטא אז אף מגו ל"מ דמגו לא מהני רק להאמין הדברי'  
פהותן פמו שהוא אומר וכיין דאם נקבל הדברים פמו שאומר אז שוב נאמר שהוא רשע  
ולא נוכל לקבל עדותו לכה מוכרח ר' יוסף לומר דגזלן גם פן פשר לעדות אשה ונאמן  
אף בכח עדות לזה ור' יהודה דסובר דלא תנשא על פרהך דסובר דגזלן ד"ת אינו נאמן  
ולכה אף מגו אינו מועיל: וי"ל דזה פוננת הש"ף (סי' פ"ב) משם רבינו שמשון דמדר"י  
לגבי פלוני רבעני גלמוד דלא אמרינן מגו במקום דמשים עצמו רשע אף דלענין להרוג  
ודאי לא מהני מגו דלא עדיף מעדות ידוע בלא ראיה דאינו מועיל לגבי דיני נפשות אף  
הראיה ממה דהוכרח ר' יוסף לתרץ דבריו אליבא דרבנן דבהרגתיו תנשא אף דלא פלגינן  
דיבורו הוא משום דגזלן דאורייט' פשר לעדות אשה ולמה לא מתרץ בפשיטות דלכה  
תנשא משום דלענין זה סגי באומדנות ומגו הני בירור הדבר ולעולם נימא גזלן דאורייטא  
פסול במקום דאין לו מגו א"ו מוכח דאם לא יהיה נאמן בתורת עדות אזי ליכא אומדנא  
כיין דהוי נגד חזקה חזקת פשרות ואין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן אף במגו רק  
כיין דלגבי עדות אשה גזלן דאורייטא פשר נאמן בתורת עדות כיין דאף להבא יהיה  
נשאר פשר וגם השתא אף אם נקבל כל דבריו גם פן נאמן בתורת עדות פמו דאם גזלן  
דאורייטא לא היו בכלל פסולי עדות דהיינו חותכין הדין עפ"י עדותו מצד חק התורה  
לעשות עפ"י עדות פן לגבי עדות אשה דאף גזלן דאורייטא ככל עד פשר הוא ומקבלין  
דבריו דבתורת עדות נאמן אף נגד חזקה דעדות מכח חקי התורה נאמנין ור"י דסובר  
גזלן דאורייטא פסול בכח עדות ולכה לא תנשא דמגו אליבא דכ"ע ליכא במקום דמשים  
עצמו רשע: ולפי"ז לרבא דסו' פלגינן דבורו מה"ת נעשה פלוגת' אחרית' בין ר' יהודה  
לת"ק וכיין דפלג"ד ולכה לת"ק תנשא הדרינן לסברא פשיטא דגם לת"ק גזלן דאורייטא  
פסול לעדות אשה.

וגם אין אדם נאמן לומר דעשה מעשה רשע דסברא פשיטא דאין אדם מעיד על עצמו  
שום דבר וכמו לר' יהודה דאינו נאמן הואיל דאינו סובר פלג"ד ואינו נאמן לומר דעשה  
מעשה רשע אף במגו דיש לנו בירור הדבר מ"מ אמרינן דאינו נאמן לומר דעשה שלא  
פהוגן ואין אדם מעיד לחובתו גם רבנן מודים לסברא הזאת רק ע"ע אינו בגדר עדות  
ופלג"ד במקום דאפשר למיפלג דיבורו ולסלק הדב' דהרגתיו או דאמרינן שהי' באונס  
או דאף המשמעות פלגינן אבל לכ"ע אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע לומר דעשה  
שלא פתורה ואף שלא פהוגן וכמו"ש הרשב"א פתובות וא"ש הפל ע"נ הן דברי הש"ס  
פתובות הנו' ודברי הנ"י ב"ב דאם אומר דבא עליה במזיד דאין אדם משים רשע וכן  
א"ש דברי תשובת רשב"א וכמו"ש הקצוה"ח (סי' ל"ה) וזה פשוט וברור לענ"ד: אף  
לפי"ז יש להבין קצת מה דקאמר שם הש"ס ביבמות אמר לה ר' יוסף אנא דאמרי אפילו  
לרבנן ושאיני עדות אשה דאקילו בה רבנן ורב מנשה דאמר כר' יהודה ועיי"ש ברש"י  
דר' יוסף מוקים לר' מנשה כר"י ולמ"ש אף ר' יהודה אינו מוכרח לומר דסובר דגזלן

דאָרײַטא פֿסול לעדות אַשה רק אף דגאַמאָן מִפֿל מקום היכא דמשים עצמו רשע ואומר  
אַני הָרַגְתִּיו פֿינן דלית ליה פלג"ד אינו נאָמאָן מטעם דאין אָדאָם משים עצמו רשע ואינו  
נאָמאָן דעֶשֶׂה מעֶשֶׂה רשע ולכֹּף לא תנשא.

וי"ל דלר' יוסף על פֿרָחָה מִןכֶּרַח מדבֿרי ת"ק דגזלן דאָרײַטא נאָמאָן מדלָא ס"ל פלג"ד  
נרב מנשה יכול לומר הדין דגזלן דאָרײַטא א"נ אליבא דר' יהודה אף דבאָמַת ליכ' הֶכְרַח  
גמור לזָה. ועיין פֿירוּשׁ מִשְׁנׁוֹת לרמב"ם שם דכתב דר' יהודה סובר אָדאָם משים עצמו  
רשע.

וא"י לפרשו ממנ"פ אם אליבא דר' יוסף דלָא פלג"ד ולרבנן הטעם דגזלן דאָרײַטא נאָמאָן  
ולר' יהודה י"ל דאינו נאָמאָן נאָדבֿרא סובר דאף בִּמְגוֹ אינו נאָמאָן וכמו"ש ואם לרבא  
דפלג"ד י"ל דר' יהודה אינו סובר פלג"ד ולכֹּף אינו נאָמאָן דאין אָדאָם משים עצמו רשע  
וכן משמע מדבֿרי תוס' דלר' יהודה הטעם משום דלָא פלג"ד ויש לדבֿר בְּזָה אכ"מ: ועוד  
קִשְׁיָה על הש"ש הָא זָה מְבִנְיָא מִפֿל הָרַאשׁוֹנִים דאָמְרִינן אין אָדאָם משים עצמו רשע הִינּוּ  
אף דלָא מאַמְינִים לוֹ לעצמו ואף להוציא מִמּוֹן דעת הסמ"ג וכן פסק הש"ע יו"ד (סי'  
קע"ז) בָּאָם נוֹתֵן לְחִבְרֵי מַעוֹת לְמַחְצִית שְׂכָר וְהַמְלִיחָה אוֹמֵר שִׁישׁ בּוֹ רִיבִית דִּאינו נאָמאָן  
מטעם דאין אָדאָם משים עצמו רשע.

ובתו'ריש ב"מ הקשו בְּהָא דאָמְרוּ לוֹ שְׁנַיִם אַכְלֵת חֵלֶב הִיאָף נאָמאָן לומר מזיד הִיִּיתִי הָא  
אין אָדאָם משים עצמו רשע כְּדָאָמַר גְּבִי פְלוֹנִי רְבַעֲנִי לְרַצוֹנִי וְתַרְצוֹ דִּאינו נאָמאָן לְפִסּוּל  
עצמו אָבֵל הָכָא עוֹשֶׂה תְּשׁוּבָה וא"ר לְהִבִּיא חוֹלִין לְעִזְרָה.

ומה ק"ל הָא לְגַבִּי פְלוֹנִי רְבַעֲנִי לר' יוסף אינו נאָמאָן מטעם ממנ"פ דאם נאָמאָן לוֹ הוּא רשע  
ופסול לעדות ולרבא מאַמְינִין לוֹ מִצַּד פלג"ד. אָבֵל הִיכָא דְרַשְׁע נאָמאָן לָא אָמְרִינן אין  
אָדאָם מְעַ"ר.

א"ו דתוס' סָבְרוּ דלְרַבָּא הִסְבֵּךְ פִּשְׁוּטָה דאין אָדאָם נאָמאָן לעֲשׂוֹת עצמו רשע וְחִזְקָה בְּרוּרָה  
דלָא עֲשֶׂה מעֶשֶׂה רשע ולכֹּף הקשו פֿינן דשְׁנֵי עֲדִים אוֹמְרִים דאָכֵל חֵלֶב וְחִזְקָה על אָדאָם  
מִשְׁרָאֵל דלָא אָכֵל בְּמִזִּיד ואף דהוּא אוֹמֵר בְּמִזִּיד אינו נאָמאָן וְשׁוּב יתְחַיִּיב לְהִבִּיא קָרְבָּן.

ותַרְצוֹ דא"ר לְהִבִּיא חוֹלִין בְּעִזְרָה וְהִינּוּ אף דלְגַבִּי עצמו גם כן אינו נאָמאָן שְׁעֲשֶׂה מעֶשֶׂה  
רשע אף שְׁאוֹמֵר בְּרִי לִי נָגַד חִזְקָה וְדָלָא כמו"ש הפנ"י פְּתוּבוֹת (דף כ"ב) לְדוֹן דְּחִזְקָה  
לָאו בְּרוּרָה הוּא וְיָמִי שְׁיִוְדַע נָגַד חִזְקָה לְגַבִּי עצמו נאָמאָן עי"ש וְכִבֵּר מְבִנְיָא מִדְּבִרֵי שָׁם  
דְּדַעַת תּוֹס' אינו כֵּן וְלִכֵּן קִשְׁיָה לְהוּ פָּאן אַמַּאי לָא נְחַיִּיבוּ קָרְבָּן חֲטָאת מִטַּעַם חִזְקָה  
דְּכִשְׁרוֹת ואין אָדאָם משים עצמו רשע ואף דְרַשְׁע פֶּשֶׁר לעדות אִיסוּר וְלָמָּה לָא יְהִיָּה נאָמאָן  
אָלָא וְדַאי דלָא מאַמְינִים לוֹ גוֹף הַדְּבָר דְּעֲשֶׂה מעֶשֶׂה רשע ועל זָה תַרְצוֹ דְּעוֹשֵׂה תְּשׁוּבָה  
נאָמַר לְהִבִּיא חוֹלִין בְּעִזְרָה.

וְהִינּוּ פֿינן דמ"מ עִיקַר הַדְּבָר הוּא לְגַבִּי דְּבָר הַנּוֹגַע לעצמו ויִוְדַע בְּנַפְשׁוֹ דאם יְבִיא הַקָּרְבָּן  
תַּנְסֵף הָאִיסוּר מִחֲדָשׁ בְּיַתֵּר שְׂאֵת לְהִבִּיא חוֹלִין לְעִזְרָה בְּזָה מאַמְינִים לוֹ לְגַבִּי דְּבָר דִּאינו  
נוֹגַע לְחִבְרֵי אָבֵל בְּהַנּוֹגַע לְחִבְרֵי אינו נאָמאָן אף דְּעוֹשֶׂה תְּשׁוּבָה כְּמִבְּנָאָר מִהָף דְּעֲדִים  
שְׁאָמְרוּ אָנוּסִים הִינּוּ וממ"א.



ועיין נו"ב מהד"ת חאה"ע (סי' קנ"ו) [ויבספר ס"ט (סי' קפ"ה) הקשה על הך דינא דסמ"ג לגבי ריבית הנז' דאינו נאמן אף דעושה תשובה וצועק דא"ר לעשות איסור ול"ק פלל דלגבי חבירו אינו נאמן להפקיע זכותו ובלא"ה י"ל דלגבי ריבית אם צועק וא"ר לתת להמלנה והב"ד אינם מאמינים לו וחיובו לשלם אנוס הוא במה שנותן הריבית ובלאו דלא תשימון לדבריו פבר עבר והגמר הנתינה אם טוען דאינו רוצה לעשות איסור ואנו אין מאמינים לו אנוס הוא אף דיודע שהוא גרם לו האנוס מ"מ לא יגמר עבירה ביתר שאת במה שהב"ד מחייבין אותו ולקח א"נ פלל שעשה איסור מה שאין פן לגבי קרבן אף אם אנוס הוא מ"מ יודע בעצמו שמקריבין חולין בעזרה ולקח נאמן בדבריו ואכ"מ בזה שוב מצאתי תשובת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תשל"ז) בראובן שהשכין לשמעון משכונן ואמר ששלל גוי הוא והגוי נותן הריבית ואת"כ אומר שהטעהו מפני אנוסו והוא שלו ופסק דלאו כל כמיניה לעשות עצמו רשע וכ' ול"נ לרבינו ברוך דא"ר יתן רבית לישראל אלא ישבע שהמשכונן שלו ויפטר מן הריבית וראיתו מפי ר"א דאינו משים עצמו רשע דאינו חפץ להביא חולין בעזרה ה"נ יאמר איני יכול ליתן לה ריבית עכ"ל וזה פקושת הסדרי טהרה אולם דעת הפוסקים כמו"ש פ"ן דהב"ד מחייבו בע"כ ל"ה לה איסור ריבית] עכ"פ מבואר מדברי תוס' דאף במקום דעד פסול נאמן מ"מ א"נ לומר דעשה מעשה רשע: ועיין תוס' ריש מס' מכות דהקשו הא"ר עדים מחייבין גלות הא יכול לומר מזיד היתי ובמהרש"א שם הקשה הא א"א משים עצמו רשע ובתומים פללי מגו (אות ק"ד) כ' דלר"י דסובר לרצונו רשע הוא ס"ל אדם משים עצמו רשע וקושת תוס' הוא לרב יוסף עיי"ש והדברים תמוהין לענ"ד מנא ליה דלר"י אמרינן אדם משים עצמו רשע אדברא ר' יוסף ס"ל הואיל דאנו צריכין לקבל כל דבריו וממנ"פ אם נאמין לו שהיה לרצונו הוא רשע ופסול לעדות לכן א"נ פלל ובמקום דרשע נאמן פמו לגבי עדות אשה הוכיח דגזלן דאורייתא פשר לעדות אשה ממה דס"ל הרגתיו תינשא נאמן מצד עדות וכמו שכ' אב"ל היכא דלית ביה תורת עדות אינו נאמן פלל לומר דעשה מעשה רשע.

ובקושת מהרש"א יש ליישב עפ"י מ"ש לעיל דלענין חיוב קרבן הנה קושת תוס' דאינו נאמן להשים עצמו רשע ונשאר החזקה בתוקפו לדון אותו כשוגג ולחייבו קרבן והתוס' ב"מ אגלו שם שלא פשיטת הר"י תוס' יבמות (דף פ"ח) דכתבו דל"ש שיוכלו עדים לידע בירור הדבר אם שוגג הנה או מזיד ואי אפשר לחייבו קרבן ע"י שום עדות עיי"ש ותוס' ב"מ וכריתות כתבו להדיא דאם אומר לא שוגג ולא מזיד מחייבין ע"י סתמא דעדים דידעו בשוגג לכה הקשו דאמע"ר ונשאר על הסתם ויתחייב והוכרחו לומר דא"ר להביא חולין בעזרה וכנ"ל.

ונה א"ש לענין קרבן אי לאו דמטעם חולין בעזרה הי' מוקמינן על דבורם של עדות ששוגג הנה מה שאין פן בגלות דבעי עדות לחייבו פמו לדנ"פ ועדות דועה בלא ראיה נראה דגם פן לא מהני וצריף בירור הדבר ואם הוא טוען נגד החזקה ליכא בירור גמור עפ"י עדים לחייבו לכה הוכרחו התוס' לומר או דרגלים לדבר מהני או דאירי בשותק: ובנו"ב מהדו"ק אה"ע (סי' ע"ב) עמד פמו כן על דברי הש"ס יבמות אליבא דרב יוסף דאם גזלן דאורייתא פשר לכה נאמן לומר הרגתי וכי יספור ר' יוסף אדם משים עצמו רשע וכן בדברי ר"י דאמר רשע הוא.

והעלה הטעם הוא משום מגו דכינן דמעיד על עצמו ועל חבירו מתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על עצמו כמו שפירש רש"י סנהדרין בהא דפלוני רבע שורי דהואיל דמהימן אהאי דבורא למקטל לחבירו נאמן נמי לסקול השור וכן בפלוני בא על אשתי אף דבעל פאשתו הנה ס"ד מגו דמהימן לגבי חבירה יהיה נאמן גם למקטלה.

הרי דאמרינן מתוך לקינים עדותו ור' יוסף דסובר דלגבי עצמו דלא פלג"ד נשארה שיטה זו גם אצל עצמו והוא נאמן והוי ליה רשע ופסול לעדות מטעם גזה"כ. והוליד מזה חדשות דמדרי"י נשמע לרבא דהיכא דאי אפשר למיפלג דבורו פגון באומר אני זניתי לדעת הרשב"א אז מאמינים לו גם על עצמו מטעם מגו ומתוך רק עדותו פסול מצד גזירת הפתוב עיי"ש באנרף מה דנ"מ לדינא.

ולו העני דבריו תמוהין אם פן באליע' וטובי' קרובי דערבא דבעדי פרעון דאי אפשר למפלג דברי העדים בשום אופן נימא גם פן מתוך שנאמן לגבי הלוח יהיה נאמן לגבי ערב.

והרי חזינו דהיכא דיש צד ביטול מן העדות גורר לבטל צד הקיום לא דנימא מתוך דנאמן לגבי רחוק יהיה נאמן לגבי הקרוב והא דכתבו רש"י ותוס' בפלוני בא על אשתי דהי' ס"ד אדם קרוב אצל אשתו ל"א היינו דהי' ס"ד דעיקר העדות לגבי פלוני ומגו דנאמן עליו יהיה נאמן לגביה קמ"ל דלא היינו דלא אמרינן מגו בזה ונאמן לגבי פלוני ולא לגבי אשתו דפלג"ד ואם אי אפשר למפלג דבורו אינו נאמן כלל.

והא דסברו באמת רש"י ותוס' ורמב"ם בפלוני רבע שורי דאמרינן מתוך ולא אמרינן אדם קרוב אצל שורו ונאמן מצד הודאת בע"ד על ממונו רק הואיל דבעינן כ"ג פמימת הבעלים פה מימת השור ולא אמרינן בזה הודאת בע"ד וכמו"ש בחידושי ר"ן שם וכיון דרק מצד גזה"כ הוא לכן היכא דנהרג הרובע גורר ג"כ להרוג השור ועיין תוס' זבחים (דף ע"א) וכן מבאר להדיא הטעם בים ש"ש ב"ק (פ"ד סי' כ"א) דכיון דרק מטעם גזה"כ הוא דכמימת הבעלים פה מימת השור די שלא נאמין להבעלים עליו כשאין הרובע נהרג אבל כיון דע"כ מטעם פלג"ד נאמן להרוג הרובע ממילא גורר אחריו לסקול השור ועיין מ"ש התנאים (סוף סי' ל"ז) ובנתיבות שם אבל לומר בבע"ד או בקרובים באמת לדון מטעם מגו זה נגד דעת פל הפוסקים: סי' מ לדעת הרמב"ם דסובר הטעם דפלגינן דבורו משום דדבר הנוגע לעצמו אינו בגדר עדות ולא נוכל לקבל והנוגע לחבירו מקבלינן והיינו דלא פלגינן המשמעות מלשוננו רק אף דלא פלגינן המשמעות מ"מ הנוגע לעצמו אינו בגדר עדות והנוגע לחבירו מקבלינן וממילא אף באומר אני זניתי עם אשתך ג"כ נאמן לאסרה וכן פתב התנאים והנו"ב בפשיטות וכן הבי' הנ"ב לשון הפירוש המשנה לרמב"ם סוף גדרים וז"ל לפי שיעקר אצלנו פסק ומנספם עליו בכל התורה פלגינן דבורה רוצה לומר שאנו נאמינהו הדבר בעצמו לאיזה ענין שיהיה ולא נאמינהו לענין אחר עכ"ל הרי דמחזקינן לכל דבריו רק הנוגע לעצמו גזה"כ הוא דלגבי עצמו אינו נאמן ובשביל זה לא נתבטל העדות הנוגע לאחרי' וראיתי בתנאים (סי' פ"ז ס"ק כ"ו) שכתב הכרח לסברא הזאת דזה מפלל גזירת הפתוב דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נעשה רשע כ"א בשני עדים המוציאים אותו מחזקתו וכ"ז דליכא עדים אינו יוצא מחזקתו אפילו אמת שעבר עבירה אינו נפסל כ"א בב' עדים דאם לא פן באומר פלוני

רבעני לרצוני דהוא ואחר מצטרפין להורגו נראה מה אומר עד השני אם אומר גם כן דנרבע לרצוני איך יצטרף עמו להעיד להרוג הרובע הלא מעיד על חבירו שהוא רשע ואין כאן ב' עדים ואפילו עדותו בטלה דהני ליה נמצא אחד פסול ומדברי ח"מ וב"ש (סי' קט"ו) מבואר דאם אומר שזינה עם אשת רעהו ועד א' מסייעו נאמנים לאסרה על בעלה אע"פ שלדברי עד השני זה נעשה פסול וקשוד הוא וע"כ דאינו נעשה פסול על פי עד א' דגזירת הכתוב הוא דאין אדם נפסל כ"א עפ"י שני עדים: ולי העני דבר זה צ"ע הא מבואר ריש (סי' ל"ד) דהיודע בחבירו שהוא רשע דע"ז נאמר אל תשית ידך עם רשע להיות עד ואסור לו להצטרף עמו להעיד עדות אף שיוודע אמיתת הדבר בבירור מ"מ כינון שהב"ד יפסקו הדבר רק עפ"י שני עדים וזה יודע בחבירו דהוא רשע אסור לו להצטרף עמו לעדות.

ובפשוטות הדברים משמע אף שאין שני עדים בשום אופן לגלות הדבר שזה הוא רשע ועבר על עבירה דנפסל ע"י לעדות רק חבירו יודע בבירור וראה שעבר עבירה דנפסל על ידו ואחר כך ראה עמו עדות אחת ויודע אמיתת הדברים שבינה אינו משקר.

ובכל זאת הואיל דכלפי שמיא גליא שזה רשע והב"ד אינם יודעים ויפסקו הדין על פי עדותו בחזקת שני עדים פשרים אסור לו להצטרף עמו. אם כן ע"כ דאין זה פגזירת הכתוב דאין אדם נפסל רק על פי שני עדים ולא איבר'סיהדי אלא לשקרא ואם ידעינו דאמת אתו היינו פסלינו אותו רק גזירת הכתוב שלא יקום דבר רק על פי שני עדים היינו דהב"ד לא יוכלו לדון מדבריו לגבי דבר הנוגע לאחרים ונשאר בחזקת פשרות לכל עדות שבתורה הואיל דליכא גילוי לדבר אם עשה מעשה רשע.

ור"י סובר הואיל דלא נוכל לקבל כל דברי עדותו דאם לרצונו הוא רשע וזאת ל"נ לקבל לכן בטל כל עדותו ור"ב ס"ל דאף דאומר שקר לגבי דנפשי' דאין אדם משים עצמו רשע ואנו מחזקינן לדבריו דאמר לרצונו דשקר הוא מ"מ משום דפתך שקר בעדותו לא נבטל עדותו הואיל דלגבי זה אינו בגדר עדות וכינון דלכל העולם נשאר פשרים לכן מקבלין עדותו הנוגע לפלוני אף דאמר בעדותו זה גם כן שקר דהי' לרצונו מכל מקום בשביל זה לא נתבטל העדות לגבי דחבירו הואיל דיכול להיות זה בלא זה: והא דק"ל לתומים מפלוני רבעני י"ל אף לגבי חבירו דאומר שנרבע לרצונו אמרינן פלג"ד דאם אמת שרבעו לרצונו א"כ יודע בחבירו שהוא רשע ופסול ואינו רשאי להעיד עמו בעדות אחת ואם כן גם הדיבור שנרבע לרצונו נוגע לעצמו ושנייה בי' לומ' אין אדם משים עצמו רשע ופליגין דבורו.

וגם לדברי הסמ"ג קרא דלא יקום עד אחד באיש הוא ללאו שלא יעיד עד אחד על חבירו שעשה עבירה היכא דלא יש אחר עמו ובנדאי איירי ע"כ דזה שאומר שפלוני רבע אותי העיד מקודם דבזה אפטר בחבירו שמעיד גם כן כן שלרצונו הנה אינו עובר בלאו דלא יקום נגד חבירו כינון שהודה מעצמו שכן הוא ואם כן איך מעיד חבירו עמו אם אמת הוא הוא רשע ואינו רשאי לצרף עמו בעדות אחת אף אם אמת הוא הדבר.

א"ו דגם בזה פלג"ד ומקבלין עדותו שפלוני רבע אכל לא מה שאמר שלזה האיש רבע לרצונו דזה דבר הנוגע לעצמו שאומר שעשה שלא כדת להעיד עם רשע ביחד: ועיין תומים (סי' מ"ו ס"ק מ"ח) בעדים שאמרו אנוסים היינו וכל אחד מעיד על חבירו אף

כְּשֶׁאוֹמֵר מִחֲמַת מְמוֹן נֶאֱמַן לְגַבִּי חֲבִירוֹ בְּמַגּוֹ דָּאִין כ"י וְכַתֵּב לְפַקְפַק דְּהוּי בְּמָקוֹם חֲזָקָה וְהוֹכִיחַ פֶּן מְשִׁיטַת רָאָב"ד דְּפִלְג"ד אַף דְּנֶאֱמַן עַל הַמַּעֲשֵׂה כְּמוֹת וְשֶׁהוּא מְכַל מְקוֹם לְגַבִּי עֲצוּמוֹ גְּזִירַת הַפְּתוּב הוּא א"כ לְמָה אֵינֶן נֶאֱמָנִין אֲנוּסִים הֵינּוּ וּע"כ כְּמוֹ"ש.

וְלִכְאוּרָה הָא לְרַב"ח לִס"ד דְּהִיכָא דִּיש לְהוּ מַגּוֹ נֶאֱמָנִים עַל עֲצוּמָן אַף דָּאֵינָם נְפֻסְלִין עִי"ז רַק אֲנִן מֶאֱמִינִים לְהוּ בְּמַגּוֹ דָּאִין כ"י וְלֹא עֲדִיף מִטַּעֲנַת הַמִּיגּוֹ דַּל"ה נְפֻסְלִין מ"מ לְגַבִּי הַמְלִינָה נֶאֱמָנִים וְרָבָא פְּלִיג וְסוֹבֵר הוּאִיל דָּאִין אָדָם מְשִׁים ע"ר א"נ אַף בְּמַגּוֹ אָבֵל לְגַבִּי אַחֵר מַה"ת לֹא יִהְיֶה נֶאֱמַן לְגַבִּי חֲבִירוֹ פִּינּוֹן דְּמְכַל מְקוֹם לֹא נְפֻסֵל וְעִינּוֹן (ס' פ"ב) דְּהַלְוָה נֶאֱמַן אֲמָנָה עַל הַשְּׁטֵר בְּמַגּוֹ דְּמַזְנוּף אַף דְּמִשְׁוֵי לְעֵדִים לְרִשְׁעִים.

אוּלָּם לִמ"ש א"ש פִּינּוֹן דְּמַעֲיָדִין בְּיַחַד לְזוּר כ"י אִם אֲמַת כְּמוֹ שְׁאוֹמֵר דָּאֲנוּס הִי חֲבִירוֹ וְרִשְׁעָה הוּא הָאִיף מַעֲיָד עִמוֹ בְּיַחַד לְכֹן ע"כ דָּאֵינּוּ נֶאֱמָן אַף לְגַבִּי חֲבִירוֹ בְּמַגּוֹ פִּינּוֹן דְּעִי"ז עוֹשֶׂה עֲצוּמוֹ לְרִשְׁעָה.

וּא"ל אִם אֲמָרוּ תְּרַנְיָהּ וְיִיְהוּ אֲנוּסִים הֵינּוּ וְכָל אֶחָד מֵעֵיד ע"ח נִימָא מִמֶּנּוּ פ' אִם הָעֵיד שְׁקָר יִתְבַטֵּל הָעֵדוּת שֶׁל כ"י הוּא זֶה כְּמוֹ הָא דב"ק (ע"ג) מִיגּוֹ דְּאִתְזַמּוּ עַל טְבִיחָה מְפֻסְלוֹ הָעֵדוּת שֶׁל גְּזִירָה מִטַּעֲמָא עֵדוּת שְׁבֻטְלָה מְקַצְתָּ בְּטֻלָה כְּוָלָה.

וְעִינּוֹן תּוֹמִים כ"מ (ס"ק נ"ב) שְׁהַקְשָׁה פֶּן עַל הָאוֹמֵר אֲנִים הִיְתִי נִימָא מִמֶּנּוּ פ' וְתִזְרֵץ פִּינּוֹן דְּלֹא הוּי תּוֹעֲלַת בְּעֵדוּתוֹ זֶה לֹא נְפֻסֵל דְּהוּי כְּאֵלוֹ הַגִּיד דְּבַר שְׁקָר דְּלֹא מְפֻסֵל בְּשִׁבִיל זֶה עִי"ש. וְזֶה א"ש לְגַבִּי נִפְשׁוֹ אָבֵל כְּשֶׁמַּעֲיָד לְשֵׁם עֵדוּת עַל חֲבִירוֹ דָּאֲנוּס הִיְתִי וְיִישׁ בְּזֶה תּוֹרַת עֵדוּת וְאִף עַד א' הַמַּעֲיָד בְּתוֹרַת עֵדוּת עַל חֲבִירוֹ בְּשְׁקָר אַף דְּלֹא נִתְקַבֵּל עֵדוּתוֹ דְּהוּי רַק עַד אֶחָד מ"מ מְפֻסֵל עַל יְדֵי זֶה לְעֵדוּת כְּמוֹ דְּמַבְנוֹאֵר מִדְּבָרֵי ר"ן כְּתוּבוֹ גַּבִּי תְּרַנְיָהּ בַּא"א מְסַהֲדֵי הַמּוּבָא בְּש"ף (ס' ל"א) וְגַם הָא נ"מ בְּאִם יַעֲיָד עוֹד ע"א עַל חֲבִירוֹ זֶה הַחֲתוּם עַל הַשְּׁטֵר דְּעֵבֵר עֵבֵר' אַחֲרַת יִהְיֶה פְּסוּל ע"י צִירוּפֵי שְׁנֵי עֵדוּת וְאִם פֶּן אִם זֶה שְׁמַעֲיָד עֲכָשְׁוֹ עֲלֵיו דְּהִיְתָא אֲנוּס מַעֲיָד עֵדוּת שְׁקָר יִתְבַטֵּל הָעֵדוּת שֶׁל כ"י גַם פֶּן.

וְע"כ צ"ל דְּמַה דְּמַעֲיָד מְקוֹנָדָם לֹא נִתְבַטֵּל וּבְנִתְגַרְשָׁה הַכֵּל עַל יְדֵי דִּיבּוּר אֶחָד וְעִינּוֹן מ"ש אַאמ"ו ז"ל בְּחִזְדוּשְׁוֹ שְׁבֻסְפָר ד"מ (ס' ל' וּל"א) וּבְדְבָרֵי רַמְבַּ"ן הַמּוּבָא בְּש"ף (ס' מ"ו) ס"ק ק"ח) אַף דְּשֵׁם הֵם שְׁנֵי דְּבוּרִים כ"י הוּא וְזֶה אוֹמֵר תְּנַאֵי הִי וְז"א ל"ה תְּנַאֵי מ"מ שֵׁם עכ"פ חֵד מְכַחֵשׁ לְחֵד וְכִינּוֹן דְּמַפְאֵן וְלִהְבָּא נְפֻסְלִין לְהָעֵיד יַחַד לֹא נוֹכַח לְצַרְף מְדַבְרֵיהֶם שֶׁל הַשְּׁתָּא שׁוּם דְּבַר מִשְׁא"כ בְּאוֹמֵר ע"ח שְׁהִיְתָא אֲנוּס פִּינּוֹן דְּלֹא נְפֻסֵל לְשׁוּם דְּבַר מַפְאֵן וְלִהְבָּא בְּזֶה לְכ"ע אֲמָרִינּוּן אַף אִם הָעֵיד שְׁקָר מ"מ לֹא נִתְבַטֵּל הַדְּבוּר שֶׁל כ"י הוּא זֶה וְעִינּוֹן ס' דו"ח פְּתוּבוֹת שֵׁם וּבְמָה שֶׁכ' בַּס' ד"ח דִּינֵי עֵדוּת (ס' ג') בְּהַשְּׁמָטוֹת: וּמַה דְּקָשָׁה לְתוֹמִים עַל שִׁיטַת הַרָאָב"ד י"ל דַּמ"מ פִּינּוֹן דְּלֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן רַק בְּמַגּוֹ דָּאִין כ"י וְאִף אִם יִהְיֶה נֶאֱמָן יִהְיֶה הַדִּין דְּלֹא מְקַרַע קְרַעִינּוֹ וְלֹא מְגַבִּי גְּבִינִין כְּמַבְנוֹאֵר בְּמַהֲרָש"א פְּתִיבוֹת שֵׁם אִם פֶּן שׁוּב אֲמָרִינּוֹן עֵדוּת שְׁבֻטְלָה מְקַצְתָּה בְּטֻלָה כְּוָלוֹ וְאִין לְגַמְגָם דְּמִטַּעֲמָא דַּל"ה רַק עַד א' ל"ש עֵדוּת שְׁבֻטְלָה מְקַצְתָּה בְּטֻלָה כְּוָלָה דְּהָא מ"מ א"נ תְּרַנְיָהּ בְּעֵדוּתוֹן רַק מִצַּד מַגּוֹ דְּהַפָּה שְׁאָסֵר וְאִם הִיְתָא הַשְּׁטֵר מְקוֹנָדָם לֹא הִיוּ נֶאֱמָנִים לְזוּר אַף אֲנוּסִים מִחֲמַת נְפֻשׁוֹת מִטַּעֲמָא פִּינּוֹן שְׁהַגִּיד שׁוּב אֵינּוּ חוֹזֵר וּמַגִּיד רַק הוּאִיל דָּאִין כ"י יִמְמ"א נֶאֱמָנִי מְפַח הַפָּה שְׁאָסֵר אָבֵל א"נ לְבַטֵּל הַשְּׁטֵר לְגַמְרֵי וְאִף לִמ"ש בַּש"מ שֵׁם וּמְדִיִּיק בְּדְבָרֵי רַש"י בְּמַשְׁנֶה דְּכִינּוֹן דְּצָרִיף עֲתָה לְקַיָּים הַשְּׁטֵר וְלֹא נִמְצָא לְקַיָּים רַק עַל יְדֵי עֵדוּתוֹן שְׁאָמְרוּ כ"י

הוא זה שוב נאמן לגמרי אף לקרוע השטר ואף אם יתקיימו אחר כך ממקום אחר גם כן לא מהני ואם פן לא נתבטל שום דבר מעדותן אל הנוגע לאחרים אכן מ"מ אף דנתבטל השטר מ"מ אל הנוגע להמלנה שעשה מעשה רשע ואנס להם לחתום בשקר זה ודאי נתבטל ולא נוכל לקבל פיון דאינו נאמן רק בכח המגו דהפה שאסר לא נוכל להאמין יותר מפת המגו וא"כ אף דאחד מעיד ע"ח אמרינו עדות שבטלה מקצת' בטלה פולה וגם דנתבטל פת העדות לגבי חבירו פיון דמן התורה הוי חוזר ומגיד דא"צ קיום רק מדרבנן לא נקבל עדותו מן התורה אל הנוגע להמלנה וז"ב.

אולם למ"ש אתי שפיר בלא"ה או דגם עדות זה נוגע לעצמו או מטעם דאף לדעת ראב"ד ע"כ דלא מקבלין הדברים פהויתן דאם באמת יהיו פנים הדברים כמו שאמר הוי רשע ופסול ולא שיקף בזה לומר גזה"כ דאינו נפסל על ידי עצמו רק הטעם הוא דלגבי עצמו לא נקבל הדברים רק דבר הנוגע לעדו' ואמרינו דהנוגע לעצמו משקר: סי' מא הא דפלג"ד מבואר מדברי רש"י יבמות (דף כ"ה ע"ב) וז"ל רבא פליגי אפילו אמר פ"ר לרצונו הוא ואחר מצטרף להורגו לרובע דכיון שזה מתכוון לעדות נאמן הוא אצל חבירו וא"נ ע"ע מה שאמר נרצונו כו' נראה בעליל דרק אם מתכוון להעיד וכיון דיש תורת עדות על חבירו לקף מקבלין עדותו ולא נתבטל במה שהוסיף לומר לרצונו אבל אם אינו מתכוון להעיד על חבירו דוקא רק שמגיד דבריו פהויתן בזה ל"א פלג"ד.

ולפי"ז בהרגתו דפלג"ד הוא רק אם מתכוון להעיד ובפני ב"ד שיש בזה תורת עדות להנוגע להתיר את אשתו בזה אמרינו פלג"ד] אבל אם מספר סיפורי דברים בעלמא שלא בפני בית דין שזה הרגו לפלוני בזה יש לומר דלא אמרינו פלגינן דיבורא ואנחנו לא נוכל למפלג דבורו רק אם נוכל לקבל כל דבריו פהויתן ואם לא נוכל לקבל ולהאמין על הפל לא מקבלינן את הנשמע וצורף לנו מדבריו להאמין רק אם מתכוון להעיד בתורת עדות שפלוגי אינו חי אז פלג"ד ואולי גם פן צריף דוקא שם עדות בפני ב"ד הואיל דרש"י דייק נתכוון לעדות ואפשר במקום דאין צריף הגדה בפני ב"ד אז אף שלא בפני ב"ד ג"כ אמרינו פלג"ד רק דוקא נתכוון להעיד לעדו' בזה פלג"ד: וראיתי בח"מ (סי' י"ז ס"ק ט"ז) שכתב שם בעבד ושפחה ל"א פלג"ד דעבד משים עצמו רשע ואינו נאמן ודוקא במתכוון להעיד עכ"ל ודבריו סתומים מה בעי בזה מתכוון להעיד ולמ"ש פנונתו על פי לשון רש"י הנז' דבסיפר דברים בעלמא כמו דאינו נאמן להשים עצמו רשע כמו כן אינו נאמן על גוף המעשה.

וכן נראה דהא לר' יוסף דאינו סובר פלג"ד והוכרח לומר דגזלן דאוריית' פשר לעדות אשה ול"א דיהיה נאמן בתורת מגו נאנן סהדי דאמר אמת דמגו דהיה יכול לומר דאינו חי וע"כ דאינו נאמן מטעם חזקת פשרות להשים עצמו רשע ואמרינו דשקר הוא רק הואיל דמעיד בתור' עדות נאמן דסובר גזלן דאורייתא פשר לעדות אשה וכמו"ש לעיל.

ולר"י ע"כ צריף לומר דמעיד בתורת עדות להתיר האשה ובשביל זה נאמן ואם אינו מעיד בת"ע א"נ להשים עצמו רשע. כמו כן לרבא אף דסובר דגזלן דאורייתא פסול וע"כ הא דנאמן הוא מטעם דפלג"ד בעינן ג"כ דוקא שיתכוון להעיד דאז פלג"ד ולא פשאומר סיפור דברי' בעלמא.

ובבאמת יש להבין דברי הח"מ דין בעבד דל"א פלג"ד דעבד משים עצמו רשע וא"נ הא אם נאמר דמשים עצמו רשע יהי עכ"פ דהרגו ממנ"פ ואם נאמר פיו דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה לכה אין יכולין לקבל עדותו וכמו"ש הרמ"ה סנהדרין הבאתיו לעיל (סי' ט"ל) בפירושו ד' ר' יוסף דאמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד היינו דגזה"כ הוא שלא לקבל עדות רשע יקשה דזה א"ש לענין מיתה אבל בזה יהיה נאמן דעשה מעשה רשע במגו דהי' אומר נהרג בשלמא בש"ס דמוקי רב יוסף טעמא דת"ק דסברו גזלן דאורייתא פשר לעדות אשה ולא אמר דמטעם מגו נאמן הטעם הוא דמגו במקום דמשים עצמו רשע ל"א וכמו שפתי לעיל לפרש דברי מהר"ש מקינון שבש"ף (סי' פ"ב) דהוכחתו מר' יוסף.

ונה אתי שפיר באדם פשר דשייף לומר א"א משים עצמו רשע אבל בעבד לדברי הח"מ דסובר דעבד מע"ר אם פן יהיה נאמן מטעם מגו פיו דל"ה נגד חזקה ואי דמ"מ אין אדם משים עצמו רשע לפוסלו לעדות לשאר ענינים מה דעבד נאמן ורואה וגזלן א"נ.

אם פן לא נוכל לקבל כל דבריו יקשה דשוב נימא פלגינן דיבורו לקבל העדות דנהרג כמו בכל אדם פשר פשאומר הרגתיו וצ"ע: וראיתי בס' ב"א דדייק בדברי רמב"ם דכתב (פי"ב ה"ג) ישאל שאמר הרגתיו ה"ז תנשא די"ל בפסולי עדות לא פלגינן דיבורא דיש לומר לשיטת הסוברים בדעת רמב"ם דעד א' פשר נאמן מדין תורה בעדות מת בעלה ופסול נאמן מדרבנן ולמ"ש תוס' פתובות (דף ח"י) לחד תירוץ הא דעדים שאמרו כ"י הוא זה ונאנוסים היינו מחמת ממון דאינו נאמנין ולא אמרינו פלגינן דיבורא משום דקיום שטרות דרבנן לא אמרינו פלגינן דיבורא לפסול השטר והפנונה פיו דמד"ת עדים החתומים על השטר כמו שפסקה עדותן בב"ד ול"צ קיום כלל וא"כ אף אם היו אמרים מחמת נפשות כפי' ל"ה מהימנו אף חכמים הצריכו קיום וכיון דהוא רק מדרבנן הנאמנות לא פ"ד ולכה סברא ע"כ הא דבהרגתיו פ"ד הוא משום דעד א' נאמן מן התורה והאריף להוכיח דלשיטת רמב"ם בפ"ד סובר ע"כ תירוץ זה של תוס'.

ואם פן ממילא דוקא בעד ישראל פשר דנאמן מן התורה אילו אמר נהרג לכה פ"ד אבל פסולי עדים דאינו נאמן רק מדרבנן לא אמרינו פ"ד ולכה דייק רמב"ם ישאל עכ"ד בכו"כ מקומות.

ולענ"ד כל דבריו מוקשים. מ"ש דרמב"ם מוכרח רק לתירוץ הזה של התוס' ז"א הא לדבריו דבעדות הנאמן מדרבנן לא אמרינו פ"ד אם פן לרמב"ם כל עדות שבשטר לא הוי רק דרבנן לא נימא פ"ד וזה מבואר להיפך וגם אף אם נאמר דלרמב"ם פירוש המשניות סוף גזרים דפירש פ"ד דמקבלין כל דבריו רק הנוגע לאחרים א"נ מ"מ אי אפשר לומר דנקבל כל דבריו רק הואיל דאינו נפסל על ידי עצמו נקבל העדות וגזירת הפתוב דכל זמן שלא נפסל על פי ב"ד דכשר להעיד כבר פתבתי לעיל דז"א.

וגם י"ל בלא"ה בקושית תוס' דכיון דלדבריו יצטרף לשלם אם יגבה המלוה בשטר זה הוי בע"ד או כמו"ש לעיל פיו דלא קרעינו אמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אולם גוף דבריו לדינא לומר דהיכא דגוף העדות אינו מועיל רק מדרבנן לא נימא פלגינן דיבורא זה לא ניתן להאמר ויש כמה ראיות להיפך ולדעת כמה מחברים כל דין עדות בזמן הזה דליכא סמוכין לא הוי רק דרבנן מטעם שליחותיהו דקמאי עבדינו ואף אם

נאמר דבזה פנין אם הנה מן מחין היינו מקבלין עדותן על ידי פלג"ד לכן גם עתה מקבלין מפל מקום נראה פל דתיקנו רבנו פועין דאורייתא תקנו וכיין דמהני עדותן עכ"פ מדרבנו למה לא נימא פלגינן דיבור' לקיים עדותן: וסברת תוס' הוא מצד אחר פנין דמדאורייתא עדים התומין על השטר הוי פהגדה וכן תקרה עדותן בב"ד ואף אם יאמרו בפירוש אנוסים היינו מחמת נפשות לה"נ מטעם פנין שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו"ל הצריכו קיום לכך פנין דאמרו כ"י הוא זה ממילא נתקיים השטר ושוב אינו חוזר ומגיד רק פשאמרו מחמת נפשות נאמני' במגו דהיה אומרים אין זה כתב ידינו או היו שותקים מלקיים השטר וכיין דלא אמרו מחמת נפשות רק מחמת ממון ואנו נימא לדון דהיה מחמת נפשות מטעם פלגינן דיבור' ולקבל עדותן דאנוסים אמרינן פנין דנתקיים השטר לא פלגינן דיבורא לפסול השטר פנין דעכ"פ ידענו דנתקיים השטר שוב אינו חוזר ומגיד ועיין ש"מ פתובות שם בלשון הר"י הלוי ו"ל בתירוץ הראשון על קושיא דנימא פלגינן דיבורא ונראה מבואר שם בהקושיא דלא ק"ל דנימא פלגינן דיבורא דהיו אנוסין מחמת נפשות רק כמו דנראה מפי' המשנה לרמב"ם סוף נדרים דפלגינן דיבורא היינו דנאמן להנוגע לאחרי' ולא לפסול עצמו ומתירן דאיכא שטרך בכתומת ידם דמכחיש בהאי סהודתא דאף על גב דאין פתיבת ידם יוצא ממקום אחר מ"מ מפי חתמו פכר נחקרו עדותן וגלוני מלתא בעלמא הוא דבעו לאסהודי אח"י לכך פשאמרו מחמת נפשות דל"מ נפשי' רשעים מהימני' להו דהפה שאסור הוא כו' אבל מחמת ממון דמשוי נפשיהו רשעים לא מהימני וכיין דא"נ נמצא השטר עומד על חזקתו עיי"ש וזה נמי סברת תוס' פנין דקיום שטרות דרבנו לא פלגינן דיבורא לפסול השטר ואמרינן פנין שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל היכא דבעצם העדות אף דל"מ רק מדרבנו אם יש מקום לקבל עדותן ע"י פלג"ד יש בו פל דין תורת עדות ואמרינן פלגינן דיבורא.

והא דדייק רמב"ם ישראל שאמר הרגתיו הוא רבותא אף דישראל פשר הוא מ"מ מקבלין דבריו שאמר הרגתיו ופלגינן דיבורא להתיר האשה: סי' מב ממה דהוכחתי מדברי רש"י דזוקא אם מתפנין להעיד אז אמרינן פלגינן דיבורא ולא באינו מתפנין י"ל מכ"ש דלגבי בע"ד הנוגע לעצמו לא אמרינן פלגינן דיבורא וצריף לברר טענתו ולא פלגינן דבריו ללמוד ולתקן דבריו.

ומה"ט הא דמבואר לענין קידושין דצריף שני עדים ואם מעיד עד א' שנתקדשה והמקדש ג"כ להסוברים דמקדש בעד א' אין חוששין לקידושין מותרת לשוק ולא אמרינן פלגינן דיבורא פנין דמ"מ יש שני עדים עליה שהיא אשת איש ובפנ"י קידושין (דף ס"ה) רמז לזה ולמ"ש אתי שפיר דזוקא בבא להעיד בתורת עדות אז פל מה דנוכל לקבל מתוך עדותו מקבלינן ולא פשאינו בא להעיד ולכן שם אינו בא להעיד פלל רק בתורת בע"ד לא אמרינן פלגינן דיבורא.

[ואולם שם בלא"ה לא שייף לומר פלגינן דיבורא פאשר כתבתי בהגהותי בד"ח דיני קידושין (סי' א') דלא אמרינן פלגינן דיבורא להוסיף איסור חדש על ידי עדותו מה שאינו מעיד וזוקא בפלוני רבעני וכדומה דליכא שום נ"מ את מי רבע וכן בגזל ממני או לקח רבית ממני דלענין שיהיה נאמן שעשה האיסור ליכא נ"מ אז פלגינן דיבורא אבל במעידין

על האשה שנתקדשה מפלוני מעידין על האיסור שיש היתר לאיסורה באם ימות המקדש או יגרשה.

וכיון דעל עצמו אינו נאמן לא נוכל לומר פלגינן דבורו שלא נתקדשה ממנו רק מן אחר שלא נודע לנו מי הוא ותהיה אסורה לשוק אף אם ימות זה שאמרו שקדשה או יגרשה בכ"ז תהיה אסורה זאת ל"א להוסיף על עדותן באיסור יתר שאת ממה שהעידו וזה ברור]: וראיתי בתומים כ"מ (ס"ק ק"ה) דכתב שם בהא דפסקינן יו"ד (סי' קע"ו סי"ב) דעת הסמ"ג דהתובע לחבירו מעסקא וטוען ריבית הוא דאינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע ומוציאין ממנו ממון ואף מגו לא מהני.

וברמ"א (סי' קס"ט סכ"ה) פתב במע"פ ואית ליה ללוה מגו נאמן דלמפטר נפשיה מן ממון משים עצמו רשע ובש"ף שם השיג על רמ"א וכתב התומים דלב' תירוצים שבתוס' פתובות הא דלא אמרינן פלגינן דבורא באנוסין היינו מחמת ממון או משום דבקיום הקילו או דמחמת נפשות ל"ש אם פן באומר ריבית קצוצה הוא נפלוג דבורא ונימא ריבית הוא אף לא קצוצה רק אבק ריבית ולא נעשה רשע דאין הל' עובר באבק ריבית ואם אמרו פלגינן דיבור' להקשיר עדותן להוציא ממון מכ"ש להחזיק וי"ל דהסמ"ג סובר בחד גופ' לא אמרינן פלגינן דבור' מה שאין פן לאידך תירוצים שפיר יש לומר פלגינן דבור' ומי יוציא מיד המוחזק דיטעון קים לי עכ"ד.

ולמ"ש לגבי בע"ד לא שייך כלל לגרוע מטענותיו ולהוסיף טענות מה שאינו טוען רק היכא דמתפוזן להעיד וכמבואר מדברי רש"י משא"כ גבי בע"ד אם לא נוכל להאמין הדברים כמו שאמר אדרכא הוחזק ככפרו.

ועיין תוס' שבועות (נ"ף מ"א) גבי הא דאמר רבא כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי דהקשו אמאי לא מתרצינן דבוריה לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי כמו במס' פרייתות באומר לא נטמאתי ומסיק שם התוס' דכשטוען עליו בב"ד יש לו להשיב בענין שיפטור ואין לנו לתרץ דבריו עיי"ש וכ"כ תוס' ישנים בכריתות שם וברשב"א אוריטב"א שבש"מ ב"מ (נ"ף ג') ועיין ש"ע (סי' ע"א) ובתומים שם דמבואר דנקטינן תירוץ זה להלכה דלגבי בע"ד הטוען בב"ד לא מתרצינן דבריו וצריך לברר טענותיו וכמו כן לא שייך לומר פלגינן דיבורו וכיון דאומר ריבית קצוצה הי' וזה אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע לא נפליג דבורא ולומר דהיה אבק ריבית וזה פשוט וברור: עוד התפלא שם התומים הרבה בדעת הסמ"ג וש"ע יו"ד הנז' דכיון דעל פרוח צריך לומר דזה הוי פאנן סהדי דמשקר ואין אדם משים עצמו רשע אף במגו ולכך מוציאין ממון למה פשכר פרע ורוצה להטיל שבועת היסת על המלוה בטענתו שקבל ממנו ריבית קצוצה שומעין לטענותו כמבואר בח"מ יו"ד שם זה נגד השכל דבסברא זו דאין אדם משים עצמו רשע מוציאין ממון וא"א אף במגו ויהיה בידו אחר כך להטיל שבועה עליו עיי"ש עוד קשה אמאי בטוען הל' על שטר דאמנה הוא דנאמן במגו דמזונף ועיין ש"ף (סי' פ"ב) אף דטוען דעדים ידעו מזה ומשוני' לעדים רשעים מ"מ נאמן במגו [ובתומים שם פתב ראיה מש"ס דמוקי לממרי' דרב האומר שטר אמנה דאינו נאמן דאמר ל'ה ובאין כ"י יוצא ממ"א וכדבר הונא אמר רב.



וְלָמָּה לֹא אֵלֵיבָא דכ"ע דְּאִינוּ נְאָמֵן הוּאֵיל דְּמִשְׁוֵי לְעֵדִים רְשָׁעִים א"ו דְּלֹר"כ בְּאַמַּת נְאָמֵן בְּמַגוּ. וְלֹא אֲבִין רְאִיָּה זֹאת הָא לֹס"ד לֹא יִדְעֵנוּ מְזַה דְּעוֹלָה הוּא וְרַב אֲשֵׁי מְסִיק פֶּן כִּדְר"כ וְעִי"ש בְּתוֹס' דְּהִקְשׁוּ לְאוּקִימַתָּא דְקִאָמֵר מְלִנְה וּכְגוֹן שְׁחָב לְאַחֲרִים יִהְיֶה נְאָמֵן בְּמַגוּ דְּמַחֲזִיל וּבש"מ מְשֵׁם הֶרְאָב"ד מְתַרְץ דְּהוּי מְגוּ בְּמִקוּם עֵדִים וְהִקְשָׁה פֶּן בש"מ שֵׁם הָא לֹס"ד לֹא יִדְעֵנוּ מְזַה.

וּבְאַמַּת י"ל דְּגַם לֹס"ד הִיָּה ס"ל דְּאַמְנָה עוֹלָה הוּא דְּכִי אֲבִי וְרַבָּא לֹא ס"ל הָא דְר"כ רַק דְּסִבְר דְּעוֹלָה הוּא פְּשֵׁהָעֵדִים יִדְעוּ מְזַה אֲבָל הֵיכָא דְּעֵדִים לֹא יִדְעוּ בְּזַה לֵיכָא עוֹלָה כְּמוֹ דְּכַתֵּב הַש"ף (ס' מ"ו) דְּעֵדִים נְאָמְנִין אֲפִי' בְּכ"י יִמ"א הֵיכָא דְּאָמְרוּ דְלֹא יִדְעוּ וְאֲבִי וְרַבָּא ס"ל לְאוּקִימַי דְּבָרֵי רַב בְּכָל אוֹפְנִים אֲפִי' הֵיכָא דְלֹא מְשׁוֵי לְעֵדִים רְשָׁעִים לְכַף כ' שְׁפִיר הֶרְאָב"ד דְּמ"מ מְגוּ בְּמ"ע הוּא הֵינְנוּ פִּינּוּ דְּהֵינְנוּ מַחְזִיקִין לְהַשְׁטֵר בְּחִזְקַת כְּשֵׁר הָוֵי מְיָגוּ לְאוּרוּעָא שְׁטֵר' אֲבָל בְּאֵם הִיָּה אֲבִי וְרַבָּא רוּצִים לְאוּקִימַי בְּגוּוֹנֵי דְּעֵדִים יִדְעוּ מְזַה כְּמוֹ שְׁכַתֵּב הַתְּנַמִּים אֲזִי אִם נִימָא דִּיְדְּעוּ מְדֵר"כ דְּעוֹלָה הוּא הֵי מוֹקִימַי לְדָרְב כְּר"א מְדֵר"כ] וְיֵשׁ לְהִבִּין דְּבָרֵי הַש"ף הָא מְגוּ בְּמ"ע הוּא וְכִמוֹ"ש הֶרְאָב"ד לְתַרְץ קוֹשְׁיַת תּוֹס' דְּמַה"ט אִינוּ נְאָמֵן בְּחָב לְאַחֲרִים בְּמַגוּ דְּמַחֲל.

וְאַף דְּתוֹס' נִיְתֵר הֶרְאִשׁוֹנִים לֹא תִירְצוּ פּוֹאֲלֵיבָא דְאַמַּת י"ל דְּסִבְרוּ כְּמוֹ דְּקִי"ל מְגוּ בְּמִקוּם חִזְקָה לֹא אֲמַרִינּוּ וְאֵעֲפִי"כ מְגוּ דְּבִידוּ לְעֵשׂוֹת עֲדִיף כְּמוֹ שְׁכַתֵּב הַר"ן קִדְוִישִׁין (ד' ס"ד) וּבְאַחֲרוֹנִים (ס' מ"ז) כְּמוֹ כֵּן י"ל מְגוּ בְּמִקוּם אֲנִן סְהַדֵּי הֵיכָא דְּבִידוּ לְעֵשׂוֹת בְּהִיָּתֵר עֲדִיף.

אֲבָל מְגוּ דְּמִזְנוּיָף דְּהוּא רַק טַעֲנָה עֲדִיפָא לְמָה יִהְיֶה נְאָמֵן בְּמִקוּם עֵדִים גַּם הָא מְש"ס כְּתוּבוֹת מְבוֹאָר לְאוּקִימַתָּא דְּרַבָּא לְהָא דְרַמב"ח אֲרִישָׁא אֲתַמֵּר דֹּא"נ הַעֲדִים בְּמַגוּ בְּמִקוּם דְּמִשְׁוֵי נְפִשָׁי' רְשָׁעִים וְצָרִיף לְחַלְק דְּנִקְא הֵיכָא דְּעֵדִים יִהְיֶה נְאָמְנִים בְּתוֹרַת עֲדוּת בְּמַגוּ הֵיכָא דְּמִשְׁוֵי נְפִשָׁיָהוּ רְשָׁעִים אִינּוּ נְאָמְנִין אֲבָל הַלְנָה יְכוּל לומר טַעֲנָתוּ אֲף דְּמִשְׁוֵי לְעֵדִים רְשָׁעִים.

אֲף מ"מ קִשָּׁה הָא הָוֵי מְגוּ בְּמ"ע. גַּם הָא בְּאַמְנָה הַלְנָה ג"כ עוֹבֵר עַכ"פ עַל לִפְנֵי עוֹר אִם מוֹסֵר שְׁטֵר אֲמָנָה לְמַלְנָה א"כ מְשִׁים עֲצָמוּ רְשָׁע וְדוּמָ' לְדְבָרֵי סְמ"ג הַג"ל דֹּא"נ לומר רִיבִית הִי אֲף בְּמַגוּ וְשֵׁם ג"כ אִין הַלְנָה עוֹבֵר כ"ז שְׁלֹא נָתַן רַק עַל לִפְנֵי עוֹר וְעֵינֵין מְל"מ (פ"ד ה"ב) מְמַלְנָה מְשֵׁם רַלְב"ח.

וְה"נ הַלְנָה עוֹבֵר עַל לִפְנֵי עוֹר לִפִּי טַעֲנָתוּ. וְאַף אִם נִימָא דְּאִינוּ עוֹבֵר רַק מְדַרְבְּנָן מ"מ שְׁיָיף לומר אִין אֲדָם מְשִׁים עֲצָמוּ רְשָׁע כְּמְבוֹאָר מְש"ס כְּתוּבוֹת וְרַשְׁבָּ"א הִבְאֵתִי לְעִיל וּמְדַבְּרֵי קִצוּה"ח (ס' ל"ה) וּבִיּוֹתֵר לְהַמְבוֹאָר בְּתוֹשׁבַת פְּנֵי יְהוֹשֻׁעַ ח"א ח"מ (ס' ט') בְּפִשְׁיטוֹת דְּהֵיכָא דְּמַכְשִׁיל לְחַבְרִירוּ אֲף בְּאִיסוּר דְּרַבְּנָן מ"מ פִּינּוּ דְּמַכְשִׁיל הוּא עוֹבֵר הַמַּכְשִׁיל עַל לֹא דְּאוּרִיָּתָא דְּלִפְנֵי עוֹר ע"ש וְעֵינֵין מ"ש בְּזַה בְּח"ר בְּקוֹנְטֵרֵס הַתְּשׁוּבוֹת (ס' ב') וְא"כ אֲמַאי יְהִי נְאָמֵן אֲמָנָה בְּמַגוּ וְעֵינֵין בְּב"ח (ס' פ"ב) דְּמְבוֹאָר דְּהַלְנָה עוֹבֵר.

וּבְתוֹשׁבַת פְּנֵי מְשָׁה ח"ג מְצִאתִי שְׁפִלְפֵל בְּזַה אִם הַלְנָה עוֹבֵר בְּאַמְנָה אוּלָם מְאִיסוּר דְּלִפְנֵי עוֹר לֹא תַתֵּן מַכְשִׁיל לֹא יִמְלֵט. וְיִקְשָׁה אֲמַאי נְאָמֵן בְּמַגוּ דְּמִזְנוּיָף: וְנִרְאֶה קִצַּת לומר דְּטַעֲמָא שְׁל הַסְמ"ג דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן עַל יְדֵי סְבָרָא דְּאִין אֲדָם מְשִׁים עֲצָמוּ רְשָׁע הוּא דְּנִקְא בְּרִיבִית וְהַטַּעַם כְּמוֹ דְּמִצִּינוּ חִזְקָה טוֹבָה דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן הֵינְנוּ חִזְקָה דְּאִין אֲדָם פּוֹרַע תּוֹף זְמַנּוּ

ומבואר בש"מ ב"ק ר"פ שור שנגח דאף דא"ה בממון אחר הרוב מ"מ פנין דהוי חזקת חיוב מהני חזקה דאין אדם פורע תוה זמנו בצירוף חזקת חיוב להוציא ממון.

וי"ל דזה גם כן הטעם דנאמן אדם לומר פרוזבול הנה לי ואבד ומוציאין ממון אף נגד טענות ברי כמו שפתיב המרדכי פ' השולח והרא"ש בפתשובה (פלל ק"ח) והוא גם כן מהו סברא וטעמא דמצטרפנין חזקת חיוב להדי חזקה דלא שבק התיירא וכמו כן י"ל בחיוב הבא בטענות ריבית להמתבאר מד' הראשונים ומל"מ הל' מלנה דבכל ריבית נתחייב הלנה רק המלנה אסור בכת התורה לקבל אבל מ"מ חל החיוב של הלנה כמו שקצץ ונתחייב וכבר כתבתי בהגהותי בד"ח (חיו"ד סי' ל"ד) דמ"מ נפקע מיד החיוב פנין דאסור להמלנה לקבל ואיסורא רבע עליו נפקע חיובו מטעם הפקר והבאתי שמה שכ"כ מהרי"ט בפתשובה אבל מ"מ מיד נתחייב הלנה רק הואיל דאיסורא רבע עליו נפקע חיובו.

לכך פשוטו המלנה דנעשה בהיתר נאמן והלנה דאומר דהי' החיוב באיסור אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע אף במגו דפרעתי פנין דמודה בחיובו מצטרפנין חזקת חיוב להדי חזקת פשרות דאין אדם משים עצמו רשע ונקטינו דהחיוב הי' בהיתר פנין דאף לדבריו שהנה הקציצה באיסור מ"מ חל החיוב רק דטוען דאריה רביע עליה דהמלנה שלא לקח ונפקע חיובו והמלנה טוען דהנה בהיתר ונשאר החיוב וכיון דהמלנה טוען ברי שאינו עושה איסור נאמן לגבי דנפשיה ואדם נאמן על עצמו ומוציאין מן הלנה מצד דאין אדם משים עצמו רשע בצירוף החזקת חיוב כמו בחזקה דאין פורע ת"ז.

ולפי"ז א"ש מה דמטילין אחר כף על המלנה שבועת הדין אף דשייך לומר חזקה דאין אדם משים עצמו רשע מ"מ לא נפטר בשביל זה מהדין כמו בחזקה דאין אדם פורע תו"ז דג"כ הדין כן דאף דמוציאין ממון מ"מ יכול אחר כף הלנה להטיל על המלנה הדין כמבואר (סי' ע"ח) וה"נ דכונתי'.

ולפי זה גם באומר שטר אמנה אף דמשים עצמו רשע בטענתו מ"מ כשיש לו מגו נאמן בטענתו הואיל דלפי טענתו מעולם לא נתחייב וליכא חזקת חיוב. ולפי"ז צריך לומר הא דמבואר בש"ע (סי' פ"ב ס"י) הוציא עליו שטר מקיום והלנה אומר ריבית אינו נאמן להשביטו ומבואר דדוקא אם מקנים הוא א"נ אבל באם אינו מקנים נאמן לומר ריבית הוא במגו דמזונף ואמאי הא אין אדם משים עצמו רשע כמו הך דיו"ד משם סמ"ג הנ"ל דאף במלנה על פה אינו נאמן במגו דפרעתי דאיירי לא דטוען שקצץ באיסור רק דהנה דומה לו שחייב לו ואחר כף נזכר שהנה ריבית ואז נאמן במגו.

או יש לחלק דדוקא במודה על הקציצה רק דאומר דהנה באיסור בזה בצירוף חזקת חיוב אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. אבל בטוען על השטר דמריבית הוא בזה אף לו ינהה דהנה חזקת חיוב כבר נפקע מצד דאסור לקבל וטרם שנקתב השטר כבר נפקע החיוב וטוען על השטר דבשקר נעשה בזה שוב ליכא רק פת דא"א משים עצמו רשע היכא די'ש לו מגו נאמן ואין מוציאין ממון וצ"ע בכ"ז: סי' מג אם העיד אחד על פלוני שהוא פסול ולא נתקבל עדותו ונשאר בחזקת פשרותו וכשר לכל עדות שבעולם.

אולם אם גם פֿשר אַח"כּ להעיד לזכותו של אותו שְׁהוּדָה עִתָּה שְׁהוּ פֿסוּל יֵשׁ מִן הָאֲחֵרוּנִים פֿתְּבוּ דְנִפְסָל לְהַעֲדִי לְזִכּוּתוֹ וְהִבִּיאוּ רֵאִי מְדַבְּרֵי תוּס' פֿתְּנֻבוֹת (ד' מ"ד) ד"ה א"ב שְׁפִתְבוּ וְנִרְאָה לְר"י דָּאָם יֵשׁ לְזָה מְקַבֵּל מִתְּנָה שׁוּם שְׁטָר אַחַר שְׁהַעֲדִים הָאֵלּוּ חֲתוּמִין בּוּ מְרַעִין לִי שְׁטָרָא הוּאִיל וְהוּא מוֹדָה שְׁהוּ פֿסוּלִין עֵי"ש הָרֵי דְנִשְׁאַרוּ פֿסוּלִין עַל יְדֵי הוֹדָאָתוֹ וְאִף דְשָׁם פֿתְּב הָרָא"ש דְּהִלְכְּתָא דְלֹא מְרַעִין סְהַדֵי דְאִוְקֵי סְהַדֵי אַחְזָקְתִּיהוּ ע"ש הַט' פֿינֵן דְלֹא הוֹדָה בְּעַהֲש"ט בְּפִנְיֵנוּ שְׁהוּ פֿסוּלִין רַק מִמָּה דְיֵשׁ לּוֹ שְׁנֵי שְׁטָרוֹת גְּשִׁפְנוּט מְזָה דְיַדְע דְּהוּ פֿסוּלִין בְּזָה פֿינֵן דְלִכְלָל הָעוֹלָם גְּשִׁאָרוּ בְּחֻזְקַת כְּשָׁרוֹת לֹא פֿסְלִינּוּ לְסְהַדֵי אִף לְגַבֵי דְנִפְשִׁי וְל"א דְהִי הוֹדָאָה.

וְעֵינֵן מֵהֵרִי"ט חֲאָה"ע (ס' מ') דְּהִבִּיא רֵאָיָה מְדַבְּרֵי הָרָא"ש הַנְּ"ל דְּבִסְפֵק פֿסוּל וְסִפֵּק כְּשֵׁר מוֹקְמִינּוּ אַחְזָקַת כְּשָׁרוֹת אִף לְהוֹצִיא מְמוֹן וְדַבְּרֵי צ"ע דְּכָאן פֿינֵן דְּלִכ"ע גְּשִׁאָרוּ הָעֲדִים בְּחֻזְקַת כְּשָׁרוֹת מֵהִיכִי תִּיתִי יִהְיִו גְּפֿסְלִין לְזָה כֹּל זְמַן דְּלֹא יִדְעֵנוּ בְּבִירוֹר דְּהוֹדָה שְׁהוּ פֿסוּלִין וְעֵינֵן ב"ח וְדו"פ (ס' ר"מ) מָה שְׁפִתְבוּ בְּדַעַת רַמְבַּ"ם שָׁם וּבִמְהֵרִי"ט שָׁם דְּכַתְּב דָּאִף לְדַעַת רַמְבַּ"ם גְּשִׁאָרוּ סְהַדֵי בְּחֻזְקַת כְּשָׁרוֹת.

אולם הִיכָא דְּהוֹדָה בְּפִירוּשׁ בְּפֿסוּל הָעֲדִים י"ל דְּהוֹדָאוֹת בַּע"ד כְּמֵאָה עֲדִים דְּמִי: וּבִמְל"מ (פ"א מְשַׁחֲטָה) הִקְשָׁה מְזָה ע"ד מֵהֵרִי"ק בְּשׁוֹחֲט שְׁהַעֲדִי עָלָיו עַד אֶחָד דְּשַׁחֲט שְׁלֹא כַּהֲוֵן וְהוּא מְכַחֲשׁוּ דְמִכָּל מְקוֹם רִשְׁאֵי זָה שְׁהַעֲדִי עָלָיו לְאַכּוֹל מְשַׁחֲטָתוֹ דְּאִינוּ מוֹחֲלֵט לְפֿסוּל עוֹלָמִית וְאִמָּא לֹא גִימָא פֿינֵן דָּאָם הָיוּ ב' עֲדִים עַל זָה שְׁאֹמֵר זָה ל"ה יְכוּלִין לְאַכּוֹל וְלְגַבֵי דִידִי הָיוּ כַּב' עֲדִים כְּמוֹ בְּדַבְּרֵי תוּס' הַנּוֹ' דְּמִשׁוּם שְׁהוֹדָה שְׁפ"א חֲתָמוּ בְּשִׁקָּר שׁוֹינְהוּ לְנִפְשֵׁיהּ לְרִשְׁעֵי וְלְגַבֵי דִידִיהּ בְּעִדּוֹתוֹ בְּפַעַם אַחְרַת א"נ עֵי"ש.

וְעֵינֵן ש"ף ופ"ח יו"ד (סוף ס' א') וּבִש"מ שָׁם מִשָּׁם רִיטְב"א דְּאַחַר כְּף נְאֻמָּנִים גַּם אֶצֶל זָה דְּדִלְמָא עָשׂוּ תְּשׁוּבָה עֵי"ש. וְנִרְאָה דְּהַמְעֵינֵן בְּלִשׁוֹן תוּס' יִרְאָה דְּרַק לְעַנְנֵן אִירוּע' סְהַדֵי לְפֿסוּל הַשְּׁטָרוֹת שְׁחָתְמוּ אַחַר כְּף בְּזָה מְרַעִינּוּ לִי שְׁטָרָא וְכֵן מְבֹאֵר בְּלִשׁוֹן רֵאשׁוּנִים הַמּוּבָא בִּש"מ וּבְהֵרָא"ה שָׁם דְּרַק מָה שְׁחָתְמוּ אַח"כּ עַל הַשְּׁטָר מְרַעִינּוּ לְהַשְּׁטָרוֹת ע"י הוֹדָאָתוֹ שְׁהוֹדָה שְׁהוּ פֿסוּלִין וְלֹא לְחַנּוּם דְּקָדְקוּ לִוְמֵר לְאִירַע' שְׁטָרוֹת וְלֹא פֿתְּבוּ אִם מְבִיא אַחַר כְּף אוֹתָן הָעֲדִים לְהַעֲדִי עַל זְכוּתוֹ דְּלֹא מְהִימְנִינּוּ לְהוּ מִצַּד הוֹדָאָתוֹ דְּהַשְּׁתָא עַל פֿסוּלוֹ מְבֹאֵר דְּכִינּוּ דְלֹא אִיבְרוּ סְהַדֵי אֶלָּא לְשִׁקְרָא וְא"צ לְקִיּוּם הַדְּבָר עֲדוּת רַק לְגַלוּת עַל אֲמִיתַת הָעַנְנֵן וְאִם בְּאֲמַת חֲזִיב הַנְּתַבַּע לֹא אִיכְפַת לָן אִם הָעֲדִים כְּשָׁרִים אוּ פֿסוּלִים.

לְכָף פֿינֵן דְּגוּזָה"כ לְדוֹן הַדְּבָר עַל פִּי שְׁנֵי עֲדִים אֲשֶׁר הִמָּה בְּחֻזְקַת כְּשָׁרוֹת אִף דְּלֹא נוֹדַע לָנוּ אֲמִיתַת הַדְּבָר כְּמוֹ כֵּן אִם תּוֹבַע לְחַבְּרֵי עַל יְדוֹ עֲדִים הִלְלוּ מוֹצִיאִין מִן הַנְּתַבַּע פֿינֵן דְּלִכְלָל הָעוֹלָם הָעֲדִים הִמָּה כְּשָׁרִים לֹא אִיכְפַת לָנוּ בְּהוֹדָאָתוֹ פֿינֵן דְּטוֹעֵן בְּרִי וְיִוְדַע שְׁחֲזִיב לּוֹ וְהַב"ד יוֹדְעִים בִּירוֹר הַדְּבָר ע"י עֲדִים הַכְּשָׁרִים לְכָל דְּבָר לְמָה לֹא יְדוּנוּ הַב"ד עַל יְדֵי עֲדוּתָן פֿינֵן דָּאִף אִם כְּלָפִי שְׁמִיָּא גְּלִי בְּאֲמַת דְּהִמָּה פֿסוּלִין מְכָל מְקוֹם דְּבִרְיָהֶם בְּזָה יְכוּל לְהִיּוֹת אֲמַת וְלֹא חֲסַר לְהַב"ד שׁוּם דְּבָר מִפְּחַ עֲדִים הָאֵלָּה.

וְגַם אִם יִשְׁקָרוּ עֲבָרוּ עַל לֹא דְלֹא תַעֲנָה פֿינֵן דְּאֶצְלָם הִמָּה בְּחֻזְקַת כְּשָׁרוֹת מָה שְׁאִין כֵּן אִם חֲתָמוּ עַל שְׁטָר דְּבְּאֲמַת כֹּל עֲדוּת מְפִי פֿתְּב אִינוּ מוֹעִיל מִן הַתּוֹרָה דְּמִפְּיָהֶם וְלֹא מְפִי פֿתְּבָם. רַק תּוֹרַת שְׁטָר הוּא עַנְיָן אַחַר דְּגִלִי לָנוּ הַקָּרָא לְדַעַת רַבֵּן הַפּוֹסְקִים דְּמַהְגִּי מַה"ת

משום דתורת שטר בכת עדותן מהני וכמו שנתקרה עדותן בב"ד הואיל דנעשה מדעת המתחייב והעדים עושים או שטר קנין או שטר ראיה וכפי לקיום הדבר שגני עדים פשרים לא לבד לגלות אמיתת הדבר רק שהשטר יעשה הקנין ואף בשטרי הלואות אף דשיעבודא דאורייתא מ"מ פבר הוכיחו האחרונים פיון דמע"פ אינו גובה ממשועבדים רק על ידי שטר נגמר עיקר השיעבוד על ידי השטר עיין מה שכ' בזה הנתיבות (סי' ס"ו סקכ"ג) ואף למה שכ' קצוה"ח שם דהוי רק שטר ראיה מ"מ ממה דמהני מכירה בשט"ח ע"כ דל"ה שטר ראיה לבד רק דנתוסף פח שיעבוד על ידי השטר וכל פח שטר הוא אם נעשה פתיקון השטר על ידי שגני עדים הכשרים באמת אבל אם פלפי שמים גלי' דפסולים המה אף אם בדבר זה עשו פדיון ובאמת העידו בח"י על השטר מ"מ ל"ה פח שטר אם המה אינם פשרים להעיד דצריף העדים לקיום הדבר ואם אינו בכת שטר הוי עדותן מפי כתבם דלא מהני לגבי ב"ד לדון ע"ז לכה היכא דהודה על פיסולן של העדים ולגבי עצמו נאמן מרעינו לשטר' שהעדים חתומים עליהן אבל מה שהעידו על פיהן דנין הב"ד על פי עדותן לא מבעיא אם טוען טענות ברי דחייב לו ויודע שהפעם הגידו האמת ודאי דנין על פיהם אלא אף אם תובע בטענות שפא מ"מ פיון דלכל העולם המה פשרים הוי כיודע שחייב לו ודנין הב"ד על פיהם.

לכן דעת מהרי"ק דל"ש בזה לומר שוי' אנפשו חתיכה דאיסורא פיון דאף שראה שפעם א' שחט שלא פהוגן לא הוה חזק בכל פעם שישחוט שחיטה פסולה ורשאי לאכול ועיין תוס' ב"ק (דף ק"ח) דמדאורייתא אף החשוד על השבועה נותנים לו שבועה ובקצוה"ח (סי' צ"ב) ביאר דבריהם דרק לגבי עדות חזית רחמנא אל תשת רשע עד רק מפי איתברר דעשה תשובה אבל לשבועה לא פתיב רשע ומשביעין אותו דאפשר עשה תשובה עיי"ש וה"נ לענין שחיטה פיון דלא מיפסל בבירור ובידו לשחוט פהוגן ונאמן אף הפסול רק פיון דנעשה חשוד לאותו דבר פ"א לכן כ"ז דלא נתברר הפסול שלו רשאי אף זה לאכול משחיטתו וא"ד לדברי תוס' פתובות הנז' דכוננתם רק בדבר דצריף עדות לקיום הדבר בזה מרעינו להו לגבי עצמו.

ואף להסוברים דחשוד על השבועה נפסל מדאורייתא לשבועה מ"מ סברת המרי"ק כ"ז דלא נודע פסולו לא מפסל ויבואר במ"א סברתו לדעת הענייה בזה רק זאת נראה דלענין לפסלו לעדו לחובתו של זה שהודה אינו ראיה לדעתי מדברי תוס' הנ"ל דכל פנונתם רק לפסול מה דבעינן לקיום הדבר עדים פשרים לא לברר אמיתת הדברים: ולכאורה יש להביא ראיה דנפסל לעדות אחרת ע"י הודאתו מהא דמבואר שבועות (דף מ"א) בתובע לחבירו הב לי מאה זווי דאויזפתה והלנה אמר להד"מ והעדים העידו דאויזפיה ופרעיה ואמר רבא פל האומר לא לוייתי פאומר לא פרעתי דמי והעדים נאמנין על ההלואה ואינו נאמנין על הפרעון דהודא' בע"ד פמאה עדים.

ודין זה מוסכם מפל הפוסקים וקשה למה לנט הגמרא דוקא אייתי סהדי דאויזפיה ופרעיה הא אף אם העדי' לא העידו רק דראו פרעון חוב ממילא ידענו דהיה חייב לו ונימא הודאות בע"ד כק' עדים דלא פרעו.

ואף די"ל דהעובדא דמייתי בש"ס שם הכי הוי מ"מ פל הפוסקים הביאו הדין הזה רק באופן זה דהעדים אמרו לנה ופרע ולמה להו דוקא בכה"ג הא אף אם לא ראו רק שנתן

לו בפרעון חוב הנה די: וראיתי בתשובת מרן עק"א ז"ל (סי' קמ"ט) דהעלה דבכה"ג פינון דלא נודע עדות דהלואה רק מפח מעשה פרעון אם נאמר דמאמינים לו דלא פרע ומסקי עדותן שוב ליפא על הלואה עדים ונדוקא פשהעידו לנה ופרע בזה אמרינו על עדות פרעון נאמן לגבי עצמו ומסקין עדותן דפרע עיי"ש.

אולם מדברי ריטב"א פתובות (דף ק"ז ע"ב) מבואר דאף בכה"ג היינו בדבור א' נוכל למפלג ולסלק מה דהוא זכותו של הלנה ומקבלין חובתו דפי' שם בהא דאשה שאמרה גירשני בעלי מתפרנסת עד פדי פתובתה וכששמעה בו שמת ונדוקא עד פדי פתובתה דאיהי היא דאפסידה אנפשה והקשה רש"י תגובה פתובתה יחד פינון דשמעה שמת וכתב הריטב"א פינון דאמרה שהוא חי הני הודאות בע"ד ומאמינים לה לחובתה שהוא חי ודבריה שנתגרשה היא מוכחשת מהעדים שאמרו שפבר הנה מת הרי אף דלא העידו בפירוש דלא גירשה רק פינון של"ה חי ממילא לא גירשה ובכ"ז מקבלין מדבריהם החוב לה היינו שלא גירשה והזכות לה שמת לא מקבלינו ואמרינו הודאת בע"ד כמאה עדים ושוב ראיתי בס' דו"ח מרבינו הנז' שם דעמד באמת בזה ע"ד ריטב"א דלדבריו צריך לומר לאו בנדוקא קתני דאמרי אונפ' עיי"ש: והנה נראה לומר ולחלק בזה דהא בלא"ה קשה אמאי חייב מטעם כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי דמי הא כמו שהלנה הודה דשקר העידו על הפרעון כמו כן המלנה גם כן אומר דשקר העידו מה שהעידו על הפרעון אם כן מודה המלנה בפסול עדים נימא דגם מה שאמרו אונפ' בטל.

וראיתי בתומים (סי' ע"ט) דעמד ע"ז. ובס' ב"א תמה עליו דסותר דברי עצמו שפכת בכ"מ דלכך באין כ"י יוצא ממ"א אינו נאמנין לומר אנוסים מחמת ממון ול"א ממנ"פ אם מעידין בשקר על אנוסים ממילא מה שאמרו כ"י הוא יתבטל דשקורי משקרי היינו משום דלא מפסל כשמשקר העד בפני ב"ד רק כשמעיד דבר שיש תועלת בעדותו לענין ממון אבל לא כשמשקר בדבר שאין תועלת בדבריו בשביל זה לא מפסל וה"נ פינון דאין תועלת במה דמשקרי ואמרו דפרעו פינון דזה נגד הודא' בע"ד לא מפסלו בשביל זה.

אולם ז"א דשם ליכא שום נ"מ בעדותן אבל בזה נ"מ במה שהעידו שפרע דאף דיצא הלנה חייב בדינו והנה רק בשביל הודאתו שאמר להד"מ והני פמודה דלא פרע ונתחייב רק עפ"י הודאתו ולגבי עצמו אבל במקום שחב לאחרים אינו נאמן דהא כל הנוגע לאחרים אינו נאמן ויאמרו אנו אעדים סמכינו כמבואר ש"ס ב"ב (דף קכ"ח) בכה"ג וא"כ לדברי המלנה אם נחזיק דבריו שמה שאמרו פרע העידו בשקר ונפסלו עיי"ז פינון דיש מקום שיהיה תועלת בעדותו ויקשה אמאי גובה המלנה וסמכינו על העדים הא כ"כ שהלנה הודה שהעדים משקרים כ"כ המלנה אומר שהם משקרים.

וצריך לומר דהמלנה אף שהודה שמה שאמרים פרע העידו בשקר מ"מ לדבריו גם כן לא נפסלו רק מדבור שאמרו פרע ונאמינים במה דאמרו אונפ' ואף דרבא סובר ב"ב (דף ל"א) בהאי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דעדות מוכחשת היא וע"כ ל"א ר"ה זו באה בפ"ע ומעידה אלא לעדות אחרת אבל לאותו עדות לא ה"ט דשם עכ"פ עדות מוכחשת היא ונדענו בבירור ששנים מהם נפסלין ורק ר"נ סובר הואיל דזו באה בפ"ע ומעידה וכשרים המה לכל עדות שבעול' לכך ל"א לגבי זה עדות שפטלה מקצתה בטלה כולה כמו דאמרינו ב"ק (ע"ג) פי איתזום אטביחה

בטלה עדות גניבה דשם דנפסלין לכל עדות בבירור מכאן ולהבא אבל היכא דכשרים הם אף מכאן ולהבא דזו באה בפ"ע ומעידה לכה במה דלא אתפחש מקבלין עדותן ורבא סובר דלאותו עדות לא מקבלין עדותן פיון דעכ"פ עכשיו אתכחשי וידענו שפכת אחת המה פסולינ נתבטל כל עדותן משא"כ בהעידו אונפן' ופרע דלכל העולם המה כשרים פחזקת כל עדות רק לגבי מלנה המה נפסלין דלדבריו העידו שקר על פרעון לכו אף דנתבטל עדות הפרעון מחמת הודאתו של הלנה מ"מ כשר אף לגבי המלנה עדות דאונפן' שאמרו קודם שאמרו פרע ואף עדות דפרע לא נתבטל רק לגבי הלנה מטעם הודאתו ומה דנוגע לגבי אחרים ים מחזקינן אף לעדות פרע לאמת.

ולכה לא נתבטל עדות דאונפן' אף דהודה המלנה דהעידו שקר במה שאמרו פרעו מ"מ מה שהעידו קודם לכו דאונפן' נאמנין: וזה א"ש אם אמרו בשני דיבורים אונפן' ופרע אבל אם לא העידו רק דפרע לא נוכל לקבל עדותו ולהוציא מזה דאונפן' ועל הפרעון יהיו מוכחשין מן הלנה דהא בדיבור זה כמו כן המה מוכחשין מן המלנה ומה חזית למיזל בתר הודאת הלנה גיזל בתר הודאת המלנה ואוקי ממונא בחזקת מרא אולם בגידון דריטב"א פתובות שם ליכא שום הכחשה מן הבעל להעדים רק מן האשה שמכחשת העדים בדיבורם שאמרו מת ואמרינן הודאת בע"ד עדיף ומסלקין עדותן לגמרי רק לכל העולם נאמנין העדים ומעדותן ידענו שלא גירשה ולכה אין לה מזונות רק פדי פתובתה: אולם כ"ז אם נאמר דעל ידי הודאתו של המלנה נפסל לכל עדות אבל אם נאמר דבאמת נשאר בכשרותו דגזה"כ הוא דלא נפסל רק ע"י עדים או מטעם פיון דאצל הב"ד הוא בחזקת פשרות וזה טוען ברי דחייב לו אמרינן עפ"י שני עדים יקום דבר הדרא הקושיא לדוכתי למה צריף דוקא שיאמרו אונפן' ופרע הא אם מעידין על הפרעון לבד די נקטינן מזה דהי' הלואה והלנה הודה דלא פרע וגם אצל המלנה המה כשרים.

גם נ"מ אם המלנה תובע דיודע שהלנה לו ועל הפרעון מסופק ואינו זוכר והלנה אומר דיודע שלא הלנה לו והעדים מעידים דראו פרעון בזה למ"ש דגם בחד דבור פלגינן דברי עדים ונקטינן החוב של הלנה בזה הי' חייב לשלם פיון דאינן מוכחשים מן המלנה כלל דא"י מן הפרעון והלנה הודה דלא פרע הי' חייב ולדברי רבינו עק"א ו"ל בזה לא פלגינן חד דיבור לקבל חובו של הלנה ולבטל זכותו: ומה שפכת הגאון ו"ל בחידושו לכתובות שם דלדברי ריטב"א צריף לומר דלא בדוקא קתני דאמרו אונפן' לא אבינו דבריו דזה לפי מה שהניח שם בכוננת הריטב"א דדמי להא דלא לוייתו כאומר לא פרעתי ולא אדע הא המעיין בדברי ריטב"א יראה דלא צרכינן לזה וז"ל דכיון שהודה ע"ע שאינה אלמנה וא"י לתבוע פתובתה בתורת אלמנה שוב אין לה כח גרושה שהרי אינה נאמנת לומר כן שלא בפני בעלה ואין כאן טעם ממנ"פ עכ"ל וא"ד פלל לאם אמרו עדים פרע בזה שפיר יש לומר דדבור אחד לא פלגינן דברי עדים ואם מסלקינן לדברי עדים מכח הודאת הלנה שוב ליכא עדי' פלל שהיה הלואה וממילא נאמן הלנה לומר להד"מ דטענת הלנה טענה מעליא הוא ולא צריף שום סיעת העדים משא"כ בגידון דריטב"א דטענת גירשני בעלי לאו טענה מעליתא הוא ואינ' נאמן' שלא בפני בעלה וכיון דהודאתה מה שהעדים אמרו דמת הוא שקר וליכא לה סיעת העדים שוב אינה נאמנת מכח גרושה פיון דמוכרחין אנו לסלק העדים בשביל הודאתה.

אָבֵל מ"מ י"ל דְּהִיכָא דְּהִיא לֹא צָרִיכָה לְסִיעֵת עֲדִים כְּמוֹ בְּאוֹמֵר לֹא לְוִיִּתִי דְּאַף חֵד דְּרִיבּוֹ מְקַבְּלִין לְחוּבָתוֹ וְלֹא לְזִכּוּתוֹ: ס' מִד בְּסִפְר ד"מ מֵאַאזְמ"ו הַגָּאוֹן ו"ל (ס' ל"ד) חֲקַר לְדַעַת הַמְרַדְכִי הָא דְּאוֹמֵר לְדִידִי אוֹזִיף בְּרַבִּי דְּנִפְסֵל הַמְלָנָה דְּהוּא דְּנוֹקָא אִם אוֹמֵר דְּלֹא שְׁקֵל אָבֵל אִם אוֹמֵר דְּשְׁקִיל הָוִי נוֹגַע אִם הַמְלָנָה מוֹדָה דְּשְׁקִיל מְמַנּוּ וְרוּצָה לְהַחְזִיר אִם נְאֻמֵר דְּבָזָה נְסַתְלַק נְגִיעָתוֹ ל"ה כְּנִפְסֵל עַפ"י עֲצָמוֹ אוֹ לֹא וְכַתֵּב לְהַבִּיא רֵאִי מְהָא דֹּאֵה"ע (ס' ל"ה) דְּאִם קְדָשָׁה הַשְּׁלִיחַ בְּכֶסֶף וְהוּא מוֹדָה דְּמִסְלַק הַנְּגִיעָה וְחָשִׁיב כְּמִקְדָּשׁ בְּעֲדִים וְה"נ דְּכֻוֹנִי ל"ח דְּמִיפְסֵל ע"י עֲצָמוֹ.

וְרֵאִיתִי לְמִי שֶׁהִשְׁיֵג עָלָיו בִּס' חֲדָשׁ דְּהָא מְבֻנָּאָר בְּחִידוּשֵׁי ר"ן מְסַכֵּת שְׁבוּעוֹת בְּהָא דְּלֹא מִשְׁפַּחַת בְּעַדִי קִנְס רֵאִיָּה בְּלֹא יְדִיעָה דְּמִי ל"ב מִיַּדַּע אִי נְכָרִית בְּעַל אוֹ בֵּת יִשְׂרָאֵל בְּעַל וְכַתֵּב הָר"ן אִף אִם אָמַר לֹא אֲנִסְתִּי אֲשֶׁה מְעוֹלָם וְהָעֲדִים אָמְרוּ דְּאִנְס לֹא מִיחֲזִיב אַע"פ שֶׁהוֹחֲזַק כְּפָרְוֹ לְפִי שְׁזָה בְּפִשְׁיַעְתּוֹ מִתְחַזֵּיב וְאִין אָדָם מְשַׁלֵּם קִנְס עַל פִּי עֲצָמוֹ הָרִי בְּאִם אִין עֲדוּת לְחוּד מְסַפְקַת אֲלֵא בְּצִירּוֹף דְּבוּרוֹ מְרַשִּׁיעַ אֶת עֲצָמוֹ קְרִינֵן בִּיָּה וְה"נ פִּינּוֹ דְּבִלֵּא דְּבוּרוֹ שֶׁל הַמְלָנָה ל"ה מְסַפִּיק עֲדוּתוֹ שֶׁל הַלְנָה מְשׁוּם דְּהו"ל נוֹגַע אִף לְאַחַר הוֹדָאָה ל"מ דְּהו"ל מְרַשִּׁיעַ א"ע וְא"א נְפִסֵּל ע"י עֲצָמוֹ: וְלְדַעַתִּי יֵשׁ מְרַחֵק רַב גִּידוֹן זֶה מְדַבְּרִי הָר"ן שֶׁם דְּשָׁם בְּקִנְס אִף הָעֲדִים בְּעֲצָמָם אִינְם יוֹדְעִים אִם חֲזִיב זֶה קִנְס אוֹ לֹא דְּאִינְם יוֹדְעִים לְמִי בְּעַל רַק בְּשִׁבִּיל שֶׁהוֹחֲזַק זֶה כְּפָרְוֹ בְּאָמְרוֹ שֶׁלֹּא בְּעַל כָּלֵל יִתְבַּרֵר חֲזִיבוֹ בְּזָה וְדֹאִי מְקַרִי מְרַשִּׁיעַ אֶת עֲצָמוֹ מֵהָאִין כֵּן בְּגִידוֹן דְּמַר זְקַנִי בְּעַל דְּבַרִי מְשַׁפֵּט ו"ל הָא הָעֲדִים יוֹדְעִין דְּבַר בְּרוּר שְׁזָה נְפִסֵּל שֶׁהַלְנָה בְּרִיבִית וְשְׁקֵל מְמַנּוּ רִיבִיתָא רַק אֲנִן לֹא נוֹכַל לְקַבֵּל עֲדוּתוֹ דְּלָנָה מְחַשֵּׁשׁ נְגִיעָה דְּשִׁמְאָה מְשַׁקֵּר לְכֹן פִּינּוֹ דְּנִסְתְּלַק עַכְשָׁיו הַחֲשֵׁשׁ זֶה ע"י הוֹדָאָתוֹ שֶׁל הַמְלָנָה שְׁפִיר מְקַבְּלִין עֲדוּתוֹ וְהוֹדָאָתוֹ שֶׁל הַמְלָנָה אִינּוֹ פּוֹעֵל לְהַרְשִׁיעַ א"ע דְּבַכְּנִי עֲדִים בְּרוּר הַדְּבַר שֶׁעֲשָׂה מְעַשָּׂה שְׁנִפְסֵל ע"י וְגַם לְנוּ הוּא סָפַק אֲפֻשֵׁר שְׁכֵן הוּא רַק כ"ז שִׁישׁ חֲשֵׁשׁ נְגִיעָה חֲשָׁדִינֵן לְלָנָה לְמִשְׁקֵר וְכִשְׁנִסְתְּלַק זֶה שׁוֹב יְדַעְנוּ בְּבִירּוֹר ע"י שְׁנֵי עֲדִים שֶׁעֲשָׂה מְעַשָּׂה הַפּוֹסֵל אוֹתוֹ מֵהָאִין כֵּן שֶׁם לְגַבִּי קִנְס בְּלַעֲדֵי הוֹדָאָתוֹ לֹא נִתְבַּרֵר חֲזִיבוֹ אִף לְהָעֲדִים.

וּז"פ: בְּרַם יֵשׁ לְהַתְּבוּנָה הָא זֶה וְדֹאִי שִׁיגִיד מְחַדָּשׁ עֲדוּתוֹ הוּא לְלֹא תוֹעֵלֶת פִּינּוֹ דְּעַכְשָׁיו הוּא לְפָנֵינוּ הַנְּגִיעָה דְּמִוְכָרַח לּוֹמֵר שֶׁהַלְנָהוּ פְּדִי שִׁיבֵל מֵהַמְלָנָה עַל פִּי הוֹדָאָתוֹ שֶׁל הַמְלָנָה.

וְאִם כֵּן צָרִיף לּוֹמֵר לְפָנֵסְלוֹ מִפְּחַ הַגָּדָה הָרֵאשׁוֹנָה וְמָה הוֹעִיל הַגָּדָה הָרֵאשׁוֹנָה פִּינּוֹ דְּאִזְ הָיָה גַם כֵּן נוֹגַע בְּדְבַר וְלֹא קַבְּלָנוּ הַגָּדָתוֹ בְּתוֹרַת עֲדוּת אַחֲרֵי דְּאָמַר שֶׁלּוֹ הַלְנָה בְּרִיבִית וְאַחַר כֵּף כְּשִׁנְסַתְלַק הַנְּגִיעָה בְּמָה יִתְעוֹרֵר בְּהַגָּדָתוֹ הָרֵאשׁוֹנָה בְּתוֹרַת עֲדוּת פִּינּוֹ דְּלֹא נִתְקַבֵּל עַד שֶׁהוֹדָה הַמְלָנָה.

וְאוּלַי הָא גַם מְעַיְקָרָא הָיִינוּ מְקַבְּלִין עֲדוּתוֹ רַק שֶׁהָיִינוּ חוֹשְׁשִׁין לְחָשׁוּד אוֹתוֹ לְמִשְׁקֵר וְכִינּוֹן שְׁנִתְבַּרֵר עַכְשָׁיו עַל פִּי הוֹדָאָתוֹ דְּמְלָנָה דְּעַכ"פ אִינּוֹ מְשַׁקֵּר וְנִסְתְּלַק הַחֲשֵׁשׁ זֶה מְקַבְּלִינוּ לְסִדְהוּתָא דְּמְעַיְקָרָא וְעִינּוֹ מ"ש אַאמ"ו ו"ל בְּחִידוּשֵׁי שְׁבִסוֹף סִפְר ד"מ (ס' קכ"א) וּבד"ח דִּינֵי עֲדוּת (ס' י"ז) דְּלִכְּפָה מְהִי סִלּוּק בְּחֲשֵׁשׁ נְגִיעָה וְלֹא מִיפְסֵל מְטַעַם דְּל"ה תְּחִילָתוֹ וְסוּפוֹ בְּכִשְׁרוּת מְשׁוּם דְּגַם תְּחִילָתוֹ הָיָה בְּכִשְׁרוּת רַק דְּלֹא יְדַעְנוּ אוּלַי מְשַׁקֵּר עִי"ש מְשָׁם ש"מ ב"ב (דף מ"ב) וְאִם כֵּן בְּהוֹדָה הַמְלָנָה מְהִי הַגָּדָה וְעִינּוֹ צ"ע

וילדעת הע"ש דנוגע מטעם בעל דבר הוא מפסל ולא מטעם משקר לחוד ודאי נראה דכיון דעדונו נוגע לו שיקבל בהחזרה הריבית לאו תורת עדות עליו.

ואדרבה י"ל אף לאינה פוסקים החולקים על המרדכי וסוברי דל"ה נוגע בדבר פיון דיודע בעצמו שלגבי עצמו לא יהיה נאמן אמרינו דעיקר עדותו הוא רק לגבי המלנה וזה דוקא אם המלנה כופר אבל אם המלנה מודה יש לומר דהוי בע"ד ממש וילדעת ע"ש אינו נאמן: עוד יש להעיר בדין הנ"ל להמבואר ב"ק (דף ע"ה) דהיכא דאמר בפניכם גנבתי דלת"ק לא הוי עדות דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן וילדעת היש"ש שם דוקא בכה"ג שאמר הגנב בתחילה אבל אם אחר כך הודה לדברי עדים שפיר יכול להזימן דאלת"ה כל אהד דפטרן עצמו לגבי קנס ויודה לדברי עדים עיי"ש ולפי זה פאן פיון דהמלנה הודה אחר כך שפיר הוי עדות שאילה"ז אולם לדעת התנאים (סי' ל"ח) אף בהודה אחר כך להעדים פטורין מדין הזמה ומ"מ העדות פשר דבשעה שהעידו בב"ד הנה עדות שיכול להזימן ונתחייב בזו הרגע ומה יהני שהודה אחר כך לפסול הגדת עדים שפכר העידו והוכשר עדותו בב"ד אבל מ"מ מדין הזמה נפטרין ע"ש ולדבריו בנזדון זה פיון דטרם שהודה המלנה לא נתקבל עדותו דלנה מחשש גניעה רק כשהודה המלנה לדבריו אז נקבל עדותו ובה שוב הוי ביטול להעדו מצד דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן ועיי"ש בתנאים דמספקא ליה אם עכ"פ חייב מלקות מטעם דעובר על לאו דלא תענה וכבר מבואר הדבר בש"מ ב"ק שם משם הרא"ש דל"מ הודאתו לפטרו ממלקות אולם בריטב"א ריש מכות דמתרץ שם קושית תוס' על מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות דאיירי שהודה אבל לא בפניכם מבואר דאם הנה אומר בפניכם הי' פטור מגלות וממלקות.

ולפי"ז נ"מ בשני תירוצי תוס' ריש מכות בהא דמעידין באיש פלוני שהוא בן גרושה וכן חליצה דל"ה עדות שאי אתה יכול להזימן או משום דהיכא דל"ש בהו הזמה לא בעי עדות שאתה ילה"ז או דמקיימין הזמה במלקות באם אומר שהרג בשוגג בפניכם אם אמרינו דל"ב בזה כלל עדות שאתה יכול להזימן מהני עדותו אבל אם נאמר דמלקות במקום דין הזמה ל"מ בכה"ג עדותו אם פן אם נאמר כשהודה פטורין אף ממלקות שוב הוי עדות שאי אתה יכול להזימן ולא מהני עדותו לפנסלו.

אף נראה דמנכרח פדעת הים ש"ש דאחר הגדת עדותו לא מיפטרו העדים מדין הזמה בשביל הודאת הבע"ד דאל"כ בכ"מ יודה קודם דרישה וחקירה של העדים דעדיין לא נתקבל עדותו ולא נגמר הדבר אם פן לא נוכל לגמור הדין על ידי עדותו דהוי אי אתה יכול להזימן או שיוודה תוכד"ד של הגדת העדים דעדיין לא נגמר ולא נוכל לומר דבשעה שהעידו בב"ד הנה עדות שאתה יכול להזימן דכל תוף כד"ד עדיין לא נגמר עדותו א"ו פדעת היש"ש דדוקא בהודה קודם העדת עדותו ולא אחר כך ולפי זה אתי שפיר דינו דמר זקני הגאון ז"ל ועיין ש"ך יו"ד (סי' רל"ב ס"ק כ"ז) ובמ"ש בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' כ"ה): סי' מה ש"ע (סי' ל"ד סכ"ח) שנים שהעידו באחד שהוא פסול באחד מאלו עבירות ובאו שנים והכחישו כו' ה"ז ספק פסול לפיכך לא יעיד ואין מוציאין ממון בעדותו וזה לשון רמב"ם (פי"ב) מעדות ויש להתבונן מה זה שכתב לא יעיד ואין



מוציאין ממון בעדותו דמשמע להחזיק נאמנים ומה זה שפכת מקנדם לכלל מונח ה"ז לא יעיד דמשמע בשום עדות אף להחזיק.

ובתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' קל"ו) העלה דכיון דתו"ת ספיקא דרבנן ודוקא באיסור הקמירו ולא בממון כדמוכח מס' יבמות (דף ל"א) בהא דבר שטיא דבממון לא עשו תו"ל תקנה ומקראוי להניחו בחזקת פשרות אלא דלא אלם חזקת פשרות להוציא ממון ולכן להחזיק נאמן וכבר פתבתי בזה בהגהותי לס' ד"ח דיני אישות (סי' י"ד) דאף דכו מבואר בר"טב"א יבמות שם דאם תו"ת ספיקא דרבנן בממון לא מתמירינן ומוקמינן על דאורייתא לאוקמי אחזקה מ"מ זה דוקא היכא דהנידון בא על ממון מה שאין פו בתו"ת על פסולא לגברא דאנו דנין על האישה הנה אם פשר או פסול הוא דומה לכל עניני איסור שהקמירו תו"ל דלא למיזל בתר חזקה בתרי נגד תרי ונ"מ טובא אם להכשירו לעדות לקידושין וגישין או למסור לו שבועה וכה"ג מבואר ברא"ש פתובות (דף כ"א) דכתב פינן דתו"ת ספיקא דרבנן הוא ולא מוקמינן ע"ח לכו פסול מספק ובס' ע"פ שם הקשה מה מדמי איסורין לממון דלא שייך בו לומר קולא וחומר' נוקמי אדאורייתא חזקת פשרות וכתב פינן דהוי ספק דרבנן לענין ממון לא מפיקינן דהוי חומר לתובע ודבריו נדחים מפח ראיות ר"טב"א מבר שטיא רק פוננת הרא"ש פינן דנ"מ על אדם זה לכמה דברים למסור לו שבועה וכדומה ממילא פינן דהדין דתו"ת להחמיר מדרבנן פסול להעיד אחר כף דלא ע"ז לבד נולד הספק וכתבתי שם דלדעת הר"ן רק במילי דאישות הקמירו בספיקא דתו"ת צריף לומר דהש"ע דפוסל כאן לעדות הכריע דרק בתרומה דרבנן הקילו לסמוך על חזקה בתרי ותרי ועיין ב"ש אה"ע (סי' מ"ז ס"ק ב') וכ' עוד שם להוכיח דאף בדאורייתא דעת רמב"ם להקל בתו"ת מדבריו הלכות גזירות (פ"ב ה"ט) ועוד פתבתי שם בזה עיי"ש.

עכ"פ לשון רמב"ם כאן צריף ביאור דמתחילה כתב לא יעיד משמע דרף פלל ואח"כ כתב ואין מוציאין ממון בעדותו משמע להחזיק מקבלין עדותו. וכעת מצאתי בס' דברי אמת שלמד בדעת רמב"ם הלכו' א"ב כמו שפתבתי בדברי חיים שם עפ"י דברי ש"מ פתובות דחזקה שהיינו דנין עליה עדיף וב"ה שפוננתי לדעת הגדול וגם העלה להוכיח מדברי רמב"ם דסובר דתו"ת ספיקא דאורייתא מדכתב רמב"ם ולא יעיד שום עדות ומבואר בדבריו דאף להחזיק אינו נאמן ויקשה מ"ש ואין מוציאין: ונראה למ"ש בש"מ ב"ב סוגיא דפו"ט באוקימתא דר"ש שם בגוזל ונגזל ויש שם ב' לשונות דנגזל נוגע משום השני נוח לי והראשון קשה אינו נאמן דאית ליה סהדי למר כו' וכתב שם בשם עליות ר' יונה ז"ל ונהשתא דאיתמר תרי לישני בהאי מילתא נראה דלא מקבלין סהדותא לכתחילה מטעם השני נוח לי ואף על גב דמספקא לן מילתא אם נוגע בעדות הוא מטעם זה וקיי"ל בב' פתי עדים המכחישות זו את זו.

זו באה זו בפני עצמה ומעידה משמע דמקבלין עדותם אעפ"י שהיא ספק מוכחשת משום דהעמיד הגוף בחזקת פשרות ה"מ הוא דלא מפיקינן להו לעדים מחזקתם כדי לפסלם אבל הכי הא ל"ב למפסלה לשאר עדיות אלא דחיישינן שפא הוא נוגע בעדות בדבר זה ואסור להעיד ואם נתקבלה עדותו נראה דלא מפיקינן? הודעה מלוי מספק דשפא ל"ה שמעון נוגע בעדות עכ"ל הרי היכא דהוי ספק פסול לעדות זו מספק לא מקבלין עדותן דאין

ספק מוציא מידי ודאי ואף להחזיק לא מקבלין לכתחילה עדותן של אלו שהם בספק פשוט נגד תרי שהם ודאי פשרים רק אם עברו הב"ד וקבלו עדותיו דאז פיון דהם רק ספק פסולים מהני עדותם שלא להוציא מן המוחזק וכמו כן להסוברים דספיקא דתו"ת נגד גברא אינו דומה לב' פתי עדים המכחישים זו את זו פיון דשם אנו דנין על כל פת וכת בפני עצמו מה שאין פן בספיקא דתו"ת דאנו דנין על אותו איש מחזקינן ליה בספק פסול לא מקבלין עדותו נגד עדים אחרים המעידין להוציא דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דהספק לפנינו על אותו איש אם הוא פשוט או פסול לא מקבלין ממנו שום עדות אולם אם עברו הב"ד וקבלו עדותו או שלא ידעוואם הוא בספק פסול וקבלו עדותו ואחר כך נתברר שהוא בספק פסול בזה פיון דכבר נתקבל עדותן מהני כשהוא להחזיק ואין מוציאין ממון על ידי העדים אחרים.

ונה פוננת הרמב"ם הרי זה ספק פסול לפיכך לא יעיד היינו בדרך כלל שלכתחילה אין מקבלין ממנו שום עדות אף להחזיק ואין מוציאין ממון בעדותו היינו אף אם העיד ונתקבל עדותו לא מהני להוציא פיון דהוא ספק פסול אבל להחזיק מהני עדותו.

וכן בהא דכתבו תוס' ב"ק (דף ע"ב) דאף לרב חסדא דסובר בב' פתי עדים המכחישים זה את זה בהדי סהדי שקרי ל"ל אינו אלא ספיקא ואם היו שנים מן השוק מעידין פלוני לזה מפלוני מנה ואחת משתי פתי עדים הללו המכחישות זו את זו אומרת לא לנה לא הייתי מוציא ממון מספק י"ל הפנונה גם כן אם נתקבלה עדותן אבל לכתחילה לא מקבלין עדותן על הספק פסולין אף דרצו להעיד להחזיק דאין ס' מוציא מידי ודאי: אף יש להבין דברי תוס' ב"ק הנז' הא מבואר תוס' פתובות (דף כ"ב) דכתבו אף לר"ח מודה הקא דהאי גברא ממילא מתפטר שהרי אם פת אחת מאלו מעידה על אדם אחד שהוא פסול לר"ח דחשיב ליה סהדי שקרי ל"ה נאמנת אע"ג דאין אדם מכחישה וכ"ש היכא דאיכא סהדי דמכחשי דלא מהימני עכ"ל והיינו דסברו אף אם נתקבל עדותן מ"מ אינו נאמנין להוציא את המוחזק בחזקת פשרות דאין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ כמו כן אמאי מהני עדותן להכחיש את עדים האחרים שאומרים על פלוני שלזה הא כמו כן לא משוי לנו שום ספק על אותן עדים האחרים דנימא גם כן שהמה בספק פסולין דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דהמה מוחזקים לפשרים אין הספיקות מוציאין מידי ודאי כמו דא"נ לפסלן ואם כן פיון דאלו שנים אחרים נשארו פשרים לכל עדות שבתורה למה לא יהיו נאמנין לחייב את הפלוני במנה ובמה יגרע עדות הזאת משאר כל עדות דעלמא.

וראיתי בס' שער משפט שעמד בנה על דברי תוס' והאריף שם לתרץ ולא אוכל לעמוד על דבריו למ"ש דכיון דמהיום והלאה לכל עדות שבעולם פשרים הני תרי סהדי דמעידין על פלוני שחייב ולא מספקינן להחזיק בספק פסולים בשביל שמכחישים אותן הני תרי ספק פסולין ולדבריהם העידו עכשיו שקר ומ"מ מחזקינן אותן לפשרים לכל עדות דאין ספק מוציא מידי ודאי אם כן למה לא נקבל עדותן של עכשיו לחייבו המנה שמעידין עליה: ונראה על פי מ"ש פמה פעמים דברי רמב"ם דהא דהתורה האמינה לשני עדים הוא לאו ברור הדבר דכן הוא רק חק מחוקי התורה על פי שנים עדים יקום דבר ואם כן אף אם שנים מכחישים זה את זה פיון דנדאי חד פת המה פסולין והני כמו תערוכות חד בחד דזה טעמא דר"ח פיון דיזענו בבירור שחד פת פסולים המה וכיון דלא ידענו

איזהו מהם לא נוכל לסמוך על עדותן שייעידו להוציא אחד מחזקתו ונשארו בחזקתו כמו קודם ואף דיש לנו ספק דלמא זאת הכת המעידה על אחד לפסלו כשרה היא ואף אם פסולה היא מכל מקום אף פסול יכול להיות דמעיד אמת עכשיו מכל מקום פינו דיש לנו ספק בחזקת העדים על זה לא גזרה התורה לסמוך על עדים שהמה בספק ונשארו אותו איש בחזקתו כמו בלעדי הגדת עדים האלה ג"כ לא הוי ברור שזה איש הוא בחזקת פשר רק גם זאת מחזקת התורה להעמיד כל אחד מישאל בחזקת פשרות ונשארו כמאז כן עתה.

אולם אם נתקבלה עדותן להכחיש שני עדים אחרים המעידים להוציא אף דאלו השני עדים נשארו פשרים לכל עדות שבתורה מ"מ לעשות מעשה על פי עדותן של עכשיו שהני תרי ספק פסולין מכחישין אותן בגוף המעשה בזה שוב אמרינו אף דחק התורה על פי ב' עדים יקום דבר היינו היכא דלית לנו שום ספק אבל פינו דשנים ספק פסולין מכחישין גוף מעשה ההלואה בזה שוב הספק לפינו דלמא משקרים אלו הב' עדים כעת ואף דנשארו פשרים לכל עדות שבתורה היינו במקום דלא יש ספק לפינו על הגדתו כשארו חק התורה לקיים דבר על פי ב' עדים אבל במעשה שלפנינו שאלו מכחישין אותן פינו דלא נעשה ונתברר לנו שאלו הב' המה פסולים בבירור רק מספיקא לא נקבל עדותן אבל להכחיש אם העידו שזה לא לזה באנו לבית הספק ולא נוכל להוציא ממון מספק.

דקא באמת אף אם מוחזק אחד שנפסל יוכל להיות דאומר אמת ועיין תוס' ב"ק (דף ק"ח) דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמפסל ועיין קצוה"ח (סי' צ"ב) הטעם דאף אם עבר פעם א' מכל מקום דלמא עכשיו חזר לכשרותו רק עד פינו דמפסל גזירת הכתוב אל תשת רשע עד עד שישוב בתשובה וזה דוקא אם נתברר לנדאי פסול אבל פינו דלא נתחזק רק לס' פסול כמו לר"ח בב' פתי עדים המכחישין דלא ידענו דלמא אלו המעידים לפינו להכחיש האחרים פשרים הם ואף אם המה פסולין דלמא כעת האמת אתם וכל זמן שיש לנו ספק בעדותן של הני אחרים המעידים בגוף המעשה דלמא משקרי לא נוכל להוציא ממון עפ"י עדותן דע"ז לא גזרה התורה על פי שנים עדים יקום דבר במקום שיש לפינו תרי ספק פסולים המכחישין גוף המעשה ומכל מקום לפסול אותן אף מספק אין בכח אלו הספק פסולין להוציא מידי נדאי ודוק היטב: וראיתי בס' חמדת שלמה חיו"ד (סי' ד') שהקשה לר"ח מ"ש משני שבילין דמעמידן על החזקה אף דהני תרתי דסתרי וכו' דעדות שאני פינו דבעו דבר ברור כל היכא דבעי עדות ע"כ לא מהני חזקה עיי"ש ולא אדע הא כל עדות לאו דבר ברור הוא שכן הוא האמת לאמתו כמו שהעידו רק גזירת הכתוב לדון על פי שני עדים ולהחזיקן בחזקת פשרים דלא יעידו שקר אם כן למה יגרע כחן של אלו במה שמכחישין זה את זה פינו דחק התורה הוא לאוקמי כל דבר על חזקתו למה יגרעו עדים האלה ואי משום דיש לפינו שנים שהמה פסולים שנתערבו כ"כ בשני שבילין ידענו דאחד הוא נדאי טמא ועיין בהרא"ה פתובות שם דכתב באמת דזה טעמא דר"ה דסובר בב' פתי עדים המכחישין זו את זו בזה בפ"ע ומעידה דדומה לשני שבילין ואם כן קשה מ"ט דר"ח.

עוד כתב דלר"ח מדאורייתא לא מוקמינן אחרונה דהתם תולדות הספק של כל אחד הוא בפ"ע מחמת שהלה וא"י באיזה שביל הלה ע"כ פינו דאין אחד תלוי בחבירו מוקמינן כל

אחד אחזקה מה שאין פן בב' כתי עדים המכחישים זו את זו עיקר תולדות הספק מחמת שתי הפיתות ע"כ אין מקום להעמיד על החזקה דתירפף פשנרצה להעמיד אלו אחזקה צריכין להוציא האחרים מחזקתו עכ"ד.

והנה סברא הזאת נראה דלא כן הוא דהא מבואר יבמות (דף קי"ח) באשה שאמרה מת בעלי תנשא וצרתה אסורה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה ועיי"ש בתוס' מידי דהוי אשני שבילין ועיין בבבאור דברי תוס' שם בס' ש"ש (ש"ז פ"ב) הרי אף דעיקר לינת הספק הוא על שניהם וא"א שלא יהיה אחת תלוי בחברתה ואעפ"כ מחזקינן לכל אחת בחזקתו ויש לחלק משם כמוכח.

ובעיקר קושיתו לר"ח י"ל דשאני חזקה דלא הוי בירור הדבר רק חזקת התורה לאוקמ' פל דבר על חזקתו ושללא להוציא מאשר היינו מחזקינן מעיקרא ואם פן אין חזקת טהרה של חבירו מעידה בבירור על איך שהוא טמא ושהלך בדרך הטמא מה שאין פן בשני פיתות עדים המכחישים זו את זו סובר ר"ח פ"ן דשני עדים מעידין בבירור על שנים אחרים שהמה פסולין וזה גזירת הפתוב דעל פי שני עדים יקום דבר איככה נוכל לאוקמי פל אחת על חזקתה והוי פתערוכת חד בחד וכיין דידענו בבירור ששנים מאלו המה פסולים כיצד נוכל לאוקמו על חזקה בדבר שידענו ששני עדים מעידים בבירור עליהם שהמה פסולין ועיין היטב: הדרן לדברי רמב"ם וש"ע אשר נראה דאם קבלו הב"ד עדותו דמהני להחזיק.

ולכאורה יש לדון דהוי עדות שאין להם הזמה דאם איתזמו כיצד נוכל לקיים בהם דין הזמה ולהוציא מהם ממון דדלמא המה פסולין פ"ן דהוא ספיקא דתו"ת ולא אזלינן בתר חזקה רק הואיל דהיה להחזיק מספק לא נוכל להוציא ממון אכל מפל מקום אם הוזמו כיצד יתייבבו הב"ד אותם ולקיים בהם ועשיתם להם כאשר זמם דלמא פסולין המה ואינם בגדר עדות וי"ל פ"ן דבאמת מדאורייתא מוקמינן אותם על חזקתם דתו"ת לא הוי רק ספיקא דרבנן וכמו שכתב הרא"ש וכיין דל"ה רק פסול דרבנן אמרינן דרק ספק פסולין המה ומדאורייתא נדאי פשרים דמוקמינן על חזקתו רק מדרבנן פסולים ורק אם מעידין להוציא ולא להחזיק דבזה נשארו על ד"ת להיות נאמנים בתורת עדות ושוב מקיימינן בהו דין הזמה.

אולם מ"מ יקשה לר"ח דסובר בב' פיתות המכחישים זו את זו דהוי ספק פסולי דאוריית' וכמו דמוכח מקושית תוס' ב"ק שם על רבא דסובר כר"ח וסובר עד זומם חידוש וכמו שכתוב בס' ח"ש שם ובכ"ז מבואר בתוס' דלהחזיק נאמנים להכחיש עדים אחרים בזה יקשה דהא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן דאם יתזמו לא נוכל לקיים בהו דין הזמה.

והעדה הזאת יש להעיר גם פן בקטן דמבואר (סי' ל"ה) דפסול להעיד עד שביאי שני שערוות אחר י"ג שנים ולכאורה אם העיד ולית' קמן למיבדקיה אין עדותו עדות ועיין שם שמעתי (ש"ה פי"א) דהוכיח מזה דחזקה דרבא אינו אלא להחמיר למיאון דאי הוי נדאי להחמיר הנה מהראוי לעדות ממון לסמוך על חזקה דרבא עיי"ש ולפי זה אם העיד להחזיק ולית' קמן למיבדקיה מהראוי לסמוך ושללא להוציא ממון מספק ויקשה גם פן הא הוי עשאילה"ז דאם יתזמו לא נוכל להוציא ממון מספק אף שם יש לומר ממנ"פ אם יהיה בפנינו אחר כך ונבדקהו נחזיקנו לגדול בבירור למפרע כמו שכתוב בש"ע שם.

אולם בְּטוֹמָטִים דְּפִסוּלִיָּה מְסַפֵּק דְשָׂמָא אִשָּׁה וְכִמּוֹ שְׂפָתוֹב בִּש"ע שָׁם וּמִשְׁמַע לְדַבְרֵי תוֹס' הִנּוּ בִּמְס' ב"ק לר"ח דְּלִהְחֻזֵּיק נֶאֱמַן כְּמוֹ כֵּן סֵפֶק אִישׁ סֵפֶק אִשָּׁה אִם נִתְקַבֵּל עֲדוּתוֹ לִהְחֻזֵּיק אִין מוֹצִיאִין מִמּוֹן מְסַפֵּק יֵשׁ לְרֵאוֹת כִּנּוּ"ל דְּהָיְ עֲדוּת שְׂאִיאֲתָה יָכוֹל לִהְחֻזֵּיק וּי"ל בְּכ"ז פִּינּוֹן דְּלִהְיָ צַד דְּהוּא פֶּשֶׁר לְהַעֲיֵד הֵינּוּ מְקַיְיִמִין בְּהוּ דִין הַזְמָה אִף דְּהַשְׂתָּא מְסַפִּיקָא לֹא נוֹכַל לְקַיֵּים בְּהוּ דִין הַזְמָה אִין זֶה בְּגִדְרַע עֲדוּת שְׂאִי אֲתָה יָכוֹל לִהְחֻזֵּיק וּמִהֲנֵי עֲדוּתוֹ לִהְחֻזֵּיק וּמ"מ בְּטוֹמָטִים יֵשׁ לְהַתְּבַוֵּן דְּהָא כָּל מָה דְאֵנּוּ סְמַכִּינּוּ עַל עֲדִים הוּא מְשׁוּם דְאִם יַעֲיֵדוּ בְּשִׁקְרָא עֲבָרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה בְּרַעֲיָה עַד שְׁקֵר וְזֶה שְׁיִיךְ נָמִי בִּס' פֶּשֶׁר אִו פְּסוּל דִּישְׁנׁוּ עַכ"פּ בְּאַזְהָרָה דְל"ת פִּינּוֹן דְּהוּא בְּרַעֲיָה עֲדוּת מִצ"ע רַק מִצַּד אַחַר בָּא הַסֵּפֶק דְלִמָּא נַעֲשֶׂה פְּסוּל עַל יְדֵי מַעֲשֵׂיו וְרַשְׁעוֹ הוּא אִו לֹא לְכַף יֵשׁ לוֹמַר דְּמַקְבְּלִין עֲדוּתוֹ לִהְחֻזֵּיק דְלַעֲנִין מָה דְמִהֲנֵי עֲדוּתוֹ הוּא בְּאַזְהָרָה דְל"ת מָה שְׂאִין כֵּן בְּטוֹמָטִים דְּהוּא סֵפֶק אִישׁ סֵפֶק אִשָּׁה אִם כֵּן יֵשׁ סֵפֶק אִם מְנוּטֵל עַל זֶה אֲזַהְרָה דְל"ת וְכֵן סֵפֶק הַגִּיעַ לְכָלל גְּדוּל וּב"ח עַל ל"ת הוּא אִו אִם עֲדִינּוּ הוּא קָטָן לֹא בְּרַעֲיָה דְל"ת הוּא י"ל דְלֹא נוֹכַל לְקַבֵּל כָּלל עֲדוּתוֹ אִף לִהְחֻזֵּיק: וְהִנֵּה לְפִי דְבַרֵי הָרֵא"ש דְאִינוּ דוֹמָה לְהָא דר"ה דְזוּ בְּאַה בִּפ"ע וּמַעֲיָדָה מְשׁוּם דְפְּסוּלֵי דִיָּדָהּ מְשׁוּם דְמַכְחִישִׁין זֶה אֶת זֶה בְּעֲדוּת זֶה וְחַד מִיְיָנִיָּהּ לְפִי דְבַרֵיָּהּ מְסַהֲדֵי שְׁקֵרָא וְכִינּוּ דל"י הִי' מִיְיָנִיָּהּ מוֹקְמִינּוּ כ"ח אֲחֻזְקַתִּיהוּ אֲבָל הֵכָא דְמְסַהֲדֵי לִיְפָסֵל א' בְּגִזְלָנוּ כִּה"ג בְּתו"ת סֵפִיקָא דְרַבֵּנּוּ הוּא עֵי"ש וּבב"ח בִּיָּאָר הַדְּבָרִים פִּינּוֹן דְלֹא מְסַהֲדֵי אֲפְסוּל מְבֻנָּר רַק דַּע"י הַכְּחָשְׁתָּן יַדְעֵנוּ דְחַד כַּת מְסַהֲדֵי שְׁקֵרָא בְּכִה"ג מוֹקְמִינּוּ אֲחֻזְקָה וּלְפִי זֶה הֵיכָא דְבָאוּ שְׁנֵי כִּיָּתִי עֲדִים וְכָל א' מַעֲיָדָה עַל חֲבֵרְתָּהּ שְׁהֵמָה פְּסוּלִין בְּגִזְלָנוּת בְּכִה"ג פִּינּוֹן דִּיָּדְעִינּוּ דְכַת אַחַת אוֹמְרַת אֲמַת בְּזֶה לֹא אֲזַלִּינּוּ בְּתַר חֻזְקָה וּשְׁנֵי הַכִּיָּתוֹת פְּסוּלִין מִפְּתַח סֵפֶק וְעִינּוּ ס' הַפְּלָאָה כְּתוּבּוֹת שָׁם כְּנִרְאָה פִּינּוֹן לְדַבְרֵי הַב"ח.

אולם מ"מ יֵשׁ לוֹמַר דַּע"כ לֹא הִתְחַמְרוּ בְּזֶה רַק הֵיכָא דְבָאוּ הַפְּסוּלִים וְהַעֲיֵדוּ מִקְּוֹדֵם לְפָסְלוֹ דְכָבֵר יֵצָא מִחֻזְקָתוֹ וְכִמּוֹ"ש בִּש"מ כְּתוּבּוֹת שָׁם. וְגַם בַּקְצוּה"ח כְּתוּב סְבָרָא נְכוּנָה דְדוֹקָא אִם הַשְׁנֵי כִּיָּתוֹת נִשְׂאָרוּ כְּשֵׁרִים בְּזֶה פְּסוּלִין לְהַגִּידוֹן מְדַרְבְּנּוּ הוּאִיל דְּהָיְ ס' דְתו"ת מָה שְׂאִין כֵּן אִם נִחְמִיר בְּשְׁנֵי כִּיָּתוֹת הַמַּכְחִישִׁין זֶה אֶת זֶה לְפָסְלוֹ תְּרַוּוּיָהּ מְסַפִּיקָא אִם כֵּן סֵפֶק פְּסוּל א"י לְהוֹצִיא מִחֻזְקָה עֵי"ש וְאִם כֵּן לְפִי"ז אִף בְּבָאוּ ב"א לְהַעֲיֵד אַחַת עַל חֲבֵרְתָּהּ בְּפְסוּל בְּרוּר גַּם כֵּן מוֹקְמִינּוּ כָּל כַּת אֲחֻזְקַת כְּשָׂרוֹת.

עוֹד י"ל סְבָרָא אַחֲרַת דְאִף דְּהִתְחַמְרוּ חז"ל בְּתו"ת מְדַרְבְּנּוּ הֵינּוּ מְסַפֵּק אֲבָל לֹא בְּשִׁבְלֵי זֶה לַעֲשׂוֹת דְבָר שְׂאִינוּ וְדוֹקָא בְּמַכְחִישִׁין עַל אִישׁ א' פְּסוּלִין לִיָּה מְסַפֵּק אֲבָל בְּשְׁנֵי כִּיָּתוֹת הַמַּכְחִישִׁין אִם נִחְמִיר לְמַפְסֵל מְסַפִּיקָא הֵינּוּ צְרִיכִין לְמַפְסֵל לְתַרְוּוּיָהּ וּבְנֻדָּי חַד כַּת הוּא כְּשִׁיָּרָה לְכֵן מוֹקְמִינּוּ עַל ד"ת וְאֲזַלִּינּוּ בְּתַר חֻזְקָה וְכֵן רֵאִיתִי בְּסִפְר חִידוּשֵׁי הָרַז"ה מְהַרְבַּ מ' וּוּאֵלָף אֶלְעֶסְקֵר ז"ל שְׂכַתְב כֵּן.

אולם יֵשׁ לְפַקְפֵּק מְדוּעַ יִגְרַע סֵפִיקָא דְתו"ת דְּהִתְחַמְרוּ רַבֵּנּוּ מִהָא דְשְׁנֵי שְׁבִילִין דְּמַחְמְרִינּוּ גַם כֵּן אִף שְׁעִי"ז מוֹצִיאִין לְאַחַד מִחֻזְקָתוֹ עַל מְגוּ וְאוּלַי יֵשׁ לְחַלֵּק: וְדַע דְדַעַת רַש"י וּר"ח דְמוֹקְמִינּוּ עַל חֻזְקַת כְּשָׂרוֹ' דְגַבְרָא אִף בְּתו"ת אִוְלָם אַחֲרֵי דְלֹא הִבִּיא בִּש"ע דַּעַתְם נִרְאָה דַּא"י לוֹמַר קִים לִי כְּדַעַתְם.

וְאִין לוֹמַר דְלִמָּא לְכַף לֹא הִבִּיא דַּעַתְם פִּינּוֹן דַּע"כ"פ הוּא רַק סֵפֶק פְּסוּל וּמִהֲנֵי לְהַעֲיֵד לִהְחֻזֵּיק ז"א לְמָה שְׂבִיָּאֲרֵתִי דְלְכַתְחִילָה לֹא מְקַבְּלִין אֶת עֲדוּתוֹ אִף אִם מַעֲיֵד לִהְחֻזֵּיק פִּינּוֹן

דמחזקינו לס' פסול לא מקבלין עדותו כמו שהוכחתי מדברי ש"מ ב"ב ומלשון הרמב"ם דכ' לא יעיד רק אם נתקבלה אז מהני להחזיק אם פן הי' לו להש"ע להביא דעת ר"ח דלדידי' אף לכתחילה מקבלין עדותו ואף להוציא א"כ היכא דהוא להחזיק עכ"פ נקבל עדותו אף לכתחילה אלא ודאי דלא תיזשין לדעתו והכריע פדעת רי"ף ורמב"ם ותוס' וסייעתם דעכ"פ פסולין מדרבנן בתרי נגד תרי: וכתב התנאים משם פ"מ באם יש ספיקא דדינא אם מיפסל או לא והעלה דיותר גרע דהוי ספק חסרון ידוע ויש לעיין דיש לומר דוקא בספיקא דתו"ת בזה מחמרינן פיון דשגוי עדי' מוציאין מן החזקה אבל באם יש ספק אם מפסל יש לומר דעדיף ומה דהביא ראיה מד' רא"ש קידושין יש לומר דמציינו במילי דאישות דמחמרינן ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' מ') דהעלה דבכה"ג אף לדעת הרי"ף מוקמינן על חזקת פשרות בודאי ולא מספק והביא רא' מדברי הרא"ש פתובות (דף מ"ד) בהא דקאמר בש"ס א"ב אורועי סהדי וכתב הרא"ש משם רמ"ה פיון דלא ידעינן הלכתא אוקי סהדי אחזקתיהו.

ובאמת מאד יש לגמגם בראי' זאת דשם הא לגבי כל העולם העדים בחזקת פשרות המה ולית בהו שום ריעותא רק עיקר הספק הוא אם לגבי הבע"ד המה פסולין מטעם דיש לומר אנדוויי אודי ליה ובכה"ג פיון דיש ספק הודאתו אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי חזקת פשרות פיון דגם אם נאמר דאודוויי אודי לא לא מיפסלי רק לגבי דידיה מה שאין פן היכא דנולד הספק על גוף חזקת פשרות דעדים לגבי כ"ע יש לומר דמחמרינן מדרבנן וגם שם ליכא שום ריעותא מצד העדים רק מבע"ד מה שאין פן היכא דאיטרעי חזקתיהו עכ"פ יש לומר דלא מוקמינן אותם על חזקתיהו להוציא ממון ועיין מ"ש לעיל (סי' כ"ג): ועיין מ"מ (פ"ט) מעדות דמסתפק ג"כ בזה היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא באיזה דבר מר אסר ומר מתיר ובא אחד ועשה אותה פעולה שגחלקו עליה אם מוציאין ממון על פיו וכתב גם פן דחזקה לא יברר שאותה הפעולה היא מותרת.

וכבר כתבו אחרונים בזה הרבה בענין חזקה בסד"ד וראיתי בתוספת ר' ישעיה דזקן על חולין שכתב הטעם בזה דהוי חסרון ידיעה דמי יודע דלמא כפר הנכרע הדין בדורות ראשונים שהוא אסור וממנו העתיק הש"ג חולין מובא בכנה"ג יו"ד (סי' כ"ט) ובפ"מ שם ענין זה אולם זה הכל שייך לענין לאסור לא שייך חזקה.

ומ"מ לא נוכל לפוסלו מספק אף דמ"מ בבירור איטרעא חזקת פשרות שלו דבין כף ובין כף אף אם הוא מותר כלפי שמיא מ"מ אסור לו לאכול אותו דבר שגפול בו הספק והחזק לאיסור וכבר כתב המרי"ט בתשובה לדון בס' קידושין אם נתקדשה בבירור קידושי דרבנן והספק הוא על קידושי תורה איטרע חזקת פנויה שלה ולא מוקמינן על חזקתה וכאן נמי איטרע עכ"פ חזקת פשרות שלו דעשה עבירה של תורה לרוב הפוסקים דספיקא דאורייתא לחומרא ואף לדעת רמב"ם יש כמה מחברים הסוברים דבספיקא דדינא מודה דהוא מה"ת לחומרא ואף דהר"ן בתשובה לא ס"ל פן בדעתו מ"מ איטרע חזקתו דעשה בפועל איסור מ"מ יש לומר פיון דלא הוחזק לאיסור ודאי רק לספק איסור לא מוציאין אותו מחזקתו לפוסלו ואינו דומה לתרי ותרי דשם להנך תרי עשה בבירור דבר הפוסלו לכ"ע בבירור גמור אבל בספיקא דדינא אף להנך האוסרים עשה עבירה שגפסל ע"י מ"מ פיון דלדין הוא ספק איסור לא נוכל להוציא אותו מחזקת פשרות עד

דינענו בבירור שעבר עבירה שיש בו מלקות והוא רשע: ועיין תשובה רשב"א (ח"ג סי' צ"ד) שפתב בנידון אם עבר על שבועה דלהבא דלדעת ר"ח ז"ל לא מיפסל ולדעת ר"ת אין חילוק בין שבועה דלשעבר לשבועה דלהבא וכתב ואין בנדינו ראיה מכרעת פאחד מהן כו' ועוד דכל שיש ספק בדבר אין פוסליו בני אדם מן הספק וכן לא יוציא ממון מחזקתו מן הספק.

הרי אף דנדאי עבר על שבועתו ואיתרע חזקת פשרות דידיה מכל מקום לא מיפסל מספק: וראיתי בספר חק"ל יו"ד (סי' פ"ז) שיצא לדון בדבר חדש דאף להסוברים ספיקא דאורייתא לחומרא הוא מה"ת זה דוקא בספק דמציאות אבל בספק שנוחלקו הראשונים ושתיה הפיתות שוות דקיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר ספק זה קיל הוא ולכ"ע מן התורה מותר ואסור רק מדבריהם והטעם על פי מה שכ' ריטב"א משם חכמי צרפת עירובין (דף י"ג) גבי בת קול דב"ה אלו ואלו דברי אלקים חיים אע"ג דאסור ונהיתר סתרי אהדדי היינו דהתורה ניתנה למרע"ה מ"ט פנים טהור ומ"ט פנים טמא ואמר לו הקב"ה שההכרעה תלויה בחכמי הדור וכן כתב רמב"ן פ' שופטים והחינוך (סי' ס"ז) דרצון הבורא לעשות כמו שדנו רוב סנהדרין אף אם טעו וכן מבואר ירושלמי פ"ד דסנהדרין אמר ר"י אלו נתנה התורה חתוכה לא הני לרגל עמידה אמר לפניו רבש"ע הודיעני איך הוא ההלכה אמר לו אחרי רבים להטות וכיון שניתנה ההכרעה לחכמי הדור ולא הוכרע מן השמים מניין לנו לאסור ספק כזה כל זמן שלא הוכרע כיון דאין צד שיעבור על נדאי איסור וא"ד לספק מציאות דקמי שמיא גליא אמיתת הענין ואולי פוגע באיסור ולכך אסור מה"ת אבל בספק בדין שלא הוכרע מחכמי הדור לא משפחת נדאי איסור יש לומר דלכ"ע ספק כה"ג מה"ת לקולא והאריה שם להשיג מפח זה על המל"מ הנ"ל וסוף דבריו הניח בצ"ע מדברי ר"ן בתשובה (סי' נ"א) דכתב להסוברים ספיקא דאורייתא לחומרא מה"ת הוא ג"כ במחלוקת הפוסקים: וילדעתי יש לומר אף דסברתו נכונה היינו דוקא במחלוקות הפוסקים שלא הוכרע מעולם ונדענו שלא נשאל ע"ז מעולם אחר קבלות התורה וזה ספק המזדמן פעם ראשון בעולם אבל מי יודע בכל מחלוקת הפוסקים אם לא נעשה פעם אחד בדור אחד הכרעה לאיסור ואז העובר עושה נדאי איסור דכבר גליא קמי' שמיא ואף דמבואר ברמב"ם מהלכות מקריים דב"ד שעמד אחריהם ב"ד אחר בכלחם לסתור ולדון כפי מה שנתראה בעיניהם שנאמר אל השופט אשר יהיה בימים ההם היינו אם קמו וגי"ל על פי התורה להכריע ההיפוך אבל כל זמן שלא הכריע הלכה כהכרע' הב"ד הראשון והני נדאי איסור ואם פן מי יודע אם לא הוכרע הדבר מכבר לאיסור זה הדין שנסתפקו בהם הפוסקים ולכך הולכין להחמיר מה"ת דדלקא פוגע בנדאי איסור דמה דנסתפק לאחרונים הנה בירור לראשונים וז"ל רבינו ישעיה הזקן מס' חולין בכ"י שמעתי שיש מי שסומך בזה להתיר כל תיקו דטריפה לקולא שיהי כל ספק טריפה מוקמי לה בחזקת היתר וכמה זה ביזם הכל ורעות רוח דלא דמי האי להאי דבס' פשהחזירון פשהו נקובין אין חכם בעולם שיוכל לברר דבמקום נקב נקב והלכך מוקמינו לי' אחזקתיה אבל כל תיקודטריפה שנסתפק להם האיסור ונהיתר מחמת חסרון התורה שהיתה מתמעטת והולכת ואלו הנה בימי הקדמונים היו מבררים כל דבר ודבר על בוריו ולא נשאר ספק בדבר לסמוך על חזקת היתר להתירו ושמא בימי

הראשונים הנה ברור להם כי הוא אסור ונמצא שאכלנו טריפה הלכך אין לומר אלא כל ספק איסורא דאורייתא לחומרא וכך פסק המורה וכל הפסקנים עכ"ל.

הרי כמו שפתי דסיקא דינא הוי ג"כ כמו ספק במציאות דאפשר שפבר הכריעו הקדמונים דבר זה לאיסור וכ"ז שלא נתברר בהכרעה להתיר אסור מה"ת: ואולם גברא רבה אמר למילתא יש מקום לדון דמ"מ מן התורה אינו אסור דיש כמו ס"ס חדא דלמא ספק זה לא הכריעו עדיין ודין זה שבאו לדין עליו אולי נשאר בספק וכ"ז שלא נעשה הכרעה למטה נשאר הדבר במ"ט פנים להתיר או לאסור וכל זמן שלא הכריעו חכמי הדור אינו פוגע בנדאי איסור ואף אם פבר עשו חכמי הדור הכרעה מ"מ דלמא הנה ההכרעה להיתר ודומה להא דמבואר ברשב"א וריטב"א קידושין (דף ע"ג) בהא דאמר רבא דמן התורה שותוקי פשר דרוב פשרים אצלה מאי אמרת דלמא אצלה איהי לגבי התורה אמרה ספק ממזר יבא הא בלא"ה סוף סוף איפא רוב להתיר דאם הבועל אול אצלה הוי רוב ואף אם אול איהי אל הבועל איפא מחצה על מחצה וממילא איפא רוב צדדים להתיר ולמה צריף דהתורה אמרה ספק ממזר יבא.

וכתב הרשב"א דאיצטריף קרא להיכא דאצלה איהי לגבי ובריטב"א כ' בקוש' דהוי ס"ס והפונה גם כן דיש רוב צדדים להתיר והכי נמי דכונתיה דאם לא נעשה ההכרעה מן חכמי הדור כלל בספק הדין שנסתפק לנו ליכא איסור מן התורה פיון דלא מפגע בנדאי איסור ואם נעשה ההכרעה ואנחנו לא ידענו דלמא נעשה הכרעה להתיר.

ואולם פבר חוכח בזה בפנ"י קידושין שם דיש לומר פיון דל"ה רוב ברור לא מהני ואאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים אה"ע (סי' א') הוכיח דהמ"מ חולק בזה על הרשב"א עיי"ש: סי' מו הגם דבתו"ת אצלינו בטר החזקה מדאורייתא מ"מ העלו כמעט כל האחרונים דדוקא בחזקה דמעיקרא שאינו מבררת אכל בחזקה המבררת או רוב מה שהוא מצד ראיה ובירור הדבר בזה אמרינו לו יהיה דיש עוד פת עדים לסייעו להני תרי מ"מ תרי כמאה וכבר פתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני אישות (סי' י"ד) והבאתי דברי הרמב"ם (פ"כ הט"ז) מא"ב וש"ע אה"ע (סי' ג') שפתב וידחה הקול שב' כמאה ודברי ר"י בש"מ פתובות (דף פ"ו) עיי"ש: ולכאורה יש ליישב בזה דברי רמ"א ח"מ (סי' רס"ז) שפתב לגבי אבידה בעדים ועדים וסימנים דיהא מונח ובש"ף שם השיג על הרמ"א פיון דהאי לא ידע סימנים מוכח מלתא דסהדי בשקרא ניהו עיי"ש ולהנז' לגבי עדים ל"מ בירור דסימנים פיון דסימנים מטעם בירור והוכחה הוא אמרינו תרי כמאה ול"מ נגד עדים הוכחה וכן כ' בס' בית מאיר בצלעות הפית (סי' ח') ובגתיות המשפט שם: ולי נראה דגם להחזיר אבידה בסימנים אינו מטעם בירור לבד רק ע"כ צריכין לבא לחזקה דמעיקרא דהא הרמב"ן וריטב"א הובא בש"מ ב"מ (דף כ"ח) הקשו אמאי מהדרינו אבידה בסימנים ניהוש דלמא מכר החפץ זה לאחר ומאחר נפל והוא יודע הסימנים פיון דהיה ת"י וכתבו לתרץ פיון דעכ"פ הסימנים מעידים דהיה פעם אחד החפץ שלו דאל"כ מהיכן יודע הסימנים וכיון דנתברר דהיה שלו שוב מוקמינו על חזקת מרא קמא ולפי"ז אתי שפיר אף דעדים אומרין שמזה נפל מ"מ אינם מעידין של"ה מעולם של אחר רק דיודעין שממנו נפל והעדים אחרי' מעידין שמזה נפל וזה שנותן הסימנים אינו מברר שממנו נפל רק שפעם אחד היה שלו וזה אין העדים מכחישים וכיון



דע"י הוכחת הסימנים ידענו שפ"א הי' שלו שוב מוקמינו על חזקת מר"ק וחזקה הזאת מהני להכריע במקום תרי ותרי לאוקמי על חזקתו ובמזון אף ספקא דרבנן ל"ה כמבואר בריטב"א יבמות וש"מ כתובות וכן אם העדים מכחישים א"ע באריגה שאלו אומרים שראובן ארג זה הבגד ג"כ י"ל דינתן לזה שנותן סימניו פינו דאף אם פנים דברי עדים האחרים שאומרים שזה שאינו נותן הסימנים ארג הבגד מ"מ יוכל להיות שמכרו לזה שנותן וזה שנותן סימנים אינו מוכחש בזה מן העדים ואף אם נאמר דסימנים לא מהני להוציא ממרא קמא וכמו דנסתפק בחידושי רבינו עקיבא איגר ז"ל חידושי ב"מ בפ"א דכתב הרא"ש סימנים ועדים ינתן לבעל העדים דאף אם לא ראו העדים הגפילה רק שידעו שהיה בידו גם כן מחזירין לו פינו דמבנרר על ידי עדים דהי' שלו מחזיקינו אותו בידו אבל ביש לו עדי אריגה יש לומר דמפח הסימן מוכח דאחר כף מכר לזה או דידן לומר דסימנים לא מהני להוציא ממר"ק עיי"ש מ"מ היכא דיש עדים לזה ועדים לזה מקבר הסימנים שנותן דעכ"פ פ"א הי' שלו וזאת אין העדים מכחישים בבירור רק דנאמר מר"ק על ידי עדותן הא כמו כן יש מר"ק לבעל הסימנים ע"י עדים שלו וכיון דע"י הסימנים נתברר שהי' שלו שוב מוקמינו על חזקת מר"ק ומחזירין לבעל הסימנים כן י"ל וצ"ע עדיין: והנה בתשובת מרן רע"א ז"ל (סי' קל"ז) הביא ס' בתרי ותרי במקום רוב והביא דברי ראב"ד המובא בש"ך (סי' ע"א סי"ב) בתרי ותרי על פירעון השטר דלא מגבינו וכתב פינו דחזקה דשטר בידו מאי בעי מדין אנו סהדי אתיא עלה הני כמו עוד פת עדים מה שאין כן לענין רוב דכף אמרה תורה בכל ספק למיזל בתר רוב.

ונה"ל למ"ש הרא"ש בש"מ ב"מ (דף ז') דרוב הוא מטעם ספק ולא מטעם בירור הדבר אבל כנראה דתוס' חולקין ע"ז ורוב הוא גם כן כמו אנו סהדי ומצד בירור אתינו עלה ממילא כמו כן לא אזלינן בתר רוב בתרי נגד תרי ובאמת בהך דינא דתרי אמרו על שטר דפרוע הוא וב' אומרים דלא פרע אף כי הש"ך כתב כן בפשיטות שם וכן (סי' מ"ו ס"ק ק"א) הדברים צ"ע דא"ד לשם דהוי תרי נגד תרי על גוף השטר אם כשר הוא או פסול מה שאין כן היכא דשנים אומרים פרוע ושנים מכחישים מהראוי לומר סליק עדותן ומוקמינו השטר על חזקתו.

וכבר מצאתי בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קע"ב) שכתב וז"ל הורה רבינו במי שהאמין חבירו כשני עדים לענין פריעת המזון שאם פרעו לפני עדים והעידו עליו שפרע שאין עדותן מועלת כלום ויהנה דינו כדיון שתי פתי עדים המכחישות זו את זו ואוקמי ממונא אחזקת מאריה ואם יש ביד התובע שטר ישאר בחזקתו ואין לו תקנה לענין פירעון המזון אא"כ יקרע השטר עיי"ש וע"כ הא דכתב אין עדותן מועלת כלום היינו היכא דיש ביד התובע שטר דהא אם אין בידו שטר מועיל עדותן דמספק אין מוציאין מזון רק אם יש בידו שטר נשאר בחזקתו הרי מבואר דסובר דחזקה דשטר בדי מ"ב אלם ואף בתרי נגד תרי על הפירעון מוקמינו השטר על חזקתו אף להוציא מזון ואף דרבינו [הוא הרי"ף ז"ל] פוסק בתרי נגד תרי על פסול אדם דלא מוקמינו אותו על החזקה שיועיל עדותו אחר כף לגבי מזון ומבואר ברמב"ן מ"ד כתובות (פ"ב) הטעם דחזקה דממונא עדיפא וא"נ שקולין גינהו לא עבדינו עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מאריה וכ' דאף בתר רובא לא אזלינן בממונא כ"ש בתר חזקה וכיון דאיכא סהדי דפסלי ליה ליכא אלא חזקה גרוע בעלמא עיי"ש וע"כ אף דאין אנו דנין על הוצאות

ממון רק על הגברא דמעדין עליו והי' לנו לדון להחזיקו בחזקת פשרות ואח"כ ממילא מוציאים ממון על ידי עדותו ודומה למ"ש תוס' חולין (דף צ"ו) דאף דאין מוציאים ממון בסימנים מ"מ מחזירין שטר בסימנים הואיל דאין דנין רק על השטר.

צריך לומר דחזקת פשרות גרוע לענין זה דכל נאמנות שני עדים הוא מגזירת הפתוב ולא מצד בירור הדבר כמו שבארנו כמה פעמים לכה כל שיש ספק בפנינו על אדם אם הוא פשר איתרע החזקה ואינו מועיל חזקתו להוציא ממון.

אבל היכא דמכחישין תרי ותרי על שטר אם הוא פרוע או לא עדיף החזקה דשטר בדי מאי בעי ומוציאים ממון. או כמו"ש לעיל (סי' הקדום) בדברי הרא"ש דעכ"פ מדרבנן לא מוקמינן על החזקה הואיל דאנו דנין על האיש אם הוא פשר או פסול יש מקום להחמיר להחזיקו בספק פסול מדרבנן משא"כ בשטר לא מחמירנו לענין ממון ומוקמינן השטר על חזקתו.

וכמו כן יש לומר בתרי ותרי על פרוע דתוה זמנו: וענין בספר דברי אמת קונטרס (ח') שהאריך להוכיח דעת הרי"ף ורמב"ם דתרי ותרי ספיקא דאורייתא הוא ולא אזלינן בתר החזקה מה"ת ומדברי רבינו הר"י מיגאש תלמידו של הרי"ף ורבו של הרמב"ם ובפרט מ"ש משם רבינו נראה דדעתם דלא הוי רק ספיקא דרבנן ואף לענין ממון מוקמינן השטר על חזקתו.

ועיי"ש בדברי אמת שרצה להכריע דתרי ותרי לגבי איסורין אסור מן התורה מש"ס פרייות (דף כ"ד) בשור הנסקל אינו כן עד שלא נסקל יצא וירעה בעדר ה"ד אילמא דאתו בי תרי אמרו הרג ובי תרי אמרו לא הרג מאי חזית דציית לכתראי ציית להו לקמאי אלא לאו בעדי הזמה ואי תרי ותרי ספיקא דרבנן ומה"ת אזלינן בתר חזקה מאי פריך אוקי תרי להדי תרי והשור על חזקתו שהיה בחזקת היתר ולימא דמותר בהנאה מה"ת קאמר וזה ל"ק כל כה דמצינו כמה פעמים להקשות בפשיטות על איסור דרבנן ובפרט כיון דקתני יצא וירעה בעדר משמע דמותר לכ"ע כשאר שורים.

אף זאת קשה להסוברים דלא החמירו חכמים לגבי תו"ת רק בא"א וביחוסין ובשאר מילי לא וצריך לדחוק דמ"מ לגבי הגי תרי סהדי דהעידו דהרג וכל מי שמאמינים להם נאסור ומדקתני יצא וירעה בעדר משמע דלא יש בו שמץ איסור לכה מותר בעדי הזמה ואז מותר לפל: ויש לחקור באשה שבעלה קינא לה ואתו תרי והעידו עליה שנסתרה ותרי אמרו שלא נסתרה אם שותת דלכאורה יש לומר דהוי ספק ספיקא לנו ספק אם נסתרה כלל ואף אם נסתרה שפא לא נטמאה.

או דיש לומר כיון דאם נסתרה הוי ספק סוטה ועשאו פנדאי מפילא שותת וכן משמע בש"ס סוטה דף ו' ע"ב) במנחת קנאות נמצא עדיה זוממין מנחתה חולין משמע דבהכחשה חייבת לשותת אולם אם תרי ותרי ספיקא דרבנן ומה"ת מוקמינן על החזק' יש להבין אמאי שותת.

ובש"ס פרייות ושם מודו חכמים לר"מ אש"ת שהוזמו עדים שישא וירעה בעדר קשה ג"כ למה נקט שהוזמו הא אף בהכחשה בלבד ששנים העידו שאכל חתיכה ספק חלב ספק שומן ושנים מכחישין יש ספק ספיקא ולדעת תוס' פרייות יתות (דף י"ז) דגם

בספק ספיקא מביא אשם תלוי אתי שפיר אבל להנראה מדברי רמב"ם (פ"ח) משגגות דדוקא בספק אחד מביא א"ת ולא בספק ספיקא וכמו שכתב בדעתו בשעה"מ (פ"ט) מהלכות טמא מת קשה אמאי בהקחשה מביא גם אם תו"ת ל"ה רק ספיקא דרבנן למה מביא.

ועיין תוס' סוטה (נ"ד כ"ח) ד"ה מה וא"ת וכי איצטריו קרא למיסר ספיקא ולמ"ש י"ל דנ"מ לענן ספק ספיקא פמוכן ועיין בספר הפלאה (סוף פ"א) דכתובות ולהמבואר תשובת רש"ב"א (סי' פ"א) ובחידושי ר"ן ריש נדה דל"א ספק טומאה ברה"י טמא רק היכא דיש לפנינו ודאי טומאה וספק נגע כמו בסוטה דיש לפנינו הטומאה שהוא הכולל אבל היכא דיש ספק אם היה שם טומאה כלל לא א"כ היכא דיש הפחשות תרי נגד תרי על הסתירה מהראוי שתהיה טהורה ואם תרי ותרי ספיקא דאורייתא הוא אתי שפיר קצת אבל אם תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן על החזקה נימא דטהורה היא ואף אם ספיקא דאורייתא מ"מ מניין לנו שתשטה דלמא לא ציונה התורה לשמות רק בספק שעשאו התורה כנדאי וצ"ע בכ"ז ויבואר א"ה במ"א: סי' מז אם עדים מעידין שפיררו לראובן בטביעת עין דקלא שיהלכוו שמעון מנה או שהודה בפניהם ולא ראו אותו רק הכירו בט"ע דקלא אם מהני כמו דמציינו ש"ס חולין (דף צ"ו) ואלו אמרו אית לן ט"ע בגניה קטלינן ליה וקאי גם אדלעיל מינן דע"י טביעת עין דקלא סומא מותר באשתו או יש לומר דוקא בטביעת עין ממש דמפיר אותו ולא ע"י טביעת עין דקלא וכבר נז"נ בזה בתשובת עבודת הגרשוני וכתב לחלק בין אם הבע"ד מכחיש או לא ובתשובת נשבות יעקב פתב דמהני אף בהקחשת בע"ד.

ובקצוה"ח (סי' פ"א ס"ק י"ג) הביא דברי ש"ג מס' סנהדרין דכתב משם רמ"ה בהא דהיו מקמינן עדים למסית כדי שיהיו רואין אותו ושומעין את קולו ופירש"י הן רואין אותו לאור הגר דאי לא מציי חזי לי לא מציי מסהדי עליו לחיובא קטלא ואע"ג דשומעין קולו יע"ש: ועינתי בדברי רמ"ה חידושי לסנהדרין שם ונתקשתי בדבריו שכתב נז"ל אי קשיא לך הא דאמרינן גיטין סוף (פ"ב) דאזלינן בתר טביעת עין דקלא מי דמי התם לא לענן עדות קא מייירי אלא לענן מילתא דמליא בדידיה למעפדה אבל לענן עדות בעינן עד שיראה אותו כו' תדע דהא התם דקא מיייתי ראי' האיך סומא מותר באשתו אלמא דאזלינן בתר טביעת עין דקלא וגבי עדות קיי"ל דסומא פסול לעדות ותו מדאקשינן התם ביבמות וליחוש שפא שד הוא ולא קא פריק בטביעת קלא עכ"ל ולא אבין מה לי אם תליא בדידיה הא עכ"פ על ידי טביעת עין דקלא שלו מתירין להאשה להנשא ומ"ש לגבי עדות קיי"ל דסומא פסול לעדות תמהני הא לענן עדות סומא דרשינן מקרא דכתוב או ראה או ידע או ראה פרט לסומא כמו דמבואר תוספתא מס' שבועות ועיין בעל התרומה (ריש שער ל"ו) שכ' בעדות פיון דלא חזי לכלהו עדות ולא חזי לחד מיניהו.

והיינו דקשיא ליה דהוי להתפשר סומא בעדות ידוע בקלא רק פיון דלא חזי לכלהו עדות ולא חזו לעדות שצריך ראי' הוי כפסול הגורף ולא חזו אף בטביעת עין דקלא. ועיין רמב"ם (פ"ט) מעדות סומא פסול לעדות וכתב הכ"מ ל"י היכי איתא ולפנינו מבואר בתוספתא שבועות הנז' ואף סומא ונתפקח פסול וכן סומא בשעת הגדה פסול דל"ה סופו

בכשרות כמבואר מס' ב"ב וח"מ (סי' ל"ה) אם פן י"ל דבאמת טביעת עין דקלא מהני  
באם הוא בר ראיה פנין דכשר לקל עדות ושינה בראיה ואית ביה או ראה.

ומה דהביא ראיה מיבמות דפריה וליחוש שמהא שד הוא גם פן אינו מוכן חדא מאן יימר  
דשד אינו יכול לשנות הקול כמו קולו של פלוני ועוד הש"ס מקשה דסתם במתניתין  
דאם אמר איש פלוני ב"פ ממקום פלוני מת משמע אף באם אינו מכירין בקולו ועל זה  
פריה וליחוש שמהא שד הוא ומתירין בחזי בבואה דבבואה ואשמועינן רבותא דאף דאין  
מכירין ואין להם טביעת עין בקלא בכ"ז השיאו את אשתו ודברי הרמ"ה צ"ע: ומצאתי  
בתשובת הר"י מיגאש רבו של הרמב"ם (סי' קמ"ט) שכתב באם הפיר אדם את דברי  
חבירו יכול הוא להעיד עליו אעפ"י שלא ראוהו כמו שמוצינו דסומא מותר באשתו עפ"י  
טביעת עין דקלא והביא מתניתין דסוף יבמות וכתב אלא שאין דנין בבת קול אלא אם  
פן הכירו קולו ודברינו אחר שתראה לו בבואה דבבואה ובה העמידו משנת מי שהיה  
מנשלה בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי וא"ת שמהא לא נסמוך על בת קול  
אלא בהתרת עגונה הרי הראיה הראשונה אינו בהתרת עגונה כו' ואמרו ההוא דאכמין  
כו' א"ל עירי ושכבי ליהו סהדי שנתראה שאם אמר הו עירי ושכבי ליהו סהדי עדותם  
עדות אעפ"י שהיו אחורי הגדר ולא ראו אותו אלא שמעו קולו לבד וא"ת אפשר שהעדים  
ראו אותו והוא לא ראה אותם תשובה אין לנו להכניס באומר מה שאינו מפורש בו בלתי  
ראיה עכ"ל הרי מבואר בפירוש דמקבלין עדותן להוציא ממון בטביעת עין דקלא ודלא  
כמו שהעלה הקצוה"ח לדינא ובנדאי התופס יכול לומר קים לי ואין מוציאין ממנו.

ובס' נתיבות (סי' פ"א) כ' דהוי פידוע בלא ראיה לקה מהני טביעת עין דקלא לענין  
איסורי וכמו כן להוציא ממון משא"כ בדנ"פ דבעי ראי' וטביעה עין דקלא הוי פידוע בלא  
ראיה. ולא משמע פן מדברי הראשונים הנז' ועיין תשובת רש"ב"א (סי' אלה קע"ט)  
דמשמע אף לענין עדי קידושין מהני טביעת עין דקלא וצ"ע לדברי הנתיבות.

ועיין תשוב' ח"ס חז"מ (סי' ב') דחקר גם פן בנה ולא הביא לא דברי העה"ג והשבות  
יעקב הנז' וקצוה"ח ולא דברי ראשונים רק לדקדק מדברי רמב"ם דכתב מי שהוא ראוי  
לראות דמשמע דאם אינו סומא מעיד על הפרות קול ובאמת לדברי בעה"ת שהבאתי  
לעיל אין זה דקדוק: ובדברי הר"י מיגאש הנז' מבואר דבר חדש בפירושו דמתני' סוף  
יבמות דאירי באמת שהשומע מפירו בטביעת עין דקלא דכתב אלא שאין דנין בבת קול  
אלא אם פן הכירו קולו וקשה אם פן מאי פריה בש"ס גיטין (דף ס"ו) ודלמא צרה היא  
[ובאמת מדברי ירושלמי מס' יבמות משמע לכאורה דאירי דמפיר בטביעת עין דקלא  
שכ' על מתני' דמשיאין על פי ב"ק וז"ל תמן תנינן המסית זה הדיוט כו' פיצד עושין לו  
להערים עליו שני עדים ב"א בבית הפנימי ומושיבין אותו בבית החיצון ומדליקין גר  
ע"ג כדי שיהיו רואין אותו ושומעין את קולו וכה תמר אכן שניא הוא דמר אנו אף הכא  
אנו שלא יברח וילך לו ופירש הפ"מ דקושית ירושלמי הוא דהכא אמרינן אפילו אין  
רואין אותו אלא שומעין קולו וע"ז מתירין דהכא שאני דאמר אני איש פלוני לקה א"צ  
שיראהו ופירשו ופריה במסית לסגי באני ולמה צריך להערים ולעשות כדי שיראו אותו  
ומתירין התם כדי שלא יברח ומערימין להביאו לב"ד.

ולכאורה אינו מוכן קונשית הירושלמי הא שם צריך ראיה לדעת אינה איש הוא א"ו דגם כן צריך להפיר את קולו בטביעת עין ועל זה פריך דגם שם יהיה די בשמיעת קולו] ועיין לשון רמב"ם (פ"ב הי"ג) מהלכות גירושין במ"ש והוא שידעו אותו ובמ"ש שם הלח"מ ובג"פ (סי' ק"כ ס"ק ד') בבבאור לשון רמב"ם ובמה שכ' בספר מכתב מאליהו (דף י"ב ע"ב) דכ' אף שלא הפירוהו בפרצוף מכל מקום אם הפירוהו בטביעת עין דקלא די וצ"ע בכל זה: סי' מח לשון הרמב"ם (פ"ט) מעדות השוטה פסול לעדות מן התורה לפי שאינו בן מצות ולא שוטה שהוא מהלך ערום ומשבר פלים כו' אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצא דעתו משונבשת תמיד בדבר מן הדברים אף על פי שמדבר ושואל פענן בשאר דברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב ובהלכה (י"א) החרש פשוטה שאין דעתו נכונה ואינו בן מצות ואחד חרש מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר אף על פי שראיתו ראי' מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בב"ד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ויהיה ראוי לשמוע הדיינים והאיום כו' והנה מ"ש בענן שוטה אם דעתו משונבשת בדבר מן הדברים זה לא נתבאר בדברי רמב"ם במקומות אחרים בכל מקום שמזכיר שוטה רק לענן עדות וכבר העלה המרי"ט בתשובה דלכל ענינים לא מציינו סימני שוטה רק מה דחשבו חז"ל ומה שהוסיף הרמב"ם דעתו משונבשת הוא רק לענן עדות שצריך להעיד על מה שעבר ואולי אז ל"ה שפוי ונתחלף לו דבר בזולתו אבל לענן גיטין וקידושין פינן שאנו רואים עתה דעתו שפוי וצלוה פשר לרמב"ם אולם לא ביאר מאיזה מקום למדו הרמב"ם.

ועיין בספר אור הישר בדבר הגט מקליווא שמה פוסקים מגאוני הדור וכולם העירו ע"ד הרמב"ם הנז' ועיי"ש תשובת הגאון בעל נו"ב. והכ"מ שם עמד עמ"ש רמב"ם דשוטה פסול דאינו בן מצות צ"ע היכא איתא הטעם הנה ובלח"מ שם הקשה ל"ל לטעם זה הא פינן דמעטה תורה קטנים דלאו בני דיעה הוא הדין שוטה וחרשים: ובתומים (סי' ל"ה) פתוב על קונשיא זו דהא קיי"ל דחשו"ק שפכתבו גט וגדול עומד על גביהם יש להם דיעה לכתוב לשמה ש"מ דיש להם דיעה ומילף יליף ואם כן פשמעיד שנתקדשה אשה בפניו וגדול עמו למה לא יוכשר אם פשר לכתוב גט ולכך צ"ל הואיל דלאו בני מצות גינהו.

והנה מלבד דמבואר בתוס' גיטין וראשונים דדוקא משום דכותב שם הבעל והאשה יכול לכוון ולשמוע מהגדול העומד ע"ג ולעשות כמצותו עליו מה שאין כן בענן אחר. בלאו הכי יש מבוכה גדולה בדברי רמב"ם (פ"ג) מגירושין דלא הנכיר גדול ע"ג רק בטנפס הגט ולא בתורף ועיין ג"פ וב"מ (ס' קכ"ג) ובמה שכ' שם ועל הפל דבריו תמוהין מאד דדוקא בדבר דצריך לשמה מהני על ידי גדול ע"ג אבל לקבל עדותו מה מהני שגדול עמו ממנ"פ אם הגדול הנה בר עדות מה צורך לדבריו של קטן יעיד עם אחר וע"כ פנונתו דלא יש שני עדים גדולים רק אחד גדול ואחד קטן או חרש ושוטה ובזה אי לאו דמשום דאינן בני מצות הנה מהני עדותו ע"י הגדול שפולמוז אתמהה א"כ נגמר פל הקידושין על ידי עד א' הגדול וכבר מבואר פתובות (ד' כ"א) דצריך לצרף עמו אחר לקיום השטר כדי שלא נוציא נכי רבעי דממונא אפומי דחד סהדי ועיי"ש ברש"י דגזירת הכתוב הוא על פי שנים עדים יקום דבר חצי דבר ע"פ זה וחצי דבר ע"פ זה ק"ו היכא דלא נקבל כלל עדות החשו"ק בלעדו של הגדול העומד על גבו דלא מהני ואי דגדול אחר מלבד

הַעֲד א' יֵשׁ אַחֵר שֶׁהוּא פְּסוּל לְעֵדוּת זֶה וְהוּא מְלַמֵּד לְהַקְטִין אֶפְסוּל גְּיוֹקוּם וְנִסְמוּךְ בְּדִבְרֵי דְצָרִיף עֵדוּת: וּבִסְפָר ח"ס פֶּתַח לְתַרְזֵן קוֹשֵׁי הַלַּח"מ פִּינּוֹן דְּשׂוֹאֵל פְּעֻנְגוֹן וּמְשִׁיב פְּהַלְכָה וְנִהְי פִּינּוֹן דְּעֵשָׂה מַעֲשֵׂה שְׁטוּת בְּפֹעֵל לֹא מְהִימְנִין לִיה עכ"פ לְמִיחַשׁ מִיְהַת בְּעֵי שְׂמָא אָמַת כְּדִבְרֵיו וְיֵשׁ לְחוּשׁ לְקִידוּשֵׁין אוֹ לְגִיטִין אוֹ אִם יָבֵא לְהַעֲיֵד לְהַחְזִיק מְמוֹן ע"כ אָמַר שֶׁהוּא מְגֻזְרַת הַפְּתוּב וּדְבָרֵיו לֹא נִהְיָרָא דְהָא דְבָעֵי עֵדִים בְּגִיטִין וְקִידוּשֵׁין הוּא לְקִיּוּם הַדְּבָר מְפָנִי שֶׁהוּא חֹב לְאַחֲרִים אוֹ מִטְעַם שֶׁכְּתֹב הַפְּנ"י דְּאִין קִידוּשֵׁין לְחֻצָּאִין כְּדִי שְׁתַּהֲיָה א"א גְּמוּרָה לְדוֹן בְּמִיתָה ע"י וּלְעֵיל (ס' ל') הִרְאָתִי לְדַעַת דְּטַעַם זֶה מְבֹאָר בְּרַמְבַּ"ם ה'ל' גִּירוּשֵׁין עֵי"ש ו"כ פִּינּוֹן דְּאִנּוּן מְחֻזְקִינּוּן לְהוּ לְלֹא בְּנֵי דִיעָה וְכֵן שׂוֹטָה הִכְרִיעוּ חו"ל אִם נִתְחַזַּק ע"י מַעֲשֵׂה שְׁטוּת לְשׂוֹטָה דְּמְחֻזְקִינּוּן לְלֹא בְּנֵי דִיעָה מַה מְהִי עֵדוּתוֹן לְעֻנְגוֹן גִּיטִין וְקִידוּשֵׁין אִם לֹא נוֹכַל לְדוֹן עַל פִּי עֵדוּתוֹן לְהַחְזִיקָה לֹא א"א גְּמוּרָה אוֹ לְמַגְנֵרְשֵׁת גְּמוּרָה לְעֻנְגִינִים הַמְּסַתְעֵפִי מְזַה כְּבָר הָוֵי כְּמִקְדָּשׁ וּמְגַרֵּשׁ בְּלֹא עֵדִים [וּמִטְעַם זֶה דְּבָרֵיו אִינָם שֶׁכְּתֹב שָׁם קוּדָם.

לְכֵן עַל דְּבָרֵי מַהֲרִי"ט דְּסוֹבֵר בְּדַעַת רַמְבַּ"ם דְּרַק לְעֻנְגוֹן עֵדוּת עַל עֵבֵר ל"מ שְׂמָא נִתְחַלַּף לֹו לְמָה סָתָם רַמְבַּ"ם לְפָסְלוֹ אַף לְעֵדוּת גִּיטִין וְקִידוּשֵׁין אִם קִדָּשׁ בְּפָנֵי עֵדִים כְּאֵלוֹ אִין קִידוּשֵׁיו קִידוּשֵׁין.

וּלמ"ש זֶה ל"ק פִּינּוֹן דְּלְקִיּוּם הַדְּבָר בְּעֵי עֵדִים כְּדִי שְׁיִתְבָּרְרוּ אַחֵר כְּפֵי הַדְּבָרִים עַל אֲמִיתוּתוֹן לְדוּנָה לֹא א"א אוֹ פְּנוּיָה לְכָל הַדְּבָרִים הַמְּסַתְעֵפִים מְזַה שְׁפִיר אִין חוּשֵׁינִי לְעֵדִים כְּאֵלוֹ פִּינּוֹן דְּלֹא נוֹכַל לְדוֹן ע"י לְכָל הַחֻזְמֵרוֹת וּמַה לִּי דֹא"ח לְעֵדוּתוֹן עַל עֵבֵר וּמַה לִּי עַל לְהַבָּא פִּינּוֹן דְּיִכּוּל עוֹד לְהַתְחַלַּף וּמ"ש אִם יְעִידוּ לְהַחְזִיק תְּמַהֲנֵי פִּינּוֹן דְּאִנּוּן מְחֻזְקִינּוּן לְהוּ לְשׂוֹטִים וְאִינָם עוֹבְרִים עַל לְאֹ דְלֹא תַעֲנֶה לוֹ יְהִיָּה דִי"ל דְּמְכּוֹנְנִים עֲכָשְׁיוֹ בְּדְבָרֵיהֶם מ"מ לֹא נוֹכַל לְדוֹן עַל יְדוֹ בְּשׂוּם דְּבָר: וְגַם י"ל לְמָה שֶׁכ' הִרְמַבַּ"ם טְוִמְטוּם פְּסוּל מְפָנִי שֶׁהוּא סָפֵק אִשָּׁה וְכָל מִי שֶׁהוּא סָפֵק כְּשֵׁר סָפֵק פְּסוּל הָרִי הוּא פְּסוּל שֶׁהָרִי אִין עַד בָּא אֶלָּא לְהוֹצִיא מְמוֹן עַל פִּי אוֹ לְחַיִּיב עַל פִּי וְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן מִסָּפֵק וְאִין עוֹנְשֵׁין מִס' ד"ת עכ"ד מְדַהֲאָרִיף הִרְמַבַּ"ם וְאָמַר שְׂאִין עַד בָּא אֶלָּא לְהוֹצִיא מִשְׁמַע קֶצֶת דְּאָף לְהַחְזִיק אִינוּ נְאָמְן פִּינּוֹן דִּישׁ רִיעוּתָא בְּגוֹף זֶה וְלֹא נוֹדַע אִם הוּא אִישׁ וְכָשֵׁר לְהַעֲיֵד אוֹ אִשָּׁה וּפְסוּל לְכָל דְּבַר עֵדוּת וְאִינוּ דוּמָה לְסָפֵק פְּסוּל מְחַמַּת עֲבִירָה דְּמִשְׁמַע דְּנְאָמְן לְהַחְזִיק וְכְּמִבְּנֹאֵר מְדְבָרֵי תוֹס' ב"ק (דף ע"ב) לר"ח דְּסוֹבֵר בְּהִדִּי סְהִדֵי שְׁקָרָא ל"ל דמ"מ לְהַחְזִיק אַחֵר כְּפֵי לְהַכְחִישׁ עֵדִים אַחֲרִים נְאָמְנִים וְכְמוֹ שֶׁכ' לְעֵיל (ס' מ"ה) דְּשָׁם הִנֵּה בְּחֻזְקָת פְּשָׁרוֹת וְגַם אִם יַעֲשֵׂה תְּשׁוּבָה יִחְזוֹר לְכְשָׁרוֹתוֹ בְּבִירוֹר רַק רִיעוּתָא מִטְעַם סָפֵק פְּסוּל עֲבִירָה בְּזַה לְהַחְזִיק מְהִי עֵדוּתוֹ אֶבֶל הֵיכָא דְהִרְעוּתָא בְּהַגּוֹף מְצַד עֲצָמוֹתוֹ דְּלֹא יְדַעְנוּ אִם אִישׁ אִם אִשָּׁה הוּא בְּזַה פְּסוּל אַף לְהַחְזִיק וְיֵשׁ לִזְמַר דְּלִמַּד הִרְמַבַּ"ם זֹאת מְדַכְתִּיב בְּתוֹר' וְהוּא עַד וְדָרְשׁוּ חו"ל בְּתוֹסְפָתָא דְּשְׁבוּעוֹת (פ"ג) וְהוּא עַד הַכְּשֵׁר לְעֵדוּת וְהַפִּירוּשׁ אִם כְּשֵׁר לְכָל עֵדוּת בְּבִירוֹר אֶבֶל אִם הוּא סָפֵק א"ח ק"ש אִף אִם מְהִי עֵדוּתוֹ לְהַחְזִיק מ"מ גְּלִי לֵן הַקְּרָא דְּבָעֵי שְׂיָהָא עַד לְכָל דְּבָר וְאִם אִינוּ עַד בְּעֻצָּם לְהוֹצִיא אִינוּ בְּגֻזְרַת עַד אַף לְהַחְזִיק וְכְמוֹ כֵן בְּסָפֵק שׂוֹטָה אַף דִּישׁ לְחַלֵּק קֶצֶת בְּאִם נִשְׁתַּטָּה אַחֵר כְּפֵי וּמְסַפְקִינּוּן בְּדַעַתוֹ מ"מ י"ל דְּכִינּוֹן דְּאִינוּ בְּגֻזְרַת עַד לְהוֹצִיא אִינוּ עַד אַף לְהַחְזִיק: אַף אִם נְאָמַר כֵּן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהָא דְּמְבֹאָר מִתְּנִיתִין ר"פ שְׁבוּעוֹת הָעֵדוּת וְאִינָה נוֹהֲגָת אֶלָּא בְּרֵאוּיִין לְהַעֲיֵד וּפְלִיגָא בְּגְמָרָא לְאֶפּוֹקִי מֵאִי ר"פ אָמַר לְאֶפּוֹקִי מְלָךְ רַב"י אָמַר לְאֶפּוֹקִי מְשַׁחַק בְּקוֹבְיָא וְלָמָּה לֹא קָאָמַר לְאֶפּוֹקִי טְוִמְטוּם

ומשביעהו שיבא ויעיד להחזיקו דמהני עדותו וקתני בראוין להעיד היינו לכל מיני עדות אף להוציא אוילם שם בלא"ה יש לדקדק למה לא קאמר לאפוקי חרש המדבר ואינו שומע או סומא דממעטינן בתוספתא הנז' או אלם למה שכ' הקצוה"ח (סי' מ"ו) דהוא פסול הגוף הואיל דאינו ראוי להעיד בהגדה וכמו שיבואר לקמן ומ"מ לדינא צ"ע בטומטום אם נאמן להחזיק ודאי לכתחילה אין מקבלין עדותו אף להחזיק וכמו שפתי לעיל משם ר"י בש"מ ב"ב דספק פסול לא מקבלין עדותו לכתחילה אף להחזיק אף אם קבלו עדותו צ"ע אם מהני להחזיק: ונראה בדע' רמב"ם הא דכתב דחרש שאינו שומע ואינו מדבר דאין דעתו נכונה ופטור מן המצות וכן בשוטה משום שאינו בן מצות היינו מזה דידענו דאינם ב"מ גזרה התורה דדעתם אינו דעת גמור והא דחרש שאינו שומע ואינו מדבר ושוטה דפטורין מכל המצות הוא כמו דמבואר ירושלמי (פ"א) דחגיגה הא דקתני שם במתניתין שוטה פטור מראיה א"ר אלעזר אתה הראת לדעת.

ומדקאמר מרע"ה זאת לכל ישראל על כל מצות התורה ילפינן דמי שאינו בר דעת פטור מכל מצות התורה. ובכ"מ צריך מיעוט איש לאפוקי קטן משום דאף אם הגיע לכלל דעת כמו מופלא סמוך לאיש וכדומה שהוא פיקח גדול בכל ענינים מכל מקום חק התורה דעד שלא הגיע לכלל י"ג שנים והביא סימני גדלות אין דעתו נכונה ועיין ירושלמי ריש מס' תרומות דרש דחו"ש אין תרומתן תרומה מדכתב ויקחו אליה תרומה מאת כל איש אשר ידבנו לבו פרט לחרש ועיי"ש במפרש דקטן ממעטינן מדכתיב כל איש היינו אף בהגיע לעונת נדרים והא דצריך מיעוט לחו"ש משום דהיה ס"ד אף דפטור ממצות הואיל דאין בו דעת מ"מ תרומה דהוי כמו שיש לפהו חלק בו ולא צריך דעת לקריאת שם תרומה קמ"ל דבעי שיהיה לו דעת עכ"פ הא דחו"ש פטורין מכל המצות שבתורה הוא משום דגזרה התורה דדעת שלהם אינו דעת.

ושפיר כתב הרמב"ם הואיל דאינם בני מצות אף דראינו פקחות בהם מ"מ כ"ז דא"ח במצות ל"ח דעת שלהם ולא מקבלין עדותם: והנה ו"ל תוספתא פ"ג שבועות הנז' והוא עד הפשר לעדות ושמעה להוציא את החרש או ראה להוציא את הסומא או ידע להוציא השוטה אם לא יגיד ונשא עונו להוציא האלם ומזה למד רמב"ם דע"כ מדכ' או ידע למעט שוטה הידוע עפ"י סימני חז"ל וי"א שקבלה בידם מהלמ"ס סימנים שפרטו חז"ל דלשוטה כזה ל"ב מיעוט דממילא ידענו פיון דפטור מכל המצות שבתורה בשביל דעתו ממילא אינו ראוי להעיד וע"כ הוסיפה התורה לענין עדות שבעינן שיהיה לו דעת גמור לכל ענינים ואף אם אין בו אחד מסימני שוטה שמסרו לנו חז"ל מ"מ אם דעתו משונבשת תמיד בדבר מן הדברים ה"ז פסול ובכלל שוטים יחשב וכמו שכתב המרי"ט הטעם פיון שעדות הוא ענין להעיד על העבר חיישינן שמא נתחלף לו דבר וכיון שפסול לענין כזה שעדותו משונבשת פסול לכל עניני עדות וכמו דממעטינן מאו ראה פרט לסומא אע"ג בענין דיכול להבחין והוא פכריא לכל דבר תביעת הלואה מ"מ פסול לעדות כמו דמבואר בבעה"ת (שער ל"ו) וז"ל ואע"ג דלגבי סהדותא פסול לי' ולא מתפשר בכיוון מדת משקלותיו ובכיון דצייר ארעא הכי מצי משבע לחבריה דהתם בעדות פיון דלא חזי לכלהו עדות לא חזי לחד מינייהו עכ"ל כמו כן באם הוא שוטה ודעתו משונבשת בדבר אחד תמיד ממילא פיון דלא חזי לכלהו עדות לא חזי לעדות אף בדבר שעדותו פריא וז"ב בדעת רמב"ם דלמד מתוספתא הנז' להוסיף פסול שוטה בזו להעיד עדות: וכן חרש דאינו

שומע ואינו מדבר פיון דפטור מפל מצות ידענו דאין לו דעת ונדאי פסול רק אף מדבר ואינו שומע נתמעט מאו שמע ושומע ואינו מדבר נתמעט מאם לא יגיד והא דכתב הרמב"ם אעפ"י שראייתו ראיה מעולה ונדעתו נכונה צריף להעיד בב"ד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ודקדק הכ"מ מזה דפקח ששלח כ"י לב"ד פיון דראוי להעיד ולשמע פשר דכל הראוי לבילה אן בילה מעפבתו וכדעת ר"ת והקשה הא בפ"ג פתב רמב"ם דדין תורה אין מקבלין עדות בשטר הרי דל"מ רק לחתום שטר עיי"ש ויש לומר דהרמב"ם רמז בדבריו דאלם פסול להעיד אף בעדות דא"צ הגדה בב"ד רק לקיום הדבר מ"מ פיון דאינו ראוי להעיד במקום דצריף הגדה הוי הפסיל בעצם גוף העד וכמו סומא ועיין קצוה"ח (סי' מ"ו ס"ק י"ט) דאלם הוי פסול הגוף הואיל דאינו ראוי להגדה ואם כן יש לומר לעולם הגדה בכתב ל"מ אף בראוי לבילה וכדעת רש"י רק אף בדבר דא"צ עדות רק לקיום הדבר כמו גיטין וקידושין ג"כ פסול כמו סומא הואיל דאינו ראוי לכל מיני עדות ובמקום דצריף הגדה אינו בר עדות לכן פסיל לכל דבר ואף לדעת הש"ף שם דאלם לא הוי פסול הגוף וכשר לחתום על שטר דבר עדות הוא רק פנמי' הוא דכאיב ליה דא"י להגיד בפיו מ"מ"ל דגם לעדות קידושין לקיום הדבר פסול פיון דצריף שיתברר אח"כ הגירושין או הקידושין שלא יהי' לחצאין וע"י עד אלם לא יהי' יכול להתברר לא הוי תורת עדות עליו אף לקיום הדבר ודלא כמו שכתב הקצוה"ח שם לדעת הש"ף וזה מרמז הרמב"ם או שיהי' ראוי להעיד בפיו דמטעם זה פסול אף לצורך קיום הדבר ודוק היטב בזה: ודע דמדברי תוספתא הנז' דדרש לאפוקי אינו שומע מן שמעה ואם לא יגיד להוציא אלם ע"כ דאלם היינו שומע ואינו מדבר דאי גם אינו מדבר מלבד דהוא בכלל חרש גמור דפטור מפל המצות ולזה ל"צ מיעוט אלא אף אינו שומע לבד פסול לכן ע"כ אלם היינו שומע ואינו מדבר ותימא גדולה ע"ד תוס' גיטין (דף ע"א) ד"ה אמר דמתניתין ל"ק ליה דאיפא למימר דהא דקאמר פרט לאלם שאינו יכול להגיד היינו אלם שאינו שומע דהיינו חרש אכל אלם ל"מ הכי והא מלבד דחרש ממש לא צריף למעט מואם לא יגיד דכיון דאין בו דעת ופטור מן המצות הא בלא"ה אם אינו שומע נתמעט מן שמעה ועיי"ש בפני' הושע ובס' דברי חיים דיני עדות (סי' י"א) דעמדו ע"ז מדברי רמב"ם אולם להמבואר לפנינו בתוספתא וכנראה דהא דמיייתי ש"ס גיטין שם פרט לאלם הפנונה על התוספתא הנז' א"כ ונדאי דברי תוס' צע"ג: וקצת יש להביא ראיה דאלם הוי פסול הגוף ואף אם הי' אלם בשעת ראיה ובשעת הגדה יכול לדבר פסול דל"ה תחילתו בכשרות וכמו"ש הקצוה"ח שם בבבאור הש"ס גיטין הנז' וכ"כ הב"מ (סי' קמ"ב) דהוי פסול הגוף וכ"כ בפשיטות (סי' י"ז ס"א) דאלם החותם עהש"ט אינו פלום דהוא אחד מן הפסולים פמבואר (סי' ל"ה ס"א) ותמהני שלא הביא דעת הש"ף (סי' מ"ו) דעיקר הפסול מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ויש ראיה דהוי פסול הגוף דהא קשה למה צריף למעט אלם מאם לא יגיד פיון דהגדה הוא בכתב ג"כ כמו שכ' תוס' גיטין שם רק בעדים גלי קרא מפיהם ולא מפי כתבם א"כ אם הוא אלם דאינו יודע לדבר ממילא אין תועלת בעדותו פיון דלא נוכל לדון על ידי הגדה שאינו בפיו דכבר גלי לן הקרא מפיהם ולא מפי כתבם ואם כן מה הוסיף התוספתא לאפוקי אלם הא כבר נכלל בפסוק והוא עד הכשר לעדות וע"י הגדה מתוך הכתב לא יהיה תועלת בעדותו.



וּלְדַבְּרֵי הַקְצוּה"ח אֶתִּי שְׁפִיר דַּר"ז פְּרִיף לַר"כ דְּחַרְשׁ הַיְכוּל לְדַבֵּר מִתּוֹךְ הַפֶּתַח מִהַיְנוּ וְא"כ אֲמַאי אָמַר פֶּרֶט לְאֵלֶם הָא יְכוּל לְדַבֵּר מִתּוֹךְ הַפֶּתַח וּמִשְׁנֵי דְבַעֲדוֹת בְּעוּ מִפִּיהֶם וְהֵינּוּ בְּשָׁבִיל זֶה הָיִי פְּסוּל הַגּוֹף אִם אֵינּוּ יוֹדַע לְהַעֲיֵד בְּפִי בְּשַׁעַת רְאִיָּה וְאִם יְכוּל לְדַבֵּר בְּשַׁעַת הַגְּדָה מ"מ פְּסוּל אִם כֵּן עֵינָם פְּסוּל זֶה יִדְעוּ מִזֶּה דְבַאֲמַת עֵינָם פְּסוּל אִם ל"ה תְּחִילָתוֹ בְּכַשְׁרוֹת מְדַכְתִּיב וְהוּא עַד אוֹ רְאָה אוֹ יָדַע דְּבַשַׁעַת רְאִיָּה בְּעֵי שְׂיָהֲנִי רְאוּי לְהַעֲיֵד וְהֵינּוּ מְדַכְתִּיב אִם לֹא יִגִּיד מְקִישׁ שַׁעַת הַגְּדָה לְרְאִיָּה וִידִיעָה מִה רְאִיָּה וִידִיעָה בְּכַשְׁרוֹת אִף הַגְּדָה בְּכַשְׁרוֹת כְּמוֹ שֶׁכ' חִידוּשֵׁי רַמ"ה ב"ב (דף קכ"ח) וּמִמִּילָא מְקַשְׁיָנָן גַּמִּי דְבַעֲי שְׂיָהֲנִי רְאוּי לְהַגִּיד בְּפִה בְּשַׁעַת רְאִיָּה וּבְשַׁעַת הַגְּדָה.

וְאִם אִם הִי יְכוּל לְדַבֵּר בְּשַׁעַת הַגְּדָה מ"מ אִם בְּשַׁעַת רְאִיָּה אֵינּוּ יְכוּל לְדַבֵּר בְּפִי לֹא מְקַבְּלִין עֲדוּתוֹ וְזֶה הַפְּנוּנָה אִם לֹא יִגִּיד לְהוֹצִיא אֵלֶם לֹא שְׁהוּא אֵלֶם גַּם בְּשַׁע' הַתְּבִיעָה לְהַגִּיד הָעֲדוּת דְּזֶה פְּכָר נְתַמְעֵט דְּאֵין תּוֹעֵלַת בְּעֲדוּתוֹ מִפִּיהֶם וְלֹא מִפִּי כְּתָבָם רַק אִף אִם הָיָה אֵלֶם בְּשַׁעַת רְאִיָּה וּבְשַׁעַת הַתְּבִיעָה לְהַגִּיד יְכוּל לְדַבֵּר מ"מ אֵין תּוֹעֵלַת בְּעֲדוּתוֹ דְּלֹא מְקַבְּלִין עֲדוּתוֹ הוּאִיל דְּהָיִי תְּחִילָתוֹ בְּפִסְלוֹת וְזֶה נְתַמְעֵט מִהִתְקַשֵּׁשׁ לְרְאִיָּה וְהַגְּדָה וְכְמוֹ דְּבַשַׁעַת הַגְּדָת עֲדוּת צְרִיף שְׁלֹא יִהְיֶה אֵלֶם כְּמוֹ כֵּן בְּשַׁעַת רְאִיָּה הָעֲדוּת צְרִיף שְׂיָהֲנִי בַר הַגְּדָה הֵינּוּ בְּפִי.

וְכֵן מִשְׁמַע מִמֶּה דְּמִשְׁנֵי ש"ס גִּיטִין שְׁם בְּעֲדוּת אֲשֶׁה דְּאֶקְיָלִי בְּה רַבְּנָן מִשְׁמַע בְּשַׁאָר עֲדוּת דְּרַבְּנָן פְּסוּל אֵלֶם לְהַעֲיֵד וְאִם נֹאמַר כְּמוֹ ש"ש הַשְּׂאָף פְּסוּל זֶה מִטַּעַם מִפִּיהֶם וְלֹא מִפִּי כְּתָבָם אִם כֵּן בְּעֲדוּת דְּרַבְּנָן דְּכָשָׁר בִּי מִפִּי כְּתָבָם כְּמוֹ שֶׁכ' הַכְּנֶה"ג (ס' כ"ח) יִהְיֶה אֵלֶם גַּם כֵּן כָּשָׁר אֵלֶם דְּהָיִי פְּסוּל הַגּוֹף אִם ב"ב (דף קכ"ח) מְבֹאָר מִשְׁם רְשָׁב"א דְּבַעֲדוּת דְּרַבְּנָן אֵלֶם כָּשָׁר וְעֵי"ש בְּרִשָׁב"ם וּבַמ"ש אַאזְמ"ו ז"ל בְּדַבְּרֵי מִשְׁפֶּט (ס' מ"ו) וְרִאִיתִי שְׁהַגְּאוֹן מ'סְעֶנְדָר ז"ל נֶכַד בַּעַל ת"ש כְּלֵהוֹכִיח דְּאֵלֶם אֵינּוּ פְּסוּל הַגּוֹף מְדַקְתְּנִי מִס' נִדְּהָ פֶל הַפְּשָׁר לְדוֹן כָּשָׁר לְהַעֲיֵד וְלֹא מְצִינּוּ דְּאֵלֶם יִהְיֶה פְּסוּל לְדוֹן.

וְי"ל בְּאֲמַת לְמַה שֶׁכ' הַלְכוּשׁ מוּבָא בַסְמ"ע (ס' ז') דְּמִקְשִׁינָן רִיבּוֹת לְנִגְעִים וְעֵי"ש בְּתוּמִים וְמַה"ט סוּמָא בְּב' עֵינִים פְּסוּל לְדוֹן וְכְמוֹ כֵּן י"ל בְּאֲמַת דְּאֵלֶם פְּסוּל לְדוֹן גַּם כֵּן: וְהִנֵּה בְּתִשׁוּבַת נו"ב (חיו"ד ס' ס"ו) הַעֲלָה דְּבַר חֲדָשׁ דְּכַתִּיבָה לְפָנֵי ב"ד הָיִי הַגְּדָה לְכַף אִף לְרַמְבַּ"ם דְּעֲדוּת בְּשִׁטְרָה לֹא מִהַיְנוּ מִדִּין תּוֹרָה מ"מ אִם פּוֹתֵב בְּפָנֵי ב"ד מִהַיְנוּ וְהָא דְּכַתִּיב דְּבַעֲי שְׂעִיד בְּפִי אוֹ שְׂיָהֲנִי רְאוּי לְהַעֲיֵד בְּפִי הֵינּוּ בְּכּוֹתֵב בְּפָנֵי ב"ד וְכ"כ בַּח"מ (ס' ל').

וְרִאִיתִי לְמִי שְׁהַשִּׁיג עָלָיו שְׁהָרִי מְבֹאָר דַּל"כ מְקַרֵּי הַגְּדָה ע"י כְּתַב אִף בְּאֵלֶם וְחַרְשׁ רַק בְּעֲדוּת לֹא מִהַיְנוּ מִשׁוּם דְּקָרָא מִיטַעַם דְּמִפִּיהֶם וְלֹא מִפִּי כְּתָבָם וְאִם אֵינְתָא דְּכָל שְׁכּוֹתֵב בְּב"ד מִהַיְנוּ שְׁפִיר א"כ הָרִי רְאוּי לְהַעֲיֵד בְּכַתְּבוֹ בְּב"ד וְאֲמַאי מְקַרֵּי אֵינּוּ יוֹדַע לְהַגִּיד הָא חָלָה הַשְּׁבוּעָה שְׂיָכְתוּב בְּב"ד וְגַם מֵאֵין יֵצֵא לוֹ לְרַמְבַּ"ם לְחַלֵּק בֵּין אֵלֶם לְפַקֵּשׁ כֵּינָן שְׁכּוֹתֵב עֲתָה בְּב"ד.

וּבְאֲמַת דְּבַרֵּי הַנּו"ב נִרְאִין דְּהָא לְדַעַת ר"ת דִּיכּוּלוּ לְשַׁלּוֹחַ כְּתָבָם לְב"ד וּבְאֵלֶם פְּסוּל הוּא מַה"ט דְּכֵינָן דְּלִגְבֵי הַגְּדָתָן שְׁל עֲדוּת כְּתִיב עַל פִּי וְדַרְשִׁינָן מִפִּיהֶם וְלֹא מִפִּי כְּתָבָם וְלִגְבֵי שְׁבוּעוֹת עֲדוּת כְּתִיב אִם לֹא יִגִּיד וְלֹא כְּתִיב אֲמִירָה דְּאֲמִירָה הָיִי בְּפִה כְּמוֹ שֶׁכ' תוּס' גִּיטִין וְהַגְּדָה הוּא בְּאִיזָה עֲנִין שְׁהוּא הֵן בְּפִי הֵן ע"י כְּתַב וְכַדוּמָה לְכַף סוּבַר דְּמִיעוּט מִפִּיהֶם

ולא מפי פתבם הוא פשאינו יכול לדבר ואינו ראוי לומר בפיו אז מעכב ודכתיב אם לא יגיד הוא ביכול לדבר גלי לן קרא דיכול אף רק להגיד היינו על ידי פתב אם לא רצה להגיד על פי פתב אז חייב ק"ש ונשא עונו ומקיימין ב' לשונות הא דכ' על פי ולא מפי פתב הוא באלם וקא דכתיב אם לא יגיד היינו ביכול לדבר וזה דקאמר אם לא יגיד פרט לאלם דבאלם לא מהני בעדות הגדה דהוא על ידי פתב רק מפיו פתוב ומזה ידענו דאם הוא בר הגדה בפיו מהני על פי פתב רק ר"ת מתיר אף לשלוח הפתב לב"ד ולדעת רמב"ם לפי מה שכ' הנו"ב הוא דוקא אם פותב לפני ב"ד דבהכי משתעי שני מקראות אלה אם לא יגיד ועל פי שנים עדים יקום דבר ומתקנים שניהם על פי היינו שיהיה ראוי להגיד בפיו וגלי לן קרא דאם לא יגיד ע"ז וז"פ: ודע אף דתוס' פתבו בגיטין דאמירה ודאי הוא בפה והגדה הוא בכתב מ"מ נראה דסוגיא דעלמא אזלי לא כן רק אף בכתב הוי פתיבה פדבור היינו פאמירה רק לגבי עדות הנה הדרש פן דהא מה דמהני בכ"מ הודאת בע"ד פמאה עדים הוא משום דגלי רחמנא מדכתיב פי הוא זה פמו שכ' רש"י קידושין (דף ס"ה) וע"ש ברשב"א ובקצוה"ח (סי' ל"ד) ואם פן הא שם פתיב אשר יאמר פי הוא זה נימא גם פן דרק אמירה מהני ולא הודאה בפתב ומעשים בכל יום דדנין על פי הודאת בע"ד בכתב ידו ועיין תומים (סי' צ"ו ס"ק ה') דכתב בפשיטות דהודאת בע"ד בכ"י ודאי מועיל לכ"ע עיי"ש ומלתא דפשיטא לי' צריף לימוד מנין לנו פיון דכל חילו דהודאת בע"ד ידענו מדכתיב אשר יאמר פי הוא זה ושם פתיב אמירה ולדברי תוס' אמירה ודאי ל"ה אלא בפה.

ומצאתי במכילתא פ' יתרו ע"פ ויאמר אל משה אני חותנך יתרו כו' ר' יהושע אומר פתב לו באגרת. ר"א המודעי אומר שלח לו ביד שליח א"כ פנראה שני תירוצי תוס' גיטין שם אם אמירה הוא דוקא בפה תלי בפלוגתת ר"י ור"א וסוגיא דעלמא מדמעשים בכ"י דמהני הודאת בע"ד בכ"י ע"כ כו' יהושע וצ"ע: וקא דכתב רמב"ם דקטן פסול מדכתיב ועמדו שני אנשים ולא קטנים ראיתי למי שהקשה הא בלא"ה לא נוכל לקבל עדות קטן דהא הוי עשאילה"ז דלאו בני הזמה נינהו וכ"כ באמת רש"י ב"ק (דף פ"ח) טעם זה אולם מלבד דנ"מ טובא באופן שא"צ לקיים בהו דין הזמה וכגון שהודה הבע"ד ואמר בפניכם פמבואר ב"ק (דף ע"ה) ובריתב"א ריש מכות מבואר דאף לענין מלקות א"ח פשאומר בפניכם ודלא כמו"ש ש"מ ב"ק שם א"כ נ"מ טובא פמוכן ועוד נ"מ אם העיד קטן בצירוף עוד שנים אחרים דאם הי' בת"ע רק מטעם דהוי עשאילה"ז הוי פנפסל עדותו והוי פמו נמצא אחד מהן קרוב או פסול דנתבטל פל עדותן אף של הכשרים מגזירת הפתוב אבל אם אינם פלל בגדר עדות פשום פנים ל"א בזה עדות שפוטלה מקצתן וכמו"ש התומים סוף (סי' ל"ו) וכבר הבאתי בהגהותי לד"ח דיני עדות (סי' ה') ראי' לזה מירושלמי יבמות ועיין תשובת רע"א ו"ל (סי' קע"ו) ובמ"ש למעלה ולקמן: סי' מט קטן פסול לעדות עד שייביא שתי שערות אחר י"ג שנה ובטור כ' אין מקבלין את עדותו עד שיבדקוהו ושהביא ב"ש.

והנה מבואר באה"ע דבאשה מהני הבדיקה אפילו על ידי נשים ואף לקולא עיין שם (סי' קנ"ה) וב"ש (ס"ק כ"ג) משום פיון דחזקה דרבא מסייעי' וגם דהוי גילוי מלתא בעלמא וממילא גם לענין עדות אף עד א' נאמן על שערות.

ויש לחקור אם הוא בעצמו נאמן לומר שיש לו שערות או לא יש לומר דכל מקום דעד א' נאמן ל"ב תורת עדות ואף אשה וקטן נאמן וגם פנין דהוי מלתא דעבידא לאגלוני אף ע"ע נאמן ועיין ריב"ש (סי' קנ"ה) דדבר דעתיד לגלות בנדאי ובדינו לחקור עליו בזה נאמן אף מד"ת שזה דבר ברור שלא ישקרו בכה"ג ומה"ט בבדיקות סימני נערה נבדקת על פי נשים לפי שאפשר לבדוק נשים אחרות עי"ש אולם הוסיף ריב"ש עוד דברים בזה וכתב וגם דלא אפשר ע"י אנשים שיסתכלו בערנה.

ומאי צריך עוד לטעם פנין דסובר דבדבר שיכול מיד להתברר השקר שזה עבידא לאגלוני גמור מהני אף להוציא ממון כמו בשטר פרא פרא דמקרינו ליה לשני גוים זה שלא בפני זה ומגבינו ביה מב"ח לפי שלא ישקרו בדבר שפנינו לחקור עליו אם כן פנין דמהני בזה אף להוציא ממון ונדוקא במלתא דלא עבידא לגלוני בבירור וגם אין בדינו לגלותו אינו נאמן מן התורה וכנראה ה' דכתב הרמ"א ח"מ (סוף סי' ל') דאין עד א' נאמן בד"מ במלתא דעבידא לגלוני היינו כמו שכתב הריב"ש כמו במת בעלה דלאו בירור גמור דיבא לגלוני ואין בדינו לגלות פי שמא לא יבא לעולם בזה אינו נאמן רק משום עגונא ומדרבנן אבל בדבר שיש בדינו לגלות בזה אף להוציא ממון נאמן ואם כן למה צריך הריב"ש להוסיף וגם דלא אפשר ע"י אנשים לבדוק וע"כ צריך לומר דאף במקום דבידל להתברר מ"מ לא סמכינן על עדות שאינו בר עדות הואיל דבידינו לברר ואף דהוי מלתא דעבידי לגלוני וחקקה ברורה דלא משקר מ"מ במקום דאיכא לברורי לא סמכינן על החקקה וכמו"ש רמב"ן מ"ד ורשב"א ריש מס' חולין דמה"ט לא סמכינן מדאורייתא על חקקה דרבא דבהגיע לכלל שנים ודאי יש לה סימנים משום פנין דאיכא לברורי לא סמכינן על החקקה א"כ הי' קשה ליה לריב"ש לו יהיה דעל ידי הגדת נשים נתוסף עוד חקקה דלא משקרי במקום דאיכא לגלוני מיד מ"מ לא נסמך על חקקה פנין דהדין דבמקום דנוכל לברר לא סמכינן על החקקה לברר על ידי בירור גמור באנשי שהם בגדר עדות לכך כ' דלא אפשר ע"י אנשים שיסתכלו בערנה.

ולפי זה לא סמכינן על הגדתו שיש לו ב' שערות פנין דאינו בגדר עדות על עצמו רק דנסמך על חקקה במקום דבידינו לגלות שקרו לא ישקר לא סמכינן על החקקה במקום דנוכל לברר בירור גמור אולם לפי זה אם מעיד בת"ע על דבר ומעיד גם כן שיש לו שערות ואחר כך הלך מקאן באופן דאי אפשר למבדקה יש לומר דבכה"ג סמכינן על עדותו.

ואף יש לומר דכיון דאנו מספקינן דלמא לא הביא ולא סמכינן על חקקה דרבא אם כן אם הוא קטן אינו נאמן אף במלתא דעבידי לגלוני אף ז"א דהא מצינו דקטן נאמן במלתא דעבידי לגלוני כמו"ש בת"ש יו"ד (סי' א' ס"ק ס"א) דאף דכל הפוסקי' שם חולקין על הטור וסוברים דקטן אף אם ידענו שהוא מומחה ואמן לשחוט מ"מ אינו נאמן ששחט כהגון ומ"מ לשלוח ע"י לשחוט מאמינים לקטן במילתא דעבידי לאגלוני עיי"ש: ובטו"ז אה"ע (סי' י"ז) העלה בדע' הטור שם דקטן שיש לו דעת והגיע לעונת הפעוטות נאמן בעדות אשה לומר מת בעלה אף באינו מסלפ"ת ובס' קה"י שם התפלא מאד פנין דקי"ל דקטן א"נ באיסורין אע"ג דאשה נאמנת ע"כ הטעם דאינו ב"ד וכן כרי דמי דאינו נאמן באינו מסלפ"ת משום דמשקר וראיה דתנן קטן פסול לכתובת הגט ואף דל"ב שליחות

מ"מ לאו בני דיעה ניהו ונהיתכן אם יהיה בי"ג שנים וחריוף ולא הביא ב' שערות ד'כשר עי"ש עוד ולא אדע תמיהתו ודאי בכל איסורין ואף בדבר שבפידו להחולקים על הטויו"ד גם פו אינו נאמן בדאורייתא משום דמשקר הואיל ואין בו דעת שהתורה פסלהו דעדיין אינו בר מצות מטעם דלית ליה דעת גמור עפ"י חוקי התורה עד שיביא ב"ש אבל במלתא דעבידא לגלויי דזה מצד הסברא דלא משקר זה נאמר אף בקטן אם הוא בר דעת בעניני דעלמא אף דפטור מן המצות מ"מ לא ישקר דירא שיהיה נתפס לשקרן ועדיף הוא מגוי דגוי משקר אף במלתא דעבידא לגלויי מה שאין פו קטן דישאל הוא וירדו חז"ל לסוף דעת בר ישראל אף דעדיין אינו בגדר עדות מ"מ במלתא דעבידא לגלויי לא ישקר וכמו שכ' הפ"ח והב"ה שהביא הת"ש שם וכן כ' הפ"מ שם וכבר פשט המנהג להיתר לשלוח לשחוט על ידי קטן ואם פו בעדות אשה דהאמינו חז"ל לעד א' אף פסול מטעם דהוי מילתא דעבידא לגלויי וגם חזקת דייקא דהאשה.

למה יגרע קטן משאר פסולי עדות כיון דחז"ל הקילו בזה ואינו דומה לכתיבת הגט וכדומה דשם בעינן תורת עדות לסמוך על הקטן מה שאין פו במלתא דעבידא לגלויי. וכן מבואר רמב"ם (סוף פ"ד) מיבום דאפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון ונאמנין לומר פלוני אחי פלוני כו' מה שאין פו בשאר עדיות של תורה בין לעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא אפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהו פענן שבארתי סוף הלכות גירושין עכ"ד הרי דפשיטא ליה דכמו דאשה ועבד נאמנין על אחי דמיתנא כמו כן קטן ב"ד ומזה נראה הוכחה לדעת טו"ז דס"ל שם בהא דכתב רמב"ם ה' גירושין דעל ידי עדות קטן ל"מ רק במסיח לפי תומו דהיינו בלא הגיע לעונת הפעוטות אבל בהגיע מודה דמהני פשאומר בפירוש מת.

ובס' ב"מ שם דאין במשמעות הרמב"ם דמודה בהגיע עיי"ש ודברי רמב"ם הל' יבום לעד נאמן פדעת הטו"ז מדסיים כמו שבארנו סוף הלכות גירושין משמע דחד דינא להם ושם ביאר הרמב"ם קטן שהוא מכיר ונבון וקטן כזה משמע כמו דנאמן לחליצה על הפרת אחי המת כ"כ נאמן לומר מת בעלה.

ומ"ש בהל' גירושין אם שמע מפי קטן אינו מעיד שם איירי באינו מכיר ונבון ועד לזה דכיל ליה בהדי שמע מפי שוטה. אף דעת מהרש"א שהמתיר בעדות קטן הוא בר שמתא [ובמ"א הבאתי ראיה דאף בהגיע לעונת הפעוטות בעינן דוקא מסלפ"ת ובלא הגיע לא מהני אף מסיח לפי תומו מהא דקתני מתניתין דב"ק (דף קי"ז) נאמנת אשה או קטן לומר מפאן יצא נחיל זה כו' ומוקי בגמרא כגון שהי' בעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסיחין לפי תומום ואח"כ מביא בש"ס אמר ר"א אין מסלפ"ת כשר אלא לעדות אשה בלבד עיי"ש בש"ס משמע דשוין הן.

ויש לדקדק למה נקט במתניתין אשה וקטן היינו ללמד דאף אשה או קטן נאמנים בנחיל של דבורים לנקט רק סתם קטנה נאמנת ונדע דאף אשה דאינה בר עדות מ"מ בזה נאמנת וגם נדע דאף קטן נאמן מדנאמנת אף אשה קטנה ודוחק גדול לומר דבאמת בתרתי לריעותא אשה דלעולם לאו בת עדות היא וקטנה ג"כ בזה א"נ דזה אין סברא אלא ודאי דלכך נקט אשה וקטן דסתם אשה היינו כשהיא ב"ד פו קטן נמי דוקא אם הוא דומיא

דאָשע דעוואָ פֿון דעזע ובר הבנה ועינין תשובת מהרשד"ם (סי' קס"ה) הרי אף במסית לפי תומו בעינין שיהיה בר הבנה ואכ"מ בזה].

עכ"פ אין תימא לומר דקטן נאמן כמו שהתפלא בס' קה"י דהרי מבואר דבדבר העשוי להגלות סמכינו אף על קטן יע"ש עוד בב"מ דס"ל דעכ"פ ל"ב שערות רק די בי"ג שנים לענין עדות אשה ותמה על הנו"ב דמתליט דבעי דוקא שערות ובדיקה ונאמן על עצמו דאם הוא קטן אין בדבריו פלוג' ול"מ עדות ע"ע עיי"ש ולמ"ש י"ל דזה הוי מקלמא דעבידא לגלויי ממש דבכה"ג מה"ד נאמן ואף לענין דיני ממונות: וראיתי בקצוה"ח (סי' מ"ט) דעמד שם על הטוש"ע דלהפיר להעדים שזה שם הלנה די אפילו אשה או קרוב והוכיח הכנה"ג שם מזה פדעת התשב"ץ החולק על ריב"ש וס"ל דבמקלמא דעבידא לגלויי נאמן ע"א אף במקומו וכתב הקצוה"ח דהרמ"א (סוף סי' ל') העלה להלכה דאין חילוק בד"מ בין מקלמא דעבידא לגלויי או לא וכדברי הריב"ש ולכן ע"כ הא דסמכינו שם על מקלמא דעבידא לגלויי דחשש דאין כותבין אלא אם כן מפירין אינו אלא מדבריהם ולכן גבי גט בשעת הספנה כותבין אעפ"י שאין מפירין ומש"ה האמינו חז"ל במקלמא דעבידא לגלויי אפילו ע"א וכדבריו תמוהין דהא גט שאני מטעם דאין אדם חוטא ולא לו וכן חליצה דמהני מה"ת וחולצין לאשה אעפ"י שאין מפירין מה"ת כמו שכ' תוס' יבמות (דף ק"ו) הוא מטעם דא"א חוטא ולא לו ועי"ש ברש"ב"א וריטב"א דדומה לאב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי ובא אהד ואמר אני קדשתי דנאמן רק מדרבנן החרמירו עיי"ש אבל לענין ממון שפא לפני סופר ועדים לכתוב לו שט"ח שחייב לפלוני ודאי חיישינן דמשקר בשמו ויוציא אחר כך השם על אחר וזה ודאי מדאורייתא חיישינן רק הואיל דהוי מקלמא דעבידא לגלויי גמור וזה מהני אף במקומו וכמו שכתב הריב"ש הנ"ל.

אולם יש להתבונן בדעת הריב"ש דכפי מה שכ' (סי' קנ"ה) בדבר שפנידנו לברר מיד בזה מהני מה"ת ומה"ט בסימני נערה נבדקת על פי נשים לפי שאפשר לבדוק על ידי נשים אחרות. אולם (סי' קפ"ב) הביא דברי רי"ף דפרק החולץ דמה"ט אפילו אשה וקרוב מהימני על אחוהי דמיתנא דלאו אמקלמא דאסירא או ממונא קא מסהדי ופי' הריב"ש דאם מעידין על שעת איסור ל"מ רק אם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הנוחזק על פיהם ועדות נשים דמהני על סימנים אף דהוא בשעת מעשה הוא משום דסמכינו אחזקה דרבא עיי"ש הרי דבלא חזקה דרבא לא סמכינו על עדותן בשעת מעשה אף בדבר העשוי להתגלות ונוכל לגלות מיד וע"כ פנין דאנן סמכינו אף בשעת מעש' על הקפדה של אשה וקרוב הוא משום דבכה"ג מהני עבידא לגלויי ועינין ב"י אה"ע (סי' קנ"ז) דכ' דכל הפוסקים חולקים על הריב"ש בזה בכוננת הרי"ף ועינין תשובת נו"ב ח"א חאה"ע (סי' צ"ג) מה שהקשה על הש"ע אה"ע (סי' קס"ט) דאין סומכין במנין השנים רק על פי עדים פשרים להעיד ואמאי הא דומה להך דהפדה דאחיה דמיתנא עיי"ש באורח וקעלה לחלק דשם משום עגונה הקילו וכבר קדמוהו בכמ"ש שם בס' מכתב מאליהו (שער ד' סי' ל"א) ולמ"ש יש לחלק טובא דשם ההפדה הוא מדבריהם כמו בקדשתי את בתי וא"י למי דנאמן וכמו"ש הרשב"א ובדיקה על ידי נשים בצירוף חזקה דרבא וגם פינידנו לברר מה שאין כן להעיד על שנים ואכ"מ בזה במה שיש להאריך בענינים האלה עכ"פ נראה דאם העיד עדות ונדע שהוא כן י"ג שנים ומעיד על עצמו שיש לו שערות והלך לו די"ל דמקבלין עדותו וצ"ע ועינין מ"ש

אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני מיאון (סי' ב' וג') ובמה שכ' שם בהגהותי בענין חזקה דרבא ועיין תומים (סוף סי' ל'): ונדע דאף אם הפסולין נאמנין במלתא דעבידא להגלות או בידינו לגלות מ"מ נכרי אינו נאמן דאשר פיהם דבר שוא פתיב בהו ורק במסלפ"ת נאמן ותמהני על הנו"ב (ח"א סי' כ"ח באה"ע) דהביא שם המקומות דנאמן אף מדאורייתא בדבר דעבידא לגלוייפמו ר"ה (רפ"ב) כי אתא עולא אמר קדשוהו לירחא במערכא וביבמות (דף ע"ז) דהא שמואל וב"ד קניי ויבכורות (דף ל"ו) וגבי גר מצינו יבמות (דף מ"ז) מי שפא ואמר נתגיירתי דאינו נאמן ופסקו כל הפוסקים אף אם אמר נתגיירתי בב"ד של פלוני אעפ"כ אינו נאמן ונכנס שם בחלוקים ודבריו נפלאים דמאי ראי' מייתי מגר המוחזק לנו לאינו ישראל ואמר נתגיירתי בב"ד של פלוני דשם פיון דמוחזק לנו לעפ"ם שוב אינו נאמן אף במלתא דעבידא לגלויי גמור ובידינו לברר מה שאין פו בכל הנה דמייתי ה"ם דנאמן במלתא דעבידא לגלויי הוא מטעם פמו שכ' הריב"ש הואיל דבידינו לגלות ולברר ובפ"ט בהא דר"ה קדשוהו לירחא פבר פתב הריב"ש דמה"ד עד א' נאמן באיסורין ול"ה צריכין לטעם עשוי להגלות אלא מפני שחכמים תקנו שלוחים מפני קלקול הכותים וגם שפנה תיקון המועדות הי' אפ"ל שלא נאמין לעד א' לכה אמרו דל"צ לזה אלא דכל אחד נאמן בדבר העשוי להגלות עיי"ש [וא"ש פנה הא דאמרו ל"מ עולא דגברא רבה הוא דמהימן אלא אפילו אינש דעלמא נמי מהימן הא בכל עדות הכי נ"מ בין גברא רבה או לא א"ו דבאמת מה"ד כל אדם נאמן באיסורין אלא מפני קלקול הכותים הנה לנו להחמיר ומ"מ בגברא רבה פעולא אין להחמיר ובנדאי לא נחוש על קלקול הכותים רק אף אינש דעלמא נמי מהימן מטעם דבידינו להגלות ועיי"ש בטורי אבן דהוכיח משם דעד א' אינו נאמן במקום רוב ולכה צריף לטעמא דעבידא לגלויי דאם עד א' נאמן במקום רוב מה הנה ס"ד דלא נאמין לעולא עיי"ש ולמה שכ' הריב"ש אינו ראיה דהנה להו לחז"ל להחמיר מפני קלקול הכותים ומפני תקנות המועדות לכה צריף לטעם דמלתא דעבידא לגלויי גמור פי האי לעולם עד א' נאמן והארבתי פנה במ"א אם עד אחד נאמן באיסורי נגד רוב] וכן בהה דעמשא פו יתר יבמות הנז' הוי מלתא דעבידא לגלויי גמור ובידינו לגלות ולעמוד על הברור לכה בכה"ג נאמן משא"כ במוחזק לא"י זה אינו נאמן אף במלתא דעבידי לגלויי גמור ודברי הנו"ב תמוהין: סי' נ פתב בס' מח"א דיני עדות (סי' ט"ו) מי שנתחייב שבועת ה"סת והביא הנתבע עד א' פדי לאיפטורי נפשיה משבועה ואשתכח דסהדא קרוב ונתרחק הוא פיון דשה"ס מדבריהם הוא לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות פאותו שאמרו ואלו נאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטנן עכ"ד ויש להבין אם פו אף משבועת המשנה פטרנו דכמו דיליף מהני דנאמנין פמו על קיום השטר דהוא מדרבנן מדין המשנה ובכ"ז נאמן בצירוף אחר עמו להעיד על מה שראה בקטנותו פמו כן לענין מה דמהני עד א' לפטור משבועה וכיון דמדאורייתא פטור יכול עד פנה לפטרו ומה לי ה"סת ומה לי שבועת המשנה.

ובאמת מה"סת יש לדון דאף קרוב ממש יהיה יכול לפטרו דכמו דלמד מהר"ם מרויטנבורג ק"ו דעד המסייע פוטר משבועה ממה ד"כול לחייב שבועה ק"ו ד"כול לפוטרו פו נמי יש לדון ק"ו להמבואר רמ"א (סוף סי' ע"ה) דקרוב יכול לחייב ה"סת ועל פ"חה מטעם רגלים לדבר בצירוף חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ומחשב טענתו פמו

טענות ברי לחייב את הנתבע היסט כמו כן יהיה יכול לפטור ועיין מ"ש אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' פ"ז) להשיג על המח"א דכיון דהורע פחו לענין ממון דבממון ל"מ בכה"ג עדים ממילא הורע פחו לחייב שבוועה כמו שכ' ר"ן שבוועות דמה"ט אף דשנים מחייבין קרקע מ"מ עד א' אינו מחייב שבוועה.

ויש לחלק שם בקרקע הורע פחו של ממון מה שאין כן בממון דלא הורע פחו רק העדים הורע פחו דאין בכחם לחייב ממון מ"מ לענין לפטור משבוועה דרבנן האמינוהו חו"ל דברבנן והא ראיה דהא לענין חיוב שבוועה מחשבינן לטענתו ברי על ידי הקרוב ועיין תרה"ד (סי' ש"ח): אף יש לומר בכוננת המח"א דנדאי פל דתיקון רבנן כעין דאוריית' תיקון ובשבוועת המשנה דהדין הוא אם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסי' הוי פחיוב ממון וצריך לפטור אותו משבוועתו עד פשר וסגי בעד א' מק"ו דמק"ר"ם ו"ל אבל עד פסול א"י לפטור מה שאין כן לפטור משבוועת היסט דאם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו ואין לו עליו חיוב ממון רק חיוב שבוועה שפיר יליף המח"א מאלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן כמו דשם מצטרף לעד א' פשר אף להוציא ממון כן נמי עד א' בזה מהני לפטור מהיסת הואיל דלא הוי הוצאות זכות ממון פיון דבלאו הכי לא נחתינן לנכסיו רק מנדין אותו עד ל' יום לפי שמשרב נגד תקנות חכז"ל וכשפא להתיר בתוך ל' מתירין אף אם לא נשבע [נדברי נתיבות (סי' א' ס"ק א') צ"ע] אם כן ל"ה רק פמלתא דאיסורא ולכך ל"ב בזה תחילתו וסופו בכשרות: אף מפל מקום קשה על המח"א דמדמה קרוב ונתרחק לקטן שנתגדל וז"א דהא מבואר בש"ס (סוף פ"ב) דכתובות אף לענין איסור אם היה עכו"ם ונתגייר עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אומר נאמנים וקאמר ת"ק סבר פיון דעכו"ם הוא ל"ה דייק וריב"ב סבר פיון דדעתיה לאיגיורי מידק הוי דייק נאמן קי"ל כת"ק וכן פסקו הפוסקים וכמבואר (בסי' ל"ה ס"ז) דאף בדבר דקטן שהגדיל נאמן ולא בעינן תחילתו וסופו בכשרות מפל מקום עכו"ם שנתגייר ועבד שנתחחרר אינו נאמן מטעם דלא דייק ועיי"ש בש"פ (ס"ק ז') ואם כן קרוב ונתרחק דלא ידע אז שיתרחק ואז פסול לעדות זה יש לומר דשנה לגר שנתגייר דאף בדברבנן אינו נאמן מטעם דלא דייק ולא מצינו שם בש"ס ופוסקים בדברבנן נאמן אף דל"ה תחילתו וסופו בכשרות רק בקטן דידע שיתגדל ממילא מה שאין כן בקרוב יש לומר דלא דייק ועיין תומים (סי' ל"ג ס"ק ח') דקרובים אף דלא נחשדו לשקר אבל עכשיו פיון דמלכו של עולם פסלם אף הם אינם שמים על לב לדקדק בעדותן כי חושבים עדותן במה נחשב ואומרים בדדמי.

אם כן יש לומר אף בדברבנן לא הימנוהו רק בקטן שנתגדל לא בקרובים שנתרחקו ועיין בהגהת אשרי (סו"פ ב') דכתובות לענין דקרוב ללנה או למלנה אינו נאמן לקיים שטר פתב דשאני קטן שפא לכלל עדות משא"כ בקרוב.

שוב ראיתי בתשובת קול אליהו (ח"א ס' כ"ז) דמשיג גם כן על המח"א והעלה דאינו פוטר. ואף בקטן שנתגדל צ"ע אם יכול לפטור דלא מצינו דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות בדברבנן רק במה דגילו לנו חכז"ל ואין לדמות דבר דרבנן אחר: וראיתי בדרישה (סי' ש"ע) שפכת בהא דכתב הטור שם ואשה או קטן נאמנין לומר מפאן יצא נחיל זה והוא שיהיו הבעלים מרדפין אחריהם וגם מסיחין לפי תומם והרי"ף השמיטו בפ' הגוזל והעלה דהא דקאמר שם בש"ס שאני נחיל שהוא קנין דרבנן דאפילו באינם

מסלפ"ת נאפ"י אין הפעלים מרדפין האמינו חז"ל לקטן במילי דרבנן כמו שהאמינו לקטן לומר עד כאן תחום שבת ושנה פתיבת יד אבי ואחי ושאשה זו יצאה בהינומה ואינך דחשיב הטור (סי' ל"ה) וכן הביא משם הראב"ה דהאמינו לקטן במילי דרבנן אף בלא מסלפ"ת עיי"ש ודבריו תמוהין מה הביא (מסי' ל"ה) הא שם גם פן אינו נאמן להעיד בקוטנו רק בגודלו מה שראו בקטנותו אבל קטן שיהיה נאמן במילי דרבנן בממון לא מצינו.

ובאמת בירושלמי סוף (פ"ב) דכתובות איתא אינו נאמן אלא בגודלן מה שראו בקוטן הוא בקוטן לא תמן תנינו נאמנת אשה או קטן לומר מפאן יצא נחיל מהלך לתוך שדהו ונוטל את נחילו ובההוא אמר פן ר"א ר"ח בשם ר' יוחנן לא אמר ריב"ב אלא על נחיל של דבורי שאין גזילו דבר תורה עיי"ש והפנונה אף דבמתניתין שם גם פן העדות הוא על דבר דרבנן היינו שם מ"מ פיון דהצריכו חכמים קיום ואם באמת הוא מזוהר הני גזל דין תורה וכדומה היכא דהנ"מ בעיקר דבר אין עד א' נאמן מה שאין פן בנחיל של דבורים דעיקר הוא רק גזל מפני דרכי שלום ולית ביה שום איסור גזל דאורייתא לכה נאמניו אשה וקטן וזה משמע פדעת הדרישה.

אולם מש"ס דילן וכל הפוסקים מבואר דבלא מסלפ"ת אינו נאמן וגם בפעלים מרדפין דוקא וגם בירושלמי שם מבואר דוקא במפריח עיי"ש ומהתימא על הדרישה דמדמה עדות קטן בזמן קטנותו לאם מעיד בגודלו מה שראה בקוטנו דזה פסול אחר הוא מגזירת הפתוב דבעי תחילתו וסופו בפשרות וקטן אף דפסול ג"כ מגזירת הפתוב מ"מ לאו בר דיעה הוא ולא מקבלין עדותו פלל בממון: סי' נא קיי"ל פרבי דאחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בנמצא אחד מן העדים קרוב או פסול דעדותן בטילה וכתב הב"י (סי' ל"ו) דפסקינן כר"נ הואיל דרבינא דהוא בתרא מוקי סנהדרין (דף ע') לפלוגתא דר"מ ונחכמים בפלוגת' דר' יוסי ורבי ונחכמים פרבי והגאון בעל נו"ב מהד"ת חלק אה"ע (סי' ע"ו) תמה ע"ז הא רבינא לא מוקי אלא בפלוגתא דהתרו בו וילענן זה מוכח דהלכה דבעינן פנונה אבל אם בד"מ תתקיים עדות בשאר לא איירו ר"מ ורבנן שם פלל אם פן למה לא פסקו הפוסקי' פשמואל דהוא רבו של ר"נ.

והנה דברי הב"י מבוארים להדיא בסמ"ג לאנן (סי' רי"ג) דמה"ט פסקו כל הפוסקים כר"נ וי"ל דשפיר מוכח משם דקיי"ל נמי פרבי דאף בדיני ממונות נתבטל עדותן דאם לא פן אף לרבנן משפחת מוציא שם רע בשלשה כגון שפינון להעיד דאז ליכא נ"מ לדיני נפשות רק לדיני ממונות ואם פן כל פלוגתא של ר"מ ונחכמים אי משפחת מוציא ש"ר בג' רק בזה אם בעינן פנונה להעיד או לא ומה שייטא לזה יפלגו בזה בלבד אלא ודאי דנחכמים סוברים דאף בד"מ נתבטל עדותן ואשמועינן מתניתין דלר"מ מוציא ש"ר בג' בנמצא אחד קרוב או פסול דליכא נ"מ לענן דיני נפשות ורבנן סוברים דלעולם בכ"ג דליכא אנפי שיהיה דיני ממונות בלא דיני נפשות דאם פינונו להעיד נתבטל אף לד"מ ואם לא פינונו מהני עדותן אף לדיני נפשות.

אף לשיטת תוס' והרא"ש וסייעתו דסובר דבעינן תרתי ראו ביחוד והגדה בב"ד אם פן שם דאיירי דלא הגידו עדיין ע"כ סובר הרא"ש דלא קיי"ל בזה פרבינא ולא פליגי ר"מ ונחכמים בזה דלשיטתם בעינן הגדה ושם רצה רבינא לעשות פלוגתא חדשה דאף בלא



הגדה פוסל ונתבטל עדותו ויש ליישב להמענין שם ומה שהאריף שם הנו"ב להקשות עוד על הרי"ף והרא"ש פבר הרגיש בש"ף (סי' ס"ו ס"ק כ"ג) והוכיח מפמה מקומות דהלכתא כר"נ בדינא אף במקום שמואל רבו: דמה שהקשה עוד לשיטת רש"י בטעמא דר"י משום דבדיני נפשות פתיב והצילו העדה אם פן בגיטין וקידושין ותקנין עדות בשאר ושמואל אמר הלכה כר"י ואף שהלכה כר"נ בדינא מ"מ הלכה כשמואל באיסורי א"כ גימא בגיטין וקידושין ותקנין עדות בשאר נראה ליישב בפשיטות דכיון דקיי"ל פרב נחמן בדינא ממילא הלכה דמקשינן שלשה לשנים בד"מ ובדבר שבפערנה ילפינן דבר דבר מדכ' ערות דבר וכתוב עפ"י כו' יקום דבר וכיון דיבענו גז"ש ממילא כל עדות שאינו מועיל בדיני ממונות ונתבטל אינו מועיל גם פן בדבר שבפערנה.

ועיין ספר הפרדס לרש"י ו"ל שכתב דהלכה פרי דפסק ר"נ פנותיה ור"נ בתרא הוא והלכה כבתרא ועוד דקא מסייעו קרא ולא מפליג בין ד"מ לד"נ ור"י מוקי לי' בד"נ הלפ"ה מה"ט הלכ' פרי עיי"ש.

הרי דגם לרש"י עיקר מה דהלכה כר"נ משום דמסייע קרא להקיש שלשה לשנים ואם פן שוב מה"ט גם בדבר שבפערנה אי אפשר לומר דתקנין עדות בשאר דילפינן דבר דבר ממון לכ"ע ועוד יש לפלפל שם הרבה בדבריו ועיי"מ ש"לעיל (סי' כ') ומ"ש שם הנו"ב בטעם הדבר דבב' ונמצא א' קרוב או פסול דאין עד הנשאר קם לשבועה דדבר זה למדנו מפי השמועה כ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה למדנו ג"כ צד הסותר דכמו בג' ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין הב' פשרים מחייבין ממון פן אין עד א' מחייבו שבועה והוליד מזה דלמאן דחש למקדש בעד א' אז אף בב' לא נתבטל עדות הקשר עיי"ש וכדבריו מצאתי בש"מ סנהדרין שבסוף ספר חמרא וחי משם המאירי וכתב דהוי כמו אין פאן אפילו עד א' שאין פאן נמצא אחד מחייב שבועה במקום שאין הב' מחייבין אותו ממון שהרי אם הנה ג' ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין מחייבין אותו ממון על פי הב' הפשרים עכ"ל ולדבריו דבעינן דוקא שיחייב שבועה באותו אופן אם ה' ב' דהיו מחייבין ממון נראה דכמו בב' עדים בממון באומרים א"י בחקירות עדותן בטילה דבעינן עדים הראוין להזמה כמו שכ' הש"ף (סי' ל"ג) פן נמי בעד א' לחייבו שבועה באומר א"י בחקירות אינו מחייבו לדעת הש"ף וזה דלא כמו שכ' קצת אחרונים: והנה דעת תוס' ורא"ש דלמסקנא בש"ס מכות (דף ו') במקיימי דבר הפתוב מדבר בעינן דוקא שיבא הקרוב לקיים הדבר בב"ד ותתיי בעינן שיתפנין להעיד ובא לב"ד והעיד ומבואר בתוס' דאף בלא העידו יחד תוכד"ד מ"מ נתבטל כל העדות.

ולא נתבאר בדבריהם אם עכ"פ צריף שיעידו בב"ד יחד רק דל"ב תוכד"ד ומ"מ צריף שיעידו זה בפני זה ושיבאו יחד לב"ד ובאותו מעמד העידו שניהם או אף שמעידין זה שלא בפני זה סגי לבטל עדותן פנין דראו יחד ובאו לקיים הדבר וראיתי בס' שער משפט דכתב פנין דלדעת הרמב"ם וסייעתו בכיון להעיד לחוד אף דלא העיד בב"ד מבטל עדות הפשרי' מהיכי תיתי נעשה פלוגתא רחוקה ונאמר דלדע' תוס' ורא"ש בעינן דוקא שיעידו זה בפני זה וכתב ראיה לזה דאל"כ יגידו הפשרים פעם שנית פנין דראיה לחוד אינו פוסל רק הגדה אם יגידו שנית נאמר דהוי תחלתו וסופו בכשרות אלא ודאי דל"ב צירוף הגדה ביחד וראיה הזאת אינני מכיר הא יש לומר פנין דבאו לקיים הדבר ביחד נתבטל

למפרע עדות הכשרים הואיל דראו ביחד והגידו יחד אבל אם ב' עדים העידו ונתקבל עדותן ואין צורך עוד לקיום הדבר למה יבטל פשבא הג' אחר כף להעיד אף שהוא גם כן ממקימי הדבר מ"מ פינו דא"צ לו אינו מבטל רק פשבאו והעידו יחד נתעורר הפסול משעת ראיה ונתבטל ושוב אינו מועיל שיגידו עוד הפעם דכיון דנתבטל עדותן בטילה לעולם ואף די"ל פינו דלא העידו תוכ"ד ולא צרכו יחד בהגדה תוכ"ד שוב לא נשאר רק צירוף בראיה ומחשבה לבד אינה פוסלת כמו שכתב הרמב"ן ב"ב ולמה לא יועיל הגדה פעם שנית בלא צירוף ז"א פינו דראו יחד ונהיה צירוף עכ"פ לקיים הדבר בהגדה נגמר ביטול העדות משעת ראיה אבל אם לא באו ביחד ולא העידו ביחד לא נעשה שום צירוף רק בראיה ואינו פוסל: ועיין תוס' סנהדרין (דף ל"א) ד"ה שב"ש וז"ל אי נמי ל"א נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא בבאו בב"א תוכ"ד דאז חשיבי עדות אחת והכי שפאו ב' פיתי עדים זו אחר זו.

ולכאורה זה סותר לשיטתם במס' מפות דל"ב הגדה תוכ"ד וכבר ראיתי בפ' מ"א סנהדרין (דף ט') שעמד על סתירת דברייהם. ובתשובת פמ"א (ח"ב סי' ח"י) כ' דתוס' כתבו פן לב"ש דלית הלכתא פנותיה וזה דוחק אולם בפשיטות אחי שפיר דשם לא הוי הפסול בשעת ראיה רק אח"כ פינו דהכחישו זה את זה בזה צריך שייעידו תכ"ד דנעשה אז הצירוף משא"כ היכא דהצירוף הי' בשעת ראיה בפסול רק דמחשבה לבד אינו גורם הפסול לכן פשהגידו אח"כ לקיים הדבר אף אחר כד"ד נתעורר הביטול למפרע וכן כ' הקצוה"ח ובנתיבות כ' דלדין אף בהוי פשר מתחילתו מ"מ פשהעידו אח"כ אף לאחכ"ד גזירת הפתוב פל שנצטרפו בשעת ראיה ונתבטל מקצתן מחמת פסול שנתבטל פל הקישור והצירוף מחמת עדות שבטלה מקצת' והתוס' בתירוץ הגז' סברו דבשום מקום ל"א דנתבטל רק פשהעידו בבת אחת.

ובאמת פן משמע מלשון התוס' דכ' ל"א נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא בבא תוכ"ד דאז חשיבי עדות אחת משמע דלא כתבו פן על ב' פתי עדים רק בכ"מ קרוב או פסול לא נתבטל רק פשהעידו בב"א.

ואם נפרש דקאי רק בגידון דשם שהיו פשרים בשעת ראיה כמו שכתב הקצוה"ח יש לומר דמ"מ אף בהיה פשר בשעת ראיה מפל מקום פינו שנצטרפו יחד בשעת ראיה פוסל אף בהעידו אחר כף אחר כד"ד רק דשם פת אחת אומרת מנה וכת אחת אומ' מאתים לא פנונו יחד אף בשעת ראיה פינו דהיה הכחשה ביניהם וכת אחת אומרת שקר דומה לעדים שהוזמו דכ' תוס' מס' מפות דלקף בעינן תוכ"ד פינו שאינם אומרי' אמת לא בא עדותן אלא פשהעידו בב"ד וה"נ פינו דאחת משקרת לא הוי צירוף בשעת ראיה ואף אם העידו פולם שהיו ביחד מ"מ מה שנה אומר שראה אינו אומר זה לקף צריך שייעידו יחד תוכ"ד אבל מ"מ יש לומר דאף בהיה פשר בשעת ראיה מ"מ פינו דהיה צירוף יחד בראיה פל שהעידו אף לאחר כד"ד נתבטל הצירוף למפרע.

ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בהקדושי' שבסוף ספר דברי משפט (סי' ל"ו ס"ק ב') ודעתו דעכ"פ מועיל שייעידו הכשרים שנית פינו דלא הוי תחילתו בפסלות מה שאין פן פשהי' פסול משעת ראיה נפסל משעת ראיה והוי תחילתו בפסלות.

אָבֵל מ"מ יש לומר דְּנֻקָא בְּהַעֲיָדוֹ פְּאַחַת אַף שְׁהַעֲיָדוֹ אַחַר כ"ד מ"מ פִּינּוֹן שְׁהוֹצִיא הַמַּחְשָׁבָה אֶל הַפּוֹעֵל אַז נִתְבַּטַּל לְמַפְרַע אָבֵל כְּשֶׁזֶה הַעֵיד הַיּוֹם וְזֶה לְמַחֵר לֹא נִתְבַּטַּל פִּינּוֹן דְּלֹא נִצְטָרְפוּ יַחַד כָּלֵל בְּהַגְדָּתוֹ: וְזֶה לְשׁוֹן הָרֵא"ש אֵין קְרוֹב אוֹ פְּסוּל מִבְּטָלִין הַעֲדוֹת אֲלֵא א"כ בָּאוּ וְהַעֲיָדוֹ בַּב"ד עִם הָאֲחֵרִים כּו' וּמְדַכֵּי עִם הָאֲחֵרִים מִשְׁמַע קִצָּת דַּע"כ"פ בְּמַעֲמָד אֶחָד צָרִיף שְׁיַעֲיָדוֹ וְאֵף דַּכ' אַחַר כֶּף הָא דְקָאֵמַר מַה יַעֲשֶׂה ב' אַחִין שְׂבָאִין זֶה אַחַר זֶה בַּפְּנֵי ב"ד וְאֵין אֶחָד יוֹדֵעַ שְׂכָבָר כּו' הַלְפָּה שְׂיִלְיָנָן לִיהַ וְאִם יֹאמַר שְׂבָשַׁעַת מַעֲשֶׂה לֹא פִינּוֹן לְהַעֲיָד הַעֲדוֹת קִיָּים וּמְבֹנָאָר דַּל"ב שְׂיִבְאוּ יַחַד רַק אֵף זֶה אַחַר זֶה מ"מ יש לומר דְּבִאוּתוֹ מַעֲמָד צָרִיף שְׁיַעֲיָדוֹ יַחַד אָבֵל אִם הַעֵיד זֶה הַיּוֹם וְזֶה לְמַחֵר יש לומר דְּלֹא הָוִי צִירוּף כָּלֵל.

אוּלַם לְשׁוֹן הַטּוֹר אִם פִּינּוֹן לְרֵאוּת פְּדִי לְהַעֲיָד אֵינוֹ פּוֹסֵל אֲלֵא אִם כֵּן פִּינּוֹן לְרֵאוּת פְּדִי לְהַעֲיָד וּבֵא לַב"ד וְהַעֲיָד מִשְׁמַע קִצָּת דְּצָרִיף רַק שְׁיַעֲיָד אָבֵל אִם הַעֵיד נִתְבַּטַּל אֵף שְׁהַעֲיָד אַחַר זְמַן שְׁהַעֲיָדוֹ הַכְּשָׁרִים מְדַלָּא פְּתַב עִם אֲחֵרִים.

וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת מְהָר"י אֲדָרְבֵי (ס' רכ"ח) שְׂפָתַב בְּנִידוֹן דַּהִי ד' עֲדִים אֲצֵל קִידוּשִׁין וַעֲשׂוּ שְׁנֵי שְׁטָרוֹת מַעֲנִין קִידוּשִׁין וְחַתֵּם שְׁנַיִם מִהֶם בְּשֵׁטֶר אֶחָד וּשְׁנַיִם מִהֶם בְּשֵׁטֶר שְׁנֵי וְעַד א' מִהֶם הָיָה פְּסוּל וְדָן לְדַעַת תּוֹס' וְרֵא"ש דְּאֵין צָרִיף שְׁיַעֲיָדוֹ בַּב"א תּוֹכַד"ד וּבְטָלָה עֲדוֹת כְּנֻלָּה אִם הַעֵיד לְכֵן אֵף שְׁנַתְקִיָּים הַשֵּׁטֶר בְּדִין נ"מ דְּכָבָר נִתְבַּטַּל עֵי"ש וְשֵׁם לֹא הִגִּידוּ הַעֲדוֹת בַּב"ד רַק שְׂיַצְאוּ שְׁטָרוֹת ע"ז פְּדָת וְאִם כֵּן לֹא אָתוּ עָלָה לְבַטַּל הַעֲדוֹת רַק דְּעֲדִים הַחַתוּמִּים עַל הַשֵּׁטֶר הָוִי כְּהַגְדָּה וְכַמִּי שְׂנַחֲקָרָה עֲדוּתוֹ בַּב"ד הָרִי דַּסְגִי לְבַטַּל הַעֲדוֹת עַל יְדֵי קְרוֹב אוֹ פְּסוּל שְׁהַעֲיָד אֵף אִם לֹא הַעֵיד בְּאוּתוֹ מַעֲמָד וְיֹתֵר עוֹד מוֹכַח דַּס"ל דְּאֵף אִם הַעֵיד הַפְּסוּל בַּפְּנֵי ב"ד אַחַר גַּם כֵּן נִתְבַּטַּל דְּכִינּוֹן דְּלֹא צָרִיף שְׁיַעֲיָד בַּב"א תּוֹכַד"ד לֹא נִיחַן שׁוּם גְּבוּל לְזֶה וְאִם הַעֵיד בְּתוֹרַת עֲדוֹת הַפְּסוּל אִם כֵּן נִתְבַּטַּל אִם כֵּן נִתְבַּטַּל לְמַפְרַע דְּהָא פִינּוֹן דְּנַעֲשֶׂה שְׁטָרוֹת נְפָרְדוֹת לֹא נִצְטָרְפוּ יַחַד בְּהַגְדָּתָם כָּלֵל וְגַם ל"ה כְּאֵלוֹ הַעֲיָדוֹ בְּאוּתוֹ ב"ד דְּנַעֲשֶׂה הַחַתִּימָה כְּנַחֲקָרָה בַּב"ד יֵהִי אֵיזָה שְׂיִהִיָּה וְלֹא דְנֻקָא בַּפְּנֵי ב"ד אֶחָד וּבכ"ז פְּתַב דְּהָוִי כְּהַעֲיָדוֹ וְנִתְבַּטַּל הַעֲדוֹת מְפַל וְכֹל שׁוֹב רֵאִיתִי בַּכְּנֵה"ג אַה"ע (ס' מ"ב בְּהַגְהוֹת ב"י אוֹת ק"ע) שְׂהַעֲמִיק מִתַּשׁוּבַת דְּבָרֵי רִיבּוֹת הַנָּ"ל דְּאֵף שְׂחַתְמוּ בְּשְׁנֵי שְׁטָרוֹת וּבְשֵׁטֶר אֶחָד שְׁנֵיָּהֶם כְּשָׁרִים עֲדוּתוֹ בְּטִיָּלָה.

וְכֵן הִבִּיא דְּבָרָיו בַּכְּנֵה"ג ח"מ (ס' ל"ו אוֹת י"ו) [וּמְדַבְּרֵי הָרִיבּוֹת הַנָּ"ל מוֹכַח דְּסוֹבֵר כְּשִׁיטַת הַשֵּׁי"ף (ס"ק י"ב וְס' מ"ו ס"ק כ"ז) דְּחַתִּימ' עַל הַשֵּׁטֶר הָוִי כְּהַגְדָּה מִמֶּשׁ דְּלֹא כַּסְמ"ע וְהַלְבּוּשׁ שֵׁם דְּכַתַּב דָּאִם לֹא הִגִּידוּ רַק חַתְמוּ עַל הַשֵּׁטֶר אֵף דְּכִנּוֹנוֹ יַחַד בְּשַׁעַת רֵאִיָּה מ"מ יְכוּלִין הַכְּשָׁרִים לְחַזֵּר וּלְהַעֲיָד דָּאִם לֹא כֵּן הָיָה לוֹ לְחַוֵּשׁ עַכ"פ שֵׁם בְּדִינוֹ לְחַקוֹר מִן עַדִי הַשֵּׁטֶר שְׂשִׁנִּיָּהֶם כְּשָׁרִים דְּלֵמָא זְכָרוּ עֲדוּתוֹ וְיַעֲיָדוּ בְּעַל פֶּה אֲלֵא וְדֹאֵי דְסוֹבֵר פִּינּוֹן דְּכָבָר נִתְבַּטַּל עֲדוּתוֹ עַל יְדֵי חַתִּימָתוֹ שֶׁל הַשֵּׁטֶר הַשְּׁנֵי אֵינוֹ מוֹעִיל הַגְדָּה בְּעַל פֶּה כְּדַעַת הַשֵּׁי"ף.

גַּם מוֹכַח מְדַבְּרָיו דְּלֹא כַּב"ש אַה"ע (ס' מ"ב ס"ק ח') דְּכַתַּב דְּלְדַעַת הָרֵא"ש אַע"ג דְּנִתְבַּטַּל הַעֲדוֹת הִינּוֹ לְעַנְיָן דְּאֵין הַב"ד יְכוּל לְפָסוּק עַל פִּיָּהֶם אָבֵל לְגַבֵי קִידוּשִׁין בְּעַת הַקִּידוּשִׁין הִי קִידוּשִׁין כְּשָׁרִים וְהַמְקַדֵּשׁ קִידוּשׁ לְפָנֵי כְּשָׁרִים א"כ הִי לְחַוֵּשׁ לְקִידוּשִׁין לְדַעַת הָרֵא"ש וְכֵן מוֹכַח מִכְּמָה תַּשׁוּבּוֹת גְּדוּלֵי סְפָרַדִּים דְּלֹא ס"ל סְבַרַת הַב"ש וְעֵינּוּ

תשובת משפטי שמואל (סי' קכ"ד) וכמה מקומות במרשד"ם ובלק"ם רב וגם מדברי ריטב"א קידושין (דף מ"ג) וגיטין (דף ח"י) מבואר דאף לשיטת הסוברים דתתמי בעינן ראיה והגדה מ"מ בקידושין שאין הענין תלוי אלא בראייתן של העדים שכל שקדשה בפנינו וידוע הדבר כל שלא קדשה בפני עדים אינה מקודשת וראיתן של העדים הוא שעושה המעשה כל זמן שהיה קרוב או פסול אין הקידושין פלוג דהוי כמו בעלמא שבאו פולם להעיד דבטלה דהכא עיקר עדותן הוא עכשיו בראיתן וכבאו פולם להעיד דמי ועיין ריטב"א מכות (דף ו') אולם דעת הרא"ש דאף בדבר שצריך עדים לקיום המעשה כמו בקידושין אם לא היה הגדה בב"ד לא נתבטל כמבואר ברא"ש מכות דמקש' על קידושין הנעשה בפומבי ומתירין דלא מקרי עדות אלא אם כן באו והעידו אולם אם העיד אחר כן יוש' לומר דמבטלין למפרע והוי כמקדש בלא עדים] עכ"פ מבואר דל"ב שביבאו יחד לב"ד ויעידו עכ"פ באותו מעמד: ועיין בחידושי אאמ"ו ו"ל שפסוף ספר ד"מ (סי' ל"ו ס"ק ה') דרצה לומר דדעת תוס' אף דל"ב הגדה תוכד"ד זה דוקא אם באו ביחד עכ"פ אבל בבאין בזה אחר זה אפ"ש דלא נתבטל והביא דברי תוס' סנהדרין (ל"א) ה"ל דכ"א א"נ דל"א נמצא אחד קרוב או פסול אלא בבאו בב"א תוכד"ד.

משמע דצריך עכ"פ שביבאו בב"א ואחרי מחילה לא אדע הא מבואר מדברי תוס' ורא"ש ובפרט מד' תוס' סנהדרין (דף ט') דאף בבאו לב"ד בזא"ז מ"מ כל שפוננו להעיד והעידו נתבטל עדותן ומ"ש להקשות דאם באו בזא"ז אמאי נאמנים הפשרים לומר לאסהודי היה הפוננו מתחילה הא כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד וכמו שכ' תוס' ד"ה לאסהודי לא אדע לכונן הדברים שם כ' תוס' לשיטת ר"ח פהו דש"יילינן לפשרים אבל לשיטת הר"י שהוא בתוס' סנהדרין (דף ט') ומכות בד"ה שמואל לפסולין ש"יילינן ול"ש כלל חוזר ומגיד כמובן ומה שכ' משם ספר המכריע לרבינו ישעיה הזקן ו"ל שפכת בבאו זא"ז גם בקרוב או פסול לא נתבטל.

כנראה אינו כן דעת תוס' ורא"ש ועיין טור (סי' ל"ח) ושם בכנה"ג (אות כ"ו) שפכת דמ"ש בשנים הראשונים א"צ לצרף עדותן שיהיה תוכ"ד ונראה לכאורה שדעתו אפילו העיד היום אחד ולמחר אחד שיצטרף וזה נמנע אלא שדבריו הם פשיש בין זה לזה יותר מכ"ד כמו שיראה מהמש"ך לשונו ומיירי שהיו פולם בנעד אחד אבל כל שנתקבל זה שלא בפני זה אין חשש עיי"ש ולא אבין פי המעיין שם בס' המכריע (סי' כ"ה) יראה דלעולם מצטרפין אף שלא העידו באותו ועד.

ומ"מ לדעת תוס' ורא"ש וסייעתם נתבטל עדותן אף שלא באו בב"א ואף שהעיד הפסול אח"כ אף לא באותו הנועד אולם אם העיד בפני ב"ד אחר צ"ע דכנראה דבזה נדאי נתבטל צירוף דהגדה ומ"מ מדברי ריבות ה"ל דבכתמו בשני שטרות דג"כ נתבטל משמע דכיון דהגיד הפסול נתבטל למפרע הואיל דהיה צירוף בשעת ראיה: וראיתי בח"ס ח"מ (סי' י"ג) שפכת דלתנס' כמה חילוקים יש בפסול ב' אחין אפילו העידו אחר כ"ד כיון שצטרפו בראיה אחת אפילו באו אחר כמה ימים נפסלו העדים למפרע אף בפסול קורבא הלנה ומלנה נהי דל"ב תוכ"ד מ"מ באו בב"א לב"ד בעי דהא קשה אם כן יבאו הקרובים ויעידו פדי להציל קרובם מחיובו וצ"ל דש"יילינן לפשרים אי לאסהודי אתי וקשה הא אינו חוזר ומגיד וצריך לומר כיון שבאו בב"א אם כן ע"כ בעינן שבאו בב"א

וְזֶה כְּמוֹ שֶׁפֶתַח אִמּוֹ וְ"ל כַּנְּ"ל אוֹלָם הוּא יֵצֵא לְחֶלֶק בֵּין ב' אַחִין לְקְרוֹבִים וְזֶה לֹא נִרְאֶה מִתּוֹס' וְרֹא"ש דָּאָם סְגִי שְׁיַעֲזֵדוּ אַחְכַּד"ד אֶפְיָלוּ אַחַר כְּמָה יָמִים בְּב' אַחִין לְבַטֵּל עֵדוּת הַכְּשָׁרִים סְגִי גַם כֵּן בְּקְרוֹב וּפְסוּלִין וּמָה שֶׁכ' דְּשִׁינְיָלִינוּ לְכְּשָׁרִים זֶה שֵׁשֶׁת ר"ח פֶּהוּ אֶבֶל שֵׁשֶׁת ר"י וְכָל הָרֵאוּשׁוֹנִים דְּלִפְסוּלִין שְׁיִינְיָלִינוּ וְכַמְבֹּאֵר בְּש"ף (ס"ק ה') וְכַתֵּב דְּצָרִיף לִידַע שְׁקֹאוּ"פ הָיוּ שֶׁם בְּרֵאוּת הַמַּעֲשֵׂה דָאָם לֹא כֵן לֹא כָּל כְּמִינְהוּ וְלֹא קָשָׁה דְלֹא יִהְרַג שׁוּם אָדָם עֵי"ש [וּמ"ש שֶׁם הַנְּתִיבוֹת דִּל"ה צָרִיף לְזֶה דְּהָא אֶפְיָלוּ הָיוּ הַפְּסוּלִים נְאֻמָּנִים מ"מ הָא הַכְּשָׁרִים נְאֻמָּנִים שְׁלֵא רָאוּ הַפְּסוּלִין מִמֵּילָא לֹא נִצְטַרְפוּ כְּשֵׁלֹא רָאוּ זֹא"ז ל"ק לְהַמְבֹּאֵר בְּרִיטְב"א מִכּוֹת דְּסְגִי כְּשֵׁרֹאוּיִן דְּרַף רֵאִיָּה כְּלִית וְלֹא שְׁיִכִּירוּ לְהַכְחִישׁוֹן לְכַף צָרִיף הַש"ף לֹמַר דְּלֹאוּ כָּל כְּמִינְהוּ] וְכ"כ בְּקְרוֹבֵי הַמַּלְנָה וְעֵינִן תּוֹמִים (ס"ק י') וּבְאַמַּת הַתּוֹס' לֹא הִקְשׁוּ רַק דְּלֹא יִהְרַג אָדָם דְּהַקְרוֹבִים יֵאמְרוּ לְאַסְהוּדֵי אַף דְּקְרוֹב אֵינּוּ חֲשׂוֹד לְמִשְׁקֵר רַק גְּזִירַת הַפְּתוּב הוּא דְּאֵינּוּ בְּתוֹרַת עֵדוּת מ"מ לְהַצִּילוֹ מִמֶּנּוּת יַעֲשׂוּ כָּל הָאֶפְשָׁרוֹת ע"ד שְׁמַצִּינוּ שְׁמָא יַחֲפָה עַל בַּת אַחֻתוֹ אֶבֶל לְהַצִּילוֹ שְׁלֵא יִתְחַיֵּיב מִמּוֹן לֹא חִיִּישִׁינוּ לְזֶה וְאִם אֵיבַרְע שְׁבָא הַקְרוֹב אַף אַחַר כְּמָה יָמִים אַף שְׁלֵא בָּאוּ בְּב"א לְאַסְהוּדֵי מְבַטֵּל בְּאַמַּת עֵדוּת הַכְּשָׁרִים אִם קִבְּלוּ עֵדוּתוֹן הַב"ד רַק מִסְתַּמָּא יִהְיֶה זְרִיז הַמַּלְנָה שְׁיִפְסְקוּ הַב"ד הַדִּין וְאַחַר פֶּס"ד וְדֹאֵי ל"צ וְלֹא יִקְבְּלוּ הַב"ד הַגְּדָתוֹן וְאַף אִם קִבְּלוּ יֵשׁ לֹמַר דְּשׁוּב אֵינּוּ מְבַטֵּל עֵדוּת הַכְּשָׁרִים לְכ"ע: ס' נִב בְּרַמ"א (ס' ל"ו ס"א) אֶפְיָלוּ לֹא יִדְעוּ זֶה מִזֶּה וְכ' הַש"ף (ס"ק ז') דְּכַתֵּב אֶפְיָלוּ לְהַרִי"ף דְּבַעֲיָנוּ שְׁיִדְעוּ הַכְּשָׁרִים בְּפְסוּלֵי הַפְּסוּלִים וְלִדְעַת הַרַמְבַּ"ם דְּמִשְׁעַת רֵאִיָּה נִפְסְלוּ אַף דְּלֹא הִעִידוּ אַחַר כֵּף מ"מ מִשְׁפַּחַת לֵה אֶפְיָלוּ לֹא יִדְעוּ זֶה מִזֶּה דְּהָא בְּזִמְן שְׁמַקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ הָיוּ רָאוּ כְּאַחַד וּמִשְׁפַּחַת בְּעֵדִים רַבִּים שְׁרָאוּ כְּאַחַד וּמַקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ דְּמַצְטַרְפִּים יַחַד אַף אוֹתוֹן שְׁאִין רוֹאִין זֶה אֵת זֶה וְאִם נִמְצָאוּ שֶׁם פְּסוּלִים אֶפְיָלוּ לֹא יִדְעוּ זֶה מִזֶּה כִּינּוּן שְׁמַקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ עֵדוּתוֹן בְּטָלָה.

וְקָשָׁה הָא כִּינּוּן דְּלֹא יִדְעוּ דְּמַקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ הָיוּ כְּאֵלּוּ יִדְעוּ הַכְּשָׁרִים בְּפְסוּלֵי אֵלּוּ שְׁרֹאוּיִן וְבִס' נְתִיבוֹת כ' לְפָרֵשׁ דְּדוֹקָא בְּקְרוֹב אוּ פְסוּל כִּינּוּן דְּאִין שֶׁם עֵדוּת עַל הַפְּסוּל וְנִפְסֵל הַכְּשָׁרִים מִצַּד שְׁצִירְף עֲצָמוֹ עִם הַפְּסוּל לְכַף דַּעַת הַרִי"ף כִּינּוּן דְּלֹא יִדְעוּ הַכְּשָׁרִים וְאִין אֲשֶׁם עֲלֵיהֶם לְכֵן נִתְבַּטְּלָה עֵדוּתוֹן מֵה שְׁאִין כֵּן כְּשֶׁפּוֹלֵן כְּשָׁרִים לְהַעֲיֵד וְעֵדוּת שֶׁל כְּשָׁר אֶחָד נִתְבַּטֵּל בְּטָלוּ כֵּן מִטַּעַם עֵדוּת שְׁבַטְלָה מַקְצָתוֹן בְּטָלוּ כֵּן וְהִבִּיא רֵאִיָּה דְּהָא אֶפְיָלוּ אֶחָד אוֹמֵר א"י בְּחִקִּירוֹת נִתְבַּטֵּל עֵדוּת כֵּן וְכִבֵּר כְּתַבְתִּי בְּהַגְהוּמֵי בְּדַבְּרֵי חַיִּים דִּינֵי עֵדוּת (ס' י"ג) דִּישׁ לִיִּישׁב בְּזֶה דַּעַת הַרַמ"ה דְּסוֹבֵר אַף בְּלֹא בָּאוּ רַק לְרֵאוּת וְלֹא רָאוּ זֶה אֵת זֶה מ"מ אִם הִעִידוּ יַחַד תּוֹכַד"ד עֵדוּתוֹן בְּטִיָּלָה דְּעִיָּקֵר קִרָא בְּהַגְדָּה כְּתִיב וְהַש"ף הִקְשָׁה עָלָיו מִמִּתְנִיתִין בָּאִם אֵין מַקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ הָרִי אֵלּוּ שְׁתֵּי עֵדוּת וּמִתְנִיתִין אֵינִי תוֹכַד"ד וְי"ל דְּהָא הַרִיטְב"א שֶׁם כְּתַב בְּדַבְּרֵי הַרִי"ף הַנ"ל וְז"ל וְהוּא שֵׁשֶׁת מוֹרֵי הַרִיטְב"א וְ"ל אֶלָּא שְׁהוּא פּוֹסֵל כְּשֶׁבָּאוּ לְהַעֲיֵד וְהִעִידוּ אַף עַפ"י שְׁלֵא יִדְעוּ כְּשָׁרִים בְּפְסוּלִים שֶׁל שְׁנַיִם רוֹאִים אוֹתוֹ מִחֻלוֹן זֶה פְּסוּלִים וְכִנּוּנָתוֹ דְּתַקְשָׁה מִמִּתְנִיתִין כְּשֶׁמַּקְצָתוֹן רוֹאִין אֵלּוּ אֵת אֵלּוּ דְּהָרִי זֶה עֵדוּת אַחַת וְהִינּוּ אַף לְעַנְנֵן קְרוֹב אוּ פְסוּל וְשֶׁם ע"כ שְׁלֵא הִפִּירוּ הַכְּשָׁרִים וְכַמּו"ש הַרִיטְב"א בְּמִתְנִיתִין דָּאָם הַב' אוֹמְרִים שְׁרָאוּ הַב' הַנְּזוּמִים הָיוּ עֵדוּת מְוַכַּחֶשֶׁת וְע"כ אֵינִי אוּ שְׁרַק אֶחָד מִכַּת זֹר רֵאִיָּה אוּ שְׁרֹאוּיִן דְּרַף רֵאִיָּה כְּלִיתוֹת וְלֹא שְׁהַפִּירָם מִמֶּשׁ שְׁיִוְכְלוּ לְהַכְחִישׁ עֵי"ש אִם כֵּן הִיָּה הַצִּירוּף עַכ"פ בְּטַעוֹת וְלָמָּה נִתְבַּטֵּל אוֹלָם לְדַבְּרֵי הַנְּתִיבוֹת י"ל דְּאַחַד מִכַּת זֹר רֵאִיָּה וְאִמֵּר שְׁרָאָה לְכַף כָּל הַכַּת הַזֹּאת נִתְבַּטְּלָה

מטעם עדות שִׁבְטָלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה פְּנִיָּה אִם רָאָה אוּ לֹא:  
ולפי"ז יש לומר דרמ"ה גם כן סובר פשיטת הרי"ף דבעינן שהפסולים יפירו בהפסולים  
ואז אף שלא פנונו להעיד ולא ראו אלו את אלו מ"מ הגדה תוכ"ד מצרף אותן אבל  
במתניתין דכשנמצאו זוממין לא הפירו הפסולים לכה בעינן מקצתן רואין אלו  
את אלו ואז נתבטל כל העדיות מפתח זה שאמר שראה את אלו וע"י נתבטלו כל אלו  
שראו ביחד מטעם עדות שִׁבְטָלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה פְּנִיָּה: ואם נאמר דהרמב"ם סובר ג"כ  
כדעת הרי"ף דבעינן שיעדו בפסולין וכמו דנראה מדברי הש"ף יש ליישב דבריו (פ"ב  
ה"ג) מעדות דכתב באם אחד אומר א"י בחקירות התקנים העדות בשנים ויהרג והקשה  
הלח"מ הא בסנהדרין (דף מ"א) אמרינן כמאן דלא כר"ע ולפירוש רש"י ותוס' אליבא  
דידן דפסקינן בנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותו בטלה וכן אין עדים נעשין זוממין  
עד שיוזמו כולן למה התקנים עדות בשאר.

ולמ"ש יש לומר דהא לדעת הרי"ף דצריך שיעיר הכשר בהפסול אם זה שאומר א"י לא  
גרע מלא הפיר וכן כתב הקצוה"ח רק י"ל דס"ל להרמב"ם דמטעם עדות שִׁבְטָלָה מְקַצְתָּה  
בְּטָלָה פְּנִיָּה נתבטל וסובר דדין זה אם בעינן שיעיר הכשר בהפסול תליא בפלוגמת ר'  
יוסי ורבי אם בעי פנונת להעיד דלר' יוסי דל"ב פנונה ול"ב שום צירוף וראיה לבד פוסל  
ל"מ מה שלא הפיר בו הכשר דכל הטעם בלא הפיר בו שלא יבטל מטעם דהוי צירוף  
בטעות ולר"י ל"ב שום צירוף והראיה לבד פוסל מגזירת הכ' מהיקש שנים לשלשה  
וכמו בב' אף שלא ידע הכשר מהפסול נתבטל שלא נשאר רק אחד כן נמי בג' אף שלא  
ידע נתבטל כל העדות אבל לרבי דבעי פנונה להעיד וע"י צירוף נתבטלו וע"כ דסובר  
אהני התיקש ואהני הסברא דבלא פנונה לא נתבטל לכה כשלא ידע הכשר מהפסול הנה  
הצירוף בטעות [שוב ראיתי בתנאים שכ' ג"כ מפמה טעמים דדברי הרי"ף בלא ידע  
הכשר מהפסול תליא במחלוקת ר' יוסי ורבנן].

ולפי"ז יש לומר רבא דאמר בסנהדרין שם כמאן דלא כר"ע היינו אליבא דר' יוסי דל"ב  
פנונה והראיה בלבד מבטל לכה אף בלא הפיר ולא נצטרפו מ"מ נתבטל כל העדות כמו  
בנמצא אחד מהן קרוב או פסול אבל אליבא דידין דפסקינן כרבי דבעינן פנונה להעיד  
וע"כ הטעם פינו דנצטרפו והתחברו יחד נתבטל וליכה בעינן שיעיר הכשר בהפסול  
וכשלא הפיר הנה הצירוף בטעות לכואף באומר אחד א"י בחקירות התקנים העדות על  
פי שנים פינו שהצירוף הנה בטעות שאם היו יודעים שנה לא ינפון אחר כה ל"ה  
מצטרפין להיות עדות אחת: ובזה נראה קצת להבין דברי רישלמי שבועות (פ"ד) וז"ל  
היו עשרה אית תנוי תני הראשון חייב וכולן פטורין אית ת"ת האחרון פטור וכולן חייבין  
מ"ד ראשון חייב וכולן פטורין כמ"ד עדות שִׁבְטָלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה פְּנִיָּה ומ"ד אחרון  
פטור וכולן חייבין כמ"ד התקנים עדות בשאר כה הגירסא לפירוש פ"מ והיינו בהיו  
עשרה וכפרו כולן בזא"ז פליגי בפלוגמת רבי ור"י אם בד"מ התקני' עדות בשאר דלרבי  
דעדוהו בטילה כן נמי בזה פינו דהראשון כפר בטלה כל העדות ושוב אין נ"מ בכפירת  
אחרים ולר"י דתתקנים עדות בשאר לכה כולן חייבין דעדוהו הנה מועיל ועיי"ש במ"פ  
דמדברי רש"י ורמב"ם (פ"י) משבועות משמע דלא מדמו זה לנמצא אחד מהן קרוב או  
פסול.

וקְשָׁה מִדְּבַר יְרוּשְׁלַיִם לְשִׁיטַת הָרִי"ף דְּצָרִיף שִׁיפִירוּ הַכְּשָׁרִים בְּהַפְסוּל וְשֵׁם הָא בְּשַׁעַת  
רְאִיָּה הָיוּ פְּנֵלִים כְּשָׁרִי וְאַח"כּ כְּשִׁבְּאוּ לִב"ד גִּפְסֵל זֶה שִׁכְפָּר לְמָה נִתְבַּטַּל כָּל הָעֵדוּי  
וּבִקְצוּהָ חֶפְתָּב לְדִינָא לְדַעַת הָרִי"ף בְּהִיָּה כְּשֶׁר בְּשַׁעַת רְאִיָּה לֹא מְבַטֵּל הָעֵדוּת כ"ש בְּזֶה  
דְּאִף הִגְדָּה ל"ה רַק שִׁבְּאוּ בִּיחַד לִב"ד [וּלְכַאוּרָה נִרְאָה רְאִיָּה מִיְרוּשְׁלַיִם לְדַעַת רִש"י  
וּרְמַב"ם דל"ב הִגְדָּה רַק כְּשִׁבְּאוּ לִב"ד נִתְבַּטַּל כָּל הָעֵדוּת דְּשֵׁם הַפְּסוּל לֹא הִגִּיד וּל"ה  
צִירוּף הִגְדָּה וּלְדַעַת תּוֹס' וְרֵא"ש צ"ל דְּזֶה שִׁכְפָּר הָיוּ הִגְדָּה וְכִינּוּ דְרָאוּ יַחַד וּבְאוּ בִּיחַד  
לִב"ד מְבַטְלִין].

לְכַד נִרְאָה לִמ"ש דְּדִינָא דְהָרִי"ף תְּלִיָּא בְּפִלְגָּתָת ר' יוֹסִי וּרְבִי אִם פֶּן י"ל דְּהָא דְאָמַר מ"ד  
רֵאשׁוֹן חֲזִיב וְכוּלָן פְּטוּרִין כִּמ"ד עֵדוּת שִׁבְּטָלָה מְקַצָּתָה בְּטָלָה פְּנֵלָה הִינּוּ דַעַת ר' יוֹסִי  
דל"ב צִירוּף בְּכַוְנָה וְהָרְאִיָּה לְכַד פּוֹסֵל כְּמוֹ כֵּן ל"ב שִׁיכְפִיר הַכְּשָׁר בְּהַפְסוּל לְכַד נִתְבַּטַּל  
כָּל הָעֵדוּת וּמֵאֵן דְּאָמַר הָאֲחֵרוֹן פְּטוּר וְכוּלָן חֲזִיבִין כ"מֵד תְּתַקְּיִים עֵדוּת בְּשָׂאָר הִינּוּ אִף  
אִם בִּד"מ גַּם פֶּן נִתְבַּטַּל הָעֵדוּת בְּנִמְצָא אֶחָד מֵהֶן קְרוּב אוֹ פְּסוּל מ"מ בְּעֵינֵן פְּנוּנָה לְהַעִיד  
וּמִמִּילָא פִּינּוּ דְבְּעֵינֵן פְּנוּנָה לְהַעִיד בְּעֵינֵן שִׁיכְפִירוּ הַכְּשָׁרִים בְּהַפְסוּלִין שִׁיכְפִירוּ כְּפִי  
לְעֵדוּת אַחַת לְכַד פְּנֵלִין חֲזִיבִין פִּינּוּ דל"ה פְּסוּל בְּשַׁעַת רְאִיָּה הִיָּה הַצִּירוּף בְּטַעוֹת וְתַתְּקִיִים  
הָעֵדוּת בְּשָׂאָר לְכַד פְּנֵלִים חֲזִיבִין וְרִש"י וּרְמַב"ם שִׁפִיר כְּתָבוּ דְהַשְׁנִי פְּטוּר מִטַּעַם דְּאִין  
עַד יַחֲדִי רֵאשׁוֹן הִגִּיד הָא אֵלּוּ הָיוּ רֵאשׁוֹן לְהַגִּיד ל"ה נִתְבַּטַּל לְדִידֵן דְּבְּעֵי פְּנוּנָה לְהַגִּיד פִּינּוּ  
שְׁהִיָּה כְּשֶׁר בְּשַׁעַת רְאִיָּה הָיוּ כְּאֵלּוּ לֹא הִפִיר הַכְּשָׁר בְּהַפְסוּל: אוּלָם יֵשׁ לוֹמַר מְסַבְּרָא דְאִף  
הָרִי"ף מוֹדָה כְּשֶׁהִיָּה כְּשֶׁר בְּשַׁעַת רְאִיָּה וְנִפְסֵל בְּשַׁעַת הִגְדָּה דְנִתְבַּטַּל פִּינּוּ דִמ"מ הִיָּה  
צִירוּף וְאֵז לֹא הִיָּה בְּטַעוֹת רַק דְּאֲחַר כֶּף נוֹלַד פְּסוּל מ"מ הִיָּה צִירוּף רֵאשׁוֹן אִף שְׁהִיָּה  
בְּהַכְּשָׁר מ"מ נִתְבַּטַּל מִשָּׂא"כ אִם הִיָּה פְּסוּל בְּשַׁעַת רְאִיָּה רַק שְׁלֹא יָדַע הַכְּשָׁר מִהַפְּסוּל  
דְּאֵז הִיָּה הַצִּירוּף בְּטַעוֹת אִם פֶּן ל"ק מִיְרוּשְׁלַיִם הַנִּזְכָּר וְצ"ע עכ"ד שֵׁם בְּדְבָרֵי חֲזִיִים: עֵתָה  
רֵאשׁוֹן בְּתַשׁוּבַת מְשִׁפְטֵי שְׁמוּאֵל שְׁהִבִיא הַכְּנֵה"ג וְהוּא (ס' כ"ד) וְדָן שֵׁם עַל קִידוּשִׁין  
בְּפִנֵי ב' עֵדִים וּבְשַׁעַת קִידוּשִׁין הָיוּ שְׁנֵיהֶם רְחוּקִין וּבְשַׁעַת הִגְדָּה הִיָּה אֶחָד קְרוּב דְאִף  
הַכְּשָׁר נִתְבַּטַּל וְכַתְּבֵי אִף לְדַעַת הָרִי"ף דְּבִלָּא יָדַע זֶה בְּקְרוּב אוֹ פְּסוּל חֲבִירוֹ דְלֹא נִתְבַּטַּל  
הַכְּשָׁר וּי"ל דְּהִיָּכָא דְבְּשַׁעַת עֵדוּת לֹא הָיוּ קְרוּב כָּלֵל דְּאִיכָּא טִיבוּתָא טְפִי וְנִימָא דְהַשְׁנִי  
חֲזִיב עַד מְעִלְיָא אִפִּי"ה לֹא דְמִי לְנַד"ד דְּהִתְמָם לֹא נוֹדַע פְּסוּלוֹ מְעוּלָם אֶלָּא אַחַר הָעֵדוּת  
עֵדִים בִּב"ד וְלֹא נִפְסֵל מְעוּלָם כָּל עוֹד שְׁלֹא נוֹדַע לְדְבָרֵי הָרִי"ף אֶבֶל בְּנַד"ד דְּקוֹדֵם שִׁיבְּאוּ  
לְהַעִיד נוֹדַע הַפְּסוּל וְנִתְפָּרְסָם פְּשׁוּט דְלִית לָן לְאֲכַשׁוּרִינְהוּ ע"ש עוֹד בְּדְבָרֵי הָרִי"ף כְּמוֹ"ש  
דְּהִיָּכָא דְהִיָּה כְּשֶׁר בְּשַׁעַת רְאִיָּה ל"ח כְּצִירוּף בְּטַעוֹת וּכְשִׁנּוּדַע הַפְּסוּל בְּשַׁעַת הִגְדָּה נִתְבַּטַּל  
גַּם הַכְּשָׁר וְדִלָּא כְּמוֹ"ש בְּקְצוּהָ"ח וְהַנְּתִיבוּת: כְּתָב בְּתוֹמִים דָּאִם הִיָּה אִשָּׁה בְּמַעֲמַד הָעֵדִים  
אֲעַפ"י שִׁפְנוּנָה לְהַעִיד אִינְהָ בְּגָדָר נִמְצָא פְּסוּל לְבַטֵּל כָּל הָעֵדוּת דְהִיא אִינְהָ בְּגָדָר עֵדוּת  
כָּלֵל וְהוֹסִיף בְּנִתְיָבוּת דְהַה"ד קָטָן וְעַפּוּ"ם אִינְהָ בְּגָדָר עֵדוּת לְבַטֵּל שְׂאָר הָעֵדִים וּבְתַשׁוּבַת  
רַע"א ז"ל בְּהַשְׁמָטוֹת (ס' ע"ב) כְּתָב דְלִשְׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְגַם בְּדִינֵינִים אֲמַרִינּוּ נִמְצָא אֶחָד  
מֵהֶם קְרוּב אוֹ פְּסוּל דְנִתְבַּטְּלוּ הַכָּל כְּמוֹ כֵּן בְּהִיָּה בְּהֶם קָטָן גַּם פֶּן נִתְבַּטַּל וְכַתְּבֵי פֶן  
בְּשִׁיטוֹת.

וּלְכַאוּרָה יֵשׁ לוֹמַר דְתְּלִיָּא בְּפִלְגָּתָת ר' יוֹסִי וּרְבִי דִלְר"י דל"צ שׁוּם פְּנוּנָה לְהַעִיד דְמִקִּישׁ  
שְׁנֵי לְשִׁלְשָׁה לְגַמְרִי כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ לוֹמַר מִהִתְקַשׁ דְהִנְהָ גַם פֶּן מְבַטְלִין לְעֵדוּת הַכְּשָׁרִים  
אֶבֶל לְרַבֵּי דְאֵהֲנִי לִיָּה קָרָא וְאֵהֲנִי סְבָרָא דְבְּעֵי פְּנוּנָה וְגַם לְדַעַת הָרִי"ף בְּלֹא הִפִיר הַכְּשָׁר

בהפסול דלא נתבטל ע"כ גם כן דאקני ליה סברא ממילא י"ל דאלו שאינו בגדר עדות לא מקשינו שנים לשלשה ואינם מבטלין להפשרים ועיין בהגהות בדברי חיים דיני עדות (סוף סי' ה') הבאתי ראיה מירושלמי יבמות (פי"א) על על מתני' דכהנית שנתערבה ולדה בולד שפחתה מהו שייעידו עדות אחת ומעלה להן עדות אחת או יבא כה"ד ר' זעירא ר"י בשם ר"א מאחר שימצאו העדים זוממין אין נהרגין ואין ההורג נהרג אף הקא כן ואמאי לא בפשיטות כיון דאחד הוא פסול נתבטל אף עדות הפשרים וע"כ כיון דאחד הוא עבד ואינו בגדר עדות כלל אינו מבטל ולדברי תוס' סנהדרין דהיקא דאין הפסול ידוע אינו מבטל אתי שפיר [ובט"א ר"ה (דף כ"ד) פתב להקשות על דברי תוס' בזה דכיון דהא דפסול אחד מבטל עדות פולן מהקישא דשנים לשלשה נפקא ליה כי לא נודע הפסול מה בכך הא בב' כה"ג עדותו בטילה ול"ק דהא על פרחו לרבי כיון דבעינו פוונה להעיד ע"כ דאקני קרא ואקני סברא כנ"ל] וקצת י"ל דשם פל אחד בגדר עדות כיון דחייב להעיד דלמא הוא עד פשר ולעדות להחזיק כ"א נאמן כיון דהוא ספק פסול ואינו דומה לטומטום דפסול אף להחזיק דשם בעצם כיון דאינו נאמן להוציא אינו נאמן להחזיק מה שאין כן באלו דנתערב חד בחד ודאי דנאמן להחזיק והוי בגדר עדות ויש לומר כיון דכל חד וחד מחויב להעיד לא דנין בי' דין נמצא אחד מהן קרוב או פסול לבטל עדות הכשר ולא מבעיא לדעת הר"י בלא הפיר הכשר בהפסול דלא נתבטל דבשוגג נטפל ואף הסוברים דגזירת הכתוב הוא הואיל דצירוף לפסול ואף בב' פתות לולא דמסייעי להדדי או מטעם אחר שכ' תוס' הי' בטל העדות מ"מ בתערובות דהחייב מוטל על שניהם להעיד ואי אפשר בשום אופן לברר מי הוא הפשר כי התערובות נעשה מקודם ראית עדותן בזה לכ"ע לא נתבטל עדות הכשר מה שא"כ בב' פתות זאת אומר' מנה וזאת מאתים דבשעת עדותן שראו היה באפשרי לדייק ושיזכרו היטב שלא יכחישו לכן אח"כ כשנפסלה פת אחת הוי פצירוף פשר עם פסול ועיין ט"א ר"ה (דף כ"ב) דכ' דאשה שם עד עליה ולא מיעט הכתוב לאשה אלא משום דאין שם איש עליה אבל גזלן לאו שם עד עליה ומשמע מדבריו כיון דאשה שם עד עליה גם כן מבטלת עדות הפשרים אולם ז"א דהא חזינו דאשה ממעטינו מקרבן שבועה ואף דיש עדות שאשה פשרה כמו בסוטה ומ"מ אינה חייבת בק"ש וכמו שפיתבו כן האחרונים הטעם דלאו שם עד עליה וה"נ כיון דפסלה התורה לכל עדות אינה מבטלת לעדות הפשרים מה שאין כן קרוב דכשר לרחוקים וכן פסול בעצם ראוי להעיד אם מקבל תשובה רק הפסול גורם לפוסלו לכן מבטל אף הפשרים מה שאין כן אשה ועבד וקטן אינם בגדר עדות ואינם מבטלין לעדות הפשרים: והפסול מדרבנן פתב בכנה"ג משום תשובת ב"י דאינו מבטל שאר העדים הפשרים והתנאים כ' הפשתי ולא מצאתי בתשובה לב"י ולא דכונתי רק שפתב דפסול דרבנן לא נתבטל שאר העדות דל"ה הכרזה ואף הוא אינו פסול אבל בהיה לו הכרזה ודאי דמבטל כל העדות וראיה מריטב"א (סוף פ"ב) דקידושין דנסתפק בנוטל ש"כר להעיד דאינו פסול גמור הא בפסול גמור בטל כל העדות ובודקתי בתשובת ב"י וראיתי בשאלה יוד בתשובת החכם מ' אברהם בן נחמייש ז"ל שפתב וז"ל וילדעת הרמב"ם ז"ל נמי דסובר דקרוב מצד האם פשר מן התורה ופסול מדברי סופרים נראה לע"ד לומר כיון שאין פסולו אלא מדברי סופרים לא אלה פולי האי לבטל עדות שני הפשרים לגמרי שראו עמו נאפילו לדעת הר"י ז"ל דמקדש בפסולי עדות דרבנן עדותן



בטלה דוקא במקדש בשני פסולי עדות אבל בחד פסול וב' פשרים כי הקא אפשר דלא אלם בפסול מדרבנן פולי האי לבטל שנים הפשרים לגמרי שעמו עכ"ל הרי עדותו של הכנה"ג נאמנה שפן כ' בתשובת ב"י איברא בתשובת הב"י שם צידד בהשאלה הזאת דהיה הפסול דרבנן בעבירה ולא מצד קרובי' אם דאינו פסול הוא עצמו בלא הכרזה ומגדון זה דפסול מדרבנן שלא מבטל כל העדות לא נמצא בתשובת ב"י עכ"פ דעת החכם הג"ל לדון דאפשר דאינו מבטל שאר העדים והראיה שהביא התנאים מדברי הריטב"א יש לדחות דהוא כתב שם דנוטל שר להעיד דממילא בטל עדותו ואין זה מחמת פסול וכתב ואפשר שאין עדות פשרים נפסלת מפני צרופיו והיינו במקום שגם עדותו של פשרים גם כן ל"מ רק מדרבנן ובכה"ג לכ"ע פסול דרבנן מבטל מפני צרופיו פיון דכל עדות הפשרים ל"מ רק דרבנן בזה הם אמרו ותיקנו כעין דאורייתא דארף פסול דרבנן מבטל הפשרים גם כן ובכ"ז בנוטל שר להעיד אינו פסול הגוף שיבטל מפני צרופיו ארף להפשרים שהמה מדרבנן אבל לעולם יש לומר פיון דהא דקרוב או פסול מבטל עדות הפשרים חידוש הוא י"ל דפסולי דרבנן אינו מבטל הפשרים מן התורה.

אולם בתשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל הנדפס בבבלין ראיתי מפני (דף ל"ב ע"ב) כתבו החכמים בפשיטות דעדות כולן בטלה ואפילו בפסולי עדות דרבנן וכתבו וזה לכל באי עולם ידוע עיי"ש וכיון דהם כתבו כן בפשיטות והחכם הג"ל שבתשובת ב"י כ' בלשון אפשר דלא אלם לבטל ב' הפשרים לגמרי אין ספקו מוציא מידי ודאי של הגדולים הג"ל שבתשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל וכמו שכתב התנאים לדון כן מבלי פקפוק: סי' נג נוגע דפסול לעדות דעת הע"ש דהוא מטעם בע"דובתומים (סי' נ"ז ס"ק כ"א) כתב דמטעם זה ארף לחובתו אינו נאמן כמו קרוב והוכיח שחלףא במחלוקת רש"י ותוס' וראב"ד דרש"י כתב דלכך באומר על שורו שהמית או שגרבע פטור ממיתה מטעם מודה בקנס הרי דיכול להעיד לחובתו בממון ונתוס' זבחים (דף ע"א) הקשו מהא דהוא ואחר מצטרפין להורגו ול"ח אדם קרוב אצל ממונו וכתבו מטעם גזירת הפתוב וביש אחר עמו נהרג הרי דיכול להעיד לחובתו.

ולדעת ראב"ד באומר פלוני רבע שורי דלא פלגינן דבורא ומדאינו נאמן לגבי שור א"נ לגבי אדם ע"כ הטעם דא"נ לגבי שור דהוא נוגע מבואר דנוגע א"י להעיד. והנה נראה מדבריו להדיא דפירש בדעת תוס' דבעלים עם אחר מעידין להורג השור ארף אם אינו מעיד על פלוני: ודבריו תמוהין הא בפשיטות פיון דגזירת הפתוב כמיתת הבעלי' כד מיתת השור וכן ברובע מדכ' והרגת את האשה ואת הבהמה בעינן בכ"ג פאדם הרובע דאיתקש להדדי כמבואר מתניתין ריש סנהדרין ובעלים א"נ רק כשמעיד עם אחר גם על אדם פיון דגברא מקטל נגרר השור גם כן אחריו אבל אם אינו מעיד רק על השור גם התוס' מודים דארף אם יש עוד אחר עמו אינו נהרג על פי בעלים.

וכן מבואר בארנפה ביש"ש ב"ק (פ"ד סי' כ"א) ואפילו הוי שור של שני שותפין ומעידין עליו לא קטלינן ליה ול"ש לומר בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמה מיתת הבעלים עפ"י עצמן פטורין דפסולים לעדות לפי שהם קרובים לעצמם ארף לשור הם כפסולים ארף שהוא ממונא ולפינן ממיתת הבעלים דארף לממונם חשובים כקרובים ואינם קרובים כ"כ לפלוג העדות כשמעיד הבעלי' עם אחר על פלוני שרבע פי כולי האי לא מדמינן שור

לבעלים אבל באם אינם מעידים רק על שור לא קטלינו ואף באומר שנגמר דינו לסקילה בב"ד אחר א"נ כמו בעלים דאינו נהרגין עפ"י עצמן ומ"ש תוס' זבחים אם אין עד אחר עמו קאי אהא דפ"ק דסנהדרין דאייתי לעיל מיניה ואיגרי ברבע פלוני ובלא"ה אין הבעלים מצטרפין לעדות זה ע"ש ואם פן אינו ראיה מתוס' דלחובתו נאמן על ממונו ואדרבה מבואר דאינו נאמן.

אולם באמת פנראה שם לדין השור דבעי ב"ד של כ"ג וגזרה התורה לדונו כמו הבעלים ממש ואינו נאמן דהוי כמעיד על עצמו אבל בשאר עניני ממון יש לומר דנאמן לחובתו בתורת עדות.

וכנראה דעת רוב ראשונים דא"נ הבעלים אף לצרף לעד א' רק באם מעיד עם עד א' או ב' שותפים על פלוני שרבע הואיל והוא נהרג נגרר השור אחריו ולא אמרינו פלגינו דיבורו כמבואר סנהדרין (דף ט') בפירוש הראשונים.

ומצאתי בש"ף (סי' קכ"ג ס"ק כ"ו) שכתב לראי' מהא דפלוני בא על שורי דנאמן לחוב וצ"ע פנ"ל דשם רק מטעם מתוך דנאמן לגבי חבירו להרגו נאמן לגבי השור ובאמת לגבי שור י"ל טעם פשוט כיון דנאמן להרוג פלוני ממילא נהרג השור דבא תקלה ע"י כמו דמבואר סנהדרין (דף נ"ד) וי"ל בזה קושית תוס' זבחים על רש"י דסובר דבעלים אינו נאמן על השור מטעם מודה בקנס אמאי הוא ואחר מצטרף ולהנ"ל אחי שפיר דוקא היכא דפלוני אינו נהרג מן פטר מטעם מודה בקנס כיון דלא נודע וגלוי לכל שפא תקלה על ידו אבל היכא דפלוני נהרג ובעיני העולם גלוי שע"י שור הלזה בא תקלה הזאת לכך הורגין השור.

אף דעת רמ"ה קידושי סנהדרין שם מבואר כמו שלמד התנאים בדעת תוס' דעם אחר מצטרפין הבעלים להרוג השור אף אם אינו מעיד על פלוני ולדבריו שם זה הא בעי' דרבא דלגבי פלוני דמקטל לא קא מבעיא ליה רק לענין שור דלמא פי אמרינו הודאת בע"ד כק' עדים בד"מ אבל בדיני נפשות לא מידי דהנה אנפשיה או"ד אין אדם קרוב אצל ממונו ומסיק דא"א קרוב אצל ממונו עיי"ש.

ובתנאים פתב ראיה דאינו נאמן לחוב להעיד עם אחר על השור מש"ס קידושי (דף ס"ו) האי על פי עד א' ה"ד אי דקא מודו בעלים היינו על פי בעלים וטפי הנה להקשות אי דקא מודו להדיוט נמי אסור ויוצא לסקול וכבר מבואר דעל התוס' לא קשה דרב היכא דפלוני נהרג לכך נאמן גם על השור אולם לרמ"ה יקשה אף לא אבין דבריו הא מ"מ אף אם נאמן דבעלים יכולין להעיד על השור בתורת עדות בצירוף אחר מ"מ צריך שיתקבל עדותן בפני ב"ד של כ"ג ולענין אסור אינו צריך הגדה בפני ב"ד פלל א"כ הקשו הש"ס אי קא מודו היינו על פי בעלים ומ"מ לסקול אינו נסקל עד שיעידו שניהם בפני ב"ד אבל לענין הקרבה דעד א' נאמן באיסורין ול"ב הגדה בפני ב"ד פלל וז"פ: ומה שהוכיח מדעת ראב"ד דע"כ אינו נאמן לחוב ג"כ לכאורה אינו ראיה די"ל דהראב"ד סובר כמו"ש תוס' דגזה"כ הוא כמיתת הבעלים כף מיתת השור וכמו שכ' היש"ש דכמו דאינו נאמן לגבי נפשו אף דאדם נאמן על עצמו היינו בעניני ממון או לשוני' אנפשי' חתיקא דאיסורא אבל לעשות דין בנפשו א"נ רק לגבי נפשי' אינו בתורת עד רק בע"ד לכך באומר פלוני רבעני פלגיני דבורו נאמן לגבי הפלוני ואינו נאמן לגבי עצמו ובאומר

עדותו על השור הוי פקרוב אף דנאמן ע"ע להפסיד השור מ"מ לעשות בו דין סקילה לגבי זה הוי פקרוב אל הממון היינו השור והוא בגדר עד על השור לדונו רק הואיל דיש לו קרבת אליו דשמו עליו אינו נאמן ואמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

אף מ"מ נראה מדברי הראב"ד דאדם נפסל להעיד על ממונו דהוי פקרוב. דהא מבואר בראשונים ב"ב (דף מ"ג) משמו בהא דמהני סילוק בנוגע והקשו הא בעדות בעינן תחילתו וסופו בכשרות וכתבו משם הראב"ד כי בעינן תחילתו וסופו בכשרות ה"מ בפסלות דגופא או דקורבא אבל הכא משום חשדא דנוגעים בעדותו וכי מסלק חשדא פשרים בין לדין בין לעדות ולשון אחר פירשו דלגבי ממון לא מיקרי תחילתו בפסלות דכיון דמטי ליה הנאה מניה לאו בר עדות הוא פלל והשת' הוא דאחיל עליה שם עד והוי תחילתו וסופו בכשרות והוא שעמא לאו עד הוא פלל דאין אדם מעיד לעצמו ודמאי להאי דאמרינו יקום דבר במקמי דבר הכתוב מדבר עיי"ש ברמב"ן ובש"מ פתב דק"ל דלממונא עד הוא ואינו דומה לעדות שבגופו דרוצח ורובע פדמטיק רבא בסנהדרין אדם קרוב אצל עצמו אמרינו אצל ממונו לא אמרינו אלמא לגבי ממונו נמי עד הוא עיי"ש אולם לא קשה פלל דכבר ביאר בחידושי ר"ן סנהדרין שם דברי ראב"ד ושיעורו דרק לעשות דין בממונו שהוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד שלו שהקפידה התורה לדונו בכ"ג ולפיכך זה העדות אינו כמעיד לעצמו אלא כמעיד על קרובו ועדותו בטלה לגמרי אבל אם יאמר אני מעיד שהנכסים אלו שלי או שאינן שלי זהו נדאי מעיד אצל עצמו ול"ש בו עדות פלל דפלגינן דיבורו פהאי דעבד שהביא גיטו וכ' בו עצמה ונכסי עיי"ש בדברי ר"ן והיינו באומר על שורו שחייב סקילה אינו מעיד דבר על עצמו וגופו רק על ממונו ואצל ממונו לדונו דאינו אומר שאינו שלו או שהוא שלו ואין שייכות העדות לדונו למי שהוא השור רק ממילא יבא לו פסידא ואף דאדם נאמן על עצמו היינו לאו מטעם בירור הוא שכן הוא רק מפי הוא זה ילפינו דנאמן על עצמו אבל לחייב לאחרין אינו נאמן וכן לחייב הב"ד לדונו בסקילה ולהטיל עליהם החיוב צריף ענין עדות ובפני כ"ג לדונו ובעלים אינן בתורת עדות אבל הוא רק מטעם כמעיד על קרובו כיון דעיקר העדות על השור והממון אינו עצמיות רק מקרית אל הבעלים וכיון דשם בעלים עליו הוי פקרוב אליו ואמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואינו נאמן גם על פלוני להרגו אבל אם מעיד על הממון למי הוא הן באומר שלו או אינו שלו בזה אינו מעיד על הממון רק על עצמו שיש לו קרבת ושייכות אל הממון הזה ואינו בתורת עדות רק כבע"ד.

ולכך בנוגע כמו בבני עיר שנגנב להם ס"ת מהני סילוק דבטרם שסילק הוי כמעיד על עצמו שיש לו השייכו' ואיכות אל הממון זה ושם בע"ד יש לו ולא תאר עד וכשסילק את עצמו השתא דאחיל עליה שם עד והוי תחילתו וסופו בכשרות ודברי ראב"ד נכונים ומיושב קושית הש"מ ע"נ.

ועל פי דברי הר"ן נסתר ראיות הנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' כ"ז) שכתב להכריע פדעת הסמ"ע דנוגע פסול מטעם משקר דאי כמו שכ' הע"ש דמטעם קרוב פסול יקשה קושית הגמרא מכות הרוג יציל על מלנה ולנה דיצילו דלגבי ממונו נקרא עליו עד פסול כמו שכ' הראב"ד בפלוני רבע שורי דאמרינו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וּלְדַבְרֵי ר' אֶתוֹ שְׁפִיר דְּזָה דְּנֻקָּא בְּמַעֲיָד עַל שׁוּרוֹ לְדוֹנוּ דְּאִינוּ לְהַפְקִיעַ מְמוֹנוּ בְּזָה הָוֵי רַק פְּקָרוּב אֲצֵל הַבּוּר אֲבָל לֹא מְלֻנָּה אוֹ לְנָה דְּהָוֵי כְּמַעֲיָד עַל עֲצָמוּ בְּזָה לְאוֹ תוֹרַת עַד עָלְיוּ כְּלָל וְהָא דְכ' הַע"ש לְגַבֵּי נוֹגַע דְּאִמְרִינֵן עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה הֵינֵנוּ בְּשׁוֹתְפִין דְּאֶחָד מַעֲיָד לְפִסְוֹל עֲדוּתָן שֶׁל הַמְעַרְרֵר וְאִינוּ מַעֲיָד עַל עֲצָמוּ וּמְמוֹנוּ כְּלָל רַק עִי"ז יָבֵא תוֹעֵלַת לוֹ זֶה הָוֵי פְּקָרוּב וְכִינֵן דַּא"נ לְגַבֵּי חֵלְקוֹ כִּינֵן דְּהָוֵי פְּקָרוּב לוֹ אֶל עֲדוּת זֶה בְּטָלָה נְמִי עֲדוּתוֹ לְגַבֵּי חֲבִירוֹ אֲבָל לְעוֹלָם י"ל דְּפִסְוֹל נוֹגַע כְּמוֹ שֶׁמֶ בְּקַבֵּל שְׂכָר שְׂאִין עַד שֶׁל עֲצָמוּ נִפְסָל רַק מִטַע' קוֹרְבָן וְנֶאֱמָר לְגַבֵּי עֲדוּת: וְהַשְׂתָּא מְבֹנָאָר בְּדַעַת הָר"ן דְּאִם מַעֲיָד עַל מְמוֹן שְׂאִינוּ שְׁלוֹ אִינוּ עָלְיוֹ שֶׁמֶ עַד כְּלָל כִּינֵן דְּמַעֲיָד עַל עֲצָמוּ.

אוּלָּם בְּכ"ז אִם מַעֲיָד עַל שְׁלוֹ וְשֶׁל חֲבִירוֹ כְּמוֹ בְּשׁוֹתְפִים אִי בְּדִינֵי דְתְּשׁוּבַת הָרָא"ש הַמּוּבָא בְּתַנּוּמֵי בְּבֵן עִיר הַמַּעֲיָד ע"ח לְפִטְרוֹ מִמַּס אֶף לְדַעַת רָאב"ד נֶאֱמָר עַל שֶׁל חֲבִירוֹ הֵינֵנוּ עַל חֵלְקוֹ וְדַאי נֶאֱמָר מִטַעַם הוֹדְאָת בַּע"ד וְעַל שֶׁל חֲבִירוֹ אֶף דְּהָוֵי כְּבַע"ד עַל חֵלְקוֹ וְאִינוּ נֶאֱמָר בְּתוֹרַת עֲדוּת מ"מ עַל עֲצָמוּ ל"ה עַד רַק בַּע"ד וְאִמְרִינֵן פְּלַג"ד וְנֶאֱמָר לְגַבֵּי חֲבִירוֹ אֶף הֵיכָא דְּאִינוּ נֶאֱמָר עַל שֶׁל עֲצָמוּ אֶף מִטַעַם הוֹדְאָת בַּע"ד הֵינֵנוּ בְּמַקּוֹם שֶׁחֵב לְאַחֲרֵים מ"מ עַל חֵלְקוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ נֶאֱמָר וְלֹא שְׂיִיךְ בְּזָה עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה כְּוָלָה.

וּמַעֲתָה אִין מְקוֹם לְדַבְרֵי הַתְּנַמֵּים אֶף לְשִׁיטַת הָרָאב"ד דְּעַל מְמוֹנוּ אֶף לְחוּב לְאוֹ שֶׁמֶ עַד הוּא מ"מ בְּשִׁבִיל זֶה לֹא נִתְבַּטַּל עֲדוּתוֹ הַנּוֹגַע לְחֲבִירוֹ וְהַדִּין הַמְבֹנָאָר בַּש"ע (ס"ו לז ס"ו) דְּב' שׁוֹתְפִים שְׁהַעֲיָדוּ חוֹבְתָם נֶאֱמָרִים לְחַיֵּיב אֶת חֲבֵרֵיהֶם אִין חוֹלַק בְּזָה.

רַק מַה דְּקָשָׁה מִתְּשׁוּבַת רָא"ש אֲבָל גַּם לְדַעַת הָרָאב"ד דְּלְחוּב לְעֲצָמוֹ אִינוּ נֶאֱמָר בְּתוֹרַת עֲדוּת וְכְמוֹ שֶׁכָּתַב הָר"ן מ"מ לְגַבֵּי חֲבִירוֹ נֶאֱמָר. וּבִנְתִיבוֹת הַעֲלָה מְסַבְרָא דְּנִפְשִׁיָּה דְּמַעֲיָד עַל מְמוֹן שְׁלוֹ אִינוּ נֶאֱמָר גַּם לְחוּבְתוֹ דְּאֶדָם קָרוּב אֲצֵל מְמוֹנוֹ וְהֵיכָא דְּחֵב לְאַחֲרֵים דְּאִינוּ נֶאֱמָר מִצַּד הוֹדְאָת בַּע"ד אֶף מִטַעַם עֲדוּת אִינוּ נֶאֱמָר מַה שְׂאִין כֵּן בְּנוֹגַע הַמַּעֲיָד לְחוּבְתוֹ וְנִתְבַּטַּל הַזְכוּת שְׂיִישׁ לוֹ בְּנִגְיַע זֶה שׁוּב עַל מְמוֹן אַחַר מַעֲיָד וְנֶאֱמָר דַּל"ג מְסִילוּק דְּמוֹעֵיל.

וְלְדַבְרֵי לַמ"ש הַש"ךְ לְדוֹן בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא אִם מְהֵי סִילוּק לְעֲדוּת בְּנוֹגַע דִּי"ל אֶף בְּמְמוֹן בְּעִינֵן תְּחִילְתוֹ וְסוֹפּוֹ בְּכִשְׁרוּת א"כ אִינוּ נֶאֱמָר לְגַבֵּי חֲבִירוֹ. אֲמָנָם לַמ"ש בַּלֵּא"ה כִּינֵן דְּמַה דְּנוֹגַע לְעֲצָמוֹ הָוֵי כְּבַע"ד וְל"א בְּזָה עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטָלָה כְּוָלָה וְנֶאֱמָר בְּמַה דְּנוֹגַע לְגַבֵּי חֲבִירוֹ.

וְלְגַבֵּי חֲבִירוֹ הָוֵי תְּחִילְתוֹ וְסוֹפּוֹ בְּכִשְׁרוּת. אֶף דַּעַת הַרמ"ה מְבֹנָאָר דְּלְחוּב נֶאֱמָר מִצַּד עֲדוּת דְּהוּא סוֹבֵר דְּעִיקָר אִיבְעִיָּא דְּרָבָא ל"ה לְעַנְנֵן לְהַרְגֵּי הַפְּלוּנֵי רַק לְעַנְנֵן מְשִׁטְלָה לְשׁוּר דְּאֶף דְּאִמְרִינֵן הוֹדְאָת בַּע"ד כְּמַאָה עֲדִים בְּד"מ אֲבָל בְּדִינֵי נְפְשׁוֹת לֹא וּבְחַתְרֵי דְּבַעֲיָה לְרָבָא הַזֵּר פְּשִׁטָּה מְסַתְּבָרָא אֶדָם קָרוּב אֲצֵל עֲצָמוֹ וְאִין אֶדָם קָרוּב אֲצֵל מְמוֹנוֹ הָרִי דְּנֶאֱמָר לְחוּב בְּמְמוֹנוֹ וְאֶף לְעֲשׂוֹת דִּין בְּשׁוּרוֹ דְּעַל זֶה ל"ש הוֹדְאָת בַּע"ד כְּמַאָה עֲדִים לְחַיֵּיב הַב"ד וְאֶף בְּמַקּוֹם דְּשׁוּנֵי אֲנַפְשֵׁי חֲתִיכָא דְּאִיסוּרָא מ"מ אִין מְחַיֵּיבִין מְלַקוֹת עַל זֶה כְּמְבֹנָאָר קִידוּשִׁין (דָּף ס"ג) וּמוֹדָה רַב אִסִּי בְּאוּמְרַת נְתַקְדְּשִׁתִּי דְּאִין סוֹקְלִין ע"י וְכֵן בְּזָה לְהַעֲיָד עַל שׁוּרוֹ מִצַּד הוֹדְאָת בַּע"ד אִינוּ נֶאֱמָר לְגַבֵּי אַחֲרֵים וְע"כ דְּסוֹבֵר מִצַּד עֲדוּת נֶאֱמָר לְחוּב לוֹ.

אף מ"מ יש לומר דרך לדונו בסקילה דאינו מעיד על עצמו רק על שורו בזה אין אדם קרוב אצל ממונו אבל פשמעיד על ממונו דאינו שלו בזה לא תורת עדות עליו דעל עצמו אינו יכול להעיד דנפסק זכותו וכמו שכתב הר"ן.

וראיתי בריב"ש (סי' תפ"ו) שם הנה השאלה בחזן שהעידו מהקהל שפטר מ"מ כ' ונ"ל גם דעו כי כל המעידין לעזר הסזן עדותן עדות והמעידין פנגדו מיחידי קהל אין עדותן עדות לפי שהם נוגעין בעדותן אלא אם כן סלקו עצמן קודם שיעידו מחלק המגיעם שלא יהיה להם הנאה ממנו עיי"ש מבואר מדבריו דעדות יחידי הקהל לחובתם אף שהיא לפטור מ"מ ועל עצמן פשרים ודלא פתשובת רא"ש הנו': והנתיבות הביא ראיה דהא מלנה שאמר על שטר שפידו שהוא פרוע א"נ פשחב לאחרים ואפילו יש עד א' עמו אינו מצטרף להעיד כמבואר בש"ך (סי' מ"ז ס"ק ד') הרי דלחובתו לא לחשב עד.

והנה בדברי ש"ך אינו מבואר רק בעד א' שמעיד שהשטר פרוע והמלנה מודה לו דאינו פלום פיון דנשתעבד למלנה הראשון מדאורייתא מדר"נ והיינו דהודאתו א"מ אבל אם מעיד בתורת עדות אינו מבואר דא"נ פיון דבהודאתו פבר נפטר הלנה ואף אם לא יגבה המלנה הראשון ממנו והמלנה השני יפרע למלנה הראשון אם מעצמו הודה בלא תביעת בע"ח טוב א"י לגבות ממנו כמבואר שם בש"ע ואם כן פבר נסתלק הוא מן ממון זה והוי כמעיד רק על זכות המלנה הראשון דאין לו ולמה לא יצטרף עם ע"א האומר פרוע ויעיד בפני ב"ד בתורת עדות וכבר נסתלק זכותו וזה אינו מבואר בדברי ש"ך ואפשר פיון דהודאתו שהודה שהוא פרוע זה לאו תורת עדות עליו דהוי כמעיד על ממון שלו שאינו שלו א"נ אח"כ להעיד בתורת עדות להסוברים דאמרין עביד אינש להחזיק דברים הראשונים אולם לרוב הפוסקים דל"א יש להבין למה לא יהיה נאמן בתורת עדות דאין להמלנה שלו זכות ע"ז.

וכן אם היו ב' שותפים יהיו נאמנים בתורת עדות: אף הדברים מבוארים ברשב"א גיטין (דף י"ד) בהנהו גינאי דכ' אי תרי גינאי גינהו בר מהאי דאישתעבד מהימני דל"ג מתרי סהדי דעלמא ואי משום נגיעת עדות הגע עצמה דאין פאן נגיעת עדות פלל אלא דוקא בדאיפא לאישתלומי מינייהו הא לאו הכי חיישינן לקנוניא פהא דאומר שטר אמנה הוא זה דבמקום שחב לאחרים אינו נאמן דחיישינן לקנוניא עכ"ל ועיין ש"ע (סי' קכ"ו ס' י"ד) ובש"ך שם (ס"ק ס"ד) הרי דבאמת תורת עדות על עצמו רק מחשש קנוניא אינו נאמן ואף דשם פבר אסתלק מן חוב זה אחרי דהמחהו במעמד ג' והוי כמעיד על ממון אחר מה שאין כן בשטר אמנה או פרוע דמעיד על עצמו ז"א דהא באמת מצד הודאת בע"ד פבר אסתלק מזה פנ"ל ולמה לא יהיה נאמן על זכות חבירו בתורת עדות רק משום קנוניא אינו נאמן וכן באומר פרוע הוא אינו נאמן נגד חזקת שטר דחיישינן לקנוניא: אולם יש להבין דברי רשב"א אמאי חיישינן שם לקנוניא טפי משארי עדים דל"ח שקבלו שטר להעיד שקר או שיש להם חלק במה שיזכה זה בדין דגזירת הכתוב על פי שנים עדים יקום דבר ובשני שותפים יכולין להעיד חובתם ולא חיישינן לקנוניא.

ומצאתי בס' שע"מ דעמד על זה וכתב פיון דטעיתי טענה גרועה הוא לכך חיישינן טפי לקנוניא דהוי כמו במקום ריעותא וכן בשטר אמנה פיון דאיפא ריעותא דחזקה דשטר א מעליא לפנינו חיישינן לקנוניא והוליד מזה חדשות בשני שותפים שיצא עליהם שטרות

ואומרים שחייבים לאחרים בע"פ דבכה"ג ליכא חזקה הסותרת כמו שכתוב ש"ף (סי' צ"ט ס"ק ו') בזה נאמנים שנים בתורת עדות ול"ח לקנוניא עיי"ש ולענ"ד דין זה נדאי אינו דבזה הוי כמו דמעיד על עצמו וכמו"ש הר"ן דאומר זה אינו שלי דאינו נאמן פן נמי במעיד שחייב לאחרים הוי כבע"ד ולא תורת עד עליו וא"ד לסילוק דשותף דשם מעיד על של חבירו.

גם הא מבואר מ"מ (פ"א ממלגה ה"א) משם רמב"ן הטעם דאין הלנה נאמן על מטלטלין שבידו דשל אחרים הם אף דיש לו מגו שבידו לתת לו דחזקה פל מה שביד אדם הוא שלו ומגו במקום חזקה פזו ל"א לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה וע"כ הטעם אף דבכל עדים אין אנו חוששין שקבלו שחר היינו אם מעידין על של חבירו אבל על של עצמן חיישין דעושה קנוניא לבעלים מב"ח ואישתמוטי קא משתמיט וסובר שישראלם לו אחר פה וזה לא יקח ממנו מה שאינו שלו ואינו דומה כלל להדין (דסי' ל"ז) דשם כשמשלק את עצמו מן הממון ל"ח שיעיד שקר לגזול להמערער משא"כ מה שמודה שחייב עוד בע"פ לאחרים מלבד דהוי כמעיד על עצמו כמו שכ' יש לומר דעושה קנוניא נגד בע"ח שלו ומשתמט לכך אינו נאמן.

וגם בדברי רשב"א אין לומר הטעם משום דטעיתי הוי טענה גרוע ונגד חזקה דהא שני עדים המעידים בתורת עדות נאמנין אף נגד אלף חזקות וכן בשטר אמנה או פרוע אלא הוא הדבר הואיל דאינו רוצה רק שבע"ח לא יגבה ממנו עכשיו עושה קנוניא להעיד ואף דשם הוי כמעיד רק על של חבירו פיון דכבר זכה במה שהמחהו לו ועדיף משטר אמנה דאינו בא רק מפח שדר"נ מ"מ חיישין לקנוניא וזה יודע שבאמת חייב לו ישלם לו ואחר פה חושב שישראלם להמלנה שלו אחר פה: גם יש לומר דכל עדים כנאמני' מחזקינן דמהיכי תיתי ואמרו שקר דמה הנאה יש להם ול"ח שישקרו אותם מה שאין פן היכא דנודע לנו אם נחזיק דיאמרו שקר ירויחו מגוף העדות לאו תורת עדים עליהם אם פן בדינו דרשב"א אם לא יתן לבעלים יחזור ויתן להם פי חייב להם רק דנאמר פיון דהודו דאינו חייב לא ישלם לזה אמר דחיישין לקנוניא אבל לחוש שיעשו קנוניא במקום שאין הנאה בגוף הדבר זה ממש כמו דניחוש על שני עדים שקבלו שחר להעיד שקר: ברם בעיקר דברי רשב"א יש להבין אם נאמר דא לחוב לעצמו היינו להעיד על מה דאינו שלו דהוא שלו או על מה שהיה בחזקת שלו לומר דאינו שלו וכמו שכ' הר"ן וכמו דהעלה הנתיבות א"כ מה צריך הרשב"א לדמות דיני לדין דאומר שטר אמנה ולומר דחיישין לקנוניא הא כבר היו הגינאי בחזקת דאינם חייבים להמרי דארעא במה שקבל בקנין או במעמד ג' מהסד מינייהו ועכשיו כשהעידו דהיה בטעות ויאמרו דהמה נשאר חייבים כמקדם א"כ מעידין על עצמן במה שהיו מחזקים דאינם חייבים והוי כמעידים על עצמן דהמה חייבים למרי דארעא פיון דאם הי' בטעות כפי דבריהם עדיין חייבים וממילא לאו שם עדים עליהם ואף אם נאמר באומר שטר אמנה דיש עליו תורת עד אחר פה היינו פיון דכבר הודה דא"ח והודאת בע"ד כק' עדים ואחר פה הוי כמעיד על זכות אחר מה שאין פן בזה אם לא נקבל עדותו ל"מ הודאתו נגד זה.

וגם בהודה על שטר דפרוע הוא או אמנה שוב אין תורת עד עליו להעיד על זה דנוגע הוא דאם לא יעיד הלנה חייב לשלם למלנה הראשון פיון דהודה דאינו חייב לו והוא

הנכרח לפרוע חובו א"ד לפורע חובו של חבירו כמבואר בש"ף (סי' קכ"ו ס"ק ס"ז) א"כ שוב הוי נוגע מטעם השני נוח לי והראשון קשה הימנו: אף למ"ש הש"ף (סי' קכ"ג ס"ק כ"ד) דלא אמרינן השני נוח לי אלא לענין שאם העד צריך להוציא אבל לא פשהעד חייב וכתב דכן מוכח בש"ס ופוסקים (סי' ל"ז) והפנונה דהא מהני בשותפין סילוק אם מקבל אחריות דל"ש שמעמידה לפני בע"ח הא אפתי נ"מ לו שישאר ביד השותף כדי שבע"ח יטרון ממנו ואי דיהי' חייב באחריות הא מפל מקום יש לומר השני נוח לו והראשון קשה לו אלא ודאי כיון דהוא חייב לא איכפת ליה או לזה או לזה כיון דהוא המנותק ומה דקשה על הש"ף (מס' ל"ז ס"א) אם הלנה הוא א' מעדי מתנה שנתן מלנה שלו השט"ח לאחר דחשיב נוגע שרוצה לפטו' מבע"ד והשני נוח לו פבר הקשה פן השואל להנו"ב מד"ת חח"מ (סי' י') וכתב לתרץ דשם נוח לו השני דלא יהיה לנה רשע בעיני עולם פי מי ביקש ממנו שיקנה השטר עיי"ש ואם פן ה"נ אף אם תחייב הוא לשלם להלנה אם יצטרף לשלם בשביל זה ל"ה נוגע דלא איכפת ליה אם ישלם לו או לבעל חובו כיון שהוא מנותק.

אולם אף אם נאמר דבשני לנים המודים על שטר דפרוע או אמנה הוא דנאמנים מטעם עדות אחר הודאתם מ"מ בהני גינאי דע"י עדותן דהי' טעות בחשבון מעידין על עצמן שהמה חייבים להפרי דארעא הוי כמעידין על עצמן ולאו תורת עדות עליהם.

ומזה נראה קצת דהרשב"א סובר בלחוב לעצמו נאמן בתורת עדות וכן נראה קצת מהא דסע"ף (י"א) הנז' דהטעם דלנה פסול לעדות דמעיד לפטור עצמו והשני נוח לו ובשביל זה הוי נוגע ולמה לזה הא מעיד על עצמו ששעבוד נכסים שהוא חייב להמלוה שלו מכרו לאחר אם פן מעיד על עצמו שהוא אינו משועבד לזה רק לאחר ולאו תורת עדות עליו אלא ודאי כיון דלא איכפת ליה אם חייב לזה או לזה יש עליו תורת עד לכך צריך לומר דנ"מ דהשני נוח לו.

ועיין ש"ף (סי' נ"ו) דהעלה במי שתובע לחבירו חפץ שהפקיד אצלו והוא אומר שהושלש אצלו דל"ה עד כיון שהוא בעל דין ועיי"ש בקיצור דינים (אות ד') אם פן הכא נמי אמאי הלנה פעד אי לא מטעם השני נוח לו וצריך לומר דגם שם על פרחף יש נ"מ וחישינן לקנוניא כמו שכתב הש"ף שם כמו כן פאן חיישינן מטעם הנאה זו דהשני נוח לו ובלעדי זה אמרינן אין אדם חוטא ולא לו וממילא י"ל דבשביל זה בלבד ל"ח נוגע וצ"ע בכל זה: ודע דמ"ש הרמב"ם (פ"ב) ממלוה דלכך אינו נאמן לומר שטר אמנה בחב לאחרים דחישינן לקנוניא ולמה ליה לטעם קנוניא תיפוק לי' בלאו הכי לאו תורת עדות על עצמו והודאת בעל דין במקום דחב לאחרים אינו נאמן.

וכתבתי בזה קצת בהגהותי בד"ח דיני פתובה (סי' כ"ה) דיש לומר למה שכ' בעה"ת (שער נ"א ח"ב) דיש מן המורים שהורו דל"א חב לאחרים אינו נאמן אלא פשחובו של זה כנגד חובו של זה שמפסיד להם ולא לו כו' אבל אם מפסיד בהודאתו לו ולמלוה פגון שחב לאחרים ק' והשטר שהוא טוען עליו פרוע או אמנה הי' מחזיק ר' ונמצא שהוא מפסיד גם לעצמו בזה הי' נאמן בהודאתו שמתוך שהוא נאמן להפסיד לעצמו נאמן להפסיד לאחר' וכתב הבעה"ת והיה סברא מסתברא דליתא דכיון דחישינן לקנוני' ולא מהימן בהודאתו היכא דחב לאחרים כו' לא מהימן לגבי חבירו ויכול לומר דבהדי

לונה עביד קנוניא ולהכי מודה לו ולא דמי לההיא דגיטין דאמרין מתוך דש"ה ליפא קנוניא עיי"ש ולפי זה אתי שפיר דברי רמב"ם דבא להורות דאף במקום דמפסיד לעצמו גם כן אינו נאמן לגבי חבירו כיון דחיישינן לקנוניא ואולי הוא לא יפסיד כלל.

אולם הר"ן בחידושיו לגיטין שם (דף נ"ד) והריטב"א כ' שם דדוקא במילתא דאיסורא מהני סברת מתוך שהדבר חוזר דעת א' נאמן באיסורין אבל במקומא נדאי לא מהימן משום מתוך שהאומ' אני ואתה חייבין לפלוני מנה אעפ"י שנאמן על עצמו אינו נאמן על חבירו עיי"ש והיינו להפסיד ממונ ע"י עד א' לא מהני אף דיש לו חזקה אלימתא ועיין ס' שער משפט (סי' קכ"ו ס"ק י"ד) פנראה דנעלם ממנו דברי הר"ן וריטב"א הנז' ועיין מה שכ' דיני הלואה עוד בענין זה: וקצת יש לומר דזה דעת תוס' ב"מ (דף ע"ב) דמשמע שם דסברו במודה בשטר שכתבו גובה מלקוחות ולמה יהיה הלואה נאמן להפסיד הלקוחות ועיין ש"ך (סי' ק"ו) ויש לומר דהא דעת פמה פוסקים דבליפא ריעותא דנפילה לא חיישינן לקנוניא ע' סמ"ע ופ"ך (סי' ס"ט) ובחידושי רמב"ן גיטין (דף ח"י) ובס' דברי משפט (סי' מ"ח) ועל פ"ך ה' הא דחיישינן בשטר אמנה לקנוניא הוא מטעם שכתב הריטב"א מובא בש"מ ב"מ (דף י"ג) להקשות על שמואל דל"ח לקנוניא למה א"נ לומר שטר אמנה ומחלק דלקנוני' להפסיד ללקוחות לגמרי ל"ח שמואל אבל להפסיד לבע"ח שלא יגבה פעת חובו ממלנה שלו לזה חייש עיי"ש ולכך אף דליפא ריעותא חיישינן להפסיד לבע"ח שלא יגבה פעת ואשתמוטי משתמיט ליה שאחר כך ישלם ליה מפיוסו ולכך היכא דהלנה מודה דחייב ומודה בשטר אמרינן מתוך דנאמן לגבי עצמו נאמן נמי לגבי לקוחות ולקנוניא ל"ח שפסיד ללקוחות לטרון מהם שלא כדיון.

ועיין טור (סי' פ"ח) משם רמב"ן בהודעה נו"ן בשטר פשאינו יכול לקיימו הני פהודאה על פה וחיוב ש"ד הואיל דא"י לגבות מלקוחות והקשה אאמ"ו ו"ל בספרו ד"ח דיני הלואה (סי' י"ז) דסותר דבריו בחידושיו לב"ב (דף קס"ה) גבי עד א' בכתב דמבואר שם מדבריו על פי פירוש בירושלמי פשנתקיים עד א' בשטר שיש בו שני עדים אינו חייב שבועה דהוי שעבוד קרקעות אף דאינו יכול לגבות משעבדי עיי"ש וכן הקשה בס' ש"מ (סי' פ"ח) ואם נאמר דהרמב"ן יספור סברת מתוך יש מקום ליישב קצת.

אולם ממה דהביא הטור (סי' פ"ח) משם הר"י מיגאש וכן הוא בחידושיו (דף קכ"ח) מס' ב"ב דבתובע לו שחיוב לו מאה בקנין על ידי עד א' חייב שבועה ול"ה כפירת ש"ק כיון דלא יגבה מלקוחות על ידי עד א' מבואר דהגדת הלנה לא מהני כלל אף כמו עד א' דאם לא כן הוי כפירת ש"ק דאם יודה הלנה יצטרף עם העד א' ויהיה שני עדים א"ו משמע דלגבי עצמו לאו תורת עד אף לחוב ובחישוב דברי רמב"ן יש לומר כיון דמד"ת אין צריך קיום אף בטוען מזוהר לכך חשיב ש"ק גם יש לומר דוקא אם טוען שטר הנה לי ונאבד דליפא עוד שום אופן שיגבה מלקוחות בזה ל"ח ש"ק וזה שהביא הטור (סי' פ"ח) אבל אם השטר לפנינו רק דאינו מקוים רק עד א' ויש עוד אופן לקיים פנידון דב"ב הנז' בזה חשיב ש"ק ואכ"מ בזה: סי' נד והנה במחלוקת הפוסקים אם נוגע פסול מטעם דהוי פמעיד על עצמו ומטעם קרוב או מטעם משקר כמבואר סמ"ע ופ"ך ואחרונים והמריב"ל נסתפק בנוטיל שקר להעיד אם פסול מדרכנו או מן התורה ואם נוגע פסול מטעם משקר בשביל הנאתו נוטיל שקר גם כן פסול מן התורה דחיישינן למשקר ואם פסול נוגע משום



דאָדעם קרוב אַצל עצמו אָבל לאַ קיינשײַנן לְמִשְׁקֵר נוטל שְׂכָר לְהַעֲיִד פֶּשֶׁר מה"ת והמרח"ש בק"ע (דף ד') כ' דנוגע יש לו צד הנאָה וזכות בגוף העדות אָבל בְּנוטל שְׂכָר דאין לו זכות בגוף העדות והוי רק פּוֹעֵל שְׂמִשְׁלֵמִין לוֹ שְׂכָר טוֹרְחוֹ בְּשָׂבִיל זֶה לאַ קיינשײַנן דְּמִשְׁקֵר פִּינֵן דְּגוּף הַזְכוּת הוּא לבע"ד נוטל שְׂכָר מִבְּחוּץ וְכִמוּ כֵן בִּס' בְּתֵי פְהַנְיָה (ח"ב סי' כ"ו) וְכֵתֵב עוֹד שֶׁם דְּמָה דְּפִשְׁיטָא לְהוּ לְהַנִּי רַבְּנָן דְּפִסּוּל נוֹגַע בְּעֵדוּת דְּבַר תוֹרָה הוּא וְלֹא מְצִאתוּ מִפְּנֵי דִישׁ לומר מִן הַתּוֹרָה אוֹקֵי גְבֻרָא אַחְזַקְתִּיהָ שְׁלֵא יַעֲבֹר אִיסוּר עֵדוּת שְׂקֵר בְּשָׂבִיל הַנְּאִת מָמוֹן אָבל פֶּשֶׁמַעֲיִד לְעֵצְמוֹ אָדָם קְרוֹב אַצֵּל עֵצְמוֹ וְגִזְרֵת הַכְּתוּב הוּא בְּקִרְוִים עֵי"ש וְעֵינֵן קִצוּה"ח (סי' ל"ז ס"ק ה') דְּהַעֲלָה בְּאֵמֶת דְּנוֹגַע אִינוּ פִּסּוּל אֵלָא מִטַּעַם דְּאָדָם קְרוֹב אַצֵּל עֵצְמוֹ וְהַחֲשֵׁשׁ דְּמוֹכֵר שְׂדָה לְחֻבְרֵוֹ שְׁלֵא בְּאַחֲרֵיּוֹת דְּאִינוּ מַעֲיִד מִפְּנֵי שְׂמִעְמִידוֹ בְּפִנֵי בע"ח הוּי כְּנוטל שְׂכָרוֹ וְאִינוּ פִּסּוּל אֵלָא מִדְּרַבְּנָן ועֵי"ש בְּנִתְיִבוֹת וְהַקִּצוּה"ח אֲזִיל לְהַף צַד דְּנוטל שְׂכָר אִף מִצַּד אֶחָד גַּם כֵּן אִינוּ פִּסּוּל מִן הַתּוֹרָה וְעַל פְּרָקוֹד מה"ט שְׁפִתְבוֹ הַמֶּר"ח וְהַב"כ פִּינֵן דְּאִין מַעֲיִד לְעֵצְמוֹ וְאִין לוֹ זְכוּת רַק מִבְּחוּץ: וְרֵאִיתִי בַרמ"ה ב"ב פ' חה"ב (סי' קע"ה) שְׁפִתְבָּהּ בְּהָא דְּקַבְּלָן אִינוּ מַעֲיִד וְקִי"ל כַּמ"ד אִינוּ מַעֲיִד כּו' וְעוֹד דְּקִי"ל בְּשֵׁל תוֹרָה הַלֵּף אַחַר הַמַּחְמִיר עַכ"ל הָרִי דְּנוֹגַע פִּסּוּל מִן הַתּוֹרָה וְאִף דִּשְׁם אִינוּ מַעֲיִד עַל עֵצְמוֹ כִּלְלֵי דְּעֵדִינֵן אִין לוֹ לְקַבְּלָן עַל הַלְוָה אִף שְׁעָבוּד עַל הַשְּׂדָה פִּסּוּל מִן הַתּוֹרָה וְעוֹד שֶׁם (סי' קנ"ה) בְּהָא דְּמַפְּיֵר בְּהָ שְׁהִיא בַּת חֲמוּרוֹ וְנ"ל וְל"ח לְגוֹמְלִין דְּלִמָּא הָאֵי לֹקֵחַ מוֹדָה לִיהָ לְמוֹכֵר שְׁהוּא ב"ח פִּי הֵיכָא דְּלַתְכַּשֵּׁר מוֹכֵר לְאַסְהוּדֵי לִיהָ דְּכִי פִּסְלִינֵן לִיהָ לְנוֹגַע בְּעֵדוּת מִשׁוּם דְּאִית בִּיהָ הַנְּאָה לְדִידִיהָ בְּהָאֵי סְהֵדוּתָא מִמִּילָא וְאִין אָדָם נֶאֱמָן ע"י עֵצְמוֹ אָבל לְמַחֲשָׁדִיהָ דְּמַכּוּן לְמִשְׁקַל מָמוֹנָא אוֹ הַנְּאָה מִחֻבְרֵוֹ לְאַסְהוּדֵי לִיהָ ל"ח דא"כ כְּנֵלָה עֵדוּת דְּעֵלְמָא נְמִי גִיחוּשׁ דְּלִמָּא אַגְרָא יְהִבוּ לִיהָ לְאַסְהוּדֵי וּמְדַבְּרֵוֹ גִרְאָה דְּפִסּוּל נוֹגַע כֹּל שֵׁישׁ בּוֹ הַנְּאָה דְּמִמִּילָא וְלֹא מִטַּעַם חֲשֵׁשׁ דְּמִשְׁקֵר וְכִשְׂיִטַּת הַר"י מִגֵּאֵשׁ וְכ"כ שֶׁם (סי' ק"ל) דְּפִסּוּל נוֹגַע כְּפִסּוּל קְרוֹבִים דְּמִי דְּאָדָם קְרוֹב אַצֵּל עֵצְמוֹ.

אוּלָם מ"מ פְּנִרְאָה לִית לִיהָ לְחַלְקָא בֵּין אִם יש לוֹ זְכוּת בְּגוּף הַדְּבָר אוֹ זְכוּת מִבְּחוּץ דְּכ"ז שְׁלֵא יִדְעֵנוּ דִישׁ לוֹ תוֹעֵלַת ל"ח אָבל אִם יִדְעֵנוּ דְּנוטל שְׂכָר פִּסּוּל מִן הַתּוֹרָה כְּמוֹ דְּקַבְּלָן אִינוּ מַעֲיִד כֹּל דִּיִּדְעֵנוּ דִישׁ לוֹ תוֹעֵלַת.

וְאוּלַי יש לְחַלְקָא דְּקַבְּלָן כְּבָר יש לוֹ זְכוּת זֶה בְּטָרָם שְׂבָא לְהַעֲיִד מַה שְּׂאִין כֵּן בְּאִם מְקַבְּלִים שְׂכָר חֲזָקָה שְׁלֵא יְקַבְּלוּ שְׂכָר לְהַעֲיִד שְׂקֵר וְדוּמָה לְהָא דְּמַכּוּר בְּהָ שְׁהוּא ב"ח. אוּלָם בְּאֵמֶת גַּם שֶׁם דַּעַת הַנִּי דְּבַעֲיָנָן שְׂיַפִּיר בְּהָ קוֹדֵם שְׂבָא הַעֲיָרְעוּר וְכַנְרְאָה דַּס"ל דְּנַפְסָל מִן הַתּוֹרָה הֵיכָא דִישׁ בְּיָרוּר שְׁקַבֵּל אִיזָה הַנְּאָה וְכַבֵּר הַכְּרִיעוּ הָאֲחֻרוֹנִים דְּנוֹגַע פִּסּוּל מִטַּעַם מִשְׁקֵר וְאִינוּ נֶאֱמָן בְּנוטל שְׂכָר לְהַעֲיִד אִף בְּעֵגוּנָא לְהַעֲיִד שְׂמַת בַּעַל פְּמַבְנָא' בַּמ"ב וְבַנ"ב מִהַד"ק אַה"ע (סי' ז"ד) הַכְּרִיעַ כְּדַעַת הַסַּמ"ע וְהַשֵּׁ"ף וְכ"ג גַּם מִהַר"ם מְלוּפְלִין אֶתִּי פְּנוּתִיָּהוּ.

וּבְאֵמֶת הַמֶּר"ם מְלוּפְלִין כ' כְּדַעַת הַע"ש דְּנוֹגַע שֵׁישׁ לוֹ הַנְּאָה הוּי פְּקִרּוּב. וְרֵאִיתוּ שְׁל הַנּו"ב שֶׁם כְּבָר פְּתַבְתִּי בְּסִימָן הַקְּדוּם דְּאִינוּ מְנוֹכְרַע דְּעַל עֵצְמוֹ לְוָה וּמְלוּהָ לְאוֹ תוֹרַת עַד הוּא כִּלְלֵי וּבְאֵמֶת פְּנִרְאָה גַּם דַּעַת הַרְמַב"ם כְּדַעַת רַבּוֹ הַר"י מְגֵאֵשׁ ז"ל דְּמִטַּעַם קְרוֹב הוּא פִּסּוּל וְכִמוּ"ש הַנּו"ב שֶׁם שְׁלִשׁוֹן הַרְמַב"ם מִשְׁמַע כְּדַעַת הַע"ש וְהֵינּוּ מִמָּה דְּכַתֵּב (פִּט"ו) כֹּל עֵדוּת שְׁתַּבָּא הַנְּאָה לְאָדָם מִמְּנָה אִינוּ מַעֲיִד בְּהָ שְׂדָה הוּא כְּמַעֲיִד עַל עֵצְמוֹ וְכֵן פְּתַב שֶׁם הַמְבִי"ט בִּס' קַרְיַת סַפֵּר וְאָדָם קְרוֹב אַצֵּל עֵצְמוֹ וְכֵן הַרְמַב"ן מִס' מִפּוֹת הַבַּיַת דַּעַת

רָאב"ד ור"י מיגאש דלכך מהני סילוק וְלֹא מְפָסֵל מִטַּעַם דְּבַעֲיָנָן תְּחִילְתּוֹ בְּכַשְׁרוֹת מְשׁוּם דְּלֹאוּ עַד מִקְרִי הֵיכֵא שְׁעָתָא וְכֹן הֲרִיטְב"א קִדְוִישֵׁין (פ"ב) בְּנִרְאָה דְנוּטָה לְדַעַת זָה.

וברמ"ה שם (סי' ק"ל) פתב גם כן דפסול נוגע בעדות פפסול קרובים דמי דקיי"ל אדם קרוב אצל עצמו. ואם כן בעדות אשה יש עמודים גדולים להתיר ובפרט בנוטל שְׁכַר דאינו רק ענין מבחויץ וזכות חֲדָשׁ וְכִמוֹ שֶׁפֶתַח הַמֶּרְחַח"ש וְהַבְּתִי פְהִנְנָה יֵשׁ לוֹמַר דכ"ע מודים דלא חיישינן למשקר: וראיתי בתשובת פנ"י ח"ב (סי' ס"ד) שם הביא תשובת הגאון ז"ל בנו של בעל מ"ב והעלה להתיר בנוטל שְׁכַר לְהַעֲיֵד לְאִשָּׁה שְׁמַת בְּעֵלָה מִטַּעַם דְנוּטָל שְׁכַר לְהַעֲיֵד אִינוּ פְסוּל רַק מְדַרְבְּנָן וּבְעֵדוֹ אִשָּׁה פֶּשֶׁר פְּסוּלֵי דְרַבְּנָן וְכַתֵּב שֶׁהַסְּכִימוּ עִמּוֹ ג' גְּאוּנֵי זְמַן הֵהוּא וּבְתוֹכָם הַגְּאוּן בְּעַל תויו"ט ז"ל ובעל פנ"י חולק והתמיר בזה לפסול מטעם נוגע וכתב להוכיח דפסול דנוגע הוא מה"ת מהא דשליח נעשה עד וכתבו הראשונים מן הירושלמי דאם קדשה בכסף הוי נוגעים בדבר ואם ל"ה פסול דנוגע רק מדרבנן יהיה צריכה גט כמו במקדש בפסולי עדות דרבנן והאריף בזה וכמו כן פלפל בזה בתומת ישירים (סי' ע"ג) והוסיף לומר פינו דעיקר הנגיעה הוא משום עד הצריף שבועה והקיסת ל"ה אלא דרבנן מהראוי לומר דל"ה פסולי תורה אף באמת שם הוי מטעם הנגיעה כבע"ד ממש דעל עצמן הו מעידין שעשו שליחותן וכיון שנוגע להם הוי גוף העדות כעל עצמן ופסולין מה"ת מה שאין כן בקבלת שְׁכַר שֶׁהוּא דְבַר מִבְּחוּיץ וְגוּף הַעֲדוּת אִינוּ עַל עֲצָמוֹ וְכִמוֹ"ש הַמֶּרְחַח"ש וְהַבְּתִי פְהִנְנָה וְקִצוּה"ח עוֹד פֶּתַח דְנִגְיָעָה פּוֹסֵל מִצַּד מְשַׁקֵּר וְכ' דְהָא אֶפִּילוּ גַבֵּי אִשָּׁה עֲצָמָה אִם אֵיכָא נְגִיעַת מְמוֹן כְּגוֹן אִמְרָה תְּנוּ לִי פְתוּבְתִי לֹא מְהִימְנָא וְאִף דִּי"ל דְהִתְם עֵינֵיךָ עֲדוּתָהּ הוּא עַל מְמוֹן וְעַל מְמוֹן אֵינָה נֶאֱמַנָת וְכִמוֹ שֶׁכ' רש"י יבמות פ'ק הַאִשָּׁה שְׁלוּם מ"מ מְדַבְּרֵי רַמְב"ם (פי"ו) מְאִישׁוֹת מְבֹנְאָר לְהִדְיָא דְהַטַּעַם הוּא דְעַל עַסְקֵי הַפְּתוּבָה בָּאָה וְה"ה בְּחֻזְקָתָא שְׁלֵא מֵת וְאִין דַּעְתָּהּ אֵלָא לִיטּוּל פְּתוּבְתָהּ מַחֲזִימִים בְּלִבְד הֲרֵי דְחִיְשִׁינָן דְמְשַׁקְרָא מְשׁוּם מְמוֹן.

ואינו ראיה למפסל בשביל זה לעד פשר המקבל שְׁכַר דִּי"ל כְּמוֹ שְׁפִיִים שֶׁם הֲרַמְב"ם וְאִין דַּעְתָּהּ לְהַנְשֵׂא אֵלָא לִיטּוּל פְּתוּבָה וְלֹא נוֹכַל לְהַתִּירָה מִטַּעַם דְּדִיִּיקָא וּמִנְסָבָא דְאִמְרִינָן דְלֹא תִיזְדִּיק שְׁמִשְׁקֶרֶת רַק פְּוִנְנָתָה לְהַתִּירָה וְלִיטּוּל פְּתוּבָה מַחֲזִימִים מִשָּׂא"כ בְּעַד אֶחָד כְּשֶׁר לֹא חֲשָׁדִינוּ דִּיעֵיד בְּשַׁקֵּר בְּשִׁבִיל מְמוֹן וְיֵשׁ לוֹמַר דְמִתִּירִין אוֹתָהּ בְּשִׁבִיל דְּדִיִּיקָא וּמִנְסָבָא וְלֹא תִקְלָקֵל עֲצָמָה וְעֵינֵי בְּשִׁבִיל שְׁמַעְתָּא (ש"ז פ"ז דכ' דאם אינו רוצה להעיד עד שיתן לו שְׁכָרוֹ לְהַעֲיֵד עֲדוּת הַמוֹעֵיל לְהַתִּירָה אִף דְאִינוּ פְסוּל מִטַּעַם נוֹגַע לִמ"ש הֲרִיטְב"א בנ"י יבמות שם דהה"ד אם הביאה עד א' לב"ד לְהַעֲיֵד שְׁמַת בְּעֵלָה וְתוֹבַעַת פְּתוּבְתָהּ פִּינוּ דְאִדְעָתָא דְכְתוּבָה אֲתֵי לֹא שְׁרִינָן לָהּ וְהב"ש פֶּתַח הַטַּעַם דְמְשׁוּם חִימוּד מְמוֹן לֹא דִיִּיקָא הֲרֵי אִף דְבַעֲדוֹת אִשָּׁה אִם אֵינָה תוֹבַעַת פְּתוּבְתָהּ לֹא חֲשָׁדִינוּ לָהּ לְנוֹגַע וּמִתִּירִין אוֹתָהּ וְכֹל שְׁמִזְכָּרָת פְּתוּבְתָהּ חֲשָׁדִינוּ לָהּ בְּחִימוּד מְמוֹן וּמְשַׁקְרָת וְהה"ד בְּעַד א' אִם אִינוּ מְזַכֵּר צַד מְמוֹנוֹ כְּמוֹ דְבָן בְּעֵלָה מַעֲיֵד אִף דְנוֹגַע הוּא לִירִוּשָׁה וְאִם אָמַר בְּפִירוּשׁ תְּנוּ לִי יְרוּשָׁתִי הֲוֵי לִיָּה נוֹגַע וְחֲשָׁדִינוּ לְמְשַׁקֵּר בְּשִׁבִיל מְמוֹן כֹּן נָמִי בְּאִם מְזַכֵּר מְמוֹן בְּעַד א' וְאִינוּ רוֹצֵה לְהַעֲיֵד עַד שְׁיִתְנוּ לוֹ שְׁכָרוֹ חֲשָׁדִינוּ לְמְשַׁקֵּר בְּשִׁבִיל מְמוֹן: וְלַע"ד אִף אִם נֶאֱמַר בְּבֹן בְּעֵלָה אִם מְזַכֵּר יְרוּשָׁתוֹ חֲשָׁדִינוּ לְמְשַׁקֵּר כְּמוֹ בְּאִשָּׁה אִם הִבִּיָּאה הַעֲדָה א' לב"ד וְתוֹבַעַת פְּתוּבְתָהּ מ"מ יֵשׁ לוֹמַר דְנוֹקָא שֶׁם דְהָא חִימוּד מְמוֹן גְּלוּי לְעֵינֵי פֶל דְמָה לְהֵם לְהַזְכִּיר הַמְמוֹן הָא הַאִשָּׁה אִם יִתִּירוּהָ לְהַנְשֵׂא מִמִּילָא תִגְבָּה פְּתוּבְתָהּ וְכֹן בְּבֹן בְּעֵלָה אִם נֶאֱמַר

דְּהוּי נוגע אף דאין מורידין אותו לנחלה מכל מקום לאו כ"ע דיני גמירי וכמו שכ' הנו"ב שם למה לו להזכיר פלל הנחלה אם אין עיקר פוננתו ע"ז יעיד בסתם אלא ודאי פיון דמזכיר הירושא חזינו דעיקר מטרתו על הירושא וחשדינו ליה למשקר וכן להאשה פיון דתובעת מיד הפתובה שוב לא סמכינן על הגנת העד וחשדינו לה למשקרת היינו דלא תידיק פלל ורק פוננתה על הפתובה וכמ"ש הרמב"ם ובאמת לא תנשא ולא תקלקל א"ע לכך אין מתירין אותה כמו אם היא מעידה ואמרה תנו לי פתובתי משא"כ בעד א' פשר ואינו רוצה להעיד עד שיתנו לו שפרו אם נאמר דנוגע פשר הואיל דלא חשוד שישקר בשביל חימוד ממון ועיקר העדות אינו נוגע לעצמו שוב לא נוכל לפסול אותו בשביל שפזכיר הממון דהא אם לא יבקש לא יתנו לו אחר כך פלל ובמה יפסל עדותו ויהיה חשוד למשקר בשביל חימוד ממון הואיל שפזכיר הממון הא אם נחזיק בסברא דלא יעיד בשקר בשביל הנאת ממון הבא לו מחדש ליפא שום ריעותא במה דתובע שכירתו וא"ד פלל לאשה התובעת פתובתה דדבר שפתיים בזה אף למותר דממילא אם נתיר אותה שתנשא תגבה פתובתה וכן בכן בעלה למה ימהר לתפוע הירושא חשדינו למשקר מה שאין פן במבקש שפר וז"ב ופשוט: וראיתי שם בש"ש שהקשה ע"ד הריטב"א דסובר הה"ד אם הביאה עד אחד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת פתובה דאמרינן אדעתא דכתובה אתאי ולא שרינו לה מהא דאמרינן פ' שבועת העדות הפל מודים בעד מיתה שהוא חייב ופירש"י דהשביעתי שיעיד בה שמת בעלה כדי שתטול פתובתה והיינו דצריכה דעיקר' לממון תבעה את העד להעיד ואם פן אם דעתה בפירוש להשביע את העד שתטול פתובה אין העד נאמן ולא שרינו ולא תטול פתובתה ואם עיקרה להתירה אין פאן כפירת ממון.

ויש לומר דהא באמת אם שותקת מתביעת הפתובה מתירין אותה להנשא וממיל' לגרר אחר זה גביית הפתובה רק אם תבעה הפתובה אמרינן אדעת' דכתובה אתאי ובאפוקי ממונא סהדי בעינו והא דלא המניה אנו אנשואין בלחוד מיהא ולא נדרוש לה מדרש פתובה כ' הריטב"א סוף יבמות דהמנוה משום עגונא היכא דעיקר דעתא משום נשואין כדי שלא תתענג אע"ג דגביא פתובה ממילא אבל בבאה משום פתובה ובעיקר עדותה ליכא עגונא לא הימנוה והיינו פיון דאנו רואין שעיקר עדותה הוא משום הפתובה לכך לא מקבלין עדותה וזה אתי שפיר אם תבעה רק הפתובה לפני ב"ד וכן אם הביאה העד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת פתובה אז אמרינן אדעת' דכתובה אתאי ולא שריא לה דלאיזה צורך תובעת עכשיו הפתיכה דהא העד מעיד עדותו וממילא פששרינן לה להנשא תתבע הפתובה ומה לה להחיש ולמהר תביעת הפתובה מזה נראה דעיקרא אדעתא דכתובה מה שאין פן היכא דהעד כופר עדותו ואינו רוצה להגיד והיא משביעו שיעיד פיון דאם לא תתבע הפתובה אזלינן בטר עיקר הדבר תביעה אם פן לא יועיל השבועה לחייבו בכלום דלא הוי כפירת ממון ולכן מוכרחת להזכיר הפתובה גם פן כמו שפירש"י ז"ל והשביעתי להעד כדי שתטול פתובתה דעיקרו לממון תבעה את העד להעיד ובכה"ג גם הריטב"א מודה דמתירין אותה פיון דלא יש לנו ראיה שאדעתא דכתובה אתאי דהיא מוכרחת לתפוע הפתובה פיון דהעד כופר עדותו וע"י השבועה אם יתחייב שיהיה כפירת ממון יכריחוהו להעיד לא איבדה בשביל זה שלא להתירה להנשא וכיון שמתירין אותה להנשא ממילא נדרוש לה מדרש פתובה: וגם לתירוץ השני שכ' שם הריטב"א דהימנותא

דדנייקא ומנסבא משום שהחמרת עליה בסופה שתצא מזה ומזה אבל זו שעיקר פנונתה משום פתובה אולי לא תנשא ולא מקלקלא וגובה פתובה שלא כדין ובעדות שקר ומשום הכי אף אם הביאה היא העד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת פתובה דאז אמרינו אדעתא דכתובה אתאי לא שרינו לה דעיקר דהקילו חכמים להאמינו בדבר שבפירושה הוא משום עגונא ומתוך חנוך שבסופה וכיון דאדעתא דכתובה אתאי אמרינו דלא תנשא ותגבה פתובה על ידי עד א' דלאפוקי ממונא תרי סהדי בעינו אבל אם העד אינו רוצה להעיד עד שהשביעתו להעיד אז בהכרח צריכה לתבוע הפתובה לא ידענו מריעותא במה שתובעת הפתובה לכן אז אם יודה העד עדותו שרינו לה וממילא גובת הפתובה וי"ל נ"מ בין השני תירוצים של הריטב"א אם אח"כ עברה ונשאת אם תגבה הפתובה דלתירוץ הראשון בבאה משום הפתובה ובעיקר עדותה ליפא עגונא לא הימנוה לכן אף כשנשאת יש לומר דלא תגבה הפתובה אבל לתירוץ השני דאולי לא תנשא ולא מקלקלא השתא דראינו שנשאת ויש חנוך בסופה ואמרינו דדנייקא שוב ממילא גובת הפתובה ועיין ח"מ אה"ע (סי' י"ז ס"ק פ"ד) וב"ש שם (ס"ק קל"א) דבעברה ונשאת נותנין לה פתובה דהא אזיל לה חשדא: עוד יש לומר בשוב קושית השב שמעתתא על הריטב"א דיש לומר אף אם הביאה העד לב"ד ותובעת הפתובה דאין מתירין אותה מ"מ אם אח"כ באתה לפני ב"ד אחר ואמרה מת בעלי ואינה תובעת הפתובה מתירין אותה.

ועיין ריטב"א מס' שבועות (דף ל"ג) הבאתי לעיל (סי' ט"ז) באמר לדידה ולא אמר בב"ד דאין מתירין אותה בב"ד זה דהעד נאמן יותר ממנה מ"מ כיון דרבנו התירוה לה הנשא על פי עד א' שאמר לה כן חוץ לב"ד מתוך חנוך שהחמרת עליה בסופה הוי האשה כב"ד בענין זה ובב"ד שלא שמעו הכחשת העד פי שרו לה בדין שרו לה וגם היא יכולה לילך בהיתרה עיי"ש וה"נ דכונתיה כיון דחכמים האמינו לעד מתוך חנוך והיא יודעת אף שתובעת הפתובה מכל מקום פנונתה להיתרה ויש לה חנוך בסופה פי תידק להנשא יכולה לילך לב"ד אחר ולומר שמת בעלה כדי שיתירוה להנשא ואחר כך תגבה הפתובה ואף כי יש לחלק קצת משם דשם יודעת שהעד כבר אמר לה ושוב אינו חוזר ומגיד וכמו שכתב הריטב"א שם רק שאינה נאמנת עלינו לגמרי לכן יכולה לילך לב"ד אחר מה שאין פן פאן אם כבר העיד עדותו והב"ד לא קבלו עדותו בשביל שבאתה אדעתא דכתובה שוב לא נקבל עדותו מ"מ יש צד לומר כיון דהיא יודעת שלא הוי דעתה רק אכתובה ושתנשא ותידק ויש לה חנוך בסופה אפשר לומר דיכולה לילך אחר כך לב"ד אחר ולומר שמת בעלה כדי שיתירוה להנשא ואם פן כשהשביעתו להעיד וכפר שפיר יש כפירת ממון דאם הנה מעיד עדותו אף דבב"ד זה ל"ה מתירין אותה כיון דבאתה אדעתא דהכתובה מ"מ יכולה ללכת לב"ד אחר שיתירוה להנשא ואח"כ תגבה הפתובה וצ"ע בדין זה: ויש להבין למה בתובעת פתובה אינה נאמנת על מיתת הבעל תהיה נאמנת במגו דלא הוי מזכרת הפתובה אלא להיתרה להנשא ואף לגבי פתובה תהיה נאמנת במגו הזאת וראיתי בספר נתיבות לשבת מבעל ההפלאה ז"ל (סי' י"ז) דעמד ע"ז וכתב לענין ממון אינו נאמן במגו דהוי מגו להוציא ואף דהיכא דאיפא שטרא מעליא אמרינו מגו להוציא הכא דיש לומר שהוא חי ולא ניתנה פתובה לגבות מחיים ל"מ המגו ויקשה מ"מ להסוברים דאמרינו מגו להוציא.

וי"ל למה נשפּתב הרמב"ן ב"ב מגו לא עדיף מעדים וכמו דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וב"ד פן לא מהני מגו וכיון דהוא שלא בפני בע"ד לא מהני המגו לגבי ממון ועיין קצוה"ח (סי' ק"י) ובש"ף (סי' ק"נ) ויבואר אפ"ה במקומו ועוד יש לומר להמבואר מדברי מהרי"ק שו"ת (ע"ב) דאשה שאמרה לבעלה גרשתני אם תובעת פתובתה דאינה נאמנת הוא רק לענין פתובה אבל שתנשא מותרת ועל פתחה צריף לחלק דהא באומרת מת בעלי ותנו לי פתובתי דאין מתירין אותה אף להנשא דיש לחלק בין מיתה לגירושין דבגירושין לא תעבור להיות באיסור פל ימיה מה שאין פן במיתה מצינו דאומרת פן בדדמי מחמת אומד הדע' אף שאינ' יודע' בבירור ובאשה דעלמא אמרינו חזקה דדיקא ומנסבא ואינה אומרת מת עד שיודעת בבירור אבל בזו שתובעת פתובתה חיישינן שפא אינה יודעת בבירור ומסתפקת בדבר ומחמת חזמוד ממון קאמרה ואחר כף תסמך על היתר ב"ד ולכף אין מתירין אותה אף להנשא וכן כ' בספר עצי ארזים (סי' י"ז ס"ק ט') ולכף אינה נאמנת אם תובעת פתובה דמשום חזמוד ממון חיישינן לבדדמי וממילא נופל הוכחת המגו כיון דאומרת בדדמי.

ואפ"ה יבואר עוד בזה: סי' נה אם יש קרקע לב' שנותפים ופא אחד להוציא מתחת יד האחד שהיא גזולה אין השותף מעיד לפסול עדי המערער רק אם סילק עצמו ממנו וקנו מזדו ופא לאחר הערעור מהני וצריף שיקבל אחריות שאם יבא בע"ח לטרוף ישלם לו דמיה כמבואר ש"ע (סי' נ"ז ס"א) ועיי"ש בסמ"ע (ס"ק ה') דאף אם חלקו לגמרי כשפא מערער על חלקו של שותף אחד שהיא גזולה אינו יכול השני להעיד דיתבטל החלוקה אם יטרוף ממנו כמו באחין שחלקו כשפא בע"ח או נגזל על אחד מהם בטלה מחלוקת רק אם הוא עצמו פוסל עדי המערער רק דאינו נאמן לגבי חלק שלו אמרינו ליה דמזל דידיך גרם לה שנסתפקה שדף.

והטו"ז כתב דוקא באחין דברא פרעיה דאבוה אבל בשותפין הו"ל פלוקח שלא באחריות ועיין באחרונים דמחלקים בין בע"ח לנגזל וכבר הבאתי בהגהותי בדברי חיים דיני עדות (סי' ח"י) מדברי ריטב"א (דף נ') מסכתא גיטין בשכ"מ שאמר תנו ק' לפלוני ר' לפלוני ש' לפלוני אם פא בע"ח גובה מכולן וכתב ונראה דהיכא שגבה מאחד מהם שהם חוזרים וחולקים ומפסידים פולם לפי חשבון כו' ומיהו אין דעתו של רבינו נראה פן אלא היכא שטרף חלקו של אחד מהם שאותו לבדו הפסיד ואינן חוזרין וחולקין דלא אמרינו הכי אלא בירשים ממש אבל לא במקבלי מתנה וזה כסברת הטו"ז אולם דעת אחר' דבטלה מחלוקת וכן דעת רמ"ה ב"ב (פ"ח סי' ע"א) ומדבריו נרא' דהוי פלוקח באחריות עיי"ש עכ"פ מחלוקותן של הסמ"ע והטו"ז מבואר בד' הראשונים: וכתב עוד הסמ"ע (ס"ק ח') דא דלא חיישינן לקבוצא אם מסלק את עצמו לאחר הערעור כיון דליכא ריעותא לפנינו.

וכבר הש"ף בכמה מקומות חולק על הסמ"ע בזה דלעולם חיישינן לקבוצא אף בליכא ריעותא לפנינו ועיין (סי' ע"א סי"ט) אולם פאן מבואר הטעם בש"מ ב"ב (דף מ"ב) דכל שאין לו בו עכשיו פלום נסתלקה נגיעתו לכל העדים שפא שכורים הם עיי"ש והפוננה דהא דחיישינן בכל נוגע למשקר הוא משום דהוא כבע"ד וכמעיד על עצמו דאין לו תורת עדות אבל אם מסלק נגיעתו רק לחוש לרפאות ולשקר כיון דאין לפנינו עכשיו חשש

רק לחיוב ששנתפפו יחזיר לו אחר כך חלקו בזה הוי כמו לחיוב לכל עדות שפא מקבלי שפר פדי להעיד שקר.

ומה"ט נראה דאם אחר שנתקבל עדותו בפני ב"ד ונסתלק הערעור בא השנתפף לתפוע משנתפפו חלקו ואומר אמתלא שעשה זאת לסלק את עצמו פדי שיכול להעיד אינו נאמן אף דמצינו פהאי גוננא באומר שטר אמנה הוא זה דיכול אחר כך לגבות מן הלנה באמתלא כמבואר (סי' מ"ז) ואף דעושה שלא פהוגן מהני אמתלא ואם פן פאן אף דאומר על עצמו שהעיד בשקר ועבר על לא תענה מ"מ מצינו אף במקום דעשה איסור מהני אמתלא כמו במס' ב"ב (דף קכ"ז) באמר עבדי הוא ואחר כך בני וברמ"א אה"ע (סי' ד') באומר על פנו שהוא ממזר דיכול אחר כך לחזור פשנותן אמתלא אף דעשה לפי דבריו מעשה רשע ועיין באר שבע (סי' ע"ה) ובנו"ב מהד"ק חלק אה"ע (סי' ט"ז) ובמ"ש לעיל (סי' ט"ו) וא"כ פאן אם יבא אחר כך לתפוע משנתפפו ויאמר אנחנו יודעים דהקרקע אינה גזולה והעדים שקרנים הם לכן סלקתי את עצמי פדי שיתקבל עדותי ואם פן שוב הוי נוגע.

וביותר למ"ש בש"מ ב"ב דהא דקתני דכתב לו דו"ד ולא נקט לה בלשון הקנאה משום דמחזי כשקרא והא דלא אוקמה פגון דאודי ליה לחבריה משום דאפתי מעמידה בפני בע"ח לפי שאינו נאמן בהודאתו נגד בע"ח פיון שחב לאחרים ולמה ליה בזה בלא"ה אם אינו בדרך הקנאה יכול לחזור אחר כך ולתת אמתלא ואף בלשון דו"ד וקנין יש לדון דיחני אמתלא.

אולם פיון שנתקבל עדותו בב"ד שוב אמרינו דסילוקו הנה בלב שלם דאם לא פן ל"ה דנין הב"ד על פי עדים אם הוי יכולין לחזור מהגדתן באמתלא' וכבר בארתי לעיל סי' הנ"ל משם ריטב"א מדקתיב על פי שנים עדי' יקום דבר ע"כ דשוב אינו חוזרים ומגידין דאם לא פן לא קרינו ביה יקום דבר ולכן אינם יכולין לחזור בשום אמתלא שפעולם וכאן נמי פיון דנתקבל עדותו שוב אינו יכול לעשות שום דבר בכל אמתלאות שיתבטל עדותו וממילא גם לגבי שנתפפו אינו נאמן להוציא באמתלא דא"כ יתבטל עדותו שפבר נתקבל ונאן יקום דבר בעינו ולחוש שעשה ביניהם קנוניא לזה לא חיישינו כמו בכל עדות שפעולם וזה ברור ופשוט: וכזה מיושב נמי קושית הטו"ז בזה דמבואר בטור ורמ"א (סי' ז') דהיכא דמעיד שהוא של לוי בכל ענין יכול להעיד דכיון דהודה דהוא של לוי שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהוא שלו דהודאת בע"ד פמאה עדים דמי ואמאי אינו יכול לערער עליו עוד כשמביא עדים הא יכול לומר מה שהודה מקודם דהוא של לוי הנה לדחות את הודה כמו בשטר אמנה דיכול לבטל הודאתו באמתלא.

ולמ"ש אתי שפיר דכיון דכבר העיד על זה נגד המערער ונתקבל עדותו שוב אמרינו ביה פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ול"מ פל האמתלאות שפעולם דיקום דבר פתיב וכשמקבלין הב"ד עדותן של עדים אינם יכולין לחזור בשום אופן שפעולם ואם נאמין לו בתורת עדות דהוא של לוי נגד המערער ע"כ דאינו יכול לבטל עדותו ואם יהנה פידו לתת אחר כך אמתלא לבטל הודאתו ואז שוב ממילא יבטל עדותו לכן אמרינו לקבל עדותו ואם"כ שוב אינו יכול לבטל עדותו באמתלא על הודאתו שהודה מקודם וכיון דאם נאמין לו יתעורר נגיעתו לכך ל"מ אמתלא וא"ד להא דשטר אמנה דשם לא נתקבל

דבריו בתורת עדות: אף יש להתעורר בדברי הסמ"ע (ס"ק ה') דבחקו השותפין יכול להעיד משום דלא יכול לחזור על השותף משום דהוא עצמו פוסל עדיו של המערער ומזלו גרם ולא יתבטל החלק' ואמאי הא יכול אחר כף לתת אמתלא על הודאתו שהודה שרצה לסלק פח המערער כדי שיתקבל עדותו של השותף ואין לתרץ פתירו צו של הטו"ז על קושיתו דל"מ אמתלא באומר שטר אמונה רק מטעם שיש בידו השטר וחקקה דאינו אמונה או פרוע דזה אינו דנדאי מה דהעדים של המערער העידו בתורת עדות מסייעו לו לאמתלא שלו ועדיף מפח השטר וכ"כ בספר שער משפט (סי' פ') ומבאר שם דקושיתו של הטו"ז הוא רק באופן שיש תו"ת עיי"ש ואם כן הכא נמי כיון דיש להמערער עדים על השדה שהיא גזולה למה לא יהי השותף נאמן אחר כף לומר אמתלא שהודה להכחיש העדים כדי ששותפו יהיה פשר להעיד.

וכן קשה בהא דמוכר מעיד ללוקח פשהלוקח מכיר בו שהוא בת חמורו נימא דהוא נוגע דירא שהלוקח יחזור אח"כ אליו ויפח אמתלא על הודאתו וכבר התעורר בזה אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני עדות (סי' כ"ג) ורצה להעמיס קושיא הזאת בדברי המהרש"א ו"ל.

ונראה דכיון דעל ידי דבריו נתקבלה עדותו של העדים דאנו מחוקקין להודאתו הודאה גמורה ולא חיישינן לערמה וממילא אחר שנתקבל עדותו בב"ד ודנין על פי עדותו כי החזיקו שאינם נוגעים בדבר כיון דזה הודה היינו השותף הודה דמקע אינה נגזלת והעדים המעידים להיפך הם פסולין והב"ד דנין על פי הודאתו שוב א"נ לחזור מדבריו אף באמתלא לבטל עדותו של העדים ופסק הב"ד אשר כבר נתחזק ול"מ לדעת הטו"ז בהחזקה נדה בשכנוחיה דא"נ אף פי נתנה אמתלא על המעשה שהיה ג"כ ללבוש הבגדים מ"מ כיון דעל ידי המעשה נתחזק בבירור דבעלה לוקה עי"ז והוה כבירור נדאי וכאשר הוכיח במישור הת"ש יו"ד (סי' א' ס"ק ע"ח) ברציות ברורות א"כ ה"נ כיון דנתקבל דבריו בב"ד ועל ידי הודאתו דנו הב"ד ע"פ לקבל עדותו ולסלק הנגיעה שוב א"נ באמתלא לבטל מה שהחזיק אלא אף לדעת הש"ך יו"ד (סי' קפ"ה) דאם נתנה אמתלא שהצריכה ללבוש בגדי נדה נאמנת היינו לענין איסור אבל לא לבטל דבר שנתקבל לבירור גמור בב"ד ועיין רמב"ם (פח"י ה"ט) מאיסורי ביאה באשת פהו דאמרה נאנסתי אעפ"י שמתרת לבעלה אסורה לכהונה אחר שימות בעלה שהרי הודה ובראב"ד שם דמהני אמתלא וכ' המ"מ בטעם הדבר לדעת הרמב"ם דאין לסמוך על אמתלא שאומרת כף כדי שיגרשנה בעלה דל"ה מצוה לגרשה ואינו מחוייב להאמינה וה"נ דכיון דלא תליא בהודאתו לבד רק שבזה יסולק הנגיעה ועדיין לא נודע לנו אם השותף יעיד בפני ב"ד וכן הלוקח א"י עדיין אם המוכר יעיד ולא תליא בו הדבר לכך ל"מ אמתלא לחזור מהודאתו ואף לדעת הראב"ד דמהני האמתלא שם הוא מטעם שלא נתקבלו דבריה פלל ועיין ב"ש אה"ע (סי' ו' ס"ק כ"ו) ובנו"ב מהד"ק אה"ע (סימן ח') ובמ"ש בספרי חלק א' דיני שחיטה (סי' ג') לבאר דבריה הראב"ד עפ"י דברי הת"ש יו"ד שם דדוקא אם בשעת מעשה הי' מקום אל האמתלא ולא הוחזק לנדאי בעיני הרואין בזה מהני האמתלא אבל אם בשעת מעשה לא נשאר שום ספק והוחזק לנדאי ל"מ החזרה אף באמתלא דכל מידי דאתחזק באיסורא אי אפשר להוציא מהחזקה וזה נמי פוננת הראב"ד כיון דלא נתקבלה דבריה ולא יש ספק בשעת מעשה ונתחזק בבירור לא מהני אמתלא ועיי"ש מה שכתבתי בזה ובכאן כיון דנתקבל דבריו בהודאתו ודנו הב"ד על ידי

הודעתו להחזיק הודעתו לדבר אמת ועי"ז נסתלק נגיעתו של העדים לכ"ע אינו יכול לחזור אף באמתלא טובה וכמו אם העיד בעצמו בפני ב"ד ואינו יכול לחזור באמתלא וכינן שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דיקום דבר פתיב פמו כן בהודה לקבל על ידי זה עדותו של העדים יקום דבריהם שלא לבטלן על ידי חזרתו בכל האמתלאות: ויש להבין אמאי אם השותף מסלק את עצמו או בקנין או באודייתא אם מקבל אתריות דליפא הנגיעה משום דמעמידה בפני בע"ח מקבלין עדותו למה לא נאמר דהוי נוגע דיש לו הנאה אם נשאר המתנה בידו כמו דמצינו בירושלמי גיטין פ' הנזקין מובא ברשב"א קידושין (דף כ"ז) ראובן גזל שדה שמעון ומכרו ללוי והלה לוי ונתנה במתנה ליהודא ובא שמעון וטרפה מיהודא יהודא לא אגזל גבי לוי דהוא מתנה לוי אגזל לגבי ראובן דהיא מכירה א"ל ולא מתנה יהבית' יכול הוא מימר ליה בעי הוינא מיתן כמה וישלם לי טיבו ועיין רמ"א (ס' רמ"א) ובסמ"ע שם.

ואף במקרה לוי ליהודא שלא באחריות מבואר שם ברשב"א דג"כ חוזר עליו וע"כ דהוא מטעם דיכול לומר דל"נ ליה דלקהו ללוקח תרעומות עליו עכ"פ חזינו דזה נקרא הפסד אם כן פאן למה לא יהיה נוגע מצד זה דניחא ליה להיות מקבל הנאה מן המקבל.

וצריך לומר שם פנין דכבר נתחייב באחריותו נקרא פסידא אף דנתן לאחר מ"מ בעיני' כ"ד לא פקע חיובו דאחריות מה שאין כן לענין נוגע בדבר לא פסלינו לעדותו בשביל ספק דלמא קבל טובת הנאה מהמקבל.

וכן צריך לחלק דהא מבואר בש"ע (סי' רכ"ו) בראובן שמכר שדה לש' בלא אתריות ובא בע"ח לגבות דיכול ראובן לאשתעי דינא בהדיה משום דיכול לומר ל"נ לי דלקהו לשמעון תרעומות עליו ובכ"ז פשנתן ראובן השדה לשמעון במתנה לא יכול לאשתעי דינא בהדיה פנין דל"ל תרעומות ואמאי לא נימא דעכ"פ ניחא ליה שישאר המתנה אצל המקבל דיקבל טובת הנאה ממנו ועיין שער משפט שם ובמ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') וע"כ צריך לחלק דוקא היכא דהחייב היה בבירור ובא לסלק את עצמו לומר הואיל דלא הוי לו פסידא יפקע חיובא דאחריות בזה בעילה כ"ד מחייבין לשלם אבל לאשתועי דינא בהדי צריך שיהיה טענה מבןררת וסגי אף בטענת דלא ניחא ליה שיהיה לו תרעומות שהוא גלוי וניכר לכל אף דמשום תרעומות לא הוי נוגע וכינן דחזינו דבשביל טענות דניחא לי שישאר אצל מקבל מתנה ואקבל טוה"נ ממנו לא מקרי טענה מבןררת כמו כן ליכא טענת נגיעה בזה רק היכא דטוען טענה דרוצה בזה חייב המוכר להשלים חיובו מאחריות שקבל.

ועיין תוס' רי"ד קידושין (דף מ"ג) דכ' הא דרי"ף כ' דלענין קידושין שלים נעשה עד הא אחר שנתקנה היסת הוי השליח נוגע בעדות דאיירי בלא נתן להשליח מעות רק השליח מקדש מדיליה ע"ש וגם כן הטעם אף דניחא ליה שיתחזיק לו המשלם טובה מ"מ בשביל זה לא חשיב נוגע: וכן נמי צריך לחלק הא דסגי פאן באם מקבל אתריות אם יטרוף בע"ח ממנו למה לא נאמר כמו דמצינו בש"ס גיטין (דף י"ג) דרב אשי אמר הא דמהני קנין מלנה על פה במעמד ג' משום בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלנה ישנה למלנה חדשה גמר ומשעבד נפשיה ועיי"ש ברש"י ונוח לו לדחות הפירעון זמן ארוך אם כן ראינו דהנאה הזאת ש"פ דבשביל הנאה הזאת גמר בלב שלם להאי לשעבד ואם כן



אפתי נשאר החשש דמעמידה בפני בע"ח ואי דאם יטרוןף הבע"ח יהיה לנה רשע גם פן בשביל אחריות שקבל עליו זה יהיה מלנה תדשה וצריף לומר דזה הוי הנאה שאינו מבונרת פיון דגם מה שתישינו דמעמידה בפני בע"ח הוא גם פן רק ספק ועיין ש"מ ב"ב (דף מ"ו) דל"ה רק ספק נגיעת עדות ואם פן פיון דארף אם יטרוןף בע"ח ממנו יתחייב לשלם ל"ח לנגיעה פזאת מה דישתנה ממלנה ישנה לתדשה מה שאין פן במעמד ג' מסתמא מחשיב הנאה הזאת להלנה וארף דבע"כ של לנה לכמה פוסקים גם פן נקנה ואם פן לא ראינו שיתחשב זאת להנאה מ"מ פיון דאם מחשב זאת להנאה יש פאן הנאה ש"פ שיגמור ומשתשעבד תקנו חכמים בכל מלנה ע"פ.

אבל למחשב לנוגע בשביל זה לא מחשבינו זאת להנאה ועיין בש"מ ב"ב דכתב הא דל"ח נוגע ארף דקבל אחריות דנפשיה מ"מ מעמידה בפני בע"ח דלא לקרוהו לנה רשע ולא ישלם ובהא לא איכפת ליה דאמר ליה ומאי אפסידתך וכ' דכל שאינו יכול לשלם מה שקבל על עצמו רשע מקרי וכ"ש להכניס עצמו בזה לכתחילה עכ"ל: ומה"ט יש לתמוה על הש"ך (סי' קכ"ג ס"ק כ"ד) דכ' פשאין ללנה לשלם עתה דכתב הסמ"ע שם דמועיל עדותו של הלנה לחייב את הערב לשלם שאין לו רינח וכתב הסמ"ע ודוחק לומר משום השני נח לי והראשון קשה וכ' הש"ך להוכיח דלא אמרינו השני נח לי אלא פשהעד פא להוציא ולא פשהעד חייב ובנו"ב תנינ' חח"מ (סי' י') הביא להקשות מדברי ש"ע (ל"ז סי"א ס"ו סכ"ב) באם הלנה הוא מעדי פתיבה ומסירה הוי נוגע מטעם דהשני נח לי והראשון קשה והנו"ב פתב ליישב למה שכ' שם הש"ך לחכפך מטעם אחר דחשיב נוגע דלא להוי לנה רשע ובערב מסתמא לא רגילי אנשי למקרי לנה רשע וא"כ לענין מכירת השטר שפיר הוי הלנה נוגע דכשאינו משלם למי שקנה השטר שמעולם לא הלנהו ולא על פיו קנה החוב ושפיר הוי נוגע מטעם דהשני נח לי דאם לא ישלם לא נקרא רשע ואם לא ישלם להראשון יהיה נקרא בפני כל לנה רשע עיי"ש הא מפאן מוכח להדיא דארף בקבל אחריות על מתנה דלית ליה שום פסידא לא חשיב נוגע בשביל זה דכל שאינו יכול לשלם מה שקבל על עצמו רשע מקרי וכ"ש שלא יכניס את עצמו לכתחילה בזה אם פן בערב גם פן דנדאי אפסדי' וקבל עליו לשלם אם יצטרף לשלם להמלנה ונדאי הוי לנה רשע פמו נגד הבע"ח ול"ה נוגע.

וצריף לומר לחלק בזה כמו"ש לעיל (סי' נ"ד) דדוקא בשט"ח שפכר וחתם הלנה את עצמו דמעיד על עצמו שזה זכה בשיעבוד נכסים שלו ופנסתלק השעבוד נכסים מן הלנה שלו חיישינו בזה ארף לנוגע דהשני נח לי אבל בנידון דש"ך הנה"ל דמעיד זכותו של המלנה דהערב נתחייב הוי פמעיד על דבר אחר לא מיחשב נוגע בשביל דהשני נח לו וכן פאן אינו מעיד בפירוש זכות עצמו רק דהקרקע אינו גזולה ובאנו לחוש דיש לו זכות להעמידה בפני בע"ח וכיון דקבל אחריות ובין פך ובין פך יהיה נקרא ליה רשע לא הוי נוגע ודברי הש"ך הנה"ל צ"ע דנדאי מקרי לנה רשע אם אינו משלם לו פמו נגד המלנה וכדמוכח מפאן: וראיתי בנתיבות דהקשה בשותפין דלמה ל"ח דעשה השותף אפותקי חלקו ששנה מאה לבע"ח בעד מאה ואחר פך נתקלקל הקרקע ואינו שנה רק נ' ואם יקח המערער שהיא גזולה הוי אפותקי בטעות וישאר חייב לבע"ח כל הלנאה וניחא ליה שיטרוןף הבע"ח עיי"ש בדבריו המציאות וכתב לתרץ דאם יצא רק החצי שנה ממנו אין הבעל חוב צריף לגבות ולא הבנתי פלל דבריו הא מ"מ יש לחוש שעשה חלקו וזכותו

מה שיש לו בהשגה לאפותקי מפורש והנזלה ואם יטרון המערער יהי נשאר חייב כל המאה ואם ישאר ביד שותפו לא יצטרף לשלם לבע"ח כי יטרון אפותקי שלו מיד השותף שזכה בחלקו ולהשנותף אף דקבל אחריות לא יצטרף לשלם רק כפי שויו של השגה שיטרון וכן קשה בהא דמבואר (סט"ז) במכר פו"ט שלא באחריות דמעיד המוכר דאין לו הנאה שישאר בידו דבזה"ז אינו גובה הבע"ח ממטלטלין שמכר הא מ"מ טוב לו יותר שישאר הפו"ט ביד הלוקח דדלקא הוזה בשעה שמכר והמוכר עשה מקודם הפו"ט לאפותקי מפורש לבע"ח פשה' שנה יותר ואם תברר שהאפותקי נעשה בטעות שהיתה גזולה בידו יצטרף לשלם להבע"ח כל חובו כפי מה שלנה ממנו לכה מעיד שישאר הפו"ט ביד הלוקח ואז אינו חייב הלנה המוכר לשלם להבע"ח רק מטעם מזיק שעבודו של הבע"ח וכפי מה שהיה שנה הפו"ט אז בשעה שמכר אחר שהזול א"ו דלנה לא חיישינו כל כף שמעיד שקר בשביל שהזול ומוקמינו על החזקה דמסתמא שנה כדמעיקרא: והיא דתבע לשנים שהלנה להם וכפר אחד והודה השני שהוא נחבירו חייבים אם לקחו אותו ממון בשותפות אינו נאמן על חבירו ש"ע (סי' ל"ז ס"ד) וכתב באורים דוקא כשטוען המלנה ברי דאז אין המודה נאמן במגו דלא הוי מודה שחייב לו רק נ' כפי העולה על חלקו משום דאף אם יאמר כן יתחייב שבועה נגד המלנה ועד הצריף שבועה אינו עד אבל אם המלנה טוען שמא נאמן בעדותו במגו כמו בשליח דנעשה עד דנאמן במגו ובנתיבות חולק ע"ד דדוקא בשליח שאינו בע"ד פלל ואין הדבר נוגע לו ויש לו מגו ושוב אינו נוגע בעדות נאמן כעד אבל הקא דהוא עד ובעל דין דאם לא ישלם השני יתחייב הוא לשלם והשני יהיה מחויב להחזיר לו מה שישלם שוב אינו נאמן אפילו יש לו מגו כיון שהוא תובע הוא בגדר מגו להוציא.

ולפי דבריו אם חבירו טוען גם כן שמא ואינו יודע אם חייב וכברי ושמא אמרינו מגו להוציא ה' הדין דנאמן. ואמ"ו ו"ל בספרו ד"ח פתב דיני עדות (סי' כ') עפ"י דברי הר"ן פתובות בהא דבע"ח תפס תורא מבקרא דיתמי דכתב דהבקרא לא הוי כעד א' לחייב להבע"ח שבועה כיון דלדבריו דתפס לאח"מ חייב לשלם הוי כבע"ד הרי אף דיש לו מגו מ"מ כיון דלפי טענתו דהשתא הוא חייב לשלם הוי כבע"ד והכא נמי דכונתו וכן פתבהנתיבות (סי' ע"ז) ואם כן אף אם חבירו טוען שמא לא מהני המגו של זה שהודה לחייבו כיון דהוי בע"ד ועיין מה שכ' אאזמ"ו הגאון ו"ל בדברי משפ"ט (סי' ע"ז) בזה ויש להרהר בדבריו.

וראיתי בפרישה שם שהקשה קושניית התומ' דיהיה המודה נאמן במגו אי בעי כפר בכל או דלא היו שותפים ול"ה חייב אלא החצי וכ' דירא לשקר שמא יכחישנו התובע בעדים ואינו מוכן דבריו מה"ת נבטל המגו בזה דירא שיכחישנו בעדים א"כ לעולם נבטל תורת מגו.

ועוד כתב והיותר נראה כיון דלפי טענתו דהשתא הוא חייב בכל אלא שבאת להאמינו במגו ולפטרנו במקצת ולחייב את חבירו באותו מקצת מגו כזה ל"א ודבריו סתומים ואולי כוונתו למ"ש הגנתיבות ואמ"ו ו"ל כיון דהוא בע"ד א"ל וקאו תורת עד עליו.

ועוד נראה דהא עדותו הוא כמעיד לזכותו שחבירו הוא שותף עמו בחוב זה וממילא אומר שנעשה ערב חבירו על כל החוב והוי כמעיד לזכותו דחבירו נעשה ערב על חלקו

ג"כ דְּזָה הָיָה זְכוּתוֹ וְלִכְפֹּף אֶ"נ וּבִכְפֹּרֶט לָמָּה שֶׁכִּי הַסַּמ"ע וְהַשֵּׁי"ף הַנֶּזְ"ל דְּיוֹתֵר נָח לוֹ לְהִיּוֹת לְוָה רִשְׁעֵי נֶגֶד הַעֲרַב מִלְּהִיּוֹת נֶגֶד הַבַּע"ח אִם כֵּן יֵשׁ לוֹ חֲשָׁשׁ נְגִיעָה ג"כ וְלִכְפֹּף אֶ"נ: וְכֵן מְוַכְרַח קִצְתָּ לֹאמֹר לְדַבְרֵי הַרְמַב"ן מִס' קִדְוִשִׁין (דָּף מ"ג) דְּכִי בָּהָא דְאִמְרִינוּ דְּהַשְׁתָּא דְצָרִיכִין שְׂבוּעָה נוֹגְעִין בְּעִדּוּתָן הֵן וְז"ל וְאִי אִמְרַתְּ לִיהִמְנוּהָ בְּשְׂבוּעָה יָכוֹל הַמְלִנָּה לֹאמֹר לֹא מְהִימְנוּ לִי בְּשְׂבוּעָה אֵת הוּא דְּהִימְנוּהוּ וְכַוְנָתוֹ דְּמֵאִיזָה טַעַם עַד הַצָּרִיף שְׂבוּעָה לֹא עַד הוּא וְעֵינֵי שֵׁ"ף (סִי' קכ"א ס"ק נ"א) לְכֹף כִּי הַטַּעַם דְּהַמְלִנָּה יָכוֹל לֹאמֹר לֹא מְהִימְנוּ לִי וְתוֹבַע לְלָוָה שְׂשִׁילָם לוֹ חוּבוֹ כֵּינֵן דְּלֹא צָוָה לוֹ שְׂשִׁילָח עַל יְדֵי שְׁלוּחִים וְאִם יֹאמֵר הָרִי עֲדִים שְׂפָרַעְתִּי יֹאמֵר אֵלּוּ נוֹגְעִים בְּעִדּוּתָן הֵן וְאִי שְׂשִׁילָבְעוּ יָכוֹל לֹאמֹר לֹא מְהִימְנוּ לִי וְלִכְפֹּף אִין לָהֶם דִּין עֲדִים כְּשִׁצְרִיכִים מִתְחִילָה לִישָׁבַע וְעֵינֵי בְּסִפְרָא עֲא"ר אַה"ע (סִי' ל"ה ס"ק ג') דְּמֵיִשְׁבַּע בְּזָה דְּבָרֵי הַרְמַב"ם דְּלִגְבֵי קִדְוִשִׁין נֶאֱמָנִים בְּשְׂבוּעָה עֵי"ש וְאִם כֵּן הָא הַמְלִנָּה תוֹבַע לְשִׁנְיָהֶם שְׁחִיבִין לוֹ מֵאָה וּמִמִּילָא תוֹבַע לְאַחַד שְׁחִיבִין לוֹ חֲמִשִּׁים וְגַם שְׂנַעֲשָׂה עָרַב עַל חֲבִירוֹ וְכֵן לְחֲבִירוֹ אִם כֵּן זֶה שְׁהוּדָה יִהְיֶה נֶאֱמָן בְּמַגוֹ וְאִי דִּיצְטָרֵף לִישָׁבַע וְנֶאֱמָר דְּנוֹגַע בְּדָבָר דְּמַעִיד כְּדִי שְׂלֵא יִצְטָרֵף לִישָׁבַע זֶה א"ש שֵׁם הֵם נוֹגְעִין כְּמוֹ שֶׁכִּי רַש"י וְר"ן מוֹבָא בְּשֵׁ"ף שֵׁם (ס"ק נ') דְּאִי אִמְרוּ אַהֲדַרְיָנָהוּ בְּעֵי אֲשִׁתְּבוּעֵי לְפִיכֹף הֵם מְעִידִים שְׂקִבֵל מְלָוָה מִיָּדָם כְּדִי שְׂיִפְטֹרוּ מִן הַשְׂבוּעָה וְנָח לָהֶם לְהַפְסִיד מְמוֹן מְשִׁישָׁבְעוּ בְּשִׁקָּר וְהֵינּוּ דְּהֵם חוֹשְׁבִים אִם יֹאמְרוּ הַחֲזַרְנוּם לְלָוָה נִצְטָרֵף לִישָׁבַע מַה שְׂאִין כֵּן עֲכָשְׁוֹ לְכֵן פּוֹסְקִים דְּצָרִיכִים לִישָׁבַע וְאַחֲרֵי הַשְׂבוּעָה יָכוֹל הַמְלִנָּה לֹאמֹר שְׂלֵא קִבֵּל מֵהֶם וּבְשְׂבוּעָה אִינֵן נֶאֱמָנִין דְּלֹא תוֹרַת עֲדוּת עֲלֵיהֶם אָבֵל כָּאֵן וְדֹאֵי יוֹדַע אִם יִכְפֹּר יִתְחַיֵּב לִישָׁבַע וְעֲכָשְׁוֹ פְטוֹר מִשְׂבוּעָה דְּהָא הַמְלִנָּה אִינוּ תוֹבַע יוֹתֵר א"כ אַחַר הוֹדָאתוֹ לָמָּה לֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן בְּתוֹרַת עֲדוּת כֵּינֵן דֹּא"צ שְׂבוּעָה וְא"ל דְּהָיָה נוֹגַע לְהוֹדוֹת כְּדִי שְׂלֵא יִצְטָרֵף לִישָׁבַע הָא לְפִי דְּבָרֵי הַשְּׁוֹתָף שְׁהַמְלָוָה תוֹבַע בְּשִׁקָּר מַה לוֹ לְהוֹדוֹת וּלְמַנּוּעַ אֵת עֲצָמוֹ מִשְׂבוּעַת אֲמַת וּלְהַעִיד בְּשִׁקָּר כֵּינֵן דְּלֹא יְרוּיַח כָּלֵל בְּזָה דְּהַמְלָוָה אִינוּ תוֹבַע רַק כְּמוֹ שְׁהוּדָה וְאִם בְּשִׁקָּר הוּא יִשָּׁבַע וְלֹא יַעִיד עֲדוּת שְׁקָר בְּשִׁלְמָא שֵׁם הַמְלָוָה טוֹעֵן שְׂלֵא קִבֵּל מִן הַשְּׁלוּחִין כָּלֵל וְהֵם נוֹגְעִין לֹאמֹר שְׁקָר שְׂרִיחֵי מַה שְׂאִין כֵּן כָּאֵן א"ו עֵיקַר הַטַּעַם כֵּינֵן דְּלִפִּי דְּבָרֵי הוּא הַבַּע"ד וְהַתוֹבַע אִינוּ בְּגֵדָר עַד וְדוֹחֵק לֹאמֹר דְּגַם הַמְלָוָה אִינוּ יוֹדַע בְּבִקְרוּר אִם קִבֵּל הַהֲלֵנָּה לְצוּרָה שְׁוֹתְפוֹת רַק שְׁתוֹבַע עַל פִּי אֱלֹהִים שְׂקִבְלוֹ הַהֲלֵנָּה וְאִם שְׂהוּא לְצוּרָה הַשְּׁוֹתְפוֹת וְהוּדוֹ דְּבָזָה אֲתִי שְׂפִיר כֵּינֵן דְּהַשְּׁלֵשָׂה אִינָם יוֹדְעִים מֵהַהֲלֵנָּה שְׂפִיר יֵשׁ לָהֶם מַגוֹ וְהוּי עַד הַצָּרִיף שְׂבוּעָה דְּמַפְשְׁטוֹת הַדְּבָרִים מְשַׁמַּע דְּאִיִּרֵי שְׁהַמְלָוָה תוֹבַע בְּבִקְרוּר מֵהַשְּׁוֹתְפִי וּבְזָה ל"ש לְפָסוּל מִטַּעַם נְגִיעָה דָּאִם יִכְפֹּרוּ יִתְחַיֵּבוּ שְׂבוּעָה וְנִיחּוּשׁ דְּלֹא קִבְלוּ הַהֲלֵנָּה דְּלָמָּה נְחַשׁוּד שְׂעִידוֹ בְּשִׁקָּר כְּדִי שְׂלֵא יִצְטָרֵכוּ לִישָׁבַע שְׂבוּעַת אֲמַת אֱלֹא וְדֹאֵי הַטַּעַם כֵּינֵן דְּלִפִּי דְּבָרֵיהֶם הֵמָּה בַּע"ד אִין כָּאֵן תוֹרַת עֲדוּת וְעֵינֵי מ"ש בְּהַגְהוּמִי בַּד"ח דִּינֵי עו"ש (סִי' ה'): סִי' נוֹ רְאוּבֵן שְׂמִכְרָא פו"ט לְשַׁמְעוֹן שְׂלֵא בְּאַחֲרִיּוֹת וּבֹא יְהוּדָא לְעַרְעֵר לְהוֹצִיא מִיַּד שְׂמַעוֹן יָכוֹל רְאוּבֵן לְהַעִיד לוֹ וְעֵינֵי סַמ"ע אֵף שְׂמַעֲרַעֲרֵר שְׂרְאוּבֵן גִּזְלוֹ מ"מ ל"ש בְּמַטְלָטְלִין נִיחָא לִיהָ דְּלֹא לִיקְרִיָּה גִּזְלָנָא וּבְכַפְרִישָׁה הוֹכִיחַ זֶה מְדַכְתֵּב הַטוֹר מִשֵּׁם רַמְב"ן דְּאִיִּרֵי בְּלִית בִּיָּה תְקַנּוֹת הַשּׁוּק אוֹ שְׂרְאוּבֵן בְּעֲצָמוֹ קִנְיָה דְּאִי רְאוּבֵן גִּזְלָה חִיבֵי לְשַׁלֵּם מִפְּנֵי תְקַנּוֹת הַשּׁוּק וְחֹזֵר עַל רְאוּבֵן וְכֵן כִּי רַמ"א (סַט"ז) וְתִפּוּק לִיהָ בְּלֹא הַכִּי דְּלֹא נִיחָא לִיהָ דְּלֹא לִיקְרֵי גִּזְלָנָא אֱלֹא וְדֹאֵי בְּשִׁבִיל זֶה לֹא מִפְּסֵל בְּמַטְלָטְלִין וְכֵן כָּתַב מֵהַרִּיק"ש ז"ל בְּסִפְרָא עֲרָף לְחַם ע"ד ש"ע (סִי"ו) וְז"ל שְׂקִנְיָה מְגִזְלוֹ פִּירֵשׁ רְאוּבֵן

או שקנאה שמעון מגזלן ואינו ראובן שאם טוען שראובן גזלה ומכרה לו יש הנאה דלא ליקריה גזלנא ומדברי רמב"ן נראה דלא חגיגש להנאה זו וסובר שאם הוא בענין שאין בו תקנת השוק יכול להעיד פינון שאין המערער צריף לתת דמים כדי שיתזרזר לגבותם ממנו עכ"ל ומה שכתב הסמ"ע דבמטלטלין לא מקרי גזלן מחמת פן פבר תמה הטו"ז מהא דאמרינן בש"ס ב"מ גבי חזר וילקחה מבועלים הראשונים מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא ליזו אם מטעם דנ"ל דליקו בהימנותיה או דלא ליקרי גזלנא ואמרינן מ"ב ולמה ל"א א"ב מטלטלין אלא על פרוקו גם במטלטלין שיניף לומר דלא ליקרי גזלנא ובקצוה"ח פתוב דבמטלטלין לא משפחת להאי מילתא כלל פינון דאמרו שם עד אימת נ"ל דליקו בהימנותיה עד העמדה בדין וכל דינא אינה טענה אין הבועלים יכולין להקדיש ולמכור וכינון דאירי שם דהלוקח לא הפיר שיהא גזולה ודאי צריף העמדה בדין לברר שיהא גזולה אין הגזלן יכול לקנותו מבועלים הראשונים דהוי דבר שאינו ברשותו ולא משפחת חזרו הבועלים ולקחו מבועלים הראשונים אלא בקרקע ומשום הכי ל"מ אמרו א"ב מטלטלין ומאד תמוהין דבריו הא מבואר שם ברש"י (דף ט"ז) ד"ה עד שעת העמדה בדין דתליא עיקר אם הלוקח עמד בדין עם המוכר הגזלן אחר הטורפה שטרפה ממנו הגזל וכן מבואר ברמב"ם וש"ע (סי' שע"ד) ואם פן אחר פרו ודאי יכול המוכר לקנות מן הגזלן ואף במטלטלין אם קונה ממנו אחר שלקחו מן הלוקח קודם שעמד הלוקח עם המוכר בדין אם נאמר דבמטלטלין לא שיניף לומר דניחא ליה דלא ליקרי גזלנא לא קנה והיה לו לש"ס לומר א"ב במטלטלין ושפיר הקשה הטו"ז ועיין בר"ש פרוק (ניו מ"ג) דתרומות שכתב בענין זה ושם יש לחלק בין מטלטלי למוקדעין ואכ"מ בזה ועיין בש"מ ב"מ שם דהביא משם יש מפרשים דהפירוש הוא העמדה בדין הגזלן עם הגזלן וכתב דהנכון פשוט מפרשים ועיי"ש בני"ש ובתומים מתרץ דאם פן מי שהחזיק בב"ד לגזלן ונפסל ואחר פרו עשה תשובה והוכשר בב"ד ועכשיו מכר פו"ט ובא לוי לערער שאז בהיותו המוכר גזלן לקח ממנו הפרה בגזילה ומכר' לשמעון והוא ביקש לפסול עדים הללו ובה"ל"ש ניחא ליה דלא לקרי גזלנא פי אז היה מפורסם לגזלן לכוף קאמר רמב"ן טעם אחר משום תקנת השוק.

ודבריו אינם מובנים מה זה תשובה אם החזיק אז לגזלן ולא החזיר את הגזילה שגזל ואי בגזלן מפורסם דאם אין הגזילה בעין דאין מקבלין ממנו כמבואר (סי' שס"ו) אם פן אף הדמים שיתן ללוקח לא יהיה חייב להחזיר וגם אפשו דגם מן לוקח אינו טורף כמו דמפני תקנות השבים אין מקבלין מן הגזלן מה מכר ראשון לשני כל זכות שהי' לו.

אולם מלבד זה קשה להבין הן דברי הסמ"ע והריק"ש ז"ל והן דברי התומים אם העידו עדי יהודא שראובן גזלו ממנו אם פן מעידין על גוף ראובן כיצד יעיד ראובן להעיד להכחיש להעדים הא הוי כמעיד על עצמו ואף אם אינו נוגע לו כלל מ"מ פינון דמעידין על גופו הוי כבע"ד וכן הא דכתבו הפוסקי' ובש"מ משם רבינו יונה שאם טוען המערער שהמוכר גזלה ממנו הוי נוגע בעדותו פי היכי דלא לקרוהו גזלנא הא בלאו הכי הוי כבע"ד וכמעיד על עצמו: וראיתי בס' דברי אמת סוף קונטרס שמיני שהביא משם תשובת ר"מ אלשיף בשנים המעידים על ראובן שקידש פלונית וראובן ועד א' מכחישין ואמרים שלא נתקדשה דהוי ליה פתרי ותרתי דדוקא באומר קדשתי הוי בע"ד אבל באומר לא נתקדש' ל"ה נוגע בדבר ובתשובת מהר"ב אשפנזי חולק עליו דאנו מקיימי

דָּבָר בְּעֵינָיו וּלְפִיכָּהּ אֵין בְּדַבְרָיו מִמֶּשׁ וּבְאוֹמֵר לֹא קִדְשָׁתִי הָיָה נוֹגַע דַּל"ב לְמִיסֵר בְּקִרְוֹבוּתֶיהָ וְהָרַב ד"א פֶּתַח דְּמַדְבְּרֵי הַמְרָדְכִי פ' הָאוֹמ' בְּשִׁלִּיחַ שְׁטָעָה וְאָמַר הָרִי אַתָּה מְקוֹדֶשֶׁת לִי דִנְאָמֵן לֹאמַר טְעִיתִי וְכַתֵּב מִהֵרָ"ם וְעוֹד בְּיָדוֹ לְגִרְשָׁה הָרִי דְלֹא הָיָה נוֹגַע בְּשִׁבִיל אִיסוּר קְרוֹבֵתִי וְכַתֵּב אָבֵל כִּי דִיִּיקֶתָּ שְׁפִיר נִרְאִין לִי דְבָרֵי מֵהֵרָ"ב אֲשֶׁנְּזִי דְכִינּוֹן דַּב' עֵדִים מְעִידִין עַל גּוֹפּוֹ שֶׁל רֵאוּבֵן שְׁקִידֵשׁ אֶת הָאִשָּׁה וְנֶאֱסַר בְּקֵר וּבִתְלִי אֵף שֶׁהוּא כּוֹפֵר כִּינּוֹן שֶׁעַל גּוֹפּוֹ הֵן מְעִידִין הָרִי אֵלּוֹ נֶאֱמָנִין וְהָרִי הִיא אִשָּׁת אִישׁ גְּמוּרָה וּבְנִיָּה מְמוֹזְרִים וְנִדְאִין וְהִבִּיא רֵאֵה מְדַבְּרֵי הַטּוֹר (ס' ל"ח) דִּהְזָמָה כִּינּוֹן שְׁמַעֲיָדִין עַל גּוֹפֵן שֶׁל הָעֵדִים אֵינֶם נֶאֱמָנִין עַל עֲצָמָן עֵי"ש הָרִי אֵף בְּדַבְּרֵי דְלֹא מְפַסֵּל מִטַּעַם נְגִיעָה מ"מ הוּאִיל דְּמַעֲיָדִין עַל גּוֹפּוֹ שֶׁל פְּלוֹנִי אֵין אוֹתוֹ פְּלוֹנִי בְּגִדְרָה עַד לְהַכְחִישׁ עֵדוּתוֹ וְהִכָּא נָמִי דְכִנּוֹן־תִּיהָ כִּינּוֹן דְּאֵלּוֹ מְעִידִין שְׁרֵאוּבֵן גְּזֵל הַפּו"ט זֶה מִיְהוּדָא מְעִידִין עַל גּוֹפּוֹ דְרֵאוּבֵן וְכִיצַד יִהְיֶה עַד לְהַכְחִישׁ הַדְּבָר אוֹ אֵף לְפָסוּל הָעֵדִים שֶׁהִבִּיא יְהוּדָא כִּינּוֹן דִּהְמָה מְעִידִין עַל גּוֹפּוֹ דְרֵאוּבֵן הָיָה בַע"ד וְאֵינּוּ תּוֹרַת עַד עֲלִיו וּבְנִדְאִי בְּנִדְוֹן דְּמִהֵרָ"ם אֲלֵשִׁיף אֵף אִם רֵאוּבֵן וְעוֹד עַד עֲמוֹ פּוֹסְלִין לְעֵדִים אֵלּוֹ שְׁאֲמָרוּ שְׁנִתְקַדְּשָׁה גַם כֵּן אֵין רֵאוּבֵן מְצַטְרֵף עֲמוֹ דְכִמּוֹ דְאֵינּוּ מְצַטְרֵף לְהַכְחִישׁ גּוֹף הַמַּעֲשֶׂה כִּינּוֹן דְּהָיָה בַע"ד דְּמַעֲיָדִין עַל גּוֹפּוֹ כִּמוֹ כֵּן אֵינּוּ מְצַטְרֵף לְפָסוּל הָעֵדִים וְה"נ אֲמַאי מְצַטְרֵף רֵאוּבֵן עִם עוֹד עַד אֶחָד לְפָסוּל עֲדֵי יְהוּדָא כִּינּוֹן דִּהֵן מְעִידִין עַל גּוֹפּוֹ דְרֵאוּבֵן שְׁגֵזֵל הַפּו"ט זֶה מִיְהוּדָא.

אֵף לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דָּאֵף כְּשֶׁמַּעֲיָד עַל גּוֹפּוֹ אִם אֵינּוּ נוֹגַע בְּדַבְּרֵי יָכוֹל לְהַעֲיֵד מֵהָא דְכִתְוִנּוּבוֹת (דָּף י"ט) שְׁנַיִם חֲתוּמִין עַל־הַשְּׁטֵר וּמִתּוֹ וּבְאוֹ ב' מִן הַשּׁוּק וְאֲמָרוּ כְּתִב יָדֵם הוּא אָבֵל אֲנוּסִים הָיָה קִטְנִים הָיָה פְּסוּלֵי עֵדוּת הָיָה אִם כ"י יוֹצֵא מִמְקוֹם אַחַר אוֹקֵי תְרֵי לְהִדִּי תְרֵי וְכַתְּבוּ תוֹס' פְּסוּלֵי עֵדוּת לֹא שְׁאֲמָרוּ שְׁעִדִינּוּ פְּסוּלֵי דָאֵם כֵּן אֲמַאי אֵינּוּ נֶאֱמָנִין אֲלֵא פְּסוּלֵי עֵדוּת הָיָה אֵז וְעַתָּה מוֹדִים שֶׁהֵם כְּשֵׁרִים וְעֵי"ש עוֹד בַּתּוֹס' דְּקְרוּבִים הָיָה אֵז מִשְׁנֹלְדוֹ עַד עַתָּה שְׁנִתְרַחְקוּ דָאֵם לֹא כֵן כִּינּוֹן דְאֵין מְכַחֲשִׁין שְׁלֵא לָוֵה לְתַכְשְׁרוּ עֵי"ש וּבַתּוֹס' ב"ק (דָּף ע"ב) דְּבְאוּמְרִים גְּזֵלָנִים הָיָה אֵלּוֹ נֶאֱמָנִים אֲפִילוֹ הִי בְּפִנְיָהֶם וְעֵינּוּ תוֹס' ב"ב (דָּף ל"א) וּבְמִהֵרָשׁ"א שֶׁם דִּהְמַתְּבָאֵר מְדַבְּרֵיהֶם דָּאֵם אֲמָרוּ גְּזֵלָנִים הָיָה אֵף אִם יֵאמְרוּ דְעַכְשָׁיו כְּשֵׁרִים הֵם רַק אֵז בְּשַׁעַת חֲתִימָה הָיָה גְּזֵלָנִים הָרִי אֵלּוֹ נֶאֱמָנִין לְגַמְרֵי וּל"מ הַכְּחִישְׁתָּן כָּלֵל כִּינּוֹן דְּמַעֲיָדִין עַל גּוֹפֵן מֵה שְׁאֵין כֵּן אִם מְעִידִין שְׁקִרּוּבִין הָיָה אֵז וְאַחַר כֶּף גִּתְרַחְקוּ בְּזֶה כִּינּוֹן דְּלִיפָא נ"מ אֵל הָעֵדִים יְכוּלִין הֵנִי תְרֵי הַחֲתוּמִים לְהַכְחִישׁ הָרִי אֵף דְּמַעֲיָדִין עַל גּוֹפֵן שֶׁל עֵדִים דִּהְמָה הָיָה אֵז קְרוּבִים מ"מ יְכוּלִין לְהַכְחִישׁ כִּינּוֹן דְּעַתָּה גִּתְרַחְקוּ וְהִמָּה עֵדִים כְּשֵׁרִים וּבַכְּנֵה"ג (ס' מ"ו אוֹת ס"א) כְּתִב כִּינּוֹן דְּאֲפִי נְפָרֵשׁ קְרוּבִים בְּנִשְׁוִתִּיהֶן ע"כ לֹאמַר שֶׁהָיָה קְרוּבִים וְנִתְרַחְקוּ דְאֵי לֹא סוּף סוּף עַל גּוֹפֵן שֶׁל עֵדִים הֵן מְעִידִים וְכֵה"ג מִהֵמָנִי לְמַפְסֵל וְכִינּוֹן שְׁכֵן אֲפִילוֹ נְפָרֵשׁ גְּזֵלָנִים הָיָה אֲפִשֵׁר לֹאמַר דְּהָיָה גְּזֵלָנִים וְעַתָּה שָׁבוּ בְּתִשׁוּבָה וְכֵה"ג לֹא אֲגוּפִיִּיהוּ דְסִהְדִי מְסִהְדִי אֲלֵא עַל גּוֹפֵן שֶׁל עֵדִים עֵי"ש.

וְדַעַת הָאו"ת שֶׁם (ס"ק מ"א) דָּאֵף אִם מְעִידִין שְׁעִדִינּוּ הֵן קְרוּבִים גַּם כֵּן יְכוּלִין לְהַכְחִישׁ כִּינּוֹן דְאֵין זֶה פָּגַם וּל"ה כְּמַעֲיָדִים בְּגוֹפֵן שֶׁל עֵדִים וּבְמַעֲיָדִין שֶׁהָיָה גְּזֵלָנִים וְעֲשׂוֹ תְשׁוּבָה הָיָה לִי כְּמַעֲיָדִין בְּגוֹפֵן שֶׁל עֵדִים דְּבְאוּתוֹ זְמַן הַחֲתִימָה עכ"פ הָיָה בְּגוֹפֵן שֶׁל עֵדִים וּמֵה כֶּף דְּעַכְשָׁיו הִנְכְּשְׁרוּ מֵה שְׁאֵין כֵּן פְּסוּל קְרוּבִים מְעוֹלָם אֵין כָּאֵן פְּסוּל בְּגוֹפֵן שֶׁל עֵדִים.

ובאמת פנראה מדברי תוס' ומהרש"א הנז' גם בקרובים אם יאמרו דגם עכשיו קרובים הוי כמעידין על גופן של עדים ואינם יכולין להכחיש ולהעיד דאינם קרובים אם לדברי עדים המה פסולין להעיד נגד בעהש"ט רק פינו דגם לדבריהם המעידין דהיו קרובים הונקשו אחר כך והמה בתורת עדות יכולין להכחיש אף דהעדות הנה על גופן.

מעשה בדין דמהר"ם אלשיך פינו דלדבריהם של העדים דנתקדשה לראובן אין ראובן בגדר עדות להעיד על עצמו דלא קדשה אף אם אינו נוגע כלל מ"מ קרוב הוא ומעיד על גופו. ויש להקשות על בעל כנה"ג דבח"מ פשיטא ליה כשמעידין שיעדין הן קרובים הוי כמעידין על גופן של עדים.

ובאה"ע (סי' מ"ב) הביא דעת מהר"ם אלשיך וכעין סברת הדברי אמת דמה דמעיד על גופו אינו בגדר עדות דעת רמב"ם (פי"ב) מטו"נ דהשוכרין אינם בגדר עדות על עצמן שדרו יום וליילה וע"ש במ"מ (ה"ב) אולם רוב הפוסקים חולקים שם על זה וכמו כן מבוא' פעין סברא הזאת בב"י בתשובה בעד המעיד מפי עד דאין הראשון נאמן להכחיש להשני דהוי ליה כמעיד על עצמו וגופו לומר לא אמרתי כן וגרע מב' עדים המכחישין זה את זה אולם בש"ע יו"ד (סי' קפ"ה) ואה"ע (סי' י"ז) פסקינן דהראשון נאמן אף דמעיד על גופו שלא אמר ויש לחלק מנידון דבעל דברי אמת דב' עדים מעידין על גופו שקדשה אף דיש לו עד המסייעו מ"מ פינו דב' עדים מעידים על גופו הוא אינו בגדר עד מה שאין כן בעד מפי עד דאין כאן רק עד א' המעיד על גופו שפך אמר לו הוי עד א' בהכחש' ולאו פלום הוא אף דמעיד על גופו וקבלת הרמב"ן דהראשון נאמן יותר פינו דבא מפחו והכל פינו דאין כאן רק עד א' המכחישו.

ובאמת אם ב' אומרים אף מפי ב' שפך אמרו י"ל דנאמנים או י"ל מ"מ פינו דבאין מפחם הראשונים נאמנים ביותר ועיין מ"ש לעיל (סי' ט"ז) ודברי הכנה"ג צ"ע (דבסי' מ"ב ס"ק ע"ה) הביא דברי מהר"ם אלשיך בסתם דהו"ל תרי לגבי תרי (ובסי' מ"ז ס"ק ז') כתב דעת ר' בצלאל דחולק ע"ז עכ"פ היכא דמעידין על גופו אינו בגדר עד להכחיש.

וכמו כן במעידין בפו"ט שראובן גזלו הוי ראובן כמעיד לעצמו: גם הא דאם נתרסקו עכשיו נאמנים הראשונים להכחיש האחרוני ולדעת הכנה"ג אף בפסול הגוף דגזלן נאמנים להכחיש על אותו זמן יש לומר היינו טעמא למה שכתבתי בהגהותי בד"ח דיני הלואה (סי' ו') בטעמא דהסוברים פל היכ' דלא מעידין על פסול הגוף בלא שטר זה הוי כתרי ותרי על פי דברי הגאון רח"י ז"ל בטעם הדבר דהנזמה חידוש הוא אף דהאחרוני מעידין על הראשוני שהעידו שקר בב"ד וכ' אטו אנן בתר השתא אזלינן בגייעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ודאי לא כו' והרי בשעה שהעידו שראו את הדבר במקום פלוני ל"ה נוגעין כלל בעדותן ובאותו שעה הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שייך לומר מאי חזית סמוך אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותה שעה עדיין ל"ה נוגעין בעדותן עיי"ש ובזה נמי משעה שחתמו הוי כנחקרו בב"ד והוי כהעידו שכתבו השטר ברצון הלנה ושללא באונס אח"כ כשהעידו אחריו שהיו אנוסים שוב הוי כתרי ותרי פינו דמעיקרא לא הוי נוגעין והנזמה שאני דחידוש הוא עכ"ל שם והכא נמי דכונתיה פינו דמשעה שחתמו בשטר הוי כהעידו דאינם קרובים וגם אז לא הוי נוגעין בדבר לכך הוי כתרי ותרי ומנהי הכחשתן אף דהאחרונים העידו על גופן של עדים מה שאין כן פשטא

אחר כך להכחיש בזה לכולי עלמא היכא דהעידו על גופן הני כבע"ד ואין תורת עדות עליו.

אף יש להבין זה אתי שפיר אם חתמו שלא פדין ע"ז הווי עדים שחתמו פדין פיון דמאז אינו נוגע להם מה שאין פן בקרובים היו אפשר דאינם עושים בזה דבר שלא פהוגן פיון דגלוי לכל קורובתיקה ואם פן רשאין לחתום וממילא לא הווי כמעידין אז להכחיש פל מי שיעיד שיהיו קרובים מה שאין פן באם היו אז גזלנים בזה עשו איסו' לחתום על השטר דהני כמעידין בפני ב"ד ולא נודע גזלנותם ויכול לבא קלקול מזה בזה י"ל לדעת הכנה"ג דנאמנים להכחיש אם שבו בתשובה דהוא מטעם הנ"ל פיון דהני כהעידו מקודם להכחיש פל מי שיאמר שעשו שלא פדין: וראיתי בס' שער משפט (סי' מ"ו) שהאריף להוכיח דאם מעידין בפסול קורבא דהשתא האחרונים נאמנים לגמרי מהא דכ' בסמ"ע (סי' מ"ה ס"ק כ"ט) משם הב"י גבי שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול ואין העדים קיימים לשאול אותם דאם יש עדות ברורה שפולם ישבו לחתום ה"ז השטר בטל ואם לאו תתקיים העדות בשאר דתלינו דרונחא שבק ובא הפסול וחתם וכתב הב"י דאם עדי השטר קיימים צריף לשאול אותם ועדים עצמן נאמנים ואם הם אומרים שלא ישבו פולם לחתום ועדים אחרים מעידין עליהם שישבו פולם לחתום אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ואמאי לא יהיו נאמני' עדי השטר בגוף הלואה דכיון דהמה מכחיש' דלא נצטרפו להתכשר השטר לגמרי אלא נדאי פיון דהאחרונים אמרו שפסולים היו בעת שחתמו ונצטרפו הוי כמו דהעידו על גופן.

אולם הקשה הא בתרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע מוקמינו השטר על חזקתו וגבינו בי' אם פן כאן אם עדי השטר לפנינו ועכשיו הם פשרים ומכחישין אותם וכיון דהני תרי ותרי נוקי השטר בחזקתו עיי"ש וקושיא זו יש לומר בפשיטות דנזקא בתרי נגד תרי על פרעון מוקמינו השט' על חזקתו אבל פיון דתרי מעידין לעקור מעיקרא חזקת השטר דנעשה החתימה בצירוף קרובים ומעולם לא הי' לו חזקת שטר אף דהני תרי נגד תרי מפל מקום עדיף בכה"ג חזקת ממון.

אולם בלא"ה לא קשה דלדברי האחרונים שהעידו עליהן שעשו שלא פדין שנצטרפו עם קרובים והמה פסולין להעיד על עצמן דלא נצטרפו ואף דאם הודו שנצטרפו נאמנים ולא הוי פחוזרין ומגידין אף דמשימין את עצמן לאינם פשרים דעברו וצירפו עצמן עם פסולין וכשיבא אחר כך השטר בפני ב"ד יחזיקו אותו לכשר ויאמרו דרונח' שבקו ונתמלא אחר כך בקרובים מ"מ פיון דיש ריעותא בפנינו דחתומים יחד לא הוי פחוזר ומגיד וכמו שכ' הב"י והסמ"ע אבל מ"מ להכחיש עדים שהעידו עליהן שעשו שלא פדין א"נ ולפי זה אינו מוכח פשיטת הכנה"ג ויש לומר אף בפסול קורבא גם עכשיו אין אחרונים נאמנים משום חזקת השטר והא דלא מתכשר השטר לגמרי פשהם בפנינו אף דכשרים לעדות אחרת מ"מ אינם נאמנים להכחיש לגמרי להאחרונים מטעם דנוגעין בעדותן להעיד על עצמן דלא עשו שלא פדין.

ונה אתי שפיר בהך דינא (דסי' מ"ה) אבל בעדים החתומים על השטר אף אם היו אז קרובים לא עשו שלא פדין דהב"ד יבררו זאת פנ"ל מה שאין (בסי' מ"ה) אם נצטרפו יחד והני כהעידו יחד בפני ב"ד דעדים החתומים על השטר כמו שנתקרו עדותן ובצירוף

קרובים וכשיבא השטר לפני ב"ד אחר כך יחזיקו של"ה הצירוף יחד ולקף לא חשיב רק כתרי ותרי וזה פשוט ומה שכ' עוד שם הש"מ דא"א פסול שאינו בגוף מיקושו פתרי ותרי אם כן שני עדים המעידים על עדים שהעידו בב"ד שהן נוגעין בעדותן שיש להם חלק באותו תביעה והעדים הראשונים מכחישים יש לנו להאמין להעדים הראשונים פיון דהוי תרי ותרי ובגוף ההלואה לא איתכחשו ובתשובת הרא"ש מבואר להיפך וכן פסקינו ש"ע (סי' ל"ד ס"ג) דאם באו עדים והעידו שהעידו בב"ד הודו בפניהם שיש להם חלק באותו תביעה העדות בטל ומשמע אף שהראשונים מכחישים אפילו הכי לא מהימני ולא אדע לכלפל דבריו הא מבואר בתשובת הרא"ש פיון שפבר הודו תחילה רע עשו שהעידו ודומה למח"ל לא יהיה לה עסק עם ג' אנשים שלא יהיה א' בע"ד וב' עדים ואם כן הם עברו על מדבר שקר תרחק והטעו הב"ד להגיד בת"ע בדבר שיש להם חלק והוי כמעידין על גופן דעשו איסור ובזה פולי עלמא מודים דלא הוי תרי ותרי והאחרונים נאמנין וקצת יש להתבונן אם אמרו שבשקר אמרו לפניהם שיש להם חלק למה נבטל עדותן מה שאמרו בתורת עדות ומה שינוי בזה הודאת בע"ד פיון דלא הודו שום דבר לבע"ד וצריף לומר פיון דאם נאמר דמה שאמרו לפני עדים שיש להם חלק באותו תביעה היה בשקר והיה מילי דכדי הוציאו עכ"פ שקר מפיהם מוקמינו אותן על חזקתן ואמרינו דנדאי לא הוציאו שקר מפיהם ואחר כך איתרעאי במה שהעידו בתורת עדות בדבר שהן בע"ד אבל מ"מ שם הוי פהעידו על גופן שעשו דבר רע ובזה לכולי עלמא אין תורת עדות להכחיש מה שאחרונים מעידין על גופן: נחזור לדברינו דנדאי אם מעידין על גוף ראובן אין ראובן יכול להעיד על עצמו ועל פרח דאיירי באופנים אחרים דלא הוי ממש על גופן ועיין אורים (ס"ק ל"ב ול"ט) וראיתי לאאמ"ו ז"ל בחידושי שפסוף ספר דברי משפט (סי' שנ"ג) שהוציא מסוגיא דפו"ט דאף דגזל ולא נתייאשו הבועלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה היינו בליתא בעינא אבל אם הגזילה היא בעין ביז האחר אין הנגזל יכול לילך ולתפוע את הגזלן הראשון אף דחייב בהשבה מ"מ יכול לומר הרי שלף לפניה לך אצל מי שיש הגזילה ביזו ומיפטר הגזלן בזה דאם לא כן אמאי מעיד בפו"ט הא הוא הבע"ד דדלמא יחזור הנגזל עליו ויתבע ממנו מעות בעד הגזילה א"ו באם הוא בעין אצל השני אינו יכול לתפוע הראשון דכח לומר הרי שלף לפניה עיי"ש באנרף וכן הביא כמה פעמים דבר זה בספרו ד"ח.

ומה אעשה כי מלבד שאין מכאן ראיה דהא ע"כ איירי באופן דלא הוי גזלן ממש דאם לא כן הוי כמעיד על עצמו ואינו בגדר עדות אף דליכא נ"מ לענין ממון כמו שכ' בלא"ה דין הנ"ל אחרי מחילה מכבודו והגם שאיני פדאי לחלוק על אבי מורי ורבי בכ"ז ברור שזה אינו ובנדאי פיון דהגזלן מחויב בהשבה אינו יכול לפטור את עצמו באמירתו שילף אל השני הלוקח פיון דכ"ז שרשות אחר מעכב עליו ואינו ברשותו לאו השבה לא מפעיא לדעת הש"ף (סי' ש"ו ס"ק ח') בזורק מטבע ש"ח לים דאם הגביהו מגזל גזילה השבה בעי מיעבד אף אם משלם לו ש"כ בר אמורא ושהבועלים יטפלו בה להוציא דאינו יוצא דכיון דהשבה בעי למעבד אינו יוצא עד שמתזירה למקו' שנטלה עיי"ש ומכ"ש הקא היכא דקנין אחר מעכב עליו אלא אף לדעת היש"ש שם דאין צריף להטפל בה יותר ויוצא במה שמשלם לו ש"כ בר אמורא היינו פיון דאינו ביז ורשות אחר אבל היכא דכח אחר מעכב והלוקח מגזלן זכה בקנין של הגזלן וכ"ז שלא בא לרשותו דבועלים



איננו ברשות הפעלים להקדיש לא הוי השבחה ואף להסוברים דגזילה א"ב הנגזל להקדיש כל זמן שלא קבל בהתורה אף אם הגזלן רוצה להתזיר כמו שכתב רמב"ן מ"ד ב"ק (פ"ד) ואף על פי כן יכול לומר הרי שלח לפניה ואינו מחויב להוליה אחריו למדי קודם שנשבע היינו פיון דמצדו אינו מעפכו רוצה שילך ויקח את שלו בזה יוצא ידי השבחה אף דעדיין ל"ח ברשותו דנגזל כל זמן שלא קבל ברשותו מ"מ השבחה הוי דאין פח אחר מעפכ אבל במקרו לאחר אף דיכול להוציא בדיינים מ"מ אינו יוצא הגזלן בזה ידי חובת השבחה במה שאומר לו הרי שלח לפניה ולך ודן וזכי ואפיק מן הלוקח עד שיעשה השבחה מעליא ויש כמה ראיות ע"ז ואכ"מ: סי' נז ברמ"א (סי' ל"ז ס"ט) דקרוכי הגזבר פשרים להעיד על נכסי הקדש דטובת הנאה שיש לו לחלק אינו ממון ובש"ך כ' דלענין נוגע הוי נגיעת הנאה עכ"פ דהנאה אף בדרך רחוקה ונפלאה פוסל כ"ש בזה ש"ל שמעיד כדי שיהי' להגזבר טובת הנאה לחלק למי שירצה ובתנאים ונתיבות פתבו דקרוכ לנוגע בזה דאין בו צד ממון לא מיחשב בע"ד רק דפסול מטעם חשש משקר וקרוכ דלא נחשד לשקר פשר.

ולכאורה יש ראיה לדבריהם מתשובת רשפ"א (ח"ב סי' פ"א) דכתב במוכר שלא באחריות דאינו מעיד מ"מ קרוכי המוכר פשרין הן שאין פסול עדות הקורבא אלא במה שיש היזק או רינח ממון ואינו נאמן לחוב ולזכות בגוף אבל במוכר בלא אחריות מפורש שאפילו המוכר בעצמו אינו פסול מחמת רינח או נזק ממון אלא משום שלא יקרא לנה רשע ולא ישלם בזה א"ב משום פסול קירבא עכ"ל וה"נ דכונתיה פיון דאין בו צד ממון אף דהוא בעצמו פסול להעיד מצד הנאה מ"מ קרוכיו פשרין אף יש לומר למה שכתבו המחברים דאף מאן דסובר טובת הנאה אינו ממון לא נוכל לומר דאינו שונה ממון דלא נחלקו במציאות רק מאן דסבירא ליה טובת הנאה ממון ס"ל שיש לו זכות וקנין בגוף הדבר ומאן דס"ל טובת הנאה אינו ממון יש לו זכות מבחינך ואינו גופו ממון והוי כמו שטר וכדומה ועיין במקו"ח הלכות פסח א"כ ה"נ אף אם טובת הנאה אינו ממון מ"מ פיון דזכות זה שונה ממון רק דאין לו בגוף הדבר מ"מ לענין נוגע שפיר כתב הש"ך דחשיב נוגע וא"ד לדברי הרשפ"א הנ"ל אולם אני כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני חמץ (סי' כ') להוכיח בכ"ה הוכחות דמאן דסבירא ליה טובת הנאה אינו ממון היינו דלא נחשב כלל לזכות ממון עיי"ש ועיין מ"ש בח"ר דיני תו"מ (סי"ד).

ולכאורה מוכח פן מהא דמבואר ב"ב (דף קנ"ט) בקרוכ דנחתם על השטר עד שלא היה קרוכו דכשר וכמבואר (סי' מ"ו) דלא חיישינו לקרוכ דהוא משקר דאין אדם חוטא ולא לו רק גזירת הכתוב הוא דפסול וכיון דחתם מקודם שהיה קרוכ פשר ולא חיישינו שמא זייף עכשיו והקדים הזמן מה שאין פן בגזלן בכה"ג חיישינו אם פן ה"נ פיון דמה דמעיד הוא על הקדש רק דנוגע להנאות קרוכו לא חיישינו דמשקר בשביל שיש לקרוכו הנאה.

אולם באמת אינו דומה לשם דשם לא חיישינו לזיוף ואמרין דכבר נתקבל עדותו בטרם שהיה קרוכ דעדים החתומים על השטר כמו שחזקה עדותן בב"ד מיד משחתמו ומה"ת נאמר דזייף והקדים פיון דאינו חשוד לשקר אבל במעיד עכשיו על דבר שיש הנאה לקרוכו רואין אנו פאלו מעיד לזכות קרוכו והתורה פסלה לקרוכ לעדות כמו דאינו מעיד ע"ע ולחובת קרוכו באמת יש לומר דנאמן דהא אינו בע"ד רק נגיעת ממון וכמו דעל

עצמו נאמן הבע"ד פן נמי קרובו אם אומר מה שהוא לחובתו אם פן אינו מעיד על קרובו כלל כגון אם מעיד שלא הקדיש אף אם טובת הנאה ממון יש לומר דקרובו של הגזבר נאמן דלא גרע מאם מעיד הגזבר בעצמו אבל להעיד על דבר שיש לגזבר זכות בו אף דלא חשדינו למשקר דאין אדם חוטא ולא לו מ"מ פיון דיש לקרובו איזה תועלת והנאה מעדותו הוי כמעיד עכשיו לקרובו ופסול מצד גזיה"כ: וכן מבואר בש"ע (סי' קכ"ג סי"א) במורשה שיש לו חלק במה שיוציא מן הנתבע קרוביו פסולים בין לעדים בין לדיינים ועיי"ש בפ"ש (ס"ק כ"ב) דאפילו אין לו חלק ממש רק המרשה אמר להמורשה שכך יהיה תלוי בי אם ארצה אתן לה ואם לא ארצה לא אתן לה פיון דאיכא ספיקא דלמא מרנוח השתא יש לחוש שיעיד שיתן לו שהרי קרוב הדבר שיתן לו יותר פשיזפה בדין משאינו יזפה וכן מבואר בפשיטות בב"י (סוף סי' ל"ז) דנוגע דהדבר ודאי שישלם לו הרי אף דגוף העדות הוא לרחוק מ"מ פיון דיש צד זכות לקרובו פסול הקרוב להעיד אף דלא חשוד הוא לשקר מ"מ גזירת הפתוב דקרוב פסול ועיי"ש בפ"ש (ס"ק כ"ו) דלחובת המורשה נאמן הקרוב ולא לזכות והטעם כמו שכ' פיון דגוף העדות הוא על המרשה והמורשה אין לו חלק בתביעתו בעצמו רק בא בשכרו ולחובתו היה נאמן המורשה כ"כ קרובו נאמן אף דקרוב פסול מצד גזירת הפתוב ואינו נאמן אף לחוב אף דהבע"ד בעצמו נאמן לחובתו מכל מקום קרובו פסול היינו במקום שכל העדות הוא עליו ממש אבל פשאינו לו חלק רק נוגע לשכרו חשבינו בזה לקרוב כמעיד עליו גם פן מ"מ זה דוקא אם מעיד לזכותו נוגע העדות עליו גם פן אבל אם מעיד חובתו בשביל שהוא קרוב לא נוכל לבטל עיקר העדו' דהא אם נקבל עדותו שגפרע החוב לא יש לקרובו חלק בזה.

וראינו בדרישה (סי' קכ"ג) שכתב הא אילו ל"ה לו שכר ידוע היו פסולין קרוביו לעדות אפילו לנתבע וזה דלא כמו שכתב הש"ך: ולכאורה יש להוכיח פן מדברי תוס' פתובות (דף צ"ב) ד"ה דינא בראובן שפטר שדה לשמעון באחריות ואתי בעל חוב דראובן וטרף ליה והעדים המקיימין את השטר לבע"ח קרובים לראובן ואינם קרובים לשמעון דאפילו משמעוי דינא בהדי שמעון לא מקבלין עדותן פיון דאי טרף ליה מנייה בטר ראובן אזיל הוו להו כמעידים לחובת ראובן הרי דכיון דיש חוב לקרוביהם לא מקבלין עדותן וכן ראינו בשער משפט (סי' קכ"ג) שכתב פן דמשמע מזה דלא פה"ש.

אולם באמת אינו ראיה כלל דשם עיקר עדותן לקיים השטר הוא על ראובן שחייב להבע"ח ומעידין על קרוביהם שחייב בזה ודאי קרובים אינם נאמנים מגזירת הפתוב אף לחוב מה שאין פן בנגידון דש"ך עיקר עדותן הוא לחוב להמרשה שאינם קרובים אליו רק ממילא יש חוב והפסד להמורשה בזה מקבלין עדותן ובאמת יש להבין בדברי תוס' דאף בלא קבל אחריות אמאי מקבלין עדותן ואף אם שמעון משמעוי דינא בהדי הא מ"מ מעידין שראובן חייב ממון ואף שלעת עתה ליכא נ"מ לראובן פיון דיטרון משמעון ולא יחזור אליו פיון שלא באחריות מכר לו הא מעידין על ראובן שחייב וקרוב פסול בין לזכות בין לחוב וגם הא נ"מ גם לראובן אם תקיים השטר דאם ברגע זו ישמדה השדה שקנה משמעון יהיה ראובן חייב לבע"ח ודומה להא דאילעא וטובי' קריבי דערבא הוו דסבר ר"פ למימר גבי לנה ומלנה רחיקי הוו ופרי' עליו ר"ה בריה דר"י אי ליתנה ללנה לאו בטר ערבא אזיל ועיינו תשובת הרשב"א הנ"ל (סי' פ"א) דרב פפא הוי סבר

פינון דעיקר המצנה ממלנה ללנה הנה עיקר עדות עליהן ואפ"ה אתקיה עליה ר"ה בריה דר"י ואיפרה ושם איירי דאית נכסים ללנה ובכ"ז פינון דאי לית לי לשלומי בטר ערבא אזיל הוי כמעידין על קרוביהם והוי עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה וא"נ אף לגבי לנה פנון דבעדותן מעידין על שיעבוד הערב ה"נ פינון דמקימין השטר שהמוכר חייב ולהמוכר הם קרובים הוי כמעידין על חיוב של המוכר וצריף לומר פינון דאין מעידין על גוף החוב של המוכר קרוביהם רק על קיום השטר שאינו מזוהף ושמיכרי' חתימת העדים לא הוי כמעידין על גוף קרוביהם ורק ממילא נצמח מזהחובת קרוביהם לכה פסולין דוקא במקר באחריות אף אם משתעי עם הלוקח אבל שלא באחריות לא אבל מ"מ אם מכר באחריות אינו דומה לנגידון הש"ף וכמו שפכתתי פינון דסוף סוף נוגע עדותן ממש על חיוב קרוביהם: ובספר הפלאה שם ראיתי שחולק על הש"ף מדברי תוס' ה"ל דכתבו ועוד הא מסיק א"ד אפילו שלא באחריות נמי הא אפילו איהו גופיה במוכר שלא באחריות נמי מעיד לו עליה אי אית ליה ארעא אחריתי דליכא למימר להעמידה בפני בע"ח ול"ה פסול משום תרעומות כ"ש קרובים שלא יהיו פסולים משום תרעומות והקשה המהרש"א דא"ל דאיירי בדלית ליה ארעא אחריתא וכשיקימו השטר יעידו את חובתו שלא להעמידו בפני בע"ח וכתב הוא דאם פן אף בתביעת שמעון הוי נוגע לראובן והוכיח מזה דאע"ג דמעמידו בפני בע"ח ל"ה רק חשש נגיעה ואפילו הכי קרוב של נוגע פסול להעיד.

ולמ"ש אינו ראיה משם דשם עיקר העדות הוא על חיוב של ראובן להחזיק חיובו רק היכא דאינו נוגע לו פשרין אבל כשנוגע אליו כמו להעמידה בפני בע"ח בזה קרובים פסולין מה שאין פן בנגידון דש"ף עיקר עדותן הוא על המרשה וכמו שפכתתי ואדרבה צריף לדחוק למה יהיו פשרין אף אם לא שייף תרעומות פגון במתנ' או פדומה הא מעידין על חיוב של קרוביהם שוב ראיתי בחידושי מהרי"ט שם דעמד פנה על דברי תוס' דעל שט"ח שעליו היאף יכולין קרובי ראובן להעיד הא שייף ראובן בגויה שאם ירצה יגבה ממנו או שפא למחר שיעשיר ויגבה ממנו ואפילו שמעון יכול לפוסלן פינון דהחוב על ראובן הוא וצריף לדחוק כמו שפכתתי פינון דאין מעידין רק על קיום החתימה היכא דליכא נ"מ לראובן רק בשביל תרעומות פשרין אבל היכא דיש נ"מ להעמידו בפני בע"ח שפיר פסולין דהוי כמעידין על חיובו דראובן.

ובאמת לא אבין קושית המהרש"א אם איירי דלית ליה ארעא אחריתי ומעמידו בפני בע"ח למה נקט הש"ס הטעם דאפילו שלא באחריות נמי דא"ל לא ניתא לי דתהוי ליה לשמעון תרעומות עלי הא בלא"ה נוגע הדבר אליו דמעמידו בפני בע"ח ובש"מ שם הקשה זאת דבלא תרעומות למה לא מצי לאשתעי דינא בהדיה דרוצה להעמידנה בפני בע"ח וכתב דאיירי דאית ליה ארעא אחריתי והלוקח לא מצי למימר הנחתי לה מקום לגבות דאיירי באפותקי ולא הבנתי אפילו אם איירי דאית ליה ארעא אחריתי הא לגבי נגיעה אמרינן דמי יודע כמה בע"ח יש לו כמבואר בטור (סי' ל"ז) ועיין סמ"ע (סי' ק"ל"ז) ובש"מ ב"ב סוגיא דפו"ט דהא דקאמר בש"ס אי דאית ליה ארעא אחריתי עלה דידיה הדר היינו לגבי נגיעה ממנ"פ אם יודע שיש לו כמה בע"ח מאי נפ"מ ליה וכשמשני לעולם דלית ליה דאמר לא ניתא לי דליהוי לנה רשע אינו מספיק אף אם יש לו ארעא אחריתי דמ"מ חיישינן לכמה בע"ח אם פן למה לא יכול לאישתעי דינא מטעם זה וא"ל

דיהיה נקרא בע"ד צריף שיברר ז"א דהא חזינו דבשביל חשש תרעומו' אינו חשיב נוגע ובכל זאת לענון שישתעי דינא עם הבע"ח הני כבע"ד אם פן מכ"ש החשש דמעמידה בפני בע"ח דהוי נוגע בשביל זה מכ"ש דהוי כבע"ד לגבי בע"ח שחייב לו ועיין ברמ"א (סי' רכ"ו ס"א) דאם נתן לו במתנה דליכא פאן תרעומות לא הוי ראוין כבע"ד ויקשה באמת למה לא מטעם דמעמידה בפני בע"ח וכבר עמדת על זה בהגהותי בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') ודחקתי א"ע שם בזה עכ"פ מדברי תוס' אינו השגה ע"ד הש"ך ומדברי תשובת רש"ב"א הנ"ל מבואר דאף קרובים לראוין כשרי' להעיד במוכ' שלא באחריות מפני דהא לאו על המוכר הדר ואע"ג דמוכר גופי' אינו מעיד מפני שמעמידה בפני בע"ח בכל פי הא אין הקרובין פסולין דרק מה שיש הניח או ריוח ממון אבל פאן אין המוכר עצמו פסול רק משום שלא יקרא ליה רשע ולא ישלם בזה אין בו משום פסול קורבא.

אם פן די לנו עכ"פ אם לא נודה לזה היינו רק לזכות ולא לחובה ובפרט אם הלוקח משתעי דינא עם הבע"ח כמו דנראה מדברי מהרש"א וכן פתב מהר"ם שיף דדוקא הוא פסול מטעם דמעמידה בפני בע"ח דאדם יודע בעצמו הבע"ח שלו לא הקרובים ועיין ש"מ ב"ב (דף מ"ו) וצ"ע בכ"ז: סי' נח במכר לו פו"ט שלא באחריות דמעיד לו עליה דעת רמב"ם דבעינו שיכיר בו הלוקח שהוא שלו ובש"ך (ס"ק כ"ה) האריף בטעם הדבר בדעת רמב"ם לחלק בין קרקע למטלטלין ועיין בזה בתשובת אבקת רוכל ממרן הב"י ז"ל שפן כתוב שם משם גאון א' והב"י לא הסכים עמו ועיין בש"מ ב"מ (דף י"ד) בהא דאמרינו עביד אינש דובין ארעא ליומא משם תוס' שאנץ.

וראיתי בתנאים שכתב דלקה פתב הרמב"ם דבעי שיכיר בו הלוקח משום דקשיא ליה קושית הראשונים הא המערער אל המוכר אם פן הוי המוכר נוגע בשביל זה לכה צריף שיהיה הלוקח מכיר דאז אחר כה פשיבא המערער לגבות הדמים שנתן מן המוכר יהיה לו להמוכר שני עדים שאינו שלו ואלא כדין הוציא החפץ מן הלוקח היינו שעד א' שמעיד עכשיו עם המוכר וגם הלוקח יצטרף עמו דכבר אינו נוגע ויהיה פטור מהדמי' שנתן עיי"ש ומלבד דזה דוחק גדול בדברי רמב"ם דאם פן העיקר תלוי במה שמכיר בו כדי שיהיה יכול להעיד אחר כה בתורת עדות אם פן חסר תנאי אחד שיהיה הלוקח פשר לעדות דאם הלוקח פסול אם מצד פסול הגוף אם מצד קורבא אל הנגזל אז שוב לא יהי יכול להעיד אחר כה ובכה"ג אין המוכר מעיד דשוב הוי נוגע מטעם החזרת דמים לנגזל מה שנתן מצד תקה"ש והי' לו לרמב"ם להזכיר זאת ולא לסמוך על מה שמכיר בו לבד ומלבד זה מאי מהני שמכי' בו פינן דעכשיו אין להלוקח תורת עד נשאר נגיעתו של המוכר דא"י אם יגיד אחר כה בתורת עד בפני ב"ד ואף דעכשיו אומר שמכיר בו דלמא בשקר אומר נגד שני עדים פינן דהוא רק בע"ד אבל אחר כה אם לא נקבל עדותו של המוכר ויוציא ממנו ויבא אחר כה המערער להוציא הדמים שנתן ללוקח לא יעיד בשקר לכה מעיד עכשיו המוכר בשקר כמו דחיישינן לכל נוגע.

אולם בגוף הדין יש להתעורר הא אף דיהיה לו אחר כה להמוכ' שני עדים להכחיש את עדי הנגזל מ"מ יהיה תרי נגד תרי ואף דלא יהיה בכחו להוציא הדמים מן המוכר דאוקי

ממונא על חזקתו מ"מ תפיסה בטענת ברי מהני לגבי תרי נגד תרי לכ"ע אם פן שוב  
נשאר נגיעת המוכר על מקומו דאם לא יעיד ויוציא החפץ מהלוקח יתבע ממנו אחר כף  
דמים שנתן מצד תקה"ש וירא שלא יתפוס ממנו דבקל יכול אדם לתפוס ומצינו לגבי  
עדים זוממין היכא דרצו לחייב שיהני תפיסה ואתומו דחייבין לשלם כמבואר רמב"ם  
(פ"כ) מעדות וכתב המ"ע והכ"מ שם פיון דבקל יכול אדם לתפוס הוי פזממו לחייבו  
מזון וחיובין בשביל זה לשלם מכ"ש דנחוש שישק' בשביל זה שירא שיתפוס ממנו  
הדמים שנתן הואיל דאף אם יעיד אחר כף לא יהיה יותר מתרי נגד תרי ומהני תפיסה.

וקצת יש להוכיח ממה דמוקי בש"ס בגזול ונגזל ובמת גזלן ולא הניח אחריות נכסים  
דלא יגבה מיתומים הדמי פו"ט וכן מבואר מכל הפוסקים דמדינא דגמרא דמטלטלין  
דינתמי לא משתעבדי אם לא הניח קרקע אז מעיד על הפו"ט פיון דלוי קנה ביאוש וש"ר  
הא מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן אם ירשו מטלטלין ואם רצו הב"ד פופין  
כמבואר (סי' ק"ז) אם פן עכ"פ נוגע בשביל זה וצריף לומר דמ"מ פיון דאינו יכול לגבות  
לא יעיד בשביל זה שקר.

אף מ"מ להסוברים דהיכא דחייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה אם פן יהיה נוגע בשביל  
זה דאם יהיה נשאר ביד לוי אחר כף פשיביא עדים שלו יהני לו תפיסת מטלטלין מירשיו  
ועל כרחף דבשביל תפיסה לא הוי נגיעה וכמו כן בשביל דלא יתפוס ממנו גם פן לא הוי  
נגיעה אף מ"מ זה דחוק גדול כמבואר דבקל יכול לתפוס ובדאי ירא שיתפוס ממנו ואי  
דיהיה גם פן נוגע במקום דיהני תפיסתו יש לומר אף אם נאמר דבמקום מצוה מהני  
תפיסה מ"מ זה לא יפסיד דאף אם יוציא יהודא מלוי פשיביא אחר כף שמעון עדיו  
שראובן גזל ממנו יהיה גם פן תרי נגד תרי ואם מהני במטלטלין תפיסה אז אף אם יוציא  
יהודא בעדים יהני שוב אחר כף גם פן תפיסה לשמעון.

אף באמת הסכימו כל הפוסקים דמדינא דגמרא לא מהני תפיסה במטלטלין דיתמו ודלא  
כמל"מ הל' מלוה ולוה ובאמת היה קצת נראה דכיון דעכ"פ מצוה הוא על היתומים  
לפרוע חובת אביהן יהי נוגע בשביל זה דעכ"פ הוי כטוה"נ על ידי עדותו.

אולם באמת אף אחר עדותו מ"מ לא יהיה חל על היתומים החיוב לפרוע דיכולין לומר  
אנו אעדי שמעון סמכינו ועיין ש"מ ב"ב בשם עליות ר' יונה. אבל היכא דעל ידי עדותו  
יהיה לו רינח שלא יכול אחר כף לתפוס ממנו יש לומר באמת דזה חשוב כהנאת ממון  
והוי נוגע ודברי התנאים צריכים עיון: סי' נט לשון רמב"ם (פ' ח"י ה"ה) מעדות אין  
מזימין את העדים אלא בפניהם ומכחישין את העדים שלא בפניהם ועדים שהוזמו שלא  
בפניהם הרי הוכחשו לפיכך אם מתו העדים שהוזמו קודם שיזימו אותם בפניהם אין  
פאן עדות שהרי הכחישו זו את זו עכ"ל מלשון זה הוכיח הרלב"ח דשני העדיות שוין  
ושתייהן מוכחשות ודלא פריב"ש דסובר דהזמה שלא בפניהם דהוי הכחשה ובטל עדות  
הראשונים ובמרי"ט דוחה ראיה הזאת וכ' ומ"ש הרמב"ם לפיכך אין פאן עדות לענין  
תשלומין קאמר דלא מחייבי יורשים ליתן שהרי הכחישו זו את זו וחדוש הוא שחדשה  
תורה דוקא בפניהם ותמה בקונטרס הגאון ר' חיים יונה תאומים ז"ל וז"ל ואני תמה  
היאך עלה כו' לומר פן שאם לפטור את היורשים מן התשלומין הוא בא לאיזה צורך  
כתב ואין פאן עדות שהרי הכחישו זו את זו והרי כתב למטה חיוב עדים זוממין לשלם

קנס הוא ולפיקדאין משלמין על פי עצמן כו' וכיון שכן הדבר פשוט שאם מתו קודם לכן היורשים פטורים מלשלם שהרי מורשיהון עדיין לא נתחייבו ועוד מאי איניא מתו קודם שהיוזמו בפניהן אפילו מתו אחר כך קודם שחייבום ב"ד נמי לא משלמי יורשים עיי"ש עוד: ואני תמה דמה דפשיטא ליה דאם מתו קודם שחייבום ב"ד דלא משלמי יורשים יש להוכיח להיפך מירושלמי פתובות מובא בתוס' ריש פרק אלו נערוות ובש"מ שם בותר ביאור בקא דקתני במתניתין הבא על בתו פטור מקנס משום דקים ליי בדרכה מיניה תיפוק ליי דקנסה לאביה ומוקי בירושלמי פשאא עליה עד שלא מת ומת.

וע"כ איירי דקבלו הב"ד עדותן של העדים בחיי האב בפניו דאם לא פן הא אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וע"כ דקבלו עדותו בחיו בפניו רק דמת קודם דחייבו הב"ד ואף דכבר גבו הב"ד וקבלו העדים מ"מ ליפא חיוב קנס עד שחייבו הב"ד ואף דל"ש תו דלמא מודה ומפטר מ"מ ליפא חיוב עד שחייבו ב"ד ועיין רש"י ותוס' ב"ק (דף ע"ד) ואם פן מ"מ יקשה הא פיון דכל זמן דלא חייבו הב"ד ליפא חיוב אם פן פשמת האב ונעשה חפשי ממצות למי חייבו הב"ד.

וע"כ דהירושלמי סובר דעכ"פ פשחייבו הב"ד נתחייב למפרע כמו"ש רמב"ן גיטין (דף מ"ב) ובש"מ ב"ק (דף ל"ג) ומ"מ פל זמן שלא נגמר הדין לא זכה האב בהקנס דבכל קנס דבת דהוא לאביה החיוב הוא לבתה וכן זכתה הבת זכה האב מבתה ואם פן פשמת האב מקודם אי לאו דפטור האב מטעם דקים ליה בדרכה מיניה היו הב"ד מחייבין והי' גומרין הדין ולחייב הנכסים לשלם להבת ובש"מ ב"ק שם הקשה לשיטת רמב"ן אמאי בלא הספיק האב לעמוד בדין עד שמת קנסה לעצמה הא אחר העמדה בדין נתחייב למפרע וכבר זכה האב בחיו וחייב פיון דאם לא יזכה בשעת העמדה לא יזכה רק אם יזכה למפרע אינו זוכה אבל באם אף אם לא יזכה למפרע יזכה מאז ממילא זוכה למפרע עיי"ש.

וה"נ אי לאו דקם ליה בדרכה מיניה פיון דלא הספיקו הב"ד לחייבו בחיו רק עד אחר שמת ואז לית ליה זכיה אינו זוכה בקנסה והבת זכתה למפרע והיו חייבין היורשים לשלם.

א"כ מבואר דאם נתקבלו העדים בחיו ולא נגמר הדין גומרין הב"ד הדין אחר מיתתן ונתחייבו היורשים לשלם: אף קשה הא כמו דקבלות עדות בעינן בפניו פן הגמר דין בעינן בפניו דוקא כמש"כ בתשובת הרשב"א המובא בב"י (סי' שפ"ח) ובקנס ל"מ שום אונס ועיין רמ"א (סי' ת"ח) וברשב"א שם וצריף לומר פיון דעכ"פ ליפא נ"מ אם לחייבו פיון שפבר מת רק שאם יהיה גמר דין יהיה חייב למפרע ויתחייבו היורשים לשלם לא איכפ' לן אם הגמ"ד שלא בפניו.

ובאמת מה שכ' הרשב"א שם הטעם דבעי הגמ"ד בפניו דאלו הוי הכא הוי טוען וקשה הא מבואר מס' סנהדרין ברוצח שנתערב דאין גומרין הדין אף דשם הוי בפניו רק הב"ד אין מפירין אותו וצריף לדהוק דמ"מ פיון דלא נזכר לפני הב"ד והוא אינו רוצה להפיר את עצמו חשיב יותר פשלא בפניו יהיה אף שיהיה עכ"פ מבואר בירושלמי הנז' דאם איתזמו העדים בחייה' בפניהם רק דלא נגמר הדין ומתו גומרין אחר כך ונתחייבו היורשי' לשלם דמה לי קנסא דאנוסה או קנסא דעדים זוממין וצ"ע על הגאון הנז': דיני

הלואה סי' א פתב בהג"א פ' ז"ב הא דמהני קנן בהודאה היינו שקנו מידו שיתן חובו עד ז"פ אבל אם אמר סתם הנני מודה לה בקנן בפני עדים שאני חייב לה לא ידעתי על מה יחול הקנן הואיל ולא מקנה לו עתה שום דבר.

ובבדה"ב משיג ע"ז שפיון שנוטל קנן על שיעבוד שמקנה לו נכסיו לשעבוד למה לא מהני. ולכאורה יש לומר דסבירא ליה לריב"ם כמו שכ' תוס' ב"מ (דף י"א) דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין ובקצוה"ח (סי' קצ"ה) הקשה מהא דמס' קידושין (דף ח') דצריף קרא בע"ע למעט חליפין ועיי"ש בדבריו לינישב דברי רמב"ם דמסבירא אינו נקנה בחליפין פיון דהוא דבר החוזר וכיון דאינו נקנה בחליפין ממילא אינו יוצא בחליפין כמו שכ' הר"טב"א קידושין (דף י"ד) דבמה דנקנה יוצא ודבריו מוקשים דהריטב"א פתב זאת רק לס"ד כמבואר להמענין שם וגם בעיקר דבריו דעבד עברי הוי דבר החוזר לא אתי שפיר למ"ש הרמב"ן והריטב"א דכל מה דעבד עברי גופו קנוי הוא משום דרבו מוסר לו שפחה פנענית להוליד לו בני' ואף במוכר עצמו ברצונו מותר אם כן זה ל"ה דרב החוזר פיון דקונה מזרע שלו להוליד בנים ואף דמעמלה"ח סבירא ליה לתוס' גם כן דאינו נקנה בחליפין זה דוקא היכא דאין לו שום תועלת ותשמיש מן הקנן כמו שם בעובדא דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה דר' יהושע היה עמו בספינה ואין לו שום תועלת מהמקום המושפר לו כי ב"ב אינם יודעים מן הקנן לכה אם הי' מקנה לו בחליפין שהוא קנן גרוע לא מהני אבל היכא דיש תועלת מפירות מהני גם כן קנן סודר ומיושב בזה קושית הקצוה"ח שם מזמן שהיובל נוהג.

עכ"פ בדבר דלא יש אף זכות ואכילת פירות סבירא להו לתוס' דלא מהני קנן סודר אם כן יש לומר באם משעבד נכסיו על חובו דלא יש לו עכשיו שום זכות והוי רק קנן לחצאין כמו שכ' הר"טב"א ואף דמהני מה"ת הוא דנקא היכא דנגרר בנחז עם חיוב הגוף בשעת הלואה אבל אם כפר נתחייב בהחוב ואינו מוסיף אחר כך חיוב הגוף רק שעבוד נכסים יש לומר דסבירא ליה לריב"ם דלא מהני קנן סודר דאינו מקנה לו עתה שום דבר דאינו מתחייב בזה בקנן ואף דמשעבדו עכשיו הנכסים סבירא ליה דלא מהני.

וענין מה שכ' בהגהה בדברי חיים דיני מכירה (סוף סי' מ"ג) להקשות מש"ס עירובין (דף מ"ט) דאם עירב משום קנן יכול לקנות בסודר ושם גרע עוד משכירות כמובן והארכת בזה במ"א ומ"מ יש מקום לומר בדעת הגה"א דסבירא ליה דשעבוד גרע יותר אולם מדברי פל הפוסקים נראה דשעבוד עדיף ומהני קנן סודר אף שלא בשעת חיוב הגוף.

והב"ח פתב דגם לזה אין צריף קנן דאף במלנה על פה נכסים משועבדים דקיי"ל שעבודא דאורייתא ובתומים השיג עליו דמפל מקום פיון דעכשיו הפקיעו חז"ל שעבוד למלנה על פה ואינו גובה ממשעבדי פקע שעבודא ובקנן חוזר וניעור בשעבוד של תורה לחול.

ויש להבין בדברי ב"י דכתב (סי' ל"ט אות ח"י) דברי תשובת הרא"ש דאף אם קנו מידו על שטר מוכר שלא יוכל למחות יכול לחזור דאין כאן שעבוד נכסים שכתב נשמתעבדו נכסיו משעת מכירה וכתב הב"י ומשמע דהוא הדין לשטר הלואה שכתב נשמתעבדו נכסיו משעת הלואה ואמאי הא אף בהלנה בפני עדים דאף אם ש"ד מ"מ אחר שפקיעו חז"ל

להשיעבוד של תורה אינו חל רק ע"י קנין ובאמת בתשובת רא"ש (פ"ל ס"ו) לא כ' רק דקנין לכתוב שטר הוי קנין דברים ולא נתפס בקנין דאין זה שיעבוד נכסים דאם מתנ' הוא אין משועבד לו נכסים בשטר ואם מכר הוא כבד נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אבל בשטר הלואה יש לומר דמהני הקנין שיחול על ידי זה השיעבוד נכסים רק דיש לומר אף אם קנו מידו לכתוב שטר יכול למחות דעל השטר אינו חל הקנין ובאמת גובה ממשעבדי על ידי הקנין אבל הב"י דכ' דכבד נשתעבדו נכסיו משעת הלואה אינו מוכן כל צורך: ויש לומר בכוננת הב"ח דסובר אף דהפקיעו חז"ל השיעבוד נכסי לגבי לקוחות מ"מ כל זמן שלא מכר הנכסים לגבי לנה נשאר השיעבוד על הנכסים אם שיעבדא דאורייתא וכמו שפן דעת כמה פוסקים דלקח מלנה על פה מוקדם ומלנה בשטר מאןחר מלנה על פה קודם הואיל דשיעבדא דאורייתא והיינו כל זמן שלא מכר הלנה הנכסים לא נפקע השיעבוד של תורה ואם פן הקנין על השטר אינו מוסיף עליו שום שיעבוד רק דעל ידי השטר יש קול ויכול לטרוף אף מן הלקוחות ולא נפקע השיעבוד על ידי קניית הלקוחות ושפיר כתב הב"ח בדעת הגה"א דלא הוי רק קנין דברים אולם להסוברי דעכשיו שהפקיעו חז"ל דלא יגבה ממשעבדי אף המלנה בפני עדים פיון דלא כתב שטר לית ליה קלא שוב הוי גם לגבי לנה כלא חל השיעבוד וכמו שכ' תוס' ב"מ (דף ד') דבמלנה על פה פיון שהפקיעו חכמים השיעבוד הוי כמחל השיעבוד ושפיר חל השיעבוד על ידי הקנין והיינו טעמא דהסוברים דבמלנה על פה ליכא דין קדימה ועיין ש"ך (סי' ק"ד ס"ק י"ז) ועיין מה שכ' בס' דברי משפט ובס' דברי חיים מאמ"ו ו"ל להוכיח פן מדברי תוס' פתובות (דף פ"ו): ובנה"מ כ' דאף דקיי"ל אחריות ט"ס ואף בלא הותנה היינו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל אם כבד הלנה בלא שטר וקנין ואחר כך בא הלנה והודה בקנין שחייב לו מכבד לא שייך בהודאה לומר אחריות טעות סופר.

וי"ל למה שכ' הטו"ז להקשות דלמ"ד ש"ד לא נצרך לאחריות טעות סופר דהא אף מלנה על פה הנה מן הדין לגבות מן משעבדי רק מתקנה ובשטר דליכא תקנה ממילא גובה מלקוחות וכתב דסד"א דבלא פתיב בפירוש אחריות ליכא קלא לכך אמרינו דלא כן הוא רק טעות סופר ואם פן אף בהלנה מכבד מלנה על פה מ"מ כשהודה בפני עדים ובקנין ואחר כך כתב שטר פיון דאיכא קלא טורף ממשעבדי ואף אם נאמר דעכשיו פיון דמלנה על פה אינו גובה ממשעבדי אף מניה דידיה לא גבה מטעם שיעבוד וכמו שכתבתי לעיל מ"מ כבד הוכחתי במקום אחר דהשטר לאו שטר קנין הוא רק שטר ראיה ואף בלא שטר גובה פיון דאית ליה קלא וראיה לזה מהא דכתבו תוס' גיטין (דף ד') ד"ה וכותב דשטר הלואה אינו אלא לראיה ואפילו מלנה על פה הנה גובה ממשעבדי אי לאו משום קול וכן פתוב שם ברשב"א ור"ן דמדיהיב זוזי משתעבד ואף מלנה על פה הנה גובה מנכסים משועבדים אלא משום דלית ליה קלא דמאן דזיף בצנעה זיף וכיון דאיכא שטרא הא איכא קלא אע"ג דליתא שטר מקנה עיי"ש ולכאור' הא אפיי אמר שם ת"ש ואפיי סובר שיעבדא ל"ד אם פן עיקר השיעבוד נעשה על ידי שטר ובעי ספר המקנה ודומה לגט אלא ודאי דסברו תוס' והראשונים דאף אם שעבד"ד מ"מ כשתקנו שיחול השיעבוד אם כותב השטר חל השיעבוד על ידי פסוק הואיל דיש לו קול ובספר הפלאה ר"פ הנושא כתב דתוס' גיטין (דף כ') קאי אליבא דמ"ד שיעבדא דאוריית' אבל למאן דסובר של"ד



עיקר השעבו' על ידי השטר ושוב פתב אף אם שעבוד דאורייתא מ"מ הא אף בקנין קרקע במקום שכותבין שטר לא סמכה דעתיה ואינו נקנה עד שיכתוב השטר כ"ש בהלואה לא סמכה דעתיה בשיעבוד הנכסים עד שיכתוב את השטר עיי"ש ולא נראה פן ואף בשטר מ"מ אינו צריך רק לשטר ראיה מטעם דלא סמכה דעתו וכשפא השטר לידו קנה למפרע כמבואר בר"ן פ"א דקידושין והכא נמי לענין שיעבוד אינו צריך רק להשטר שיהיה לו קול והשעבוד נקנה למפרע ומה שהוכיח שם מהא דסברו בש"ע (סי' ס"ו ס"ד) דשטר ראיה אינו נקנה בכומ"ס מוכרח דאף אי שעבוד דאורייתא עיקר השיעבוד היא בשטר פ"ב פתב שם בקצוה"ח דעל ידי השטר נתוסף השיעבוד ואף דהנתיבות שם גמגם בזה מה זה שחל שעבוד על שעבוד יש לומר דלזה עצמו נתוסף השעבוד מפת השטר שיהיה בידו למפור ש"על ידי התוס' שיעבוד נתפס במכירה וראיה לזה מן פתובה דאף במקום שכותבין פתובה מ"מ הא אף בלא פתובה נשתעבד פ"ב בתנאי ב"ד ובכ"ז נתוסף השעבוד על ידי פתיבת הפתובה ויכולה למפור כמו דמבוא' בש"ס ב"ק ויש בזה אריכות דברים ואכ"מ.

וכן יש להוכיח מדברי רא"ש גיטין (דף י') דכתב דשטרי מו"מ והלואות בערפאות של עכו"מ פשרים ואפילו לגבות ממשעבדי דכיון דנעשה בערפאות אית ליה קלא ואפילו לר"א בלא עדי מסירה דלא מצריך ר"א עדי מסירה אלא בשטר קנין או בג"נ אבל שטרות שאינם אלא לראיה בעלמא לא בעינו עדי מסירה ושטר מתנה כו' חספא בעלמא הוא ובש"ף ושאר אחרונים פלפלו הרבה בדעת הרא"ש אם פוסק שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא ואם סובר שעבודא לאו דאורייתא אמאי פשר שטר הלואה בערפאו' הא השטר עושה הקנין והשיעבוד ודומה לשטר מתנ' אלא ודאי אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ כיון שתקנו חז"ל כשמלנה בשטר שיחול השיעבוד לטרון אף מלקוחות הואיל ויש לו קול עיקר הקנין נעשה על ידי כסף וכן אף אם לנה פ"ב ולא חל השעבוד מ"מ אם קנו מידו אח"כ ממילא אשתעבדו נכסיו כיון ויש לו קול ועיין או"ת (סי' קט"ז ס"ק ד') דכ' פן דאף אם של"ד מ"מ מדרבנן היכא דאית ליה קלא גובה ממילא מן משעבדי אף רק בהלואה בשטר ולא בעל פה עיי"ש אבל אם פתב אח"כ שטר ובקנין ממילא אשתעבדו נכסיו אף דאינו מפורש האחריות ועיין מה שכ' בהגהותי לדברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ה) ועכ"פ נראה דאף אחר הלואה ג"כ אחריות ט"ס אם אח"כ משעבד בקנין וכנ"ל ועוד יש לומר דהקנין לאטפוי אתי על אחריות דלענין הודאה הנה סגי באומר אתם עדים וכיון דקבל בק"ס ודאי אתי לשעבד הנכסים: ובספר שער משפט חקר במחייב א"ע במתנה בשטר בדבר שאינו חייב אם בכה"ג אמרינן אחריות טעות סופר וכ' דאם שעבודא דאורייתא אף שיזוע שלא הותנה כלל באחריות מ"מ כיון דאית ליה קלא על ידי עדים ושטר ממילא גבי משעבדי פדין תורה דאף מלנה על פה הי' גובה רק מטעם פסידא דלקוחות הואיל דלית ליה קלא אבל באית ליה קלא חל ממילא השיעבוד על כל נכסיו והביא דברי טו"ז הנ"ל וכ' הא דאמר רבא אחריות ט"ס בין בהלואה בין בשטרי מ"מ הוא משום דבשטרי מ"מ לא שייך שעבודא דאורייתא וכמו"ש הש"ף (סי' קט"ז) מה שאין פן שטרי חייב כיון דגוף החייב מועיל לחייב את עצמו בשטר אף בדבר שא"ח ממילא דמי שיעבודא על כל נכסיו אף בלא תנאי כיון דאית ליה קלא אלו דבריו.

והם תמוהין אם מסכים לדברי הש"ך דבשטר מוכר לא שייך שע"ד אם פן גם בשטר חייב נאמר דלא שייך לומר שעבודא דאורייתא דרק בהלואה כ' הש"ך שם מטעם דעבד לנה לאיש מלנה שייך לומר שעבודא דאורייתא ולא בשטר מוכר אם פן חייב במתנה בעלמא לא עדיף מזה ואינו דומה לנזקין ופדיון הבן דהם מלנה הפתובה בתורה ומשתעבד מן התורה מה שאין פן במה שחייב את עצמו ודאי דלא שייך לומר עבד לנה לאיש מלנה אף באמת דברי הש"ך שם עיקר פוננתו שם על קושית הג"ת בדעת בעה"ת דמוכר שדהו בעדים לא אמרינן ביה אחריות טעות סופר עד דפירש האחריות ועל זה הקשה הג"ת הא בלא"ה שעבוד' דאוריית' ועל זה מתרץ דרק היכא דנתחייב הוי עבד לנה ונשתעבד הגוף לשלם ממילא אשתעבדו הנכסים אם מטעם מצוה אם מטעם דנכסי' דבר נש אינון ערבין ביה אבל במוכר אם אחריות לאו ט"ס היינו דלא אשתעבד פלל וכן מבואר שם בתנאים.

ובס' שעה"מ הל' מלנה הקשה אם נאמר דבמלנה הבא מחמת מוכר לא אמרינן ביה שעבודא דאורייתא מקושית תוס' דהיכי משפחת שבועת מודה במקצת אי שעבודא דאורייתא הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות הא משפחת במלנה הבא מחמת מוכר א"ו דבכל גוונא שעבוד' דאורייתא ויש לדחות דתוס' חדא מנייהו נקט במחל השעבוד וכמה גוונא משפחת וכנראה קטן שהלנה וכשהוא גדול תובע והלנה הודה במקצת דחייב שבועה בזה אין קנין לקטן ולא קנה השעבוד נכסי' בפס' שהלנה דאין קנין לקטן לזכות בהשעבוד נכסים ואף אם בדעת אחרת מקנה קונה הקטן מן התורה היינו בדבר הבא לידו ורשותו ולא בשעבוד נכסים כמבואר בר"ן גיטין פרק התקבל וש"ע (סי' רל"ה ורמ"ג) ואחר שהגדיל לא זכה גם פן בהשעבוד כמו בדאקנה דלא חל אחר כף השעבוד מן התורה פיון דלא חל בשעוה שלקח המעות וכמו שפיאר הקצוה"ח (סי' ק"ד ס"ק ט') עיי"ש וה"נ דכונת' ועוד משפחת כמה גוונא אכ"מ.

אולם כבר פתבתי דנראה דבכל מקום שייך שעבודא דאורייתא אם זוכה בהחייב מהיכא תיתי נאמר דלא אשתעבדו נכסיו ואם פן יש לומר דגם במחייב בדבר שאינו חייב אף דלא שייך לומר לא שדי אינש זוזי בכדי מ"מ ממילא אשתעבדו הנכסים וכיון דיש לו קול גובה מנכסים משועבדים: אף יש לומר דהא כל החייבים המועילים כמו חייב אני לה מנה בשטר אם לא הוי קנין פלל לא מהני מד"ת וכמבואר בתוס' ר"פ הנושא משם ר"ת וכן נראה מדברי רש"י שם (דף ק"ב ע"ב) דכתב ערב שעבודא דאורייתא אבל פלוני חייב ליכא שעבוד' דאוריית' ומבואר דלר"ק אף דסובר שעבודא דאורייתא מ"מ בחייב ליכא שעבוד מן התורה וכן לר' יוחנן דחייב אני לה מנה בשטר מהני הוא רק מדרבנן אבל מן התורה ליכא שעבוד וכמבואר שם בתוס' וכיון דכל החייב דמהני הוא מדרבנן י"ל דלא חל שעבוד נכסים עד דמפרש ואף דיש לומר מ"מ פיון דמדרבנן חל החייב על הגוף שוב ממילא נשתעבדו נכסיו וכיון דאית ליה קלא יגבה מלקוחות י"ל דלא תקנו רבנן רק דיהני החייב הואיל דגמר ומקנה אבל לא שישעבדו נכסיו לנה עד דמפרש להדיא.

ועיין תומים (סי' קי"ט ס"ק ב') דכתב פן היכא דעיקר החייב הוא מדרבנן לא שייך לומר שעבודא דאורייתא והיכא דלא שייך שעבודא דאורייתא לא אמרינן קלא אית ליה

עיי"ש וה"נ פנין דלא שנייה בהודאה לחיוב שעבודא דאורייתא פנין דעיקר החיוב הוא רק מדרבנן לא שנייה לומר אחריו ט"ס ולא משתעבדו הנכסים עד דמפרש בשטר ועיין ספר הפלאה כתובות (דף פ"ד) במתניתין דכתב פנין דשעבודא דאורייתא נפקא מקרא והאיך אשר אתה נושה בו משמע דוקא פשהלנה לו אבל לא פשנתחייב מעצמו עיי"ש דמשמע מדבריו אף אם החיוב הוא מן התורה וזה כמו שכ' הש"ך (סי' קט"ז) הג"ל.

הן אמת דדברי התנאים שם צ"ע דמה נ"מ לענין שעבוד אם החיוב תשלומין הוא מן התורה או מדרבנן סוף סוף פנין דחייב לשלם מדרבנן ממילא אשתעבדו נכסיו ומה שכ' להוכיח פן מגמרא סוף ב"ב אם הפונה ממה דהק' הש"ס לרבה דגבה קרקע יש לו על פתח דסובר שעבודא דאורייתא שם ענין אחר דאי שעבודא לאו דאורייתא אף דמשמעבד מדרבנן לא הוי פמוחזק אף דנדאי אם קנה האב דבר בקנין דרבנן ונדאי נוטל הבכור מזה שני חלקים מ"מ סברו הש"ס לענין שיעבוד לא חשיב פמוחזק אם אינו מן התורה אבל להיפך אם שעבודא דאורייתא למה יגרע חיוב דרבנן שלא יחול השעבוד במקום דאית ליה קלא: ומ"ש להוכיח מתוס' ב"ק (די"ד ע"ב) ד"ה ש"מ גם פן אינו הוכחה דשם כ' תוס' משם ר"ת דאי שעבודא לאו דאורייתא בנזקין אף דיש לו קול נמי לא גבי דדוקא במלנה בשטר תקנו רבנן דלגבי ממשעבדי משום געילת דלת.

אבל אי שעבודא דאורייתא לעולם יש לומר דגם חוב שהיא מדרבנן גם פן גובה מלקוחו במקום דאיכא קלא וכתובה יוכיח במקום דאין כותבין כתובה וגובה מתנאי ב"ד אף איכתובה לא הוי מן התורה רק מדרבנן ואף אם קנו מיד הבעל מ"מ לא התחייב ביותר מאשר חייבוהו חכז"ל פמבואר בדרישה ובב"ח (סי' צ"ז) ויבואר לקמן אף אם כותב לה שטר כתובה לא מוסיף החיוב מדעתו שנאמר שיהי' חייב מן התורה אף אם נאמר דחיוב מהני מן התורה מ"מ פנין שמוכרח להתחייב מכת פקנת חז"ל הוי פתלוי ויהיב ולא נתוסף שום חיוב מן התורה ובכל זאת נדאי גובה ממשועבדים פמבואר מפמה מקומות בש"ס ובפוסקים הרי דאף חיוב מדרבנן מהני שייגבה ממשעבדי הואיל דאית לי קלא ולמה בניזקין שחייב מדרבנן לא יגבה ממשעבדי אם אית ליה קלא וצריף לדחוק בדבריו שם דכוננתו דוקא לענין נזקין דלא הוי קול גמור כמו שכ' מדברי רשפ"א ב"ק שם לחלק בין קלא לקלא בזה אם החיוב מדאורייתא סגי בקול פל דהוא אבל אם החיוב של תשלומין הוא רק מדרבנן כמו בגרמי כמו שפכת שם בתנאים בזה לא סגי בקלא פל דהוא רק צריף לקול גמור ודחוק הוא להמעיין בתנאים שם.

ומה שהביא הש"מ מדברי הרא"ש פ' נערה שתמה על הגאונים והרמב"ם דסברו בכתב פתובה לארוסה דאינה גובה רק מב"ח ול"א אחריות טעות סופר דמאי שנא מפל שטרות הנה אנו אין לנו אלא דברי הש"ע שפסתם באה"ע (סי' נ"ה ס"ו) דאינו גובה רק מבני חורין אף דכנראה המחבר סתם ופסק שעבודא דאורייתא אלא נדאי מטעם דהוי פמתנה וכמו כן שטר חיוב.

ואדרבא יש מקום לומר בכותב פתובה לארוסה דהא משמע אם פנסה ואחר פה מת או גירשה אז טרפה אף ממשעבדי וכמו שמוכח מלשון הש"ע שם שכ' וא"ג תוספת פלל הואיל ולא פנסה משמע אם פנסה גובה אף ממשעבדי ואם פן יש לומר דבזה אף מן האירוסין יש לומר דכוננתו הנה על אחריות דאם לא פן פיצד יחול אחר פה השעבוד

לטרוןף ממשעבדי ובכ"ז אם לא פנסה לא אמרינו אחריות ט"ס פן יש לומר גם פן במחייב את עצמו דלא אמרינו אחריות טעות סופר.

וראיתי למי שפכת מדברי תוס' ב"ב (דף קע"ה ע"א) היכא דאין עדים על הלואה רק הלואה מודה לכ"ע שעבודא דרבנן. ול"נ רק באמת אם הלואה מודה דחייב בפני ב"ד אשתעבדו נכסיו דמה לי שהלואה או שהודה הודאת בעל דין פמאה עדים דמי ומן אז והלאה גובה אף מן משונעבדים כמו דמבואר מדברי חידושי ר"ן בש"מ ב"מ (דף י"ז) רק פוננת תוס' לענין אחר דכ' לתרץ על הא דק"ל מוב"מ דחייב שבועה היכא משפחת הא הוי כפירת שעבוד קרקעות ט"ז פתבו דהא דשעבודא דאורייתא היינו עפ"י עדים אבל על פי עצמו לא היינו פיון דא"י לטרוןף מלקוחות דיאמרו שמא פרעו א"ח ש"ק וכסברת רמב"ן המובא ברא"ש מס' שבועות (דף ל"ז) דאף בתובע שחייב לו בשטר ואבד השטר והודה לו במקצת ל"ח ש"ק פיון דאינו יכול לטרוןף על ידי הודאתו מלקוחות ה"נ מד"ת אף בהודה במקצת מ"מ פיון דאינו נאמן לגבי לקוחות לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות אבל לעולם משעת הודאה ואליף חשיב ש"ק אף דלא היה עדים על הלואה וז"פ שוב ראיתי בתנאים (סי' מ' סק"א) דכתב גם פן מדברי תוס' ב"ב הנז' דבהלואה בלא עדים לא אלימ' מילתא ולא משוי שעבוד נכסים ולענ"ד כמ"ש: סי' ב' אם שעבודא דאורייתא יש בזה פמה שיטות וסברות דנ"מ לדינא הרשב"ם ב"ב פירש מקרא דיוציא העבטו וה"ה למקרקע ומבואר דאף מטלטלין בכלל שעבודא ומאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא קרא במשכנו שלא בשעת הלואתו ועיין שם בתוס' מה דהקשו ע"ז.

וכנראה דעת רשב"ם דמאן דסובר שעבוד' דאורייתא לא מצד הסברא הוא דמצד הסברא אף דגופו נשתעבד לפרוע חיובו מ"מ על נכסיו אין לו שום דבר ובאיה קנין ישמעבדו לו הנכסים ואף אם הלואה ממון וכסף קונה היינו כשקנה הדבר לחלוטין ולצמיחות אבל שעבוד הוא קנין לחצאין ולא חייב אנכסי וכמ"ש הריטב"א קידושין (דף י"ג) ולכך הביא ראיה דהתור' שעבד' הנכסים אף לחצאין שישמעבדו לשלם החוב מדכ' יוציא אליף העבטו ויש לו בו קנין משכונ דקונה מדר' צ' ואף דשם ליתא קנין משכונ בקרקע רק במטלטלין היינו בזה לא קרינו כו' וליף תהיה צדקה ואינו קונה בקנין משכונ אבל מ"מ בכלל שעבוד נכסים הה"ד קרקע פיון דחזינו דמהני הקנין אף לחצאין ומאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא סובר דבאמת לא חל הקנין לחצאין וקרא במשכנו שלא בשעת הלואה והיינו כמו שכ' הרמב"ן מלחמות פ' פל' שעה ובחידושי לקידושין (דף ח') דקנין משכונ הוא שיהיה למפרע גובה אם גובה אחר כך מהמשכונ פיון דחל הקנין על דבר פרטי חל לענין זה שאחר כך כשיגבה מן המשכונ אם לא פרעו והחליטו הב"ד אמרינו ביה למפרע גובה ואי זבין מלנה משעה שהרהיני שפיר זבין ועיין ריטב"א קידושין שם ובריב"ש (סי' שצ"ו) ובזה חל השעבוד גם פן דרף פלל על הדבר הזה הואיל דקנינו ושעבודו ממשיך לזה שאם יגבה מזה יהיה למפרע שלו.

אבל שישמעבדו כל נכסיו בכלל רק לגבות מהם אין הקנאה לחצאין הואיל דמכאן ולהבא גובה רק חכמים תקנו מפני נעילת דלת שיחול השעבוד ובמקום אחר כתבתי דזה טעמו של אב"י דסובר פסחים (דף ל"א) דלמפרע גובה היינו משום דסובר שעבודא לאו דאורייתא רק מדרבנן ולכך סובר דלא מצינו בזה שעשאו חכמים שאינו זוכה כזוכה

וכיון דמדאורייתא לא חל השעבוד משום דאין קנן לחצאין פיצד יועיל מדרבנן ולעשות שאינו זוכה פזוכה לכך סובר דתקנו שיהיה למפרע גובה והוי קנן המועיל מה"ת ורבא סובר אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ תקנו חכמים שיחול קנן השעבוד והארכתי בזה שם אכ"מ: ובפנ"י קידושין שם פתב פשיטת הפוסקים ורש"י שם דבשעבוד בפירוש אף לרו"ש מהני מן התורה דקרקע נקנה בשטר ואף שאין מקנה לו גוף הקרקע רק לשעבוד בעלמא הא קיי"ל בעל חוב קונה משכון ואפילו בשעת הלואתו לענן שעבוד שבו שאינו נעש' מטלטלין אצל בנ"ו וה"נ שעבוד קרקע על ידי שטר ולמה שכ' שאני קנן משכון דהוא לענן שיעבוד דבר פרטי ויהיה הדין למפרע גוב' אם יחליטו לו הב"ד הוי קננו הגוף וגם אדרבה הא במשכון גלי התורה דוקא במטלטלין ולא בקרקע.

אלא ודאי דקנן משכון הוא ענן אחר ומהאי טעמא אתי שפיר הא דאמר ר"מ ב"מ (דף קט"ו) מאחר שמחזירין למה חוזרין וממשפנין של"ת שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלין אצל בנ"ו וקאי על דין תורה אף אם סובר שעבודא לאו דאורייתא או אף אם מן התורה מ"מ מטלטלין דיתמי לא משמעדי לבעל חוב מ"מ משכון הוא קנן אחר שיהיה בזה למפרע גובה.

[ומה שכ' שם הפנ"י דאף אם שעבד בפירוש לא הוי מן התורה רק מדרבנן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ולא טרף מן הלכות דאפשר שלא הקנה לו השעבוד בשטר מעכשיו אלא מפאן ולהבא בשעת גוביינא מ"מ לענן לגבות מיתומים אין לחלק דאפילו אי מפאן ולהבא שיעבד לו כשלא יגבה חובו אפ"ה שפיר גבה מיתמי כששיעבד לו בפירוש.

אינו מוכן פלל דאם לא הקנה מעכשיו פשמת שוב אין חל השיעבוד פמוכן דאף אם מקנה דבר לחלוטין ולצמיתות אין קנן לאחר מיתה ואם לא נאמר למפרע גובה במה יחול השיעבוד בפירש מפאן ולהבא כשלא יגבה חובו הא אין קנן לאחר מיתה]: והנה לדברי רשב"ם פתב הרמ"ה ב"ב שם דעולא סובר דמד"ת גובה אף ממטלטלין שמכר ומיתמי כיון דקרא במטלטלי קאי ומלקוחות אינו גובה מדרבנן אבל מיתמי גבה וסבר כר"מ דמטלטלי דיתמי משמעדי לכתובה וכ"ש לבע"ח [וזה דלא כמו שכתבו תוס' פתובות (דף פ"א ע"ב) דבמלנה מודה ר"מ דמטלטלי דיתמי לא משמעדי וכן פתב הרמב"ן בתישבה (סי' ס"ט)] אבל לא קיי"ל פן וכתב שם דר"פ סובר שעבודא דאורייתא והא דאמר שלא תנעול דלת היינו אוקמוהו רבנן אדאורייתא ולא עבדו תקנתא ליורשים ור"פ אית ליה שעבודא דאורייתא מדין ערב אית ליה דנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה ודוקא בקרקע דסמכא דעת' עליהו דלא יכול לאברוחינהו מיניה ומטלטלין דלא סמכא דעתו עליהו ליכא לשיעבודא מדין ערב דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משמעדי שלא בקנן שלא על אמונתו הלנהו מבואר דסובר דמדאורייתא לא משמעדי מטלטלין ולא נכנסו בכלל השעבוד דכל ענן השעבוד הוא מטעם ערב.

וכן מבואר דעת הטור (סי' ק"ז) דמדאורייתא אינו גובה ממטלטלי דיתמי וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פי"א) ממלנה וז"ל הבא ליפרע מן היורש לא יפרע מן המטלטלין כו' שהמטלטלין אינו תחת שעבוד בעל חוב מן התורה ואף דלעיל (ה"ד) שם כ' שפל נכסי הלנה תחת שעבוד המלנה מן התורה כפר כ' שם המבי"ט בס' קרית ספר דשעבוד לא

חניל אלא אַרקע דאית ביה אחריות כפֿשֿטיה דירושלמי פ' הנזקין מיטב שְׁדוּהוּ פֿרט למטלטלין עיין שם עוד.

ובקצוה"ח פתוב לתרץ קושית הש"ך על הרא"ש דפוסק שעבודא דאורייתא ואפי"כ פתב דאינו גובה מעבדים מיתומי' וכ' הטעם על פי דברי רשב"א סוף קידושין דכתב דמדין תורה מטלטלין נמי משתעבדי והא דלא גבה ממטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיהו אמטלטלין ולכך הוי מילי דרבנן ועבדי כמטלטלין ודבריו תמוהין הא להדיא מבואר בדברי הטור דמדאורייתא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ובלי ספק לא יסתור דעת אביו הרא"ש ו"ל ולא מצינו מי שישבור דמדין תורה מטלטלי דיתמי משתעבדי: וגם בדברי הרשב"א אף דהקצוה"ח וכן בתנאים פירשו דבריו דמדין תורה מטלטלי דיתמי משתעבדי.

בעניי לא נראה פן והעד לזה דהא הרשב"א ב"ק (דף י"ב) הקשה פן על הרי"ף דסובר שעבודא דאורייתא אמאי אינו גובה מעבדים וכן מה שמתרץ הקצוה"ח בזה קושית העולם בהא דאמרין שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכא משפחת לה אי בדאית ליה קרקע הוי ליה כפירת שעבוד קרקעות ואי במחל השעבוד או שאין להם קרקע מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכ' דלדברי רשב"א לא קשה דמה"ת מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי והרי לפנינו הרשב"א בחידושו למס' שבועות הקשה קושיא זו וכתב ו"ל וכן בטוענו מנה זה פקדון או גזילה קנימת דאי לא אפילו היה לו ביז אביו מנה מלנה או מנה גזילה שאינה קנימת מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לדינא דגמרא אלא מקרקע הוא דגבי ואם פן הוי ליה כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין עכ"ל הרי דלא ניתא ליה לומר דמדאורייתא מטלטלי דיתמי משתעבדי [והא דנקט הרשב"א תרי גוונני פקדון או גזילה קנימת היינו פקדון הוא למ"ד דהילך סיב וגזילה קנימת הוא אף למ"ד דהילך פטור במוב"מ מ"מ גזילה דהוי אינו ברשותו ל"ה הילך וכמו שפתב הנתיבות המשפט (סי' פ"ז) ואזמ"ו ו"ל שם בדברי משפט]: והא דכתב הרשב"א בקידושין דהא דלא גבי בע"ח ממטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה אמטלטלין אין הפנונה דמדין תורה גבי אלא פנונה אחרת לו בזה דנדאי גם מטלטלין נכנסו בכלל השעבוד ומניה דידיה גבי ומה"ט דעת הרשב"א דגם השתא יש דין קדימה לבע"ח מוקדם נגד מאן' במטלטלין כמבואר (סי' ק"ד) רק דסובר דזה מניה דידיה אכל מיתומים פשמת נפקע השעבוד דשוב ליכא סמיכת דעת ע"ז פיון דיכולין להבריחן וכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א (ח"ד סי' קנ"ב) ו"ל ולפענ"ד לגבות מן היתומים אפילו שיעבד מטלטלין בפירוש אף עפ"י שלא כתב מטלטלי אגמ"ק גובה מן הדין אפילו מן המטלטלין וכשאמרו מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח לא אמרו אלא מפני שאין דעת המלנה סומכת עליהן לאחר מיתת הלנה לפי שהיורשים שלא קבלו טובה ממנו עשויים להבריחם מה שאין בהלנה עצמו מפני שקבל טובה ממנו ועוד שלא יקראוהו לנה רשע ולא ישלם ואפילו היה המטלטלין ביז אחרים שאי אפשר להיתומים להבריחם כהיה דפ' הכותב וא"נ איתנייהו בחיים ביד' דמלנה גופיה והוא שלא תפס מחמת חובו מחיים כמלוגא דשטררא כו' וטעמא משום דמעיקר' בשעת מלנה או בשעת פתיבת אחריות סליק נפשיה משעבודא דמטלטלי דיתמי פל שלא גילה דעתו מעיקרא שדעתו סומכת עליהן פדאמרון וכגון שרצה שישעבד לו הלנה בפירוש גובה אפילו מן היתומים ע"ש

עוד באַרְךָ וּמְבַרְךָ מְדַבְּרֵי דְמַה"ד אֵינוֹ גּוֹבֵה מִן הַיְתוּמִים דְּתִיכְף פְּשֻׁמַת נְפֻקַע הַשְּׁעֵבוּד מִן הַמְטַלְטְלִין הוֹאִיל דִּיכּוּלִין לְהַבְרִיחֵן וְלֹא סְמִיךְ דְּעֵתִיךָ עֲלֵיהֶן הוֹאִיל דְּלֹא קִבְלוּ טוֹבָה מִהֶן וְאִף דְּמִדְּאוּרֵייתָא נְפֻקַע הַשְּׁעֵבוּד אֲבָל מִנִּיהַ דִּידִיךָ סוּמְךָ דְּעֵתִיךָ עֲלֵיו שְׂלֵא יְבַרִיחֵן הוֹאִיל דְּקִבְל טוֹבָה מִמֶּנּוּ וְכֵן שְׂלֵא יְהִי נִקְרָא לְנֵה רְשָׁע וּבְכֻלָּל שְׂיַעְבּוּד נְכָסִים הוּא רַק אֲצֵל יְתוּמִים נְפֻקַע הַשְּׁעֵבוּד.

אִף לְשׁוֹן אֶחָד רְאִיתִי בְּרִשְׁבִּי"א הָעוֹמֵד לְנֹגְדֵי וְשֵׁם מִשְׁמַע כְּמוֹ שְׁפַתְבַּת הַתְּנֻמִּים וְהַקְצוּה"ח בְּדַעְתּוֹ דְּהָא דְּמְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי הוּא רַק תַּקְנֵת' דְּרַבְּנָן וְהוּא ב"ק (דף צ"ז) שְׁפַתְבַּת וְז"ל אֲבָל לְמִילֵי דְּרַבְּנָן פְּגוֹן פְּרוּזְבוּל וְכֵן לְגַבּוֹת מִן הַיְתוּמִים לְמַאן דְּאָמַר שְׁעֵבוּדָא לְאוּ דְּאוּרֵייתָא וְאֶפְּלוּ לְמַאן דְּאָמַר שְׁעֵבוּדָא דְּאוּרֵייתָא תַּקְנּוּ שְׂלֵא לְגַבּוֹת מִהֶן מִן הַיְתוּמִים הוֹאִיל וְנִינְדֵי כְּדָרְךָ שְׁתַּקְנּוּ בְּמְטַלְטְלִין עַכ"ל מִשְׁמַע דְּזֶה הָיָה מִצַּד תַּקְנָה שְׂלֵא לְגַבּוֹת מְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי וְאוּלַי אֵין פְּנוּנְתוֹ מְדַרְבְּנָן רַק קָרָא תַּקְנָה הוֹאִיל דְּחַז"ל יָרְדוּ לְסוּף דְּעֵתָן שְׁל בְּנֵי אָדָם דְּלֹא סָמְכוּ דְּעֵתָן לְגַבֵּי יְתָמֵי וְדְּבָרֵי רִשְׁבִּי"א מַס' שְׁבוּעוֹת הֵם לְעַד נְאֻמָּן וְכֵן מְבַרְאֵרִין דְּבָרֵי בְּתַשׁוּבָה שְׁבַח"ד וְמַה"ת נְעֻשָׁה מְחַלְקֵת בְּזֶה כִּינּוּן שַׁד' הַרְמַב"ם מְבַרְאֵרִין דְּמִדְּאוּרֵייתָא מְטַלְטְלִין דְּיִתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי [וְיֵשׁ קֶצֶת לְדַקְדָּק דַּמ"מ יִקְשֶׁה עַל הַרְשִׁבִּי"א מַאי קָא קִשְׂיָא לִיהַ דְּשִׁבְנוּעַת ד' תַּהֲיָה בֵּין שְׁנֵיהֶם וְלֹא בֵּין הַיּוֹרְשִׁים הָא מְטַלְטְלִין לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי מִיְתְמֵי הָא מִשְׁפַּחַת אִף בְּמִנְהַ מְלוּהַ וְכַגּוֹן שְׁתוּבַע מִן הַיְתוּמִים מְנָה וְשְׁשַׁעְבַּד לּוֹ בְּפִירוּשׁ מְטַלְטְלִין שְׁגִילָה דְּעֵתוֹ מְעִיקְר' שְׁדַעְתּוֹ סוּמְכַת עֲלֵיהֶן וְצ"ל דְּהַרְשִׁבִּי"א חָדָא מִיְנִייהוּ נִקְט] וְכֵן פַּתְבַּת הַטּוֹר (ס' ק"ז) וְעִינֵן רִשְׁבִּי"א ב"מ (דף ס"ז ע"ב) דַּכ' דְּמְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי דְּבַעוּדוֹ קִיָּים גְּבִי אֶפְּלוּ מְגַלִּמָּא דְּעַל כַּתְפֵיהָ שְׁהַרִי לּוֹ הַלּוּהַ מְעוּתֵיו וְנִשְׁתַּעְבַּד וְהַתּוֹרָה אָמְרָה יְבֵא שְׁלִיחַ ב"ד וְיִפְנֹס לְבֵיתוֹ וְיִטּוֹל מִשְׁפָּנוּ דַּכ' הָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּהּ נִוְשָׂה בּוֹ וְאִמְרִינּוּ לְקַמֵּן זֶה שְׁלִיחַ ב"ד [וְיֵשׁ לְהַתְּבַוֵּן לְמָה כ' רִשְׁבִּי"א דִּיכְנֹס לְבֵיתוֹ וְזֶה דְּלֹא פְּשֻׁמַּאֵל דְּאָמַר שְׁלִיחַ ב"ד מְנַחַח נְתוּחֵי אֲבָל לְבֵיתוֹ לֹא יְכַנֵּס וְאִכ"מ] אֲבָל הֵיכָא דְּמִית בְּהַדֵּי יְתָמֵי מַאי עֲבִידְתִּיךָ דְּתַבַּע הָרִי לֹא לּוֹ מִמֶּנּוּ וְאִי יָרְתִי קַרְקַעוֹת מִשְׁתַּעְבְּדֵי נְכָסִים מְחִיִּים מְדִין עָרַב כּו' דְּכִי אוֹזְפִי' עֲלֵייהוּ סוּמְךָ אֲבָל מְטַלְטְלֵי אִף דִּין עָרַב לִיכָּא דְּלֹאוּ עֲלֵייהוּ סוּמְךָ מְלוּהַ הוֹאִיל וּבִידּוֹ לְהַצְנִיעֵן וּלְאַבְדֵן עַכ"ל מִשְׁמַע לְכַאוּרָה דְּאִף מִנִּיהַ דִּידִיךָ לֹא נְכָסוּ מְטַלְטְלִין בְּכֻלָּל עָרַב אִף דְּנִשְׁתַּעְבַּד הֵינּוּ גּוֹפִיָה אֲבָל נְכָסִים לֹא נִשְׁתַּעְבְּדוּ רַק קַרְקַעוֹת וְלֹא מְטַלְטְלִין.

אוּלַם בְּרִשְׁבִּי"א ב"ק (דף י"ד ע"ב) פְּתוּב וְז"ל אֲבָל מְטַלְטְלֵי לֹא דְּמְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי לְבַעַל חוּב דְּאִיכָּא לְמִימַר לְאַחַר מִיתַת אַבִּיהֶן קְנָאוּם עַכ"ל וְאֵינוֹ מוּכָן אִם כֵּן הֵיכָא דִּינְדַעְנוּ דְּנִשְׁאָר מְאַבִּיהֶן יְגָבָה.

וְצָרִיךְ לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי דְּלָכָף לֹא סְמָכָה דְּעֵתִיךָ דְּמְלוּהַ עֲלֵיהֶן וְנִקְטַת חָדָא מִיְנִייהוּ וְהַה"ד דִּישׁ עוֹד טַעַם דִּיכּוּלִין לְהַבְרִיחֵן וְזֶה הַפַּל בְּיִתְמֵי דְּלֹא סְמָכָה דְּעֵתִיךָ עֲלֵיהֶן מַה שְׂאִין כֵּן לְגַבֵּי לְנֵה י"ל דְּמוּדָה לְדַעַת רִשְׁבִּי"א דְּסְמִיךְ דְּעֵתִיךָ עֲלֵיו הוֹאִיל דְּעֻשָׂה לּוֹ טוֹבָה וְגַם שְׂלֵא יְקַרְאוּהוּ לְנֵה רְשָׁע עַכ"פ הַבְּרוּר דְּאִף לְדַעַת רִשְׁבִּי"א אֵין מְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי מִשְׁתַּעְבְּדֵי מִדְּאוּרֵייתָא דְּלֹא נְכָסוּ בְּכֻלָּל עָרַב וְהוּי כְּעָרַב שְׂלֵא בְּשַׁעַת מַתָּן מְעוֹת וְכִמוֹ שְׁפַתְבַּת הַרְמַב"ם דְּלֹא סְמָךְ דְּעֵתִיךָ עֲלֵיהֶן לְגַבּוֹת מִיְתְמֵי וְנְפֻקַע שְׁעֵבוּדָן וּמִנִּיהַ דִּידִיךָ סוּבְר דְּנְכָסוּ בְּכֻלָּל הַשְּׁעֵבוּד.

ובקוּשִׁית הַרְשָׁבָ"א וְהַשֵּׁ"ף עַל הַרִי"ף וְהָרָא"ש הָא דַּא"ג מִן עֲבָדִים צָרִיף לֹאמַר כְּמוֹ"ש  
הַתְּנֻמִּים דְּהֵם סוּבְרִים דְּלַעֲנִין שְׁעֵבֹד הוּוּ כְּמַטְלְטְלִין דְּלֵא סְמְכָה דַּעְתּוֹ כְּמִבְנֵאָר רִשְׁבָּ"ם  
ב"ב (דָּף קכ"ח) וְתוֹס' יְבָמוֹת (דָּף צ"ט) הוּאִיל דִּיכּוֹל לְשַׁחֲרָרוּ וְכֵן פָּתַב הַשֵּׁ"ף (סִי  
שס"ג) וְהֵם סוּבְרִי דַּאָף מְנִי לִיפָא סְמִיכַת דַּעְתּוֹ אוּ דַּעְבָּד גְּרַע דְּלַפְעָמִים הִיכָא דַּעְבִּיד לִי  
הַעְבָּד נִיחַ נְפִשְׁיָה מְשַׁחֲרָרוּ וְאִינוּ עוֹבְרַ בַּעֲשָׂה לַמַּ"ש הַרְ"ן גִּיטִין הִיכָא דְּהוּא לְתוֹעֵלַת  
וְכַדוּמָה וְזֶה יַעֲשֶׂה לְהַכְנִיסוֹ תַּחַת כְּנָפֵי שְׁכִינָ' לִיפָא סְמִיכַת דַּעְתּוֹ וּבִש"מ ב"ק (דָּף צ"ז)  
מְשֵׁם הַמְּאִירִי הוֹסִיף עוֹד דַּאִינוּ סוּמְךָ דַּעְתּוֹ עַל עֲבָדִים הוּאִיל דִּיכּוֹל לְבָרוּחַ אוּ לְמוֹת  
וּלְפִי"ז יֵשׁ לֹאמַר דַּאָף מְנִיָּה דִּידִיָּה לִיפָא סְמִיכַת דַּעְתּוֹ עַל עֲבָדִים וְלֵא נִשְׁתַּעְבְּדוּ אִם לֵא  
בַּעֲשָׂאוֹ אֲפוֹתְקֵי אָבֵל בִּשְׁאָר מְטַלְטְלִין סוּמְךָ דַּעְתּוֹ לְגַבּוֹת מֵהַלְוָה וּכְמוֹ שֶׁכ' דַּעְתּוֹ רִשְׁבָּ"א  
הַנְּ"ל: וּמַ"מ פִּשְׁט דְּבָרֵי הַרְמ"ה נִרְאָה דַּאָף מְנִיָּה דִּידִנָ' מְטַלְטְלִין לֵאוּ בְּנֵי שְׁעֵבֹד נִינְהוּ  
וּל"א בְּהוּ דַּאִינוּן עֲרַבִין רַק מְטַעֵם חַיִּיב הַתּוֹרָה לְשַׁלֵּם מְקַרָּא וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּהּ נִנְשָׂה בּוֹ  
אוּלָּם אִם שְׁעֵבָדוֹן בְּפִירוּשׁ יֵשׁ לֹאמַר דְּמוּדָה הַרְמ"ה דְּנִכְנְסוּ בְּכֻלָּל עֲרַבָּאִין גַּם כֵּן וּכְמוֹ שֶׁכ'  
הַרְשָׁבָ"א בְּתַשׁוּבָה שָׁם וּבַח"א (סִי תְקִי"ד) וְרֵאִיתִי בְּתוּמִים (סִי ק"ד) שֶׁכ' בְּדַעְתּוֹ תְּשׁוּבָה  
הַמִּינוּחָסֶת לְרַמְבַּ"ן שֶׁהִבִּיא הַסַּמ"ע שָׁם דִּישׁ דִּין קְדִימָה בְּמַטְלְטְלִין דְּכּוֹנְנָתוֹ הִיכָא דְּפִירִשׁ  
הַמְטַלְטְלִין דַּאִם מְכָרָן אִין הַבַּעַל חוֹב גּוֹבָה עַל זֶה פָּתַב דַּאִם יִשְׁלַם בְּיַד הַלְוָה יֵשׁ בְּהֵם דִּין  
קְדִימָה וְנָתַן הַטַּעֵם דְּהָא ש"ד וְכִינּוֹן דְּפִירִשׁ סְמְכָה דַּעְתָּיָה אִם לֵא בְּמְכָרָן דְּלִית לְהוּ קְלָא  
דַּאֲל"כ מֵאִי אָמַר דְּבְּמַטְלְטְלִין אִית קְדִימָה כ"ש בְּיַד הַלְוָה וּל"א אֲלֵא לְגַבֵּי לְקוּחוֹת אוּ  
שְׁגָבָאן בַּעַל חוֹב מְאֻחָר וְטַעֲמָא מְשׁוּם דַּל"ל קְלָא כְּדַאֲמַרִּינּוּן עֲשֶׂה שׁוּרוֹ אֲפוֹתְקֵי כּו' אִי  
לֵא אִינְרִי בְּפִירוּשׁ מְטַלְטְלִין מַה זֶה הַטַּעֵם דַּל"ל קְלָא אִם כֵּן לִיגְבֵי מִיתְמִי דְּלִגְבֵי יְתְמִי אִין  
צָרִיף קְלָא וְהָא דְּלֵא גְבֵי מִיתְמִי הוּא מְשׁוּם דְּלֵא סְמְכָה דַּעְתּוֹ וְלִיפָא בְּהוּ שְׁעֵבֹד כְּלָל כְּמוֹ  
שֶׁכ' הַרְשָׁבָ"א בְּסוּף קִידוּשִׁין וַאֲ"כ בְּמַטְלְטְלִין סְתָמָא אִין הַטַּעֵם מְשׁוּם דְּלִית לֵיהּ קְלָא  
אִיף הִבִּיא רֵאִיָּה מִן אֲפוֹתְקֵי דְּשָׁם פִּירִשׁ הַמְטַלְטְלִין עֵי"ש בְּאֻרְךָ וְאִם הִיָּה בְּיַמִּי לְרֵאוֹת  
הַתְּשׁוּבָה רִשְׁבָּ"א שְׁבַח"ד הַנְּז' לֵא הִי אֹמַר כֵּן דְּשָׁם בִּיאַר הַרְשָׁבָ"א דַּעְתּוֹ דְּמְנִיָּה דְּלוֹה  
סְמְכָה דַּעְתָּיָה וְנִכְנְסִין בְּשְׁעֵבֹדוֹן מְטַעֵם דַּעֲשֶׂה לוֹ טוֹבָה וְשִׁלָּא יִקְרָאוּהוּ לְוָה רִשְׁעֵי רַק אִם  
מְכָרָן אִינוּ גּוֹבָה מְלִקוּחוֹת דְּלִית לֵיהּ קְלָא וְהוּא רַק מִתְקַנְתָּא וּמִיתוּמִים נִפְקַע הַשְּׁעֵבֹד  
הוּאִיל דְּשׁוּב לִיפָא סְמִיכַת דַּעְתּוֹ וְאִם פִּירִשׁ לֵא נִפְקַע הַשְּׁעֵבֹד וְז"ל שָׁם וְטַעֲמָא מְשׁוּם  
דְּמַעֲיָקְרָא בְּשַׁעַת מְלוּהַ אוּ בְּשַׁעַת פְּתִיבַת אַחֲרִיּוֹת סְלִיק נְפִשְׁיָה מִשְׁעֵבֹדָא דְּמַטְלְטְלֵי  
דִּיתְמִי כָּל שְׁלֵא גְלָה בְּדַעְתּוֹ שְׁדַעְתּוֹ סוּמְכַת עֲלִיהֶן כְּדַאֲמַרְוּ וְכָל שְׁגִילָה דַּעְתּוֹ מַעֲיָקְרָא  
שְׁדַעְתּוֹ סוּמְכַת עֲלִיהֶן וְכַגּוֹן שְׁרַצָּה שְׁיִשְׁעֵבֹד לוֹ הַלְוָה בְּפִירוּשׁ מְטַלְטְלִין גְּנוּבָה אָף מִן  
הִיתוּמִים דְּלִגְבֵי יְתוּמִים לֵא שְׁיָיָה תְּקַנְהַ מְשׁוּם דְּלִית לֵיהּ קְלָא דְּכַשְׁשְׁעֵבָדוֹן בְּפִירוּשׁ גְּלָה  
בְּדַעְתּוֹ שְׁדַעְתּוֹ לְגַבּוֹת מִהֶן אֲפִילוּ מִיתוּמִים דְּמְנִיָּה דִּידִיָּה לֵא צָרִיף דְּמְנִיָּה אֲפִילוּ מְגֻלִּמָּא  
דַּעַל כְּתַפְיָה וְאֲפִילוּ לֵא שְׁעֵבָדוֹן בְּפִירוּשׁ עַכ"ל מְבֹאָר לְהַדְּיָא בְּדְבָרֵי דְּמְנִיָּה הוּא מְטַעֵם  
שְׁעֵבֹד אָף בְּסִתְמָם דַּאִם לֵא כֵּן דְּלִמָּא פִּירִשׁ מְטַלְטְלִין שְׁיִהִיָּה לוֹ דִּין קְדִימָה אֲלֵא וְדַאִי דְּלוֹהַ  
לֵא צָרִיף שְׁיִפְרִשׁ וְאָף מִן הַסִּתְמָם מְנִיָּה גּוֹבָה מְצַד שְׁעֵבֹד רַק דְּפִירִשׁ מְהַנִּי שְׁגִילָה דַּעְתּוֹ  
דְּסְמְכָה דַּעְתָּי וְשִׁלָּא יִפְקַע הַשְּׁעֵבֹד אָף כְּשִׁימַת וְיִפְלוּ הַמְטַלְטְלִין קַמִּי יְתְמִי וְזֶה נְמִי כְּוֹנֵת  
רִשְׁבָּ"א שְׁבְּמִינוּחָסֶת לְרַמְבַּ"ן דַּעֲיָקַר מַה דְּלֵא סְמְכָה דַּעְתָּיָה הוּא רַק לְגַבֵּי מְטַלְטְלֵי דִּיתְמִי  
אָבֵל לֵא דְּלֵא חָל הַשְּׁעֵבֹד כְּלָל רַק דְּנִפְקַע כְּנ"ל וּמְנִיָּה חָל וְרַק נִגְדַּ לְקוּחוֹת תְּקַנּוּ שְׁלֵא  
יְטָרוּף וְנִגְדַּ מְאֻחָר לֵא אִיכְפַת לָן בְּמָה דְּלִית לִי קְלָא וְז"פ: וְרֵאִיתִי בְּנִתְיָבוֹת שָׁם (סִי



ק"ד) שכתב לפי מה דמוכח מדברי הסמ"ע (סי' ק"ז) דאף שכתב מקרקע ומטלטלי כשלא כתב בחיי ובמותי אינו גובה מירושין נראה דגם לענין קדימה לא מהני בלא אגב והמענין ברשב"א נראה מבואר דלא צריף שיכתוב בחיי ובמותי רק לגלות דעתו שסומך עליהן דלזה מועיל פשמשעבד בפירוש ובאמת בסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק ט"ז) מבואר פן להדיא לענין דין קדימה אף בעשה אפותקי ושם באורים משיג עליו מטעם שכ' (סי' ק"ד) דנלמד מהך דאפותקי דרק מטעם קול אינו גובה מלקוחות ובש"ע שם דייק וכתב אם פבר גבה דבזה הני לו דין לוקח אבל לא לכתחילה דיש דין קדימה ולא אדע מה שכ' הנתיבות.

דבאמת מבואר פן להדיא ברשב"א דלא צריף לכתוב בחיי ובמותי רק דגם אף בלא פירש כלל מבואר בזה דלא פתומים ודעת רמב"ן המנוחסת וכן דעתו בתשובת רשב"א הנז' דמניה דידיה יש בו דין קדימה.

אולם דעת הסמ"ע וכן הב"ח (סי' קי"ז) דאף במפרש אין בו דין קדימה רק אם כתב בחיי ובמותי וענין מה שכ' בהגהותי בדברי חיים למר אאמ"ו ו"ל בדיני הפקר (סי' א') בדעת רשב"א דכתב דבעל חוב גובה ממטלטלי הגר שמת אם לא הני ביד אחרים דכבר חל שעבודא דגר בפעט מיתה וכתבתי דסובר דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו רק פיון דלא הני זכות אחרים מעפכת חל אז השעבוד.

ולא נראה פן מתשובת הרשב"א הנז' רק דבאמת חל השעבוד מניה דידיה מטעם דש"ד או יש לומר כמו שכ' בחידושי סוף קידושין דכל שהוא קיים וישנו ת"י גבי מנייהו משום דשעבוד נכסיו ואף שעבוד מטלטלין נגרר אחר שעבוד הגוף וי"ל דחל השעבוד מטעם מצוה כמו שאבאר אי"ה לקמן מדברי רמ"ה דסובר דר"פ סובר שעבודא דאורייתא והנינו רק מטעם מצוה ולכך אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דיתמי לאו בני מעיבד מצוה נינהו אבל מני' ש"ד מטעם המצוה/ וכשמת נפקע השעבוד מטעם דלא סמכה דעתה עליהו והם יורשים ממילא אבל בנכסי הגר לא נפקע השעבוד.

ושם הקשתי על הרשב"א דסובר דהיכא דמפרש מטלטלי בשעבודו גובה אף מיתומים אם פן אפתי יקשה בעובדא דאיסור גיורי ב"ב (דף קמ"ט) דהנה יכול לחייב את עצמו בתליסר אלפי זוז לרב מרי בריה ולשעבד לו בפירוש ואז גובה אפילו מיתמי כמו שהוכיח מהא דעשה שורו אפותקי ומכרו והנה יכול לגבות מרבא אחר פה אף שהנה בידו והחזיק בו ומלשון תשובת רשב"א הנז' מוכח דאף בחיוב גם פן יכול לשעבד בפירוש וענין מ"ש שם [וענין נו"ב מהד"ק חח"מ (סי' כ"ה) פנראה העלים עינו הבדולח מדברי רשב"א בתשובה שהוכיח דין גדול ממה דלא התחייב לר"מ עצמו] ובהכרח צריף לומר דהיכא דזוכה מן ההפקר מיד במיתת הגר עדיף מיתומי ואינו גובה מהם דהני פמכר ממש פיון דאף מצוה ליכא על הזוכה לפרוע לא מהני אף משעבד בפירוש דאף דמראה דסומך דעת אף על מטלטלין מ"מ פיון דאף מצוה ליכא על הזוכים לפרוע אנו סהדי דליכא סמיכת דעת מה שאין פן לגבי יורשים דאף אם לא ישתעבדו מה"ד מ"מ חל עליהן מצוה לפרוע חובת המוריש לכן מהני סמיכת דעת אם משעבדן בפירוש ועוד דע"כ לא מהני כשמפרש מטלטלי בשטר ג"כ רק היכא דחזינו דחפז ומקפיד דוקא ע"ז שישעבד לו וע"ז הוציא מעותיו גלי דעתו דסומך את עצמו על זה אבל כשמשחייב את עצמו אז אף אם מפרש מטלטלין בשטר לא חזינו שום גילוי דעת מהזוכה בשעבוד

שְׂסוּמָה אֶת עֲצָמוֹ עַל זֶה בְּזָה יֵשׁ לֹמֵר דְּאִינוּ גּוֹבָה מִן מְטַלְטְלֵי דִיתְמֵי וְאִם פֶּן ל"ה לְאִיסוּר  
לְחִיב אֶת עֲצָמוֹ וּלְפָרֵשׁ בְּשֵׁטֶר גַּם מְטַלְטְלִין לְשַׁעְבּוּד דְּלֵא יִגְבֶּה רַק כְּמוֹ בַע"ח אַחֵר זֶה  
הַנְּלַע"ד פְּעַת.

וְעֵינֵי ש"מ ב"ק (דף י"א) דְּהֵבִיא מִשָּׁם ר"ת כְּשֶׁמְשַׁעְבֵּד מְטַלְטְלֵי בְּפִירוּשׁ גּוֹבָה מִיתְמֵי  
דְּהָא מִשְׁמַע שָׁם דְּנֻקָּא מְעַבְדִּים גּוֹבָה כְּשֶׁעֲשָׂאוּ אַפּוֹתְקֵי וְלֵא מִשְׁאָר מְטַלְטְלִין וְכַתְּבֵי לְתַרְזֵן  
דְּדֻנְקָא לְמֵאן דְּסוֹבֵר ש"ד אִז גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים הֵיכָא דְּמִפְרֵשׁ וְשָׁם אֲזֵלָא הַסּוֹגֵינָא כְּמֵאן  
דְּאָמַר שְׁעַבּוּדָא לֹא דְּאוֹרֵייתָא וּלְדִידֵיהָ כֹּל הֵיכָא דְּלֵא גְבִינָא מְלֻקּוּחוֹת לֵא גְבִינָא מִיּוֹרְשֵׁין  
דְּהָא הָא דְּגּוֹבָה מְלֻקּוּחוֹת הוּא מִשּׁוּם נְעִילַת דְּלַת וְכִינּוּן דְּלֵא חֲשֵׁשׁ לְתַמְנָן מְלוּהָ שְׁלוֹ פְּדֵי  
לְטָרוּף מְלֻקּוּחוֹת אִי לֵא גְבִי נְמִי מִיתְמֵי לֵיכָא נְעִילַת דְּלַת עֵי"ש וְהֵבִיא שָׁם מִשָּׁם הֶרֶב  
הַמְּאִירֵי דְּדֻנְקָא בְּאַפּוֹתְקֵי מְפּוֹרֵשׁ וּמַת גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים וְיֵשׁ לֹמֵר נְמִי דְּהוּא פֶּתַב פֶּן  
לְהַסּוֹבְרִים שֶׁל"ד אֲבָל הַסּוֹבְרֵי שְׁעַבּוּדָא דְּאוֹרֵייתָא גּוֹבָה בְּמִפְרֵשׁ אַף מִן מְטַלְטְלִין.

וּבִירוּשְׁלָמִי מִס' שְׁבוּעוֹת (פ"ו) פְּלִיגֵי רַבִּי אֲמִי וּר' מְנָא אֵילִין דְּכַתְּבִין ע"מ שְׁיֵשׁ לִי רְשׁוּת  
לְגַבּוֹת מְטַלְטְלִין אִם גְּבִי וְיֵשׁ לֹמֵר נְמִי דְּפְלִיגָא בְּזָה אִם שְׁעַבּוּדָא דְּאוֹרֵייתָא אוֹ לֵא  
וּבַפ"מ שָׁם מְפָרֵשׁ דְּכַתְּבִין לְגַבּוֹת בֵּין בְּחִזּוֹ בֵּין בְּמֹתוֹ וּכְבָר כְּתַבְתִּי לְעִיל דְּמַדְבְּרֵי  
רְשָׁב"א מְבֹנָר דְּלֵא צְרִיף רַק לְשַׁעְבֵּד בְּפִירוּשׁ לְהִרְאוֹת דְּסוּמָה דְּעַתּוֹ עָלָיו וְכֵן מִשְׁמַע  
מְדַבְּרֵי ר"ת וְכְמוֹ שֶׁכ' הַתּוֹמִים (ס' ק"ז ס"ק ג'): עוֹד נ"מ אִם בְּמְטַלְטְלִין מְנִיָּה דִידֵיהָ  
שְׁעַבּוּדָא דְּאוֹרֵייתָא אִם מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׁעַבּוּד הֵינּוּ אִם אֲמַרִינּוּ אֶלְמוּהוּ רַבְּנָן לְשַׁעְבּוּדָא  
דְּבַע"ח עַל מְטַלְטְלִין דְּהָא הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה (ס' תר"ח י') כ' דְּמַהוּ דְּאֲמַרוּ רַבְּנָן אֶלְמוּהוּ  
לְשַׁעְבּוּדֵיהָ דְּבַע"ח לֵא נְאֻמַר פֶּן בְּבַע"ח וְהֵבִיא דְּבָרֵי יְרוּשְׁלָמִי ר"פ הַמְּדִיר וְכִי אָדָם נוֹדֵר  
שְׁלֵא לְפָרוּעַ לְבַע"ח תִּפְתָּר כְּמֵאן דְּאָמַר מְזוֹנוֹת דְּרַבְּנָן וּמְמַנָּה אַתָּה לְמַד לְדִידֵין דְּקִי"ל  
שְׁעַבּוּד' דְּאוֹרֵייתָא גּוֹבָה אַף מְקַדְּוֶשֶׁת הַגּוֹף וְקוֹנָם דְּהו"ל כְּקַדְּוֶשֶׁת הַגּוֹף אִינוּ מְפָקִיעַ מִיַּדִּי  
שְׁעַבּוּד עֵי"ש וְאִם פֶּן לְכַאוּרָה גַּם בְּמְטַלְטְלִין אִם מְשַׁתְּעַבְדֵי מְדְּאוֹרֵייתָא אִינוּ מְפָקִיעַ  
מְשַׁתְּעַבּוּד אַף ע"י קוֹנָם וְאִם לֵא מְשַׁתְּעַבְדֵי מְדְּאוֹרֵייתָא קוֹנָם מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׁעַבּוּד.

וְרֵאִיתִי בְּתוֹמִים סוּף (ס' קי"ז) דְּכַתְּבֵי בְּמְטַלְטְלִין וְלֵא שְׁעַבְדָּם בְּשֵׁטֶר יְכוּל לְאַסְרוֹן דְּלֵיכָא  
שְׁעַבּוּד תּוֹרָה וּמְצִי לְמַכְרֵן וּדִיתְמֵי לֵא מְשַׁתְּעַבְדֵי אִם פֶּן לֵיכָא שְׁעַבּוּד עַל הַנְּכֻסִים רַק עַל  
קַרְקֶפֶת דְּגַבְרֵי אֲבָל עַל הַחֲפָצִים לֵיכָא שְׁעַבּוּד וְחַל הַקּוֹנָם דְּבְּמְטַלְטְלִין לֵא שְׁיֵיף שְׁעַבּוּדָא  
דְּאוֹרֵייתָא'.

וְלְכַאוּרָה דְּבָרֵי תְמוּהִין הָא לְדַעַת רְשָׁב"א מְטַלְטְלִין גַּם פֶּן מְשַׁתְּעַבְדֵי מְדְּאוֹרֵייתָא וּמְנִיָּה  
דִידֵיהָ שְׁיֵיף לְגַבּוֹת בְּתוֹרַת שְׁעַבּוּד וְשְׁיֵיף לֹמֵר אֶלְמוּהוּ. בְּרַם הַדְּבָרִים נְכוּנִים פִּינּוּ דַעַכ"פ  
לְגַבּוֹת מִיתְמֵי וּמְלֻקּוּחוֹת לֵא מְהִנִּי מַה דְּמֵן הַתּוֹרָה מְשַׁתְּעַבְדֵי הוּאִיל דְּלֵא סְמַכָּה דְּעַתּוֹ  
וְכִינּוּן דְּאִם מְכָרָן אִינוּ גּוֹבָה שׁוּב גַּם קְדוּשַׁת הַגּוֹף גַּם פֶּן מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׁעַבּוּד וְאַף קְדוּשַׁת  
דְּמִים מְבֹנָר שָׁם דַּעַת רְשָׁב"א דְּמְלֻנָּה עַל פֶּה אִינוּ גּוֹבָה מִן הַהַקְדָּשׁ רַק אִם יֵשׁ בַּשֵּׁט"ח  
מִטַּאגְמ"ק וְכְמוֹ עֲשֵׂה שׁוּרוֹ אַפּוֹתְקֵי וּמְכָרוּ אִין בַּע"ח גּוֹבָה וְהַה"ד מְתַנָּה שְׁהוּא כְּמַכָּר וְכֵן  
בְּהַקְדָּשׁ עֵי"ש וְדַלָּא כְּמוֹ שֶׁכ' תוּס' עִירוּכִין (דף כ"ג) הָרִי אַף דְּדַעַת רְשָׁב"א דְּגַם  
מְטַלְטְלִין מְשַׁתְּעַבְדֵי מְדְּאוֹרֵייתָא מ"מ כְּמוֹ דְּאִם מְכָרָן דְּאִינוּ גּוֹבָה כ"כ אִם הַקְדִישָׁן ה"ז  
דְּלֵא שְׁעַבְדָּן מִטַּאגְמ"ק אִינוּ גּוֹבָה וּמְפָקִיעַ גַּם קְדוּשַׁת הַגּוֹף כְּקוֹנָם מִיַּדִּי שְׁעַבּוּד וּמְבֹנָר  
עוֹד שָׁם לְהַמְעִינּוּן כְּדְּבָרֵי רְשָׁב"א דְּאִם אִם שְׁעַבְדָּן מְפּוֹרֵשׁ בְּשֵׁטֶר דְּאִז גּוֹבָה מִיתְמֵי פִינּוּ

דמ"מ אינו גובה מלקוחות אינו גובה מן ההקדש גם כן וכן קדושת הגוף מרקיע מידי שעבוד רק אם הקנה בפירוש בקנין מטאגמ"ק דאז גובה גם מלקוחות אז אינו מפקיע מידי שעבוד ואלמוה וזה שלא פדברי התנאים דכתב דוקא אם לא שעבדו בשטר יכול לאסרו ולהג"ל מוכרח דאף אם שעבדו בפירוש דגובה מיתמי מ"מ פינו דאינו גובה מלקוחות לא אלמוהו חכמים לשעבדו דלא יפקיע מידי שעבוד רק אם הקנהו במטאגמ"ק דאז משמעדי ממש לגבות מלקוחות וז"ב ודלא פתנאים בזה: והנה הא דכתב הרמ"ה דר"פ סבירא ליה שעבדא דאורייתא ומדין ערב הוא דאית ליה ודוקא קרע אבל מטלטליו הוי פערב שלא בשעת מתן מעות.

נראה דלדידה הה"ד דאקני לא שייך ביה לומר שעבדא דאורייתא וכבר נחלקו בזה התנאים (סי' ק"ד) והקצוה"ח דדעת התנאים דכיון שתייב לחבירו בעת הקנין חל השעבוד ודומה למה שפיתבו תוס' מס' בכורות (דף מ"ט) באם חייב בפדיון דתיכף שקנה חל השעבוד פינו דחייב בפדיון והקצוה"ח פתב דאינו דומה לפדיון דכל שעמא ושעמא רכיב עלה חייבא והוי ליה כהלוה וחסור והלוה מה שאין פו בחוב לא נתחייב רק משעה שלקח המעות ועיין בקצוה"ח (סי' קי"ב) שכתב דדוקא נכסים שהיו בשעת הלואה אינון ערבין ונכסים שבאו לאחר הלואה לא נתערבו כלל וזה מבואר מדברי הרמ"ה דהוי ליה פערבאין שלא בשעת מתן מעות [ועיין מה שכתבתי בהגהה בד"ח דיני ג"ח (סי' ט"ז) מדברי ריטב"א קדושין (דף י"ג) בבבאור הסמ"ע (סי' קי"ב ס"ק א')] אף יש לומר דהא אף דכתב הרמ"ה דלר"פ מטעם ערבאין חשיב ש"ד שם לעיל (דף קע"ד) בהא דסבירא ליה לר"פ דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דיתמי לאו בני מעבד מצוה ניהו פתב אע"ג דשמעיון לר"פ דאמר אפילו במלוה על פה שעבדא דאורייתא קסבר ר"פ דהיא גופא משום מצוה הוא ויתמי לאו בני מעבד מצוה ניהו עד דגדלי ור"ה בריה דר"י סבר לאו משום מצוה בלחוד הוא משמעבד אלא ממילא הוא דמשמעבד נכסי לנה למלוה עכ"ל הרי דסבירא לי דלר"פ עיקר דנשמעבדו נכסי לנה למלוה הוא משום מצוה ואם כן יש לומר דאף דאקני היינו נכסים שקנה הלנה אחר הלואה גם כן נשמעבדו מטעם מצוה ומצות פריעת בע"ח בכל יומא רכיב ורק על מטלטליו דלא סמכה דעמיה עליהו הוי ליה פערב שלא בשעת מתן מעות.

אולם יש להבין אם מטעם מצוה הוא דחל השעבוד פינו דמת פקע המצוה נאמר דלא אישמעבדו שוב הנכסים ואם נאמר פינו דכבר חל תו לא פקע אם כן מאי איכפת לן דהיתומי הם קטנים או גדולים ועל פרוץ צריף לומר דסובר נדאי כל זמן דאישמעבד הגוף לקנים המצוה אישמעבדו הנכסים וכשמת נעשה חפשי מן המצות נפקע השעבוד מנכסים גם כן רק פינו דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן נשאר השעבוד על הנכסים גם כן וס"ל להרמ"ה דאם נשאר נכסים מאביהו הוי מצוה מה"ת לפרוע חובת אביהו וכן מבואר דעת הראב"ד בבעה"ת סוף שער (ס"א) דכמו דמצוה על היורש לפרוע חוב של עצמו כן המצוה לפרוע חובת אביהו ועל שניהם מצוה מן התורה עיי"ש ולכך נזקקין למיחת לנכסי גם כן דחל השעבוד מטעם מצוה וביתומים קטנים דליכא מצוה וכיון דנפקע המצוה מהמלוה נפקע השעבוד נכסי גם כן ועיין ר"ן פתובות פ' הפותב ובתנאים (סי' ס"ו ס"ק מ"ג) ובשאר אחרונים דכתבו דיש שעבוד הגוף על היתומים גם כן לפרוע חובת אביהו דאם ליכא שעבוד הגוף ליכא שעבוד נכסי ור"ה בריה דר"י סובר

דממילא הוא דמשמעבד נכסי דלנה למלנה ותינו דס"ל אף דנפקע השעבוד הגוף וליכא אף מצנה על יתומים קטנים מ"מ על זה נשתעבדו הנכסים בתורת ערב וכמו שכ' הקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק כ"ו).

ועיין בבעה"ת שער (י"ד) דכתב גם כן דר"פ דאמר פריעת בעל חוב מצנה אגזיל לטעמיה דשעבודא דאורייתא ועיי"ש בג"ת דס"ל לפשיטת הרי"ף וקרא"ש דר"פ סבירא ליה שעבודא דאורייתא ומה שהקשה שם מש"ס דעירוכין אינו מוכן כלל דר"פ גופה מודה דמלנה על פה גובה מיורשים אבל רק בגדולים דאז שייך בהו גם כן פריעת בעל חוב מצנה מה שאין כן בקטנים.

ועיין בעל העיטור אות ערב דכתב ובמלנה בשטר פליגי ואפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא ה"מ בגדולים אבל בקטנים לא רמא שעבודא עיי"ש דמבואר גם כן דסברת ר"פ דאין נזקקין משום דליכא מצנה ליכא שעבודא: וכן נראה דהוא שיטת הרי"ף ורא"ש דעיקר ה"א דשעבודא דאורייתא הוא מטעם מצנה ועוד יותר מזה סבירא ליה דאף לר"ה בריה דר"י דסובר דנזקקין ליתומים קטנים היכא דליכא חשש פירעון וצירי הוא דס"ל דיתמי בני מעבד מצנה ניהו שפן כתב הרי"ף ב"ב שם להדיא וכן כתב הרשב"ם שם דיתמי בני מעבד מצנה ניהו פדאמרין בערכין יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו עיי"ש ברשב"ם ורי"ף וכן הב"י (סי' ק"ח) כתב דר"ה סובר מצנה על היתומים לפרוע חובת אביהו אלא דחיישינן לצירי וכן בדרישה (סי' ק"ז) כולם כתבו דמצנה יש כאן לר"ה בריה דר"י וע"כ אף דקטנים לאו בני מעבד מצנה ניהו היינו מצנה שהוא חובת הגוף אבל לפרוע חובת אביהו דחל שעבוד אביהו בחיו על נכסיו מטעם המצנה הוי כגזילה דמצונו להפרישן מאיסורא.

שוב ראיתי בחקרי לב או"ח (סי' ע"ד) שכתב כן באנרף בדעת הרי"ף דר"פ סבירא ליה שעבודא דאורייתא מצד מצנה ור"ה בריה דר"י סבירא ליה דיתמי בני מעבד מצנה הן יתמה שם על הריב"ש (סי' תפ"ד) שכתב אף דרי"ף פוסק ש"ד הביא שרק הפותב להא דר"פ דפבע"ח מצנה דעכ"פ מצנה איכא ולר"פ ליכא שעבודא הא לשיטת הרי"ף גם ר"פ ס"ל שעבודא דאורייתא עיי"ש בדבריו באנרף ובמה שיש לישב כל קושיותיו שם דנדאי לכ"ע לא יעלה על הדעת דיתומים קטנים בני מעבד מצנה ניהו רק לגבי נכסים שירשו מן אביהו בזה אמרו יתמי דאכלי דלאו דידהו כו' אבל לגבי עצמן נדאי לאו בני מעבד מצנה ניהו וגם באמת הדברים רחוקים בסברא לומר דקטנים בני מעבד מצנה ניהו ועיקר הסברא יש לומר כמו שכתבתי דר"פ סובר דהיכא דליכא מצנה ליכא שעבוד נכסי ור"ה בריה דר"י סובר דכיון דכבר חל השעבוד אף דליכא שעבוד הגוף מ"מ לא נפקע השעבוד נכסי וכמו שכ' הרמ"ה דממילא אשתעבדו נכסי וכתומים כיון בזה מדעתו לדעת הרמ"ה ובע"ה ובע"ה ת"ד דר"פ סובר שעבודא דאורייתא הוא מטעם מצנה כיון דאם לא רצה כופין ונכסיה אינון ערבאין וקטנים דלאו בני מעבד מצנה ואי אפשר לגבות מבעל דבר גם מערב אין גובין והכריח כן לדעת הסוברים לחלק בין מלנה הפתובה בתורה למלנה אם כן לוקמי במס' ערכין הקדושים במלנה הפתובה בתורה אלא נדאי דר"פ סובר דעיקר השעבוד הוא מטעם מצנה ודבר אמת בפיו לכיון לדעת הראשונים הנ"ל: אף קשה אם נאמר כן דהיכא דליכא מצנה אינו גובה אף אם שעבודא דאורייתא

אם כן בגר שמת והנכסים הם הפקר ומבואר בתוספת' פ' מי שהיה נשוי דכתובה ובע"ח גובה מן האחרון ובתשובת רש"ב"א וכן פסקינו בש"ע (סי' רה"ע) דאף ממטלטלין גובה מדקתני ובזוזו מטלטלי משמע ועכ"פ מקרקע ודאי גובה לכ"ע הרי אף דמת וליכא שום מצוה ובכ"ז גובין בשלמא לר"ה בר"ה דר"י י"ל הואיל דממילא חל השעבוד משעה שהלנה לא נפקע השעבוד במיתתו ואף דליכא שעבוד הגוף לא פקע השעבוד נכסי דע"ד זה נעשו הנכסי אחראין וערבאין וכמ"ש הקצוה"ח הנ"ל אבל לר"פ דסובר דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים הואיל דליכא מצוה אם כן למה יגבה מהזוכה מנכסי הגר שמת דנדאי ליכא מצוה ולוחק לומר דזה מדרבנן דאיה מצונו תקנה זו.

ואולי יש לומר דתוספתא אתיא אליבא דר"מ ולדידיה ילפינן דש"ד מקרא וכמו שפכתב הרמ"ה ואף מטלטלין משמעדי וסובר דלא לכו דלכתובה רק הה"ד לבעל חוב ודלא כמו שכ' תוס' פתובות (דף פ"א) והרשב"א (סי' רנ"ב) ובמיוחסת (סי' ס"ט) דלא רצו לאוקמי הך תוספתא אליבא דר"מ מטעם דקתני בע"ח וס"ל דר"מ מודה דמטלטלי דיתמי לא משמעדי לבעל חוב.

ולפי זה פיון דפסקינו כהך תוספתא וגובה מן הזוכה בנכסי הגר ע"כ דלאו מטעם מצוה הוא שעבודא דאורייתא וגם ע"כ לא מטעם דיתמי בני מעבד מצוה ניהו פסקינו דנזקקין רק פיון דממילא נשתעבדו הנכסים גובין מהן אחר כף אף במקום דליכא מצוה.

וכן ממה דגובה הבעל חוב מן הלקוחות אף אחר מיתת הלנה אף דליכא שום מצוה עליהן לפרוע חזינו דאף דהתחלת השיעבוד אם הוא בשביל מצוה מ"מ כשמת לא נפקע השעבוד וע"כ צריך לומר לשיטת הנה הסוברים דר"פ סובר שעבודא דאורייתא מטעם מצוה וליתומים קטנים אין נזקקין הואיל דליכא מצוה ואף על פי כן גובה מן לקוחות שהוא רק מתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוי וזה דוחק גדול דהא אם סובר דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים כלל ע"כ דלא חיישי למיתת הלנה ולמה נגד לקוחו חיישי וצריך לדחוק דמיתמי יגבה עכ"פ אחר שיגדלו וליכא כ"כ נע"ד מה שאין כן אם נאמר שלא יגבה מלקוחות אחר מיתת הלנה לעולם לא יגבה: ויש להבין דאם נאמר דנכסיו אשתעבדו מטעם מצוה אם כן בכל עניני מצוה שחייבא רמיה עליו לתת מן ממונו נאמר גם כן דאשתעבדו נכסיו לזה.

ולא כן מצונו דהא הנשבע לתת לחבירו ומת לכ"ע פטור כמבואר בתשובת רש"ב"א המובא ב"י (סי' רנ"ב) ובקצוה"ח (סי' ר"צ) האריך לקיים פסק הב"י המובא בתשובת רמ"א בנודר ומת דחייבין היורשים לקיים נדרו פיון דמצות צדקה יש בו משום שעבוד נכסיו וה"ד בנודר דכתיב בפיה זו צדקה אית ביה נמי שעבוד ולא גרע משאר חוב דשעבודא דאורייתא ורמי אנכסים כמו פה"ב ועולת יולדת והוי עוד מלנה הכתובה בתורה וה"ד בנדר דכתיב בפיה ונדרשינן מניה זו צדקה אשתעבדו הנכסים וסחיבין היורשים לשלם מנכסי אביהן מה שאין כן שבועה דאינו אלא משום בל יחל דברו ואינו מדבר במצוה שבממון אלא להרע או להטיב ודאי אין בו אלא איסור בל יחל ונכסוהי לא אשתעבד לקיים השבועה ומשו"ה יורשין פטורין אבל בפיה זו צדקה דבמצוה שבממון הפתוב מדבר הוי ליה כמו שאר מצות דנכסוהי אשתעבד.

ולכאורה אף דדרשו בפייה זו צדקה מ"מ כלל הפסוק דכ' מוצא שפתייה תשמור הוא עשה לקיים כל מה שקבלנו על נפשינו במלת שבועה ונדר וצדקה וקרפן וכמו שכתב הרמב"ם במנן המצות (סי' צ"ד) ואף לדעת הרמב"ן שם דזה לא קאי על מה שחייב בו אדם את עצמו רק החיוב או צדקה דרשינן אכל מה שחייב אדם את עצמו מדברי רשות שקראו חכמים בטוי אינו נכנס בכלל מצות הפתוב הזה רק מלאסר איקר על נפשו מ"מ פיון דכתיב בתורה ורמי עליו העשה לקיים למה לא אשתעבדו נכסיו ולמה לא הוי כמו מלנה הפתובה בתורה דנאמר דע"ז נשתעבדו נכסיו ובפרט למה שכתבו תוס' קידושין (דף י"ג) דמה דמצד הסברא החיצונה אינו מחויב רק מדכתיב בתורה הוי מלנה הפתובה בתורה וככתובה בשטר דמי נימא פשנשבע לעשות וליתן לחבירו דהוי מלנה הפתובה בתורה ואף דיש לומר הואיל דישנו בשאלה לא אשתעבד נכסי זה אינו דהא מצינו בחייבי ערכין ונדרי צדקה דהוי מלנה הפתובה בתורה אף דישנו בשאלה והתרת חכם ע"י פתח או חרטה: וראיתי בריטב"א גיטין ר"פ הגזקין שהביא שם משם הירושלמי דהקדש סתם לאו כמלנה הפתובה בתורה הוא להיות כמלנה בשטר דהא אינה פתובה בתורה ביחוד כגזקין דאע"ג דכתיב בתורה מוצ' שפתייה תשמור זה דרף כלל עיי"ש אם כן יש לומר דוקא צדקה הוי ככתובה בשטר דדרשינן בפייה זו צדקה מה שאין כן שבועה אף דכתיב מוצא שפתייה תשמור זה דרף כלל.

אולם אם כן אף הקדש בנדק הבית דדן שם הריטב"א דל"ה ככתובה בתורה פיון דכתיב רק דרף כלל מוצא שפתייה תשמור הא כמו דדרשינן בפייה זו צדקה כמו כן דרשינן שם מס' ר"ה (דף ו') אשר דברת אלו קדשי בנדק הבית.

אלא פיון דלא כתיב להדיא ביחוד כמו גזקין לא הוי ככתוב בתורה אם כן נדר צדקה גם כן לא הוי כתובה בתורה. אולם אף דלא הוי ככתובה בתורה והוי רק כמלנה על פה מ"מ יש לומר דאשתעבדו נכסיו לקיום הנדר ונימא כמו כן דאשתעבדו הנכסים לקיום השבועה.

ובפרט להנה פוסקים עיקר הא דשעבוד דאורייתא הוא דאשתעבדו נכסיו לקיום המצנה מ"ש נדר מ"ש שבועה ואף דליכא מצנה שבממון ורק חיובו דסיבב לעצמו גרם לו ששבע מ"מ אחר שנשבע פיון דמצנה לקיים שבועתו נימא דאשתעבדו נכסיו ויגבה אף מן הירושלים.

ובהכרח צריך לומר דשאני נדרים ושבועות פיון דבא רק על ידי דיבור פיו ובידו לאתשולי עלייהו אין כאן שעבוד נכסים כלל אף למאן דאמר שעבודא דאורייתא וא"ד לחייבי ערכין וחרמין ד יכול גם כן לאשולי עליה דיש שאלה בהקדש ואפ"ה למ"ד שעבודא דאורייתא חייבין הירושין ליתן דשם אף אם מלנה הפתוב בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא היינו למ"ד שעבודא לא דאורייתא אבל אי שעבודא דאורייתא עכ"פ אשתעבדו נכסי כמו שאר מלנה על פה פיון דמפורש להדיא בתורה לחייבו משא"כ נדר לעניים או שבועה דאינו מפורש להדיא בתורה אף דיש בו מצנה דרף כלל מ"מ פיון דאיתנייהו בשאלה לא אשתעבדו נכסיו ואמי שפיר דברי הרמ"ה לדמות נדר לצדקה לעניים לשבועה: וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים יו"ד (סי' מ"ז) בהא דכ' הרמ"א ח"מ (סי' פ"ז סל"ד) בתובע לחבירו שנתן לו ת"כ לתת לו מתנה והוא כופר אינו חייב

לישבע לפי ששבועה אינו עושה קנין ובקצוה"ח שם הקשה הא ריבית קצוצה גם פן אין הב"ד יורדין לנכסיו ואפ"ה אם תובעו לקחת ממנו ריבית חייב לישבע וכן על מציאת חשוק"מ נמי נשבעין וכן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ליכא אלא מצוה ואפ"ה חייב לישבע וכ' פיון דקשמת לא חל על ידישבועתו ות"ב החיוב לתת להיורשין דלא חל ע"ז ירושה אם פן אינו דומה דבר ריבית אף דאין יורדין לנכסיו וליכא שעבוד נכסים פיון דגלי קרא ולדידיה אזהיר וקא לבריה ע"כ דליכא עליו שעבוד נכסים מ"מ החיוב רמי עליו לפרוע מטעם דנטל ממון חבירו וחיוב להחזיר לו או ליורשיו וכמבואר ברבך"ז בתשובה דחייב להחזיר אף ליורשי הלנה וכן מציאת חשוק"מ או למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מ"מ, נשתעבד גופו לשלם לו או ליורשיו משא"כ בנתן ת"כ או שישבע דלא אשתעבד אף גופו רק לקיים המצוה מצד שבועתו וכשמת המקבל אינו חייב לשלם ליורשיו.

וגם באם הנותן לא רצה לקיים שבועתו והמקבל תפס ממנו יש לומר גם פן דמוציאין מיד המקבל דאין לו חלק במעותיו רק מוטל מצד השבועה על הנותן לקיים המצוה וכ"ז שא"ר הממון שביד התופס הוא פגול ואף מוציאין מיד התופס שלא יעבור על לא תגזול וכמו שפכת הנתיבות (סי' ק"ז) לגבי מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן.

משא"כ ברביית אף דלא נחתינן לנכסיו מ"מ תפיסתו מהני ואין מוציאין מידו וכן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף להסוברים דלא נחתינן לנכסיו מ"מ ודאי אם תופס פדי חובו אין מוציאין מידו ולכך הוי פפירת ממון וחיוב לישבע על פפירתו מה שאין פן בנתן ת"כ או נשבע דלא מהני תפיסתו וגם אינו ממון להוריש לבניו ולכך ל"ח פפירת ממון עכ"ד שם ועיינן מה שפכתתי עוד בזה בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ב') מזה.

אף בכ"ז לדין דקיי"ל שעבודא דאורייתא ואשתעבדו הנכסים מטעם מצוה פנ"ל למה לא אשתעבדו גם פן בנשבע ונדר וע"כ צריך לומר פיון דליכא מלוה הפתובה בתורה ורק חיובא עליו רמיא ואיתגנייהו בשאלה ליכא שעבוד נכסים ואף בנשבע לטובת חבירו ליתא בשאלה מ"מ אם עבר ואיתשל חל ההפדה לדעת ר"ת לכך לא אשתעבדו הנכסים: וראיתי בכנה"ג (סי' רי"ב) בהגהות ב"י (אות כ"ט) שהביא משם גדול אחד בהא דכתב הרמב"ם בשכ"מ שאמר פירות דקל זה לעניים ומת דצריכין היורשים לקיים נדרו והקשה הב"י פיון דאינו אלא משום נדר אמאי חייבין היורשין וכתב דבגדר לצדקה חל עליו הנדר וב"ד יורדין לנכסיו פשיבא לעולם בע"כ וכינון שפן פשמת המקדיש נכסים היו משועבדים לזה ההקדש ונפרעים מהיורשים.

ולמ"ש לא אשתעבדו הנכסים וגם בלא"ה יפה כ' בזה הקצוה"ח פיון דהוי ליה דבר שלא בא לעולם ואין הנדר אלא על קרקפתא דגברי פשיבואו הפירות לעולם חייב לקיים נדרו אבל מהשתא לית ביה שעבוד נכסי פיון דהוי ליה דבר שלא בא לעולם ולא חייב אלא פשיבא לעולם.

וגם אז פשיבא לעולם גם פן ליכא אחריות נכסים ע"ז רק על קיום המצוה וכשמת פקע חיובו. וראיתי למי שפכת דנה דומה להא דבכורות (דף מ"ח) במת האב תוף למד יום דלא חל החיוב ולא אשתעבד נכסי ואם פן פיון דהרמב"ם הל' בפורים פכת דאף במת תוף למד יום אשתעבד נכסיה ה"נ פן.

ונזה אינו פלום דשם ע"כ צריף לומר כמו שכתב הר"י קורקוס דאחר למד יום איגלאי מילתא למפרע דהיה בר קנימא ונתחייבו נכסים. וגם שם ל"ה דבר שלא בא לעולם דלא הוי רק מחוסר זמן מה שאין כן באומר פירות דקל זה לעניים דליכא בעולם כלל וגם כל נכסיו לא אשתעבדו לזה רק חיוב אקרקפתא דגברא רמיא פשיבאו לעולם שימן הפירות ודאי פשמת פקע חיובו ושפיר כתב הב"י דלא חל על היורשים נדר מורישם: סי' ג הגם אם שעבודא לאו דאורייתא מבואר ברמב"ן סוף מס' ב"ב ובריטב"א קידושין (דף י"ג) דמ"מ נחתינו לנכסיו פיון דפריעת בעל חוב מצנה מה"ת וכופין על מ"ע אף אנו יורדין לנכסיו ומקימין מ"ע ש"ל בע"כ ובריטב"א הוסיף דעד שאתה פוהו בגופו פוהו בממונו פיון דמצנה דמזון הוא וכ"כ הר"ן מס' פתובות וכן מבואר בהרא"ה שם (דף פ"ו) דגם לרב פהנא פשיטא ליה דאפילו לר"פ נחתינו ליה לנכסים רק דקאמר מ"ט פיון דליכא אלא מצנה אמאי נחתינו וקאמר בדין הוא דאיכא למכפיה בגופו ומיהו עד שאתה פוהו בגופו פוהו בממונו ועיי"ש בש"מ משם רש"י מהד"ק גם כן פן ושם פתב עוד דמסתמא לא יחלוק ר"פ על מה ששנינו המלנה את חבירו בשטר גובה מנכסים ב"ח ובכמה מקומות אמרינו דנחתינו לנכסיו.

אולם בבעה"ת שער (ס"א ח"ב) הביא שם דברי ראב"ד דכתב לחלוק על הרי"ף וסובר דר"פ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא דהא אמר פרבע"ח מצנה ואי אמר ל"נ לי למעבד מצנה אלקויי דמלקינו ליה עד דעביד ליה למצנה אבל למיחת לנכסיה לא נחתינו וכן משמע מדברי רשב"א מובא בטור (סי' רע"ח) שכתב ע"ד הר"י הלוי דאין היורש יכול לסלק מירושתו ושללא לפרוע בע"ח דאביהו אלא כופין אותו לטפל ולמכור וכתב הרשב"א אפשר שלא אמר אלא לר"פ דאמר פריעת בעל חוב מצנה וכופין אותו בשוטים פי אמר לא בעינא למיעבד מצנה אבל לדין אין כופין בשוטים אלא בהורדת נכסים משמע מדבריו דלר"פ לא נחתינו לנכסיו.

הן אמת דקשה להבין אם נאמר דלר"פ לא נחתינו לנכסיו רק כופין אותו בשוטים לקיים המצנה ובשביל זה אינו יכול לסלק עצמו מן הנכסים רק כופין לטפל בדבר ולמכור מי יחלוק ע"ז האי אף אם נאמר ש"ד היינו דנתוסף עוד שיעבוד על הנכסים ויכולין הב"ד לגבות מנכסיו אף שלא בפניו אבל מ"מ אם הוא לפנינו ודאי דחיבו דגופו שחיב לשלם לא נפקע: וראיתי שם בדרישה דכתב כן להדיא דלר"ה דחיוב פריעת חוב מוטל על הנכסים אין מפין אותו אלא מורדין אותו לנכסיו ולדין דקיי"ל דאינו משום מצנה אלא החיוב מוטל על נכסיו דש"ד נ"מ קולא דאין הטופול מוטל על גופו כ"א על נכסיו ובהורדת נכסיו סגי והדברים אינם מובנים הכי מאן דס"ל שעבודא דאורייתא יאמר דליכא מצנה ונאמר בזה לקולא דאין הטופול מוטל על גופו ובריב"ש (סי' תפ"ד) דפריעת בע"ח לאו מצנה לחוד הוא וב"ד יורדין לנכסיו מדינא אבל לכ"ע מצנה איכא ואי אמר ל"ב למיעבד מצנה ואי אפשר לב"ד לירד לנכסיו בודאי מפין אותו עד שתמצא נפשו ולכן הביא הרי"ף פ' הפותב להא דר"פ עיי"ש ואם כן אם הדין הוא לר"פ דמטעם מצנה הטופול הוא עליו כמו כן הדין אף אם שעבודא דאורייתא היכא דאין המלנה רוצה במיחת לנכסיו רק שישלם לו במעות.



וְרֵאִיתִי בַכְּנֵה"ג (סי' ק"ז) שְׁתַּמָּה בְּזֶה עַל הַרְשָׁב"א דְּכָל הַפּוֹסְקִים פְּסָקוּ דְּפָרִיעַת בְּעַל חוֹב מְצָנָה וְכוּפִין בְּשׁוּטִים. אוּלַם בְּיָאוּר דְּבָרֵי רִשְׁבִּי"א מְפֹנְרִשִׁים דְּבָרֵי ב"ש"מ ב"ב (דף קכ"ד) וְנ"ל וְנֶאֱמַר תַּמָּה מִנִּינָן לוֹ וְכִי כּוֹפִין בְּשׁוּטִים לְמִי שְׂאִינוּ רוֹצֵה לְטַפֵּל בְּנִכְסֵי לְפָרֹעַ אֲלָא אִם רָצָה אוֹמֵר לַב"ד אֵינִי מְטַפֵּל שׁוּמוּ לוֹ וְהוֹרִידוּהוּ כ"ז שְׁתַּרְצוּ לְדִינָן דַּש"ד וְאֶפְשָׁר לַר"ה בְּרִיָּה דַר"י [וְהוּא ט"ס כְּמוֹ שֶׁכַּת' הַדְרִישָׁה וְצ"ל ר"פ] דְּאָמַר פְּרִיעַת בְּעַל חוֹב מְצָנָה שְׁכוּפִין אוֹתוֹ כְּשֹׂאוֹמֵר לֹא בְּעֵינָא לְמִיעֵבַד מְצָנָה אֲבָל לְדִינָן אֵין כּוֹפִין בְּשׁוּטִים אֲלָא בְּהוֹרְדָה לְנִכְסִים עַכ"ל וְהֵינֵנו דְּדַעַת הַרְשָׁב"א דְּאֵי שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי כָּלֵל רַק כּוֹפִין בְּשׁוּטִים אֲבָל שְׁלֹא בְּרָצוֹן הַלְוָה לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי וְלָכֵן פֶּתַח הַר"י הַלְוִי דְּעַל חֵלֶק הַפְּשׁוּט אֵינוּ יָכוֹל לְסַלֵּק עֲצָמוֹ מִן הַטְּיָפוּל דְּהֵינֵנו שְׂיֵאמַר שְׂאִינוּ יוֹרֵשׁ וְאִם כֵּן לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי רַק כּוֹפִין אוֹתוֹ אוֹ לְמַפְּוֹר כְּשִׁירְצוֹ אוֹ לְשִׁנְמוֹן שְׁהוּא בְּמָקוֹם הַמּוֹרִישׁ אֲבָל וְדֵאֵי מוֹדָה דְּאֵינוּ מוּטָל עַל הַלְוָה לְטַפֵּל וְלְמַפְּוֹר רַק כּוֹפִין אוֹתוֹ שְׂיִוְרִידוּהוּ לְנִכְסֵי וְנָה אִם שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא אֲבָל אִם שְׁעֵבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא לִיכָא נ"מ דְּגַם בְּלַעֲדֵי רָצוֹנוֹ וְכֵן רָצוֹן הַיּוֹרֵשׁ הַב"ד מוֹרִידִין לְהַבְּעַל חוֹב לְנִכְסֵי.

אֲבָל וְדֵאֵי אִם הוּא מְבָרִיחַ הַנִּכְסִים וּמְטַמְּינָם וְדֵאֵי אִם אֵין בְּכַח ב"ד לְהוֹרִידֵם לְנִכְסִים כּוֹפִין אוֹתוֹ בְּשׁוּטִים אַף אִם שְׁעֵבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא לְמַעַן יִקְיִים הַמְצָנָה רַק אִם בְּפִנְיֵנו הַנִּכְסִים וְאֵינוּ רוֹצֵה לְהוֹרִיד לְהַמְלִיחָה אוֹ לְמַפְּוֹר וְלְהַגְבּוֹתוֹ בְּזֶה אִם שְׁעֵבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא הַב"ד מוֹרִידִין אוֹתוֹ לְגַבּוֹת מִן הַנִּכְסִים וְאַף אִם אֵינוּ לְפִנְיֵנו.

וְאִם שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי רַק כּוֹפִין בְּשׁוּטִים שְׂיִגְבְּהוּ וִיקְיִים הַמְצָנָה עַכ"פ מְבֹנָר מְדַבְּרֵי רִשְׁבִּי"א דְּאֵי שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי: וְכֵן מְבֹנָר בְּתוֹשִׁבַת רִשְׁבִּי"א (ח"ג סי' נ"ו) דְּאֵין הַב"ד יוֹרְדִין לְנִכְסֵי וְכֵן כ' (ח"ד סי' קנ"ב) אַף קוֹשֶׁה הָא קַתְנִי בְּמַתְנִיתִין הַמְלִיחָה אֶת חֲבִירוֹ בְּשִׁטְר גּוֹבָה מְנִכְסִים מְשׁוּעָפְדִים עַל יְדֵי עֲדִים גּוֹבִין מְנִכְסִים בְּנֵי חוֹרִין וּמְשַׁמַּע דְּבַחַד גּוֹנָן' הוּא הַגְּבִיָּה כְּמוֹ שְׁעַל יְדֵי שִׁטְר גּוֹבִין מְשׁוּעָפְדִים אַף בַּע"כ וְאַף אִם אֵין רוֹצֵה נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי וְכְמוֹ שֶׁכ' ב"ש"מ כְּתוּבוֹת הַנּוֹ' אִם כֵּן לְמ"ד דְּשְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא אֵינָם שְׁוִין אַף יֵשׁ לוֹמֵר דְּהָא אַף אִם נֹאמַר דְּנִחְתִּינָן לְנִכְסֵי הֵינֵנו כְּשֹׂהוּא לְפִנְיֵנו וּמְטַעַם כְּפִיָּה דְּעַד שְׂאֵתָה כּוֹפְהוּ בְּגוֹפּוֹ כּוֹפְהוּ בְּמִמוֹנוֹ אֲבָל אִם אֵינוּ בְּפִנְיֵנו לַכ"ע לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי אִם שְׁעֵבוּד' לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא אִם כֵּן אֵינוּ שְׁוִה לְמַלְוָה בְּשִׁטְר דְּבָזָה נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי אַף אִם אֵינוּ בְּפִנְיֵנו וְכֵן נ"מ בְּקַטְנִים אוֹ אִם נִשְׁתַּטָּה הַמְלִיחָה דְּעַל יְדֵי שִׁטְר דְּאִישְׁתַּעֲבָדוּ נִכְסֵי נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי וּמַגְבִּינָן לִיהַ לְהַמְלִיחָה וְע"י עֲדִים דְּלִיכָא אֲלָא מְצָנָה וְשְׁעֵבוּד אֵין כָּאֵן לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי וְכְמוֹ כֵּן יֵשׁ לוֹמֵר דְּלֹאוּ בְּחֻדָּא מַחְתָּא מַחְתִּינָהוּ דְּבְשִׁטְר נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי וְעַל יְדֵי עֲדִים גּוֹבִין רַק ע"י כְּפִיָּה וְלֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵי בַּע"כ רַק מִפִּין אוֹתוֹ עַד שְׂיֵאמַר רוֹצֵה אֲנִי.

וְלְהַסּוֹבְרִים דְּנִחְתִּינָן לְנִכְסֵי הוּא מַצַּד הַתְּקֵנָה אוֹ הַפְּקָר ב"ד וְכֵן נִרְאֶה מְלִשׁוֹן הַרִיב"ש הַנְּ"ל דְּכַתְּבַת פְּרִיעַת בְּעַל חוֹב לֹאוּ מְצָנָה לְחוּד וּב"ד יוֹרְדִין לְנִכְסֵי מְדִינָא מְבֹנָר דְּאֵי שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא אַף דְּגַם כֵּן הַב"ד יוֹרְדִין לְנִכְסֵי הוּא רַק מְתַקְנָה דְּעַד שְׁכוּפְהוּ בְּגוֹפּוֹ כּוֹפְהוּ בְּמִמוֹנוֹ אֲבָל לֹא מְדִינָא: וּב"ש"מ ב"ב שְׁם הַנְּדָפְס בְּסִפְר הַרמ"ה כ' מְשַׁם הַרמ"ש וְנ"ל אַף אֵי שְׁעֵבוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרֵייתָא מְנִיָּה גּוֹבָה אִפִּי' מְגַלִּימָא דְּעַל כְּתִפְיָה וְאֵי שְׁעֵבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא מְשַׁעַת הַלְוָאָה חָל הַשְׁעֵבוּד עַל נִכְסֵי הַלְוָה וְאֵעִפ"י שְׁלֹא הֵגִיעַ הַזְּמַן

והגוי כאלו הן ממושפנין לו ורבא אמר שעבודא לאו דאורייתא דמדאורייתא לא נחתין לנכסיה אלא מנדין אותו או מפין אותו בשוטים עד שיפרע ודרש קרא כפשיט'בחוץ תעמד והאיש כו' פיון דנכסי דאינש אינון ערבין בי רבא לטעמי' דאמר לעיל לא יתבע מן הערב כלל דמצי אמר גברא אשלימת לה כו' וכיון דקאי איהו לא נחתין לנכסי ואפילו את"ל דנחתין לנכסי ה"מ מטלטלי או זוזי משום דזוזי דאינהו מטלטלי אונפיה אבל מקרקעי לא משעבדי עי"ש ואולי זה גם כן דעת הרשב"א דלא נחתין לנכסי היינו קרקע אבל מטלטלין נחתין לנכסיו כדי לפרוע מנהון וא"ש דקתני גובין מנכסים ב"ח למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ממטלטלין גובין ואף נחתין לנכסי ולמקרקע לא נחתין רק כפיפיון ליה עד שיאמר רוצה אני.

וא"ש ה'א דמבואר ב"מ (דף קי"ד) לשמואל דשליח ב"ד מנתיח נתוחי ולא הלנה ומשמע שם שהוא מדאורייתא דהשליח ב"ד מנתיח נתוחי ואמאי ה'א לא נחתין לנכסיו וצריף לדחוק דלענין זה מנתח ממנו כדי שיכוף אותו הב"ד אחר כך עד שיאמר רוצה אני דשמואל סבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא ולא נחתין לפרוע בע"כ להנה פוסקים ולדברי הרא"ש א"ש דדוקא קרקע לא נחתין למכור או להורידהו בע"כ של הלנה אבל ממטלטלין מגבין אף בע"כ דזוזי דאינהו מטלטלין אונפיהו.

ובדברי הרא"ש שכ' רבא לטעמיה דאמר לא יתבע מן הערב כלל לא אבין דה'א רבא מסיק שם וקיי"ל לא יתבע ערב תחילה וכן מס' בכורות (דף מ"ח) קאמר רבא נכסי דבר נש ערבין ולא יתבע מן הערב תחילה ואם אין הלנה פורע אף שהוא לפנינו גובין מן הערב ואם כן לענין נחתין לנכסיו נימא גם כן כן.

ועיין סמ"ע (סי' קכ"ט ס"ק ט"ז) דעל שבועתו אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא משמתין ליה לקיים שבועתו ולכאורה לדעת רמב"ן הנז' דעל מצוה שבממון עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממוןו למה לא נכופו אותו למיחת לנכסיו לקיים שבועתו וצ"ל כמו שכ' לעיל דשבועה הוא ענין אחר: סי' ד היכא דכתב לבעל חוב שבח היינו שיגבה מעדידות שבנכסיו ויש לו נזקין גם כן שגובין מן התורה מעדידות יש לחקור אם יגבה הבע"ח כמו הגיזק.

ולכאורה למ"ש הקצוה"ח ליישב דברי הרי"ף דפוסק פאפיי ר"פ הנזקין דשטר שכ' בו שבח אינו גובה מיתומים רק זיבוריות וכתבו תוס' שם דאפיי סובר שעבודא לאו דאורייתא דאי לא"ה מהיכי תיתי אפקוה רבנן ורבא דסובר דגובה סובר שעבודא דאורייתא דאם לא כן ה'א מדאורייתא לא גבי כלל ואנו פסקינן דשעבודא דאורייתא ואפ"ה אינו גובה מיתמי רק זיבורית וכ' הקצוה"ח דה'א הריטב"א פתב הטעם למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא הוא משום דאין קנין לחצאין ומאן דסובר שעבוד דאורייתא הוא משום דממילא הנכסי משועבדי דהתורה שעבדן ולפי"ז י"ל דדוקא מה שהתורה שעבדה ומה"ת דינו דבע"ח בזיבורית אבל מה שמשעבד בפירוש ומוסיף מדנפשו בזה נחלקו אפיי ורבא אפיי סובר דאין לו פת לשעבד דאין קנין לחצאין ורבא סובר דיכול גם כן לשעבדן וכמו שיכול למכור יכול להוסיף בשעבודו לגבות מעדידות והרי"ף פוסק פאפיי עי"ש בנעם דבריו ולכאורה למה מן הלנה עצמו גובה מן השבח פיון דאינו יכול לשעבד יותר ממה שהתורה שעבדה ממילא.

וְצָרִיךְ לומר פִּינּוֹן דְּגוּבָה מְהֵלְנָה עֲצָמוֹ הוּא מְטַעַם דְּהֵכִי אֲתַנּוּ וְחִיּוּבוֹ דְּגוּפוֹ הוּא דְּמַהֲגֵי  
וּכְמ"ש רש"י שֶׁם וְהֵינּוּ מְטַעַם שְׂכִירוֹת מְחֻנָּב לְשֵׁלֶם כְּמוֹ שְׁהֵתְנָה לְשֵׁלֶם לֹא מִן עֲדִיּוֹת  
וּלפ"ז פִּינּוֹן דָּאִין פֶּאן תּוֹרַת שְׁעָבוֹד עַל הַשְּׁבַח דְּנֻקָּא מִמִּילָא הַנִּיזְק שְׁלֵא בְּכַח שְׁעָבוֹדוֹ  
שְׁשֻׁעָבוֹדוֹ הַתּוֹרָה בְּשֻׁבַח קוֹדֵם הוּא לְבַע"ח אַף שְׁהֵתְנָה עִמּוֹ וְנִתְחַנְיָב לְשֵׁלֶם מְשֻׁבַּח: בְּרַם  
דְּבָרֵי הַקְּצוּה"ח הֵם מְוָקָשִׁים דְּהָא מְבֻנָּאָר דִּיכּוֹל לְשַׁעְבֵּד מְטַלְטְלִין אַגַּב מְקַרְקַע אַף אִם  
מְטַלְטְלִין לָאוּ בְּנֵי שְׁעָבוֹד הֵן אַף מִן הַתּוֹרָה וְגַם עֲבָדִים דְּהוּי מְטַלְטְלֵי דְּנִיזְדִי מְבֻנָּאָר (ס'י  
ק"ג) דל"ב עוֹמֵד בְּתוֹכּוֹ וְכָתַב הָרָא"ש בְּתַשׁוּבָה הַטַּעַם פִּינּוֹן דְּעִיק' תְּלוּי בְּקוֹל מְהֵגֵי  
דְּהַעֲדִים מוֹצִיאִין הַקּוֹל אַף דְּלַעֲנִין שְׁעָבוֹד הוּי כְּמְטַלְטְלִין כְּמְבֻנָּאָר בְּרִשְׁבָּ"ם ב"ב וְתוֹס'  
בְּמֹת הַבְּאֵתִי לְעִיל (ס'י ב') וְכִבֵּר כְּתַבְתִּי לְעִיל דְּדַעַת הַטּוֹר וְרַמְבַּ"ם דְּמְטַלְטְלֵי דְּיִתְמֵי  
לֹא מְשַׁתְּעָבְדֵי מְדַאֲרִייתָא וּבְעָבָדִים עִיקָר הַטַּעַם כְּמוֹ שְׁפָתַב הַתַּנְמִי הוּאִיל דִּיכּוֹל  
לְשַׁחֲרָרוֹ לִיכָּא סְמִיכַת דַּעַת וְאֵעִפ"כּ כְּשִׁמְשַׁעְבֵּד בְּמְטַלְטְלִין אַגַּב מְקַרְקַע מְהֵגֵי אִם כֵּן  
מְבֻנָּאָר דִּיכּוֹל לְשַׁעְבֵּד אַף יוֹתֵר מִמָּה שְׁשֻׁעָבוֹדוֹ הַתּוֹרָה וְאַף דְּכַתְבְּתִי לְעִיל דְּדַעַת הָרִשְׁבָּ"א  
דְּרַק מִיִּתְמֵי לֹא סְמִיכָא דַּעַתִּיהָ אֲבָל מִנְיָה דִּידִיהָ גַם מְטַלְטְלִין בְּנֵי שְׁעָבוֹד הֵן מ"מ דַּעַת  
הַרמ"ה פְּנִרְאָה דְּלֹא כֵן הוּא כְּמוֹ שְׁפָתַבְתִּי לְעִיל וְאֵעִפ"כּ כְּשִׁמְשַׁעְבֵּד בְּמְטַלְטְלִין אַגַּב  
מְקַרְקַעֵי לְכ"ע מְהֵגֵי וְכֵן בַּעֲשֵׂה עֲבָדוֹ אֲפוֹתְקֵי דְּגוּבָה אַף מְלַקּוֹחוֹת הוּאִיל דִּישׁ לֹא קוֹל  
הָרִי דְּחַל הַשְּׁעָבוֹד מַה שְׁמְשַׁעְבֵּדוֹ יוֹתֵר מִכְּפִי שְׁשֻׁעָבוֹדוֹ הַתּוֹרָה פִּינּוֹן דִּידַעְנוּ דְּשֻׁעָבוֹדוֹ  
דְּאֲוֹרִייתָא וְשֻׁעָבוֹד לֹא הוּי כְּקִנְיָן לְחֻצְאִין מִמִּילָא יְכוֹל לְהוֹסִיף הַשְּׁעָבוֹד גַּם כֵּן כְּפִי רְצוֹנוֹ  
וְתַנְאֹ וְאִם כֵּן הִיָּה נִרְאָה דִּיכּוֹל לְשַׁעְבֵּדוֹ לְבַעַל חוֹב שְׁיִגְבֶּה מְעִידִיּוֹת שְׁבֻנְכִסִּי וְחַל אַף  
בְּמָקוֹם הַנִּיזְק דְּבָא בְּכַח שְׁעָבוֹדוֹ שְׁשֻׁעָבוֹדוֹ הַתּוֹרָה דְּשִׁנְיָהֶם שְׁוִין: אַף י"ל לְהַמְבֻנָּאָר  
בְּרַמְבַּ"ן וְרִיטְב"א אֵינְטִין שֶׁם דָּאָר בְּכַתְבּ לֹא שְׁבַח מ"מ מִן לְקוֹחוֹת כ"ע מוֹדִים דָּאִינוּ גוּבָה  
אִם נִשְׂאָר מְקוֹם לְגַבּוֹת.

וּלפ"ז יֵשׁ לומר דְּזֵה טַעְמָא דְּאַבְיֵי וּמ"ז מְשַׁמְיָה דְּרַב נַחְמָן דְּסָבְרוּ דָּאִינוּ גוּבָה מִיִּתּוּמִים  
פִּינּוֹן דְּלֹא סְמִיכָא דַּעַתִּיהָ דְּמַלְוָה שְׁיִגְבֶּהוּ מִן הַעִידִיּוֹת דִּיכּוֹל לְהַבְרִיחֹן וּלְמַכְרֹן וּלְעִנְיָן זֵה  
הוּי כְּמְטַלְטְלִין דְּלֹא מְשַׁתְּעָבְדֵי הוּאִיל דִּיכּוֹל לְהַבְרִיחֹן דְּהָא נָמִי יְכוֹל לְמַכְרֹן וְלֹא יִגְבֶּה  
וְאַף לְמ"ש לְעִיל מַד' רִשְׁבָּ"א בְּתַשׁוּבָה דְּלַגְבֵי הַלְוָה אַף מְטַלְטְלִין מְשַׁתְּעָבְדֵי דְּסַמָּה דַּעַתִּיהָ  
עֲלִיהֶן שְׁלֵא יְבָרִיחוּ הוּאִיל דַּעֲשֵׂה לֹא טוֹבָה וְגַם שְׁלֵא יְהִי לְוָה רְשַׁע מַה שְּׂאִין כֵּן לְגַבֵי  
יִתּוּמִים מ"מ זֵה דְּנֻקָּא לְעִנְיָן שְׁלֵא יִשְׁלֶם לֹא כְּלָל ע"ז סוּמָה דַּעַתוֹ שְׁלֵא יְבָרִיחֹן שְׁלֵא יְהִיָּה  
לֹא תִשְׁלוּמִין זֵה לֹא יַעֲשֵׂה הַלְוָה אֲבָל לְעִנְיָן שְׁבַח נְכִסִּים שְׁיִגְבֶּה דְּנֻקָּא מְעִידִיּוֹת ע"ז לִיכָּא  
סְמִיכַת דַּעַת דָּאָר אִם לֹא יִשְׁלֶם לֹא מְעִידִיּוֹת לֹא יְהִי גַם כֵּן לְוָה רְשַׁע וּלְכַף אִינוּ גוּבָה  
מִיִּתְמֵי הוּאִיל דְּלִיכָּא סְמִיכַת דַּעַת עַל שְׁעָבוֹד דְּעִידִיּוֹת כַּנ"ל דִּיכּוֹל לְמַכְרֹן וְזֵה שְׂאֵמֵר שֶׁם  
בְּש"ס תַּדַּע דְּהָא בַּע"ח דִּינְיָה בְּבִינּוּנִית וּמִיִּתְמֵי בְּזִיבּוּרִיּוֹת אַף דְּוֹדָאֵי כָּל פְּנוּנַת הַבַּע"ח  
הִיָּה עַל דִּינוֹ שְׁהוּא בְּבִינּוּנִית מ"מ פִּינּוֹן דִּיכּוֹל לְמַפְרֹן הַבִּינּוּנִית וְיִשְׂאָר הַזְּבוּרִיּוֹת וְאִז לֹא  
יִגְבֶּה כְּדִינוֹ רַק מְזַבּוּרִית מְפַנֵּי תִיקוֹן הָעוֹלָם לְכַף לֹא סְמִיכָא דַּעַתִּיהָ וְאִינוּ גוּבָה מִיִּתּוּמִים  
רַק מְזַבּוּרִיּוֹת לְכַף אַף בְּכַתְבּ שְׁבַח אִינוּ גוּבָה מִיִּתּוּמִים דְּלַעֲנִין זֵה הוּי כְּמְטַלְטְלִין וְרַבָּא  
סוּבֵר דְּלֹא תִלְיָא בְּזֵה דְּמ"מ פִּינּוֹן שְׁהוּא קַרְקַע גוּבָה כְּפִי שְׁמְשַׁעְבֵּד לֹא וְהָא דָּאִינוּ גוּבָה  
מִיִּתּוּמִים רַק מְזַיְבוּרִית הוּא מְשׁוּם דְּלַגְבֵי יִתְמֵי אוֹקְמוּ אֲדַאֲוֹרִייתָא אֲבָל בְּפִירְשׁ לֹא שְׁבַח  
גוּבָה אַף מִן יִתּוּמִים דְּמַהֲגֵי הַשְּׁעָבוֹד מִן הַתּוֹרָה וְלֹאבְיֵי אַף דְּמַהֲגֵי הַשְּׁעָבוֹד מַה"ת מ"מ

לא הוי רק כמטלטלין לענין זה לבתר דתקנו דאין גפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין ולקדו אינו גובה מיתמי גם כן רק מזיבורית וכנ"ל.

ולפי זה יש לומר גם כן הא דמניה דידיה בכתב לו שבח גובה מעידיות הוא משום דהכי אתנו אבל לא מטעם שעעבוד וממילא יש לניזק דין קדימה לגבות מעידיות והא דמבואר (סי' ק"ח) בכתב בו שבח אף מיתומים היינו ממנו ומן יורשיו דאז גובה דבכהאי גוונא אף מטלטלי דיתמי משתעבדי דגלי דעתו דסמך רק ע"ז ועיין או"ת (סי' ק"ז) וצ"ע בזה: סי' ה' פתב הרמב"ם (פי"א) ממלנה המלנה את חבירו בפני עדים או שאמר לעדים הוי עלי עדים שאני חייב לזה מנה או אתם עדים כו' זו נקראת מלנה על פה ואין צריך לפורעו בעדים לפיכך אם טען פרעתי נשבע היסת ונפטר אבל המלנה את חבירו בשטר צריך לפורעו בעדים כו' לפיכך האומר לעדים הוי עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלנה שלא יחזירו למלנה ע"פ עדות בשטר עד שאומר להן הלנה כתבו שטר וחתמו ותנו לו אעפ"י שאמר להן כף צריכין להמלה בו אחר שחתמו בשטר ואחר כף נותנין השטר בידי המלנה ודעת הראב"ד שלא נאמר בש"ס פ' אעפ"י דצריך לאימלוכי ביה רק בתוספו' כתובה אבל בהודאות והלואות לא צריך לאימלוכי ביה ובמ"מ שם משום דשטרא איגלוי מילתא בעלמא פיון דאמר כתבו כותבין ונותנין ואע"ג דגבי משעבדי הא שעבד נפשיה והש"ך (סי' ל"ט) כ' דהרמב"ם יחיד הוא בדבר: ובאמת מצינו דאינו יחיד דבש"מ כתובות שם הביא דעת ר"י מטראני שהביא דעת רש"י ור"י מיגאש דבאודיתא מפי אמר לעדים כתבו וקבל עליו שתהיה מלנה בשטר תו לא צריך לאימלוכי ביה וכ' וז"ל ואינו נראה לי לחלק בין שטר אודיתא לשטר מתנה דגם בשטר אודיתא אעפ"י שהמעות בידו פיון שבשעת הלוא' לא קבלה ע"ד מלנה בשטר אלא רוצה לעשות עכשיו מלנה בשטר פיון שלא הגיע השטר ליד המלנה יכול לחזור בו אעפ"י שאמר כתבו וצריך לאימלוכי ביה דבאודיתא נמי פליגא עכ"ל הרי דעתו פדעת הרמב"ם וכו' הסמ"ג עשין (צ"ד) כתב גם כן אף בשטר אודיתא צריך לימלה.

אף דוקא בשטר אודיתא שהלנהו לו בסתם לא ע"ד שיכתוב לו שטר ואחר כף רוצה לעשות מלנה בשטר דבזה יכול לחזור ולא יהיה צריך להחזיר המעות לכן אף דאמר כתבו כ"ז שלא בא ליד המלנה יכול לחזור בו אבל אם בשעת הלואה בפני עדים אמר להם כתבו דע"ז זה הלנהו ואם לא יתן לו שטר יכול המלנה לתבוע מעותיו בהחזרה כמבואר בטוש"ע בזה מודה הר"י מטראני דאין צריך לאימלוכי וכן נראה מדקדוק לשון הרמב"ם שכו' הוי עלי עדים שאני חייב לזה מנה משמע דוקא בזה פתב אחר כף דצריכין להמלה בו וכ"כ המ"מ דרבינו ז"ל מפרשה אף בהודאות משמע דאם בשעת הלואה היינו המתן מעות אמר לעדים כתבו ועד"ז הלנהו בזה גם הרמב"ם מודה דלא צריך לאימלוכי ביה ואף בשטר מתנה כ' שם בר"ן ובש"מ בשם הראב"ד להקשות דלמה חוששין לשמא נמלה נימא דהנה לו לחזור אחריהם ולהודיעם דסתם שליחעושה שליחותו וכתב דהכא במאי עסקינן שאמר להם מן האירוסין כתבו בשעת הנשואין פיון שגילה דעתו שאינו רוצה לכתוב מעכשיו חוששין שמא חזר בו אבל פשאומר כן בשעת נשואין אין צריך לימלה בו שאלו חזר בו הנה רץ אחריהם וכתב וכן נראין הדברים.

אם פן בשטר הודאה דגם פן צריכין לימלא לזעת הר"י מטראני יש לומ' גם פן פיון דכבר הנה ההלואה בלא שטר חוששין שפא חוזר בו ומשמע אף אם אמר כתבו וכתבו וחתמו מיד דצריכין לימלא קודם הנתינה משום דעשה מילתא יתירה מה של"ה צריף קיישינו טפי אבל אם העדים ראו ההלואה ושהיה ע"ד שיקתוב לו השטר ואמר כתבו דבזה כבר נתחייב הלנה ליתן לו השטר כ"ע מודים דלא צריף לאמלוכי ביה.

ולפי זה צריף לומר הא דכתב המחבר בש"ע (ס"ב) המלנה את חבירו בעדים אין פותבין עדותן כו' עד שייאמר להם הלנה כו' צריכין לימלא היינו שהלואה הנה בעדים אבל לא נתחייב לו הלנה בשעת הלואה שיתן לו שטר ועיין בפרישה בבבאור דברי הטור דכ' לפיכך אעפ"י שראו עדים דקאי על המלנה את חבירו בעדים דהוי מלנה על פה ואינו יכול לומר לעדים לא ליתתי לו בפניכם פי אם ע"ד שיקתבו לי שטר וכמו שהדין הוא בקנין קמ"ל דלא כן הוא.

ובכה"ג אף שאמר אח"כ הלנה כתבו צריף לימלא פיון דאם חוזר בו אינו חייב להחזיר המעות אבל אם בשעת ההלואה אמר כתבו דבזה ע"ד השטר הלנהו לכ"ע א"צ לימלא ביה ולדינא כ' הלבוש ע"ד היש חולקין דל"צ לאמלוכי ביה וכן נוהגין: והתנאים הקשה לשיטת רמב"ם דמה צנרף יש באמירה דכתבו פיון דצריף לימלא קודם הנתינה וכתב דנ"מ דל"ה פזכרון דברים בעלמא ומפי כתבם הוא ואם אמר כתבו אף דחוזר קודם הנתינה ואינו גובה ממשעבדי מ"מ אם בא ליד ב"ד דגין ע"פ לעגן טענות להד"מ אם אין העדים זוכרין פיון דכתב ע"פ צנואת הלנה.

ונ"מ בזה גם לזעת החולקין דאין צריף לאמלוכי מ"מ אם מוחה ביד העדים שלא יתנו אינם רשאים ליתן דמ"מ תורת עדות ע"פ יש בשטר זה. אף לכאורה יש לומר דהא כל חילו של שטר דל"ה מפי כתבם כתב הבעה מ"מ מס' יבמות וסייעתו דל"ה מפי כתבם רק מפי כתבו דמה שהעדים חתמו על השטר הוא בשליחותו דהמתחייב ואם פן יש לומר אם מבטל אחר כך ואינו רוצה נאמי דיבור ומבטל דיבור הני פאלו נכתב שלא בציווי הבע"ד ושללא בשליחותו והוי מפי כתבם דלא מהני.

וכבר חשבתי דזה טעמו של הרמב"ם הל' גירושין דסובר בגט בטלו מבטל כשםבטל להגט גופיה דאינו חוזר ומגרש דמבטל השליחות והוי פנכתב שלא בשליחות וכן העדים פאלו חתמו שלא מצנואת הבעל ומצאתי שכתב פן בס' תורת גיטין ר"פ השולח ומטעם הנ"ל דהוי חתימת העדים פאלו חתמו שלא בצנואת הבעל והוי מפי כתבם ועיין קצוה"ח (סי' ס"ה ס"ק ח') בזה וה"נ פיון דמוחה אחר כך ליתנו נתבטל הצווי של המתחייב והוי שוב מפי כתבם אף לעגן מלנה על פה.

גם למה שכתב הרי"ף יבמות דכ"ז דאיתא לשטר תחת יד העדים עדיין ל"ה פנחקרה עדותן בב"ד עד דנפיק מתותי ידי דבע"ד דאז הוי פנחקרה ועיין (סי' מ"ו סל"ה) ובנתיבות שם (ס"ק י"ט) בבבאור דברי הרי"ף ואם פן אם מוחה בידי העדים שלא ליתנו אף אם בא ליד ב"ד ל"ה רק מפי כתבם כל זמן שלא בא ליד הבעל דבר: וראיתי בתשובת ר"י הלוי שציינו הש"ף עליו (ס"ק ד') וכתב שאין דבריו נ"ל ושם (סי' ק"ח) עמד להקשות על הרמב"ם דמה מהני פשאמר כתבו פיון דסוף סוף צריף לאמלוכי ביה קודם הנתינה וכקושית התנאים וכ' משם רבו הה"ג מ' אהרן חסון ז"ל דמה דצריף המלכה הוא

רק לענין שינתהו ביד המלנה ולענין פתיבה תיכף פשאמר כתבו כותבין והשטר עומד קינים ביד העדי וגובה בו ממשעבדי ואם יתרצה יתנהו ביד המלנה שמצי למפן' לאחר בכומ"ס מה שאין פן פשנתחרט נשאר ביד העדים ואינו יכול למפור לאחר ולכה מדייק הרמב"ם ואחר כך נותנים השטר ביד המלנה דמשמע לענין לחזור ממלנה על פה למלנה בשטר פשיאמר כתבו וחתמו סגי בהכי רק המלכה צריה לענין נתינת השטר ביד המלנה וזה באמת דבר תימא דבמה זכה המלנה בשעבודו פיון דהרמב"ם איירי בשטר הודאה ול"ה נתינת ההלואה ע"ד לכתוב השטר רק אחר כך רוצה לעשות מלנה בשטר במה זכה בשעבודו פיון דלא קייל עדין בכתומין זכו לו.

ועוד דהא כל הטעם דצריה לאמלוכי ביה פתב הרא"ש משום דאיכא רגלים לדבר שרצונו שימליכו בו מדלא הקנה מיד בקנין סודר וטעם הנה הוא גם פן על שטר הודאה והלואה כמו שפכת התנאים וכן פתב להדיא טעם הנה בפס"ג שם וקאי גם על הודאה פשיטת הרמב"ם אם פן עיקר מה דצריה לאמלוכי ביה הוא על עיקר השעבוד אם חל או לא וממילא אף אם פתבו וחתמו ואחר כך מיקח בהעדים שלא ליתנו לא חל השעבוד לגבות ממשעבדי ואף לענין מלנה על פה הדברים צ"ע למה ול"ה מפי פתבם: והנה ממה דכתב הרמב"ם דלכה אין כותבין עדותן ונותנין שלא יעשה ממלנה על פה מלנה בשטר משמע לכאורה מדכתב לפיכה דהטעם הוא משום דעל מלנה על פה נאמן לומר פרעתי מה שאין פן על מלנה בשער וכן פתב הרשב"ם ב"ב (דף מ') דחוב הוא ללנה ולא ניחא ליה דהשתא נאמן לומר פרעתי מה שאין פן פשיה' בידו שטר ולכאורה אם פן אם הלנה בפני עדים והתנה שלא יפרענו אלא בפני עדים דבכה"ג לעולם אינו נאמן לומר פרעתי כותבין.

אולם הטור פתב דלכה לא יכתבו שטר משום דנ"מ לענין לגבות ממשעבדי ולדבריו נ"מ גמי אם כותב בפירוש שלא באחריות יכולין לכתוב וכתב הב"ח דאין לפרש פן דברי הטור דלמה כ' הטור שאולי אינו רוצה שיהיה לו שטר עליו תפ"ל משום דעל ידי השטר שנקתב סתמא יטרון מלקוחות שלא פדין [וכוננתו אף דזה לא איכפת לו דהא מדאורייתא אשתעבדו נכסיו ואף מלנה על פה גובה מלקוחות רק הואיל דלית לי קלא חששו חכמים לפסידא דלקוחות ואם פן סוף סוף פיון דעל ידי השטר אית ליה קלא יטרפו מן לקוחות פדין ואולי סובר הב"ח דכיון דחכמים הפקיעו השעבוד ולא חל משעת נתינת ההלואה השעבוד נכסים יטרפו שלא פדין מן הלקוחות שקנו ולא שמעו מן הקול שחייב לזה רק היכא דנשתעבדו הנכסים מאז על ידי הלואה מדאורייתא ומדרבנן נפקע רק אם הלנה בשט' אז לא חששו חכמים לאלו לקוחות שלא ישמעו מן ההלואה אבל אם לא צוה המלנה לכתוב השטר מה"ת יעשו שעבוד שלא פדין מה שלא נשתעבד אחר דהפקיעו החכמים השעבוד כשלא נכתב שטר ויטרון המלנה מלקוחות שלא שמעו להקול שלא פדין וגם אף אלו ששמעו וקנו יטרון מהם שלא פדין] אלא ודאי אפילו יכתבו לו בפירוש שלא באחריות גמי לא יכתבו לו שטר פלל משום דזיילי נכסיה ומפרש דברי הטור בדרה אחר עיי"ש וכן בפרישה מפרש דברי הטור ג"כ על אופן שלא יכתבו שטר פלל דל"ל ללנה דליפשו שטרות עליו וכמו שכתבו תוס' ורא"ש עיי"ש.

וניש לומר דמתנס' ורא"ש אינו ראיה דהם פתבו על הא דאמר רב שני שטרות הן זכו בשדה פלוני לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה דאף דליכא נ"מ להמוכר או להנותן ואינו מזיק לו מ"מ משום דניילי לנכסיו או דלא ניחא ליה דליפוש שטרי ושם הוא פשמוחה המוכר בפירוש בהעדים שלא יכתבו.

אבל בסתמא פשהודה בפני שנים או שלנה בפני שנים יש לומר דלא קפדינן על טעם זה למחות בהעדים שיכתבו השטר אף דלא צנה הלנה רק משום דנ"מ או לענין טענות פרעתי או לענין לגבות ממשעבדי אבל אם התנה שלא יהיה נאמן לומר פרעתי וכן במפנרש שלא באחריות יש לומר דרשאין לכתוב השטר אף שלא צנה וכמו דמשמע לכאורה מדברי הרמב"ם ופשטות לשון הטור והרשב"ם ב"ב: וענין תשובת הרי"ף (סי' קצ"ו) דנשאל אם ראו עדים ההלואה אם עדים כותבין א"ד פנין שלא אמר הלנה קנו ממני או כתבו א"ל לכתוב והשיב העדים שראו ההלואה ול"א להם אתם עדים לא יועיל להם הדבר פלום לכתוב וליתן שאפשר שאותה הלואה לא הוי הלואה אלא פשרה היתה אצלו וזה שנראה להם שנטל דרף הלואה שמה עשה פן שיענה נפשו או משום דבר אחר הלכך אינו רשאי לכתוב שטר עכ"ל ולעיל מניה (סי' קצ"ד) כתב דאתם עדים בלחוד אינם רשאים לכתוב שטר עד שיאמר כתבו עלי שטר וצריף לומר דשם איירי באופן דיש נ"מ או לענין טענות פרעתי או לגבות ממשעבדי וכאן איירי שיכתבו שטר בלא אחריות ובאופן דליכא טענות פרעתי כגון שראו הלואה לזמן וכדומה באופנים שלא תוסף פחו על ידי שטר כ' טעמים אחרים שלא יכתבו שטר.

ובאמת כבר כ' הרמב"ן ב"ב (דף ע"ז) והרשב"א בתשובה ובחידושיהם קידושין (דף כ"ו) שאפילו בלא שום טעם אם רצה חוזר דספר מקנה בעינן וכיין שלא רצה אין כותבין לו שאין שטר זה פלום.

ואם פן בלא צווי הבעלים אין כותבין דל"ש שליחותיה דהמתחייב שלא בצווי וכתב מצינו מחלוקת בטעמא דהודאה בפני שנים בקרקע ואין צריף לומר כתבו בתשובת רשב"א (סי' אלף רי"א) וחידישי ר"ן סנהדרין (דף כ"ט) ויבואר אג"ה לקמן (סי' ו') בטעם הדבר דהיכא דלא יש שום הפסד ל"ב מדעת המתחייב.

שוב ראיתי בגדולי תרומה (שער מ"ח) דכתב סברא הנ"ל דל"נ ליה דליפשיה שטרי הוא רק פשמוחה בפירוש אבל מן הסתם לא בעי לאמלוכי בשביל זה והגאון מהרי"ט אלקזי ז"ל בש"י (דף קל"ד) השיג עליו מדברי תשובת הרא"ש (פ"ל ס"ה) דמבואר דאף מן הסתם חיישינן על ל"נ לי' דליפשי שטרי ועל יסודו של הג"ת שם ל"ק עליו כ"כ דהוא קאי שם בהדיא להקשות על הר"י מיגאש ז"ל ושיטתו הוא דבקנו מידו אף אם מוחה לכתוב השטר לא צייתינן ליה פמבואר בש"מ פתובות שם וע"כ דקאי בש"ט' הסוברים דלא חיישינן פלל על אפוישי שטרי אולם מדברי רמב"ם ורשב"ם ורי"ף מבואר ע"כ דהיכא דלא יש שום נזק להמתחייב כותבין ול"צ לאמלוכי ביה ויבואר עוד אג"ה לקמן מזה: על מה שכתב שם הרא"ש והסמ"ג הטעם דצריף לאמלוכי ביה קודם נתינת השטר דהא אם אמר לשלוחו תן חפץ זה לפלוני מסתברא דא"צ לאמלוכי ביה ש"ה דאיכא רגלים לדבר מדלא הקנו מיד בחליפין ש"מ דאין רוצה להקנות לו מיד ורוצה שימליכו בו.

ומזה מבואר דלא פסברת הרב"ד שבש"מ שהבאתי לעיל דדוקא פתוספת פתובה שצונה מן האירוסין שיכתבו בנשואין רק אף בסתם שטר מתנה צריף לאמלוכי אף אם צונה לכתוב ולחתום וליתן מייד.

ויש להבין נימא באומר הוליה אותן ג"כ דמדלא אמר לו לזכות בעד פלוני ולהוליה שהיא רוצה שימליך בו בט"ר שיתן. וראיתי בנתיבות שהקשה הא באומר תן שטר מתנה זו גם כן אין צריף לימליך וכ' דשאני הכא דעושה שתי שליחות על הפתיכה ועל הנתינה ולהרא"ש הנה קשה מכתבו ותנו בגט אשה דג"כ א"צ לימליך בין פתיכה לנתינה ולא אדע מה נ"מ בין ב' שליחות לחד ומגט בלא"ה ל"ק דנדאי לא מקדיים אינש פנרענוותא לנפשיה פמבואר בש"ס ואם לא אמר בדעתו לגרש ל"ה מצנה ליתן וגם הנה די לו לומר פתבו אם עדיין רוצה להמליך.

גם יש לומר דהא פבר הקשו האחרונים ובס' מח"א אמאי מהני השליחות על הנתינה בט"ר שנכתב הגט הא הני שליחות על דבר שלא בא לעולם וכתבו דע"כ צ"ל דעשאם כשלוחים להיות במקום הבעל לגרש האשה פאלו היא אשתו והאשה היא בעולם ועיין נתה"מ (סי' רמ"ג) ושם כתב שגם באומר פתבו ותנו בשטר מתנה עשאן כבע"ד על שדהו לתת במתנה או למכור עיי"ש ובאמת בשטר מתנה ומכר לא צריף שליחות על הנתינה דהני רק פמעשה קוף בעלמא פינון דבד"מ אף טלי שטר מתנה או מכר מעל גבי קרקע נמי מהני ולא בעי נתינה מייד המתחייב פמו גט רק על הכתו"ח ובזה לא צריף להמליך דמה"ת נאמר דחזר מוקמינן אותו על חזקתו הראשונה דלא הדר ביה וכשפותרין ונותנים על הנתינה הא לא צריף שליחות פלל רק גילוי דעת שהתבצעה להרשות להזוכה לזכות.

ובשטר מתנה שפיר קאמר הרא"ש פינון דלא הקנה בק"ס איכא רגלים לדבר שלא אמר עוד בדעתו להקנות לו מייד ולכך צריף לאמלוכי ביה. אכל לגבי גט באומר פתבו ותנו דעשאן במקומו על הפל דהא צריף שגם הנתינה הנה בשליחותו ועשאן כבעל על האשה בזה מוקמינן הדבר על החזקה דמסתמא לא הדר ביה ועיין ב"ח אה"ע (ס' ק"מ) ואם כן הנה יכול לתרץ הרא"ש בפשיטות הואיל דעשאן על שני שליחות לכך צריף לאמלוכי א"ו דנה אינו סברא לחלק: וי"ל דכוננת הרא"ש דהא יש נ"מ בין קנין לאומר פתבו וחתמו ותנו דאם תאחר הדבר ולא יכתבו היום לא יוכלו לכתוב רק מזמן הכוה"ח משא"כ פשיש קנין נגמר הדבר מייד אם כן שפיר יש רגלים לדבר שאינו עושה הדבר בעין יפה ורוצה שימליכו בו משא"כ במוסר חפץ ואמר תן דליכא פל פה נ"מ אם יזכה בו מייד או אח"כ פשיבא לידו וגם אולי אינו רוצה להאמין להם על של הזוכה ולכך אמר תן.

ובמוסר להם שטר מתנה אין צריף להמליך דשם ליכא ריעותא במה שלא הקנה מייד על ידי קנין סודר פינון דשטר מתנה פבר נכתב. עוד נראה קצת לחלק בין מוסר חפץ פינון שפבר הוציא הדבר מת"י ומצנה למסור מסתמא סילק רשותו וברצונו שימסרו פינון שהוציא מת"י מה שאין כן פשמצנה לכתוב דלא הוציא שום דבר מרשותו רק צווי בעלמא בזה פל מה שיש איזה ריעותא שלא הקנה על ידי קנין יש לחוש ולהסתפק בדבר ולכך צריף לאמלוכי וז"פ: ונראה אף אם אמר לעדים פתבו וזכו בו בעד המלוה דמהני



לדעת הי"א בש"ע (סי' רמ"ג סי"א) ול"א דהוי פּעשָׁאן של יח לְדָבָר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם אִם ל"ה קִנְיָן רַק שְׁטֵר קִנְיָן וּבִשְׁטֵר קִנְיָן הַלְזָה פְּשִׁיבָא לִיד הַמְלִינָה יִנְפָּה בְּשַׁעֲבוּד מ"מ צָרִיף לְאַמְלוּכֵי בֵּיה דְזִכּוּתָן שְׁעִשְׁאָן שְׁלוּחֵיו לְזִפּוֹת לֹא עָדִיף מְאוּמָר פְּתָבוּ וּתְנוּ דְצָרִיכִין לְאַמְלוּכֵי קוֹדֵם שְׁיִתְנוּ הֵכִי נְמִי צָרִיכִין לְהַמְלִיף בֵּיה קוֹדֵם שְׁיִזְכוּ בְּשִׁבְלֵוּ וְכֵן פְּתוּב בְּנִתְיבּוֹת הַמְשַׁפֵּט שָׁם (ס"ק ו') וְרֵאִיתִי בְּש"י לְהַגָּאוֹן בְּעַל מַהֲרִי"ט אֶלְגִּזִי ז"ל (דף קמ"ח) דְעָמַד בְּדַעַת הַרְמַב"ם דְסוֹבֵר דְתָן פְּזִכֵי אַף בְּמַתְנָה אֲמַאי צָרִיף לִימְלִיף אַחַר הַפְּתִיבָה הָא הָוִי פְּאוּמָר לָהֶם זְכִי בְּשְׁטֵר דְשׁוּב אֵינּוּ יָכוֹל לְחַזֵּר בּוּ וְהָאֲרִיף בְּזָה וּלְבִסּוּף הוֹכִיחַ מְזָה דְדַעַת רַמְבַּ"ם פְּדַעַת הַרְמ"ה שָׁם דְאַף אִם אָמַר פְּתָבוּ וְזָכוּ לוֹ בְּשְׁטֵר גַּם כֵּן יָכוֹל לְחַזֵּר בּוּ דְאֵין אָדָם מִקְנָה דְבָר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְלֹא יִדְעָתִי מֵאֵי חִלּוּק יֵשׁ בֵּין תְּנוּ לְזָכוּ דְבָכֵל אֲנִפִי כִּינּוּ דְלֹא הִקְנָהוּ בְּקִנְיָן סוֹדֵר וְרוּצָה לְהַקְנוֹת רַק בְּשְׁטֵר ש"מ דא"ר לְהַקְנוֹת לוֹ מִיָּד וְרוּצָה שְׁיִמְלָכוּ בּוּ אִם כֵּן אַף בְּאוּמָר פְּתָבוּ וְזָכוּ כָּל דְלֹא הָיָה קִנְיָן סוֹדֵר צָרִיף לְאַמְלוּכֵי בֵּיה אִם עוֹמֵד בְּדְבָרָיו שְׁיִזְכוּ בּוּ בְּעַד הַמְלִינָה כְּמוֹ בְּכַתְּבוּ וּתְנוּ וּלְקַמֵּן (סי' רמ"ג) ע"כ אֵינְרִי דְהָיָה ק"ס: סי' ו הוֹדָה בְּקַרְקַע בְּפָנֵי ב' כּוֹתְבִים וְנוֹתְנִים אַף עַל פִּי שְׁלֵא אָמַר לָהֶם פְּתָבוּ כְּמִבְּנָאָר סְנֵהֲדָרִין (דף ל') כְּמַר זּוּטְרָא וְכַתְּב בְּש"ע שְׁאֵין פְּאֵן לְחוּשׁ לְתוֹבְעוּ פְּעַם שְׁנֵיָהּ וּבְחִידוּשֵׁי ר"ן שָׁם הִקְשָׁה הָא כָּל שְׁלֵא נַעֲשֶׂה מְדַעַת הַמְתַּחֲיִיב הָוִי מִפִּי פְּתָבָם וְכַתְּב כִּינּוּ שְׁאֵין שׁוּם קַפִּידָא וְנִזְק אֲמַדִּינּוּ לִיה לְדַעַתִּיהּ דְמוֹדָה בְּזָה דְלְכַתְּבֵי שְׁטְרָא וְנִיחָא לִיה וְכוֹתְבִין מִן הַסֵּתָם כְּאֵלוּ הָיָה מְדַעַת הַמְקַנָּה וְצָנָה לְעִשׂוֹת שְׁטֵר.

וְכַתְּב הַקְצוּה"ח דְהֵיכָא דְמוֹחָה בְּפִירוּשׁ שְׁלֵא לִיכְתְּבוּ הוֹדָאָתוּ אֵין כּוֹתְבִין כִּינּוּ דְלֹא נ"ל וְאִם פְּתָבוּ אַף הַעֲזָא עֵדִים ל"ה וְכַתְּב שְׁפָדְבְּרֵי הָר"ן כְּתַב הַרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה. וְלֹא מְצִאתִי כֵּן בְּרִשְׁב"א בְּתַשׁוּבָה וְאֲדַרְבָּה מְבִנָּאָר מְתַשׁוּבַת הַרְשֵׁב"א דְלֹא אֲתִי עֲלָה מְטַעַם דְנִיחָא לִיה דְבַח"ר (סי' אֶלְף רִי"א) כְּתַב שָׁם לְהַשִּׁיב לְהַשׁוֹאֵל עַל מַה שְׁדָּן שָׁם (סי' אר"ט) בְּמַקְדָּשׁ לְפָנֵי עֵדִים וְהוֹצִיא שְׁטֵר חֲתוּם בְּעֵדִים שְׁבִפְנֵיָהֶם קִדָּשׁ לְפָלוּגִית וְכַתְּב דְהָוִי מִפִּי פְּתָבָם דְאֵין עֵדוֹת אֶלָּא בְּשְׁטֵר שְׁנַעֲשֶׂה מְדַעַת הַמְתַּחֲיִיב כְּשֵׁטֵר מִקְנָה שְׁמַמְנוּ אֲנוּ לְמַדִּין שְׁהַמוּכָר צָנָה לְכַתְּבוּ וְכָל שְׁנַעֲשֶׂה שְׁלֵא בְּרַצוֹן הַמְתַּחֲיִיב אֵינּוּ אֶלָּא כְּפִנְקָס בְּעֲלָמָא וְזָה שְׁאֲמָרוּ הוֹדָאָה בְּפָנֵי ב' וְצָרִיף לֹאמַר פְּתָבוּ וְעַל זֶה כ' הַשׁוֹאֵל לְהַקְשׁוֹת מְמוּדָעָה וּמְחָאָה וְהַשִּׁיב דְהֵתָם הַקְרַקַע בְּחִזְקָת בְּעֵלִים עוֹמֵד וְעַל שְׁלוֹ מוֹסֵר דְבָרָיו בְּפָנֵי אֵלוּ וְאֵין כּוֹתְבִין אֶלָּא מַה שְׁאֲמַר לָהֶם זֶה שְׁהוּא בְּעַל הַקְרַקַע וּלְתוֹעֲלָתוּ הֵן כּוֹתְבִין וְאֵין מְעִידִין כְּלוּם עַל מַה שְׁאֲמַר הַמְתַּחֲיִיק שְׁיַעֲכַב הוּא בְּכַתְּיבָה מַה שְׁאֵין כֵּן בְּכָל מַה שְׁיִתְרַבָּה שׁוּם חֵיב וְשַׁעֲבוּד כְּהַלְוָאָה וְהוֹדָאוֹת מְטַלְטְלִין אֲבָל הוֹדָאוֹת קַרְקַע שְׁאֵין מְתַרְבָּה עֲלָיו שׁוּם חֵיב בְּשִׁלּוֹ כּוֹתְבִין וּבְמוֹדָה שְׁמִכָּר אוֹ שְׁנָתָן אֵין כּוֹתְבִין אֶלָּא מְדַעַתוֹ לְפִי שְׁהוּא מְחֻיָּב עַכְשָׁיו בְּשִׁל עֲצָמוּ וּבְשִׁל עֲצָמוּ אַעֲפ"י שְׁאֵין מְתַרְבָּה עֲלָיו שׁוּם חֵיב בֵּין בַּע"פ לְכַתְּיבָה אֵין כּוֹתְבִין אֶלָּא מְדַעַתוֹ וְאֵין לוֹ דִּין שְׁטֵר דְדוּמְיָא דְשְׁטֵר מִקְנָה בְּעֵינָן וְאֶפְּלוּ נוֹתָן מְתָנָה שְׁדָה לְחַבְרִירוּ בְּפָנֵי ב' שֵׁא"ב שׁוּם אַחֲרִיּוֹת אֵין כּוֹתְבִין אֶלָּא אִם כֵּן אָמַר פְּתָבוּ וְאֶפְּלוּ אָמַר קוֹדֵם שְׁהַסְפִּיקוּ לְכַתְּבוּ אֶפְּלוּ הַחֲזִיק בְּשָׂדָה חוֹזֵר בְּשְׁטֵר וְעִיקָר טַעְמּוֹ מִשׁוּם דְכָל שְׁטֵר מְשַׁטֵּר מִקְנָה יִלְפִינּוּ וְכָל שְׁהַמְתַּחֲיִיב בְּשִׁלּוֹ אֵינּוּ עוֹשֶׂה אֵת הַעֲדִים שְׁלוּחִין לְכַתְּבוּ אֵין עֵדוֹתָן בְּשְׁטֵר עֵדוֹת וְזֶה הַהֲפָרֵשׁ שְׁיֵשׁ בֵּין הוֹדָאָה בְּקַרְקַעוֹת שֶׁל חַבְרִירוּ לְמוֹכָר וְנוֹתָן בְּקַרְקַעוֹת שֶׁלּוֹ שְׁבָאָלוּ צָרִיף לֹאמַר פְּתָבוּ וּבָאָלוּ אֵין צָרִיף לֹאמַר פְּתָבוּ עַכ"ל וְהַמְתַּבָּאָר בְּדְבָרָיו כָּל שְׁעוֹשִׂים שְׁטֵר עַל שֶׁל הַמְתַּחֲיִיב שֶׁל"מ לֹא מְהַנִּי אַף דְאֵין שׁוּם נ"מ וְהַמוֹדָה שְׁמִכָּר אֵת

שלו או שנתן אין כותבין אלא מדעתו לפי שמחייב בשל עצמו והא דהודה בקרקע של חבירו דכותבין היינו דהודה שהוא של חבירו א"כ אין כותבין על המתחייב כלל פיון שלא הודה שמכר או שנתן רק שקרקע שהוחזק בשלו הוא של חבירו בזה ל"ב כלל דעת המתחייב דאינו מתחייב בשלו רק שהודה שישל חבירו הוא ל"ב שלוחין לכתוב וזה טעמא דמהני בשטר מודעה ומחאה ובשטר שכותבין לראיה ביד המקדש שבפניהם קדש לפלונית מעידין על האשה ואף דליכא שום נ"מ לה מ"מ אינו דומה לשטר מקנה אם לא נעשו שלוחין מדעתה כיון שמתחייבה בשלה.

ומהתימא על ספר המקנה אה"ע (סי' מ"ב ס"ד) שפתיב ולא זכיתי להבין דברי רשב"א שהביא ראיה מאודיתא שם ל"נ ליה לאלומי למחוי מלנה בשטר אבל בשטר קידושין דליכא ריעותא דמי ממש להמודה בקרקע עיי"ש שהאר"י בזה והא הרשב"א בעצמו שם כתב הטעם דבהודה בקרקע דכותבין הוא דוקא אם הודה על של חבירו שהוא שלו דאינו מתחייב בשלו זה אין צריך שליחותן של העדים ומה"ט שטר מודעה ומחאה כותבין אף בלא צוה ואם הודה שמכר קרקע או שנתן קרקע שלו לחבירו בזה אף אם לא מתרבה שום חיוב בכתיבת השטר אין כותבין אלא מדעתו.

ולפי זה גם שטר קידושין אף שלא נתרבה שום חוב על האשה והאיש מ"מ פיון דמעידין עליהן שזה קנה זו אין כותבין אלא מדעתן דבעינן דומיא דספר המקנה והא דהודה בקרקע דכותבין היינו בהודה שהוא של חבירו וכמבואר ברשב"א: ואף אם מוחה אחר כך כותבין פיון דהכתיבה הוא על של זה ולא על של חבירו כמבואר מדברי רשב"א ואם מודה שמכר או שנתן בזה פיון דמחייב עכשיו בשל עצמו.

ואם כן משמע דיש מחלוקת בהודה בקרקע דכותבין בין רשב"א ור"ן דלדעת רשב"א דוקא בהודה שהוא שלו ובזה כותבין אף אם מוחה מלכתוב אבל בהודה שמכר לו או שנתן בזה אין כותבין בלא דעתו ואם כתבו הוי מפי כתבם ולדעת הר"ן בכל אנפי יכתבו בהודה בקרקע מטעם דניחא ליה ואם מוחה אין כותבין.

ומדברי הש"ע משמע פדעת רשב"א דלעולם כותבין בהודה בקרקע משום דליכא שום חשש דיתבע פעם שנית ולא מטעם דניחא ליה. אולם דוקא בהודה שהוא שלו אבל בהודה שמכרו לו אין כותבין רק מדעתו כמבואר ברשב"א: וראיתי בכנה"ג בהגהות ב"י (אות ל"ג) שפתיב שאם הודה שמכרו לו אין כותבין דשמא בעדים מכרו לו ואם יכתבו שטר עליה אם יבא בעל חוב של מוכר ויטרון גובה האחר מן המשועבדין ואם אין שטר אינו גובה אלא מב"ח ואף על גב דמוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים דוקא בעדי מכירה שמוציאין הקול דמאן דזבין בפרהסיא זבין אבל עדי הודאה אין מוציאין הקול והדברים תמוהין הא להדיא כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דבהודה שמכר אינו מתרבה עליו שום חיוב בין בע"פ לכתובה והמוכר בפני שנים אין כותבין שלא מדעתו אע"ג דקיי"ל כרב הרי מבואר דאף בהודה שמכר גובה מנכסים משועבדין ולא נתרבה שום חיוב.

שוב ראיתי בספר שמחת יו"ט להרב הגאון מהרי"ט אלגאזי (דף קל"ד) שהשיג על הכנה"ג מדברי רמב"ן ב"ב המובא בטור (סי' רל"ח) דכותבין שטר למוכר אם מעיד ע"ע שקבל דמים ומכר לו בכסף אף בלא שטר הקנאה ומבואר דאין חילוק לענין קול

בין עדי הודאה לעדי מכירה עיי"ש אולם אף דאין חילוק בין עדי מכירה להודאה לענין אם כותבין מדעת המוכר מ"מ בהודאה שמכר מבואר מדברי הרשב"א דאין כותבין אף דלא מתרבה שום חיוב דאינו דומה לס' המקנה פיון שנקתב חיוב עליו צריף שיהיה מדעת המתחייב.

ובאמת קצת יש לדקדק בדברי רשב"א שפתב בהודאה שמכר אינו מתרבה עליו חיוב בין בע"פ לכתובה הא מ"מ נ"מ לענין אחריות אם יבא בע"ח ויגבה ממנו דחוזר על המוכר ואם אין בידו שטר יכול לומר אחר כך פרעתי וכשיהיה בידו שטר לא יהיה נאמן וכן מבואר ברמב"ן ב"ב (דף ע"ז) דאעפ"י שמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אם טען פרעתי לאחר טירפא נאמן הלכך לא ניחא ליה לשווי דעל פה בשטר עיי"ש וצריף לדחוק בדברי רשב"א דכוננתו דליכא נ"מ פיון דיכול לומר אל תפרעני אלא בעדים ואעפ"כ אין כותבין מטעם דא"ד לספר המקנה כל שפותב חיוב עליו בלא דעתו: וראיתי בשלטי הגבורים פ' חזקת הבתים דתמה על הרשב"א דכל שמתחייב בשלו אין עושה את העדים שלוחין לכתוב ואין עדותן שבשטר עדות מדבריו (סי' אלף ל"ד) דכתב במקר ובהלואה שלוחי קונה ושלוחי מלנה הווי ואינם יכולים לחזור מה שאין פן בנותן דמדעתו יהיב ונותן הוא דעבדינהו שלוחין דידיה.

וכבר פתב באורים (ס"ק י"ט) דשם פתב הרשב"א דאינו יכול לחזור הוא בקנין ומסיק דאף במתנה א"י לחזור פשהיה בקנין וכ' דע"כ אף דבוטל את שליחותו ומוחה מלכתוב והוי מפי פתבם הא דמהני הוא כמו במחאה דהוא תקנות חכמים פן נמי בקנין הוא תקנות חכמים דאינו יכול לחזור וכן במת המתחייב קודם שכתבו כותבין הא במיתתו נתבטל השליחות אלא דהוא מתקנות חכמים.

אולם מדברי רשב"א לא נראה פן ולא נזכר בשום מקום שהוא מתקנה. וגם הא הוא פתב להדיא במחאה דהוי מן הדין הואיל דאין מעידין על המחזיק רק על בעל הקרקע וכן מבואר מדבריו (ח"ב סי' ת') דכתב דבקנין א"ח בשטר משום דסתם קנין לכתובה אינו יכול לעכב מלכתוב ואינו דומה לזכו בשדה דחוזר בשטר משום ששוב נעשה שלמ"ד המקנה ואנן שטר הנעשה על דעת המתחייב בעינינו דומיא דס' המקנה אבל פשקנו מידו משעת קנין יש להם לכתוב ושטר מקנה הוא זה עכ"ל מבואר דלאו מתקנות חכמים הוא רק שהוא שטר מקנה וכן מבואר מדבריו שבסי' (אלף ל"ד) דכ' ונדקא קנו מידו בכה"ג שלוחי מלנה וקונה הם הרי דלאו מטעם תקנות חכמים הוא וכן מדברי רמב"ן ורשב"א חידושי קידושין (דף פ"ו) שכתבו שהסכימו הגאונים דבקנין אינו יכול לחזור וכותבין בע"כ מוכח טובא מדבריהם דלאו מטעם תקנות חכמים רק מן הדין.

אולם מ"מ יש להבין בטעם הדבר: ברם כנראה דעיקר הטעם על פי שכ' בש"מ ב"ב (דף מ') משם ה"ר יונה בהא דקיום שטרות בג' דבתרי ל"מ סהדוטייהו דאמרין מפיהו ולא מפי כתב וז"ל ואע"ג דבשטר שהוא זכותו של אדם ולהיות בידו לראיה אין אומרין בו מפיהו ולא מפי פתבם פגון שטר מקר ומחאה ומודעא ה"מ במעשה הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם בכגון זה רש"אין להעיד בשטר דגמרין לה מספר המקנה אבל עדות שאין יודעין מעצמן פגון שמכירים חתימת ידי העדים או שראו באחד שהלנה את חבירו שלא נעשה המעשה בפניהם כדי שיהא שום קיום דבר בפני עדים בכה"ג

נדאי לא נתנה עדות ליכתב דלא דמי לספר המקנה עכ"ל ולכאורה נראה מזה דגם בשטר לראיה על קידושין שהיה בפניהם גם כן יש תורת שטר ע"ז ול"ה מפי פתבם פיו דנעשה בפניהם שיתקיים הדבר ואף דל"נ מדעת המתחייב ולא פתשובת רשב"א הנ"ל אף יש לומר דשאני עדי קידושין דלא יש שום קיום להדבר בלתי עדים דאין דבר שבערוה פחות משנים וצריך העדים לקיום הדבר אף אם שניהם מודים אם כן לא נעשה בפניהם לקיום הדבר לראיה מה שאין כן בממון דלא איברי סהדי אלא לשקרי לכו נעשה הנעשה בפני עדים שיתקיים הדבר בפניהם זה גמרינו מספר המקנ' ורשאין להגיד בשטר.

וסובר הרשב"א דכמו כן בהודה בקרקע שמכר אף נעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר מ"מ אין פותבין אלא מדעתו פיו דמעידין שמחייב עכשיו בשל עצמו ולקיום עיקר הדבר שיתקיים הודאתו צריך לעדים לכן אין פותבין שלמ"ד אף דלא נתרבה שום חיוב אבל אם מודה על קרקע שהוא שלו כותבין דאין מעידין על של חבירו.

ובאומר זכו בשדה לפלוני אף נעשו עדים לקיום הדבר מ"מ פיו דצריך להם שיזכו בעדו לא הוי כמעש' הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר וצריך שכתבו מדעת המתחייב אף דליכא שום נ"מ ולא מתרבה החיוב מ"מ הוי מפי פתבם אם כתבו שלא מדעתו אבל בקנו מידו דקנן מילתא אלימתא הוא ואינו יכול לחזור וכותבין אף אם מוחה מלכתוב דסתם קנן לכתב' עומד וכמזמין עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם ודומה לספר המקנה ולא צריך כלל לשליחות של המקנה רק של קונה.

ומה"ט פותבין אף כשמת המקנה ונתבטל השליחות פיו דלא צריך כלל לשליחות של המקנה כמבאר מדברי תשובת רשב"א הנ"ל: אולם זה הכל לדעת הרשב"א וסייעתו דסתם קנן לכתובה עומד ואף אם חוזר פותבין בע"כ אבל לדעת הרשב"ם והרא"ש וסייעתם דרק דלא צריך לאמלוכי ביה אמרינו סתם קנן לכתובה עומד אבל אם חוזר בהדיא לא פותבין דמבטל שליחותיהו בזה כנראה ע"כ צריך לומר הא דאם מת דכותבין ולא אמרינו דנתבטל שליחותן של העדים דהוא מתקנות חכמים כמו שכ' התנאים באור' [עיי' בס' דברי אמת קונטרס (י"א דף ק"ט ע"ב) דהוכיח דעת הגאונים דעדות בקנן א"נ לומר פרעתי ולקח פותבין אף בלא דעתו לכן אם מת אף דבטל שליחותיהו מ"מ פותבין וזהו דוסק גדול לשני' מחלוקת בזה] וקצת יש לומר למה דהאריף בקצוה"ח (סי' קפ"ח) לבאר בדעת רמב"ם אם היה בריא בשעת מינוי שליחות ואחר כך נשתטה דלא נתבטל השליחות והא דאין גט וקנן לאחר מיתה הוא מטעם דאף דלא נתבטל השליחות מ"מ פיו שמת אין זאת אשתו ולא זה עבדו דנפקע האישות והנכסים נפלו קמי יתמי כמו שכתב רש"י גיטין (דף ט' ודף י"ג) א"כ אתי שפיר פאן אף דמת לא נתבטל השליחות ואף דכל זכותו נפל קמי יתמי מ"מ פיו דליכא נ"מ לענן שום דבר ל"ש בזה ירושה ולא צריך דעת יתומים.

אולם באמת דעת הטור אה"ע הוא כמו שכתב הקצוה"ח דכשמת נתבטל השליחות וכן באמת מבאר מדברי רש"י גיטין (דף פ"ח) במתניתין דכשמת בטל השליחות לגמרי ומה שהוכיח שם הקצוה"ח מש"ס גיטין (דף כ"ט) משם מוכח להיפך פאשר כבר עמד ע"ז בספר בית מאיר (סי' קכ"א) ואכ"מ בזה וכיון דנתבטל השליחות ע"כ הא דכותבין

גם לאחר שמת או שהיא מתקנות חכמים כמו שפכת האורים או דיש לומר דהיכא דליפא  
מקנה אף דנתבטל שליחות מ"מ פינו דלא חזר בו מחיים כותבין ול"ה מפי פתבם.

וראייתי בס' מנצל מאש (סי' ה') שפכת להסתפק להסוכרים דיכול לחזור משטר אף אחר  
קנין אם מת ולא חזר בה אם יכולין היתומים למחות בעדים שלא יכתבו פינו דאי הנה  
אביהן קנים הנה יכול למחות א"ד ל"א הכי אלא בטענה שהוא לפנטרו ממון ולכאורה  
מאי מקום הספק פינו דמבואר בטור דכותבין אף אחר שמת המקנה אף דנתבטל  
השליחות פשמת וע"כ או מתקנת' דחכמים או מן הדין פינו דליפא מתחייב ל"ב דעת  
המתחייב מה להן לירשים בזה דכינו דאין פאן שום חיוב לא ירשו היתומים כלל זכות  
זה ובודאי אף אם היתומים מוחין מלקתוב לא משגחינו בהו דהוי פנכרים בעסק זה.

ואולם ספיקו הוא היכא דצנה לכתוב שטר הקנאה ולשיטת רי"ף בעינו דמטי לידו ויבואר  
אי"ה לקמן: ועוד פנראה דעת הרא"ש בפסקיו ב"ב (דף ע"ז) ובתשובה (פלל נ"ז) דהיכא  
דליפא שום נ"מ בכתיבת השטר כותבין אף אם מוחה שלא לכתוב ואם פנונת המוכר  
והלנה להפקיע דינו אנו מחוייבי לרדוף אחר הצדק שלא יפיק זממו לענות הדין רק  
הטעם דחזור בשטר משום דל"נ ליה דליפשו שטרי עליה משום דזילי נכסי ולכך  
פשמוחה אין כותבין דאית ליה טענה אבל אם לית ליה שום טענה כותבין אף דהוי שלא  
מדעת מתחייב וע"כ דסובר פשיטת ר"י לאחר חזרה בתוס' פתובות וב"ב דאם נכתב  
פתיקון השטר הו"ל כמי שנתקרה עדותו בב"ד ולא שייך מפי פתבם.

ולכך אף דאין כותבין שלא מדעת המתחייב משום פשיש איזה הפסד מ"מ אם צנה לכתוב  
כ"ז שאינו מוחה כותבין אף לאחר מיתה די"ל פינו דגלי דעתו דאינו מקפיד במה דמפיש  
ליה שטרי שוב לא צריך לשליחות של המתחייב פינו דבגוף הקנין ליפא שום קפינא  
ותוספת חיוב רק שלמ"ד אין כותבין אבל פינו דצנה לחתום סגי אם כותבין בשליחותיהו  
דהקונה כמו שכ' הרשב"א בתשובה הנז' ואף דבשליטי גבורים הנ"ל תמה ע"ז דמלשון  
שטר הנזהוג משמע דהעדים הוי שלוחי לנה ומוכר ברור דדעת הרשב"א במ"ש (סי' אלף  
ל"ד) הוא דנדאי כל תוקף שטר הוא אם נעשו עדים לקיום הדבר למען יעמוד ימים רבי'  
וכמו שכ' רבינו יונה הנ"ל דבכגון זה ראוי להעיד בשטר דגמרינו מספר המקצה והינו  
שמתקלית הענין הנה לתת ביד הקונה לראיה ומפיהם ולא מפי פתבם דכ' בתורה הוא  
פשיאנו אלא בשטר משמוש שכתבוהו העדים לדוכרן פתגמי דהיו באנפיהו כמו שפכת  
הרמב"ם ומלחמות יבמות (פ"ג) אבל אם כותבין בלשון שליחות פלוני העדנו על הדבר זה  
תורת עדות בשטר: ועיין נ"י ב"ב פרק חזקת הבתים בהא דמחאה בפני שנים דצריך  
שיכתבו בלשון שליחות ואם כתבו שמענו פלוני שמיחה כה"ג לאו עדות הוא ומפיהם  
ולא מפי פתבם אמר רחמנא ואע"ג דבעלמא בעינו צנאת המקנה דומיא דספר המקנה  
הינו בדבר שבינו לחבירו אבל במחאה ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו די שיכתבו  
בלשון שליחות עכ"ל וזה כסברת רשב"א דכל דאינו מתחייב משלו יכולין לכתוב שלא  
בשליחותו רק אם כתבו שמענו זה אין תורת שטר עליו ובעינו עכ"פ שליחותו של  
הרוצה להעיד על דבר זה עדים דומיא דספר המקנה דכתיב וכתוב בספר וחתום והעיד  
עדים היינו שמעמידם שיעידו ויכתבו בשליחותו ודברי רבינו יונה ורשב"א ונ"י פנונה  
אחת להם.

ולכן כ' הרשב"א בתשובה הנ"ל דהגוי שלוחו של הקונה היכא דל"ב דעתו של המקנה עוד. וא"כ אף לדעת הרא"ש דהיכא דיש איזה ריעותא להמקנה אינם רשאים לכתוב שלא מדעתו כל שהוא מוחה מ"מ יש לומר במודה דאין צריך שליחות של המקנה רק כל דגלי דעתו ואינו מוחה עוד מלקתן' סגי בשליחו' של הקונה ולכך אף דמת ונתבטל שליחותו פותבין ויש תורת שטר על זה דדומה לספר המקנה ועיין ברמ"א (סי' קמ"ו ס"ה) דפוסק פדברי הנ"י דאם פתבו שמענו דמיחה דל"מ ובסמ"ע כ' שם דלדעת ר"ת דאם ראוי להגיד בב"ד יכול להגיד בכתב מהני אם פתבו שמענו דמיחה ואאזמ"ו ו"ל פדברי משפט שם כ' דאף לדעת רש"י דפסול מפי פתבו אף בראוי להגיד י"ל פיון דמחאה דכשר מפי פתב הוא מתקנת חכמים כמו שכתבו תוס' ב"ב (דף מ') יש לומר אף דלא פתבו רק שמענו סגי בדבר מועט מבטל החזקה והנ"י סובר דכשר מד"ל לכך צריך שיעיד בשליחות דומיא דספר המקנה ואינו מוכרח פיון דבאמת דעת רש"י דלעולם אין פותבין שלא מדעתו כמבואר בדבריו קדושין (דף כ"ז) וכמו שכ' שם רמב"ן ורשב"א דכל שטר בעי שליחותו של המתחייב וע"כ לשיטתו הא דמחאה כשר מפי פתבם הוא מתקנת חכמים מ"מ כל מה דנוכל לתקן שלא יהיה מפי פתבם ממש רק שיהיה לו תורת שטר דומיא דספר המקנה דכתיב והעד עדים דנמסר להם לקיום הדבר מתקנין ולכך לא מהני כשפתבו שמענו דמיחה דאין ע"ז שום דמיון לספר המקנה: והנה לשיטת ר"י ורשב"א כשמוחל לחבירו דכתב רמ"א (ס"ג) דאין צריך לומר פתבו וחתמו וכן מבואר בטור וש"ע (סי' פ"א ס' כ"ט) פיון דאינו מתחייב כלל בהודאתו יש להבין הא לדעת רשב"א אף דאינו מתחייב כלל ולא נתוסף שום דבר בשטר ג"כ אין פותבין ובהודה בקרקע שהוא של פלוני דכותבין הוא דוקא אם הודה שהוא שלו אבל במודה שמכר או נתן אין פותבין אלא מדעתו פיון שמחייב עכשיו בשל עצמו אם פן אם פותבין דמוחל לו הוי כמחייב עכשיו בשל עצמו דהא כל נכסיו משועבדין לזה על חובו והוא מחל לו ומסלק שעבודו ממנו דומה להודה שמכר או שנתן דבעינן דעתו פיון דמחייב בשל עצמו דמפקיע זכותו וה"נ מפקיעין ממנו זכותו היינו השעבוד ואף דכבר נסתלק ונפקע זכותו במחילתו הא גם בהודה לפני עדים דמכר או נתן כבר יצא הקרקע מרשותו ובכ"ז פיון דמתחייב עכשיו משל עצמו אף דלא מתרבה שום חיוב אם פותבין שלמ"ד אינו דומה לספר המקנה והוי מפי פתבם ומראוי שגם שטר מחילה שלא יהני דהוי כמעיד על עצמו דמחל לו השעבוד.

וגם לסברת רבינו יונה יקשה דסברתו דבעינן מעשה הנעשה בפניהם כדי להתקיים ועדות דלא נעשה בפניהם כדי להתקיים הדבר לא גמרינן מספר המקנה ולא ניתן לכתוב אם פן במחילה הנה מן הראוי אם לא נעשה בפניהם כדי להתקיים הדבר ורק שמעו שמחל לו לא יהי מהני השטר מחילה ולא משמע פן בדברי הטוש"ע רק דאין צריך לומר אתם עדי ואין צריך לומר פתבו וכ' הטור שאין צריך לומר פתבו אלא כשהוא מחייב עצמו בהודאתו שלא תהא עליו כמלנה בשטר אם לא שיצוה לכתוב אבל בענין מחילה ופטור אין צריך וזה אתי שפיר לשיטת הרא"ש דהיכא דליכא שום נ"מ יש תורת שטר על זה אף בלא דעתו אבל לרבינו יונה דבעינן דומיא דספר המקנה דמעמיד עדים ע"ז להתקיים הדבר ומהאי טעמא כ' הנ"י הנ"ל דבמחאה צריך שיכתבו בשליחותו ואם פתבו שמענו לא מהני אם פן במחילה אם לא העיד העדים ולא באו לקיום הדבר רק שמעו

שְׁמַחַל יֵשׁ לֹמֵר דְּאִין תּוֹרַת שְׁטָר ע"ז וְכֵן לְדַבְרֵי רִשְׁבֵּ"א כִּינּוּן דַּמ"מ מְעֵידִין עַל עֲצָמוּ שְׁהַתְחַיֵּיב בְּדַבְרוֹ צָרִיף לְכַתּוֹב מְדַעְתּוֹ אַמְאֵי בְּשִׁטְר מְחִילָה מְהֵנִי.

וְעֵינּוּ תוֹמִים (ס"א פ"א) דְּהַקְשֵׁי הָא הָוֵי מִפִּי כְּתָבָם וּבִקְצוֹה"ח שָׁם כ' דְּדוֹמָה לְהוֹדָה בְּקַרְקַע וְכִמּוּ שְׁפַתְבָּ הֵר"ן דְּאֲמַדִּינּוּ לְדַעְתּוֹ דַּנ"ל לְכַתּוֹב וְאִם מוֹחָה אִין כּוֹתְבִין. וְכִבֵּר מְבֹנְאָר דְּלֹא כֵן הוּא דַעַת רִשְׁבֵּ"א וּבְהוֹדָה בְּקַרְקַע הוּא רַק כְּשֶׁהוֹדָה שְׁהוּא שְׁלוֹ וְאִז כּוֹתְבִין אַף אִם מוֹחָה.

וְגַם לְדַעַת הֵר"ן ק' קֶצֶת דְּבְהוֹדָה בְּקַרְקַע כִּינּוּן דְּצָרִיף לֹמֵר אַתֶּם עַדִּי אֲמַדִּינּוּ לִיה לְדַעַתִּי דְּמוֹדָה זֶה דְּלְכַתְּבוּ שְׁטָרָא נִיחָא לִיה אֲבָל בְּאוֹמַר שְׁמוֹחַל לֹו וְשְׁמַעוּ עֵדִים בְּדַבְרֵי דְּמְחִילָה סְגִי אַף בְּלֹא הַעֲמִיד לְהַעֲדִים וְלֹא אֲמַר אַתֶּם עַדִּי מְנִינּוּ לְנוּ לֹמֵר דְּהָוֵי כְּפֹאֵלוּ הָיָה מְדַעַת מְקַנָּה וְצָוָה לְעֲשׂוֹת שְׁטָר וְצָרִיף לֹמֵר עכ"פ אַף דְּאִינוּ דוֹמָה לְהוֹדָה בְּקַרְקַע דְּהַתֵּם עַל כְּרַחֲמֵי בְּדַקָּא מְכַנִּין לְאוֹדוּיֵי קַמְיָה סְהַדִּי קְאִי וְכִמּוּ שִׁכ' שָׁם בַּרמ"ה מ"מ כִּינּוּן שְׁזָה אִינוּ תּוֹבַע מְמַנּוּ רַק מְעַצְמוּ מוֹחַל בְּכַפְנֵי עֵדִים גַּם כֵּן אֲמַדִּינּוּ דַעְתּוֹ דַּנ"ל וְכֵן לְשִׁיטַת ר"י צָרִיף לֹמֵר אַף דְּלֹא אֲמַר אַתֶּם עַדִּי מ"מ כִּינּוּן דְּהוֹדָה בְּכַפְנֵי עֵדִים הָוֵי כְּפִנְעֻשָׁה כְּדִי לְהַתְקַיֵּים הַדְּבָר וְגַם כֵּן צָרִיכִין הַעֲדִים שְׁיִכְתְּבוּ בְּלִשׁוֹן שְׁלִיחוֹת שְׁל הַקּוֹנָה וְכִמּוּ שִׁכ' הַנ"י בְּמַחְזָה וְאִם כְּתָבוּ שְׁמַעְנוּ דְּמַחַל אִין תּוֹרַת שְׁטָר עַל זֶה.

וְכֵן לְדַעַת רִשְׁבֵּ"א אַף דְּמְעֵידִין דְּנִסְתַּלַּק הַשְּׁעָבוּד מ"מ הָוֵי כְּמַעִיד רַק עַל שְׁלוֹ שְׁל הַזּוֹכָה שְׁאִינוּ חַיִּיב עוֹד. וְדוֹמָה לְאִם קְנוּ מִיְדוֹ דְּלְדַעַת רִשְׁבֵּ"א קְנִין מְלִתָּא אֲלִימְתָּא הוּא וְאִינוּ יְכוּל לְחַזֵּר וְכוֹתְבִין אַף אִם מוֹחָה ה"נ מְחִילָה שְׁמוֹחַל לֹו הָוֵי כְּסִילּוּק לְגַמְרֵי וְעַדִּיף מְקַנֵּן כִּינּוּן שְׁאִין צָרִיף עוֹד לְשׁוּם דְּבָר לְכַפְּ כּוֹתְבִין וְאִף אִם מוֹחָה אַחַר כַּף מְלַכְתּוֹב וְעֵינּוּ (ס"א רמ"ג ס"ט) דְּאִם הַמְקַבֵּל בְּעַצְמוֹ הַחֲזִיק א"י לְחַזֵּר מְלַכְתּוֹב אֶת הַשְּׁטָר וְעֵינּוּ רִשְׁבֵּ"א קִידוּשִׁין שָׁם דְּכִינּוּן שְׁהַחֲזִיק ע"ד כְּתִיבַת הַשְּׁטָר נְתַחֲיֵיב הַמוֹכֵר אַף דְּמְכַבֵּל שְׁלִיחוֹתוֹ עֵי"ש וּבִש"מ ב"ב (דף ע"ז) וְע"כ דְּכִינּוּן דְּכִבֵּר זָכָה רִשְׁאִין הַעֲדִים לְכַתּוֹב רַק בְּשְׁלִיחוֹתוֹ דְּקוֹנֵי לְחוּד וְדוֹמָה לְס' הַמְקַנָּה כֵּן נָמִי בְּמַחֲלָה: וְרִאִיתִי בְּפִרְיָשָׁה (ס"א רמ"ג) שִׁכ' בְּטַעַם הַדְּבָר כְּשֶׁמְחַזֵּיק הַלּוֹקֵחַ בְּעַצְמוֹ דְּמַתְחַיֵּיב בְּכַתִּיבַת הַשְּׁטָר מְשׁוּם דְּנִדְאִי דַעְתּוֹ שְׁל הַלּוֹקֵחַ כְּשֶׁמְחַזֵּיק בְּהַשְׁדָּה לְקִנּוּת בְּאוֹתוֹ חֲזָקָה גַּם הַשְּׁטָר וְשִׁלָּא יִקְנָה זֶה בְּלֹא זֶה כִּינּוּן דְּשִׁיכִי אֲהַדְדִי וּל"ה קְנִין דְּבָרִים דְּבִהְדִי קְנִין הַשְׁדָּה קוֹנָה גַּם כֵּן הַשְּׁטָר מֵה שְׁאִין כֵּן כְּשֶׁמְקַנְהוּ עַל יְדֵי אַחֲרֵי דְּמֵאֵי אַכְפַּת לְהוּ לְאוֹתָן אַחֲרֵים לְדַקְדַּק שְׁלֹא לְקִנּוּת כִּי אִם בְּקִנּוּן הַשְּׁטָר וּמְשׁוּם הֵכִי הו"ל הַקְּנָאת הַשְּׁטָר קְנִין דְּבָרִים וְלֹא חָל.

וְלֹא אֲבִין בְּמָה יְחוּל הַקְּנִין עַל כְּתִיבַת הַשְּׁטָר שְׁעַדִּין לֹא נְכַתְּבִין וְכִי צַד עַל יְדֵי קְנִין חֲזָקָה שְׁהַחֲזִיק הַלּוֹקֵחַ בְּהַשְׁדָּה יִקְנָה הַשְּׁטָר שְׁלֹא נְכַתְּבִין וְלֹא שְׁיִיף בִּיה קְנִין אַגַּב אַף דְּשְׁטָרָא אַפְסָרָא דְּאַרְעָא הוּא מ"מ כָּל זְמַן שְׁלֹא נְכַתְּבִין אִיזָה קְנִין שְׁיִיף בּוּ וְשִׁלָּא יוֹכַל לְחַזֵּר בּוּ וּבְטוֹר לֹא כְּתָב שָׁם רַק דְּמַתְחַיֵּיב בְּכַתִּיבַת הַשְּׁטָר וְעַל כְּרַחֲמֵי הַטַּעַם דְּבָנָה כּוֹתְבִין אַף בַּע"כ מְטַעַם חַיּוּבוֹ הוֹאִיל שְׁקָנָה עַד"ז וְנִגְמַר הַקְּנִין וְרַק בְּלֹא אֲמַר לְעֵדִים שְׁיִחֲזִיקוּ ע"ד כְּתִיבַת הַשְּׁטָר אֲלֵא תְרֵי מִיְלֵי קְאָמַר לְהוּ שְׁיִחֲזִיקוּ בְּקַרְקַע וְעוֹד שְׁיִכְתְּבוּ לֹו אֶת הַשְּׁטָר לְכַפְּ כָּל שְׁלֹא כְּתָבוּ אֶת הַשְּׁטָר יְכוּל לְחַזֵּר בּוּ דְּאִז שְׁלּוּחִים שְׁוִינְהוּ וְהָרִי הוּא מְכַבֵּל שְׁלִיחוֹתוֹ אֲבָל אִם אֲמַר לְעֵדִים שְׁיִחֲזִיקוּ עַל דַּעַת כְּתִיבַת הַשְּׁטָר כּוֹתְבִין לֹו אֶת הַשְּׁטָר

בע"כ וכמו שכ' רשפ"א מס' קידושין ושם ועל פְּרָחָה דְּבָכִי הָאֵי גִּנְנָא סְגִי בְּשִׁלְיָחוּתוֹ דְּהַקוֹנָה וְדוֹמָה לְסִפְרָה הַמְקַנָּה.

ואין חילוק לדעת הרשפ"א בין קננו סודר לקננו חזקה: ויש להבין בדעת הש"ע שם (ס"ט) דהביא דעת ר"י דבאמר ללוקח או מקבל מתנה זכה ואכתוב דאינו יכול לחזור מלכתוב את השטר ושם (ס"י) סתם דאפילו קנו מידו לכתוב הוי קננו דברי' ולפי זה למה באמר זכי ואכתוב עדיף ומה מהני דהחזיק על דעת פתיבת השטר פינון דאף קננו בפירוש לא מהני והרשפ"א קידושין שם דבהחזיק ע"ד לכתוב אינו יכול לחזור לשיטתו דמסיק שם דבקננו כותבין אף בעל פְּרָחָה וכמו שמשמיק גם כן בתשובה אבל להסוברים דאף בקננו אין כותבין בע"כ למה יהיה עדיף בהחזיק ע"ד לכתוב אינו יכול לחזור ולמחות בכתיבת השטר רק דגם הלוקח והלנה יכול לומר אדעתא דכתיבת השטר נחתו ונתייב המוכר או הלנה להחזיר המעות כתב בתנאים (ס"ק ט') דאם אינו מחזיר המעות כותבין העדים השטר בעל פְּרָחוֹ וְלֹא פֶּלַם מְיֻנָּה שְׁלֹא יִחְזִיר מְעוֹתָיו וְיִמְנַע מִלְּכַתּוֹב וְלִכְאוּרָה מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁפִּי"א (ח"ג סי' ח"י) לא משמע כן דכתב בשטר מתנה ומכר או מלנה שפכר קבל המעות ורוצה לקיים המתנה והמכר וההלואה אלא שחוזר ומונע את העדים שלא לכתוב את השטר אעפ"י שקנו מידו בנה מחלוקת ישנה בין גדולי חכמי ישראל יש מי שאומרים כו' כל שהוא מונעם מלכתוב שומעין לו דאין צריך לימלא אפרו הא מונעם הוא לא עכ"ל הרי דכת' אף פְּרָחוֹהַ לְקַיֵּים הַמְּקַח וְהַהֲלוֹאָה יְכוּל לְמַנְעֵם מִלְּכַתּוֹב וְאִף דִּנְדָאֵי גַם הִיא הָאֵלֶּה מוֹדִים דְּהַלּוֹקֵחַ יְכוּל לְתַבְּנֹעַ לוֹ שְׂיִחְזִיר מְעוֹתָיו דְּאֲדַעְתָּא שְׂיִכְתְּבוּ לוֹ שֵׁטֶר קְנָה וְכֵן הַמְּלָנָה יְכוּל לְתַבְּנֹעַ מְעוֹתָיו וְכֵמוּ דְּמַבְּרָא בְּרַמְבַּ"ן ב"ב וְרִשְׁפִּי"א קידושין משם חכמי הצרפת מ"מ אם אינו מחזיר המעות ורוצה דוקא להחזיק במקר ובהלואה ובכ"ז מוחה מלכתוב השטר אינו רשאי לכתוב פינון דנתבטל השליחות דאם לא כן למה כתב שרוצה לקיים המכר וההלואה הא לאו בדידיה תליא מילתא לקיים הדבר פינון שקנו מידו אלאודאי אף אם הלוקח או המלנה רוצים לבטל אם לא יכתבו להם שטר מ"מ אין כותבין בעל פְּרָחוֹ וְיִכּוּלִין לְתַבְּנֹעַ מְעוֹתֵיהֶם בְּב"ד או שהב"ד יכתבו מעשי ב"ד במקום העדים אבל העדים אם כתבו בע"כ לדעתם הוי מפי כתבם וְלֹא תוֹרַת שְׁטֵר עַל זֶה פִּינּוֹן דְּמַבְּטַל שְׁלִיחוּתָן: וּמ"ש הַתְּנָיִים לְהוֹכִיחַ מַד' הָרֵא"ש בְּתְּשׁוּבָה שֵׁכ' נִמְצָא שְׂאִין נִפְקוּת' בְּמָה שְׂאוֹמֵר ר"ת שְׂאִין לְכַתּוֹב הַשְּׁטֵר בְּלֹא רְצוֹן הַמְּקַנָּה אֵלֶּא בְּקִנְיֵן מַתְּנָה וּמְכָר וְיִתְבַּטַּל הַמְּכָר עכ"ל [ובתשובת הרא"ש שלפני לא כתב תיבות אלו ויתבטל המכר] ואם נאמר דאף בתובע המלנה המעות גם כן אין כותבין הא נ"מ טובא אם אינו מחזיר המעות לדעת החולקים כותבין וילדעת ר"ת אין לו שטר וצריך לרדוף אחריו אלא נדאי דאם אינו מחזיר כותבין בעל פְּרָחוֹ.

ולדבריו הא גם במקר נימא דאם אינו מחזיר מעותיו יכתבו בעל פְּרָחוֹ וְדִלָּאוּ פֶּלַם מְיֻנָּה לְמַחוֹת וְהִיָּה לוֹ לְרֵא"ש לְפָרֵשׁ דְּנ"מ אִם מִחְזִיר הַמְּעוֹת. וְעוֹד הָא גַם לְדַבְּרֵי נ"מ בְּהֲלוֹאָה אִם אֵין הַמְּלָנָה בְּפִינּוֹ וְהִלֵּךְ לוֹ וּבִיָּקֵשׁ מִן הָעַדִּים שְׂיִכְתְּבוּ לוֹ הַשְּׁטֵר וְיִמְסְרוּ בִּיד נֶאֱמָן שְׁלוֹ או שְׂיִנְכּוּ בְּעֵדוֹ וּמוֹחָה זֶה מִלְּכַתּוֹב דְּלִדְעַת ר"ת אֵין כּוֹתְבִין בְּלֹא רְצוֹן הַמְּקַנָּה וְלִדְעַת הַחוֹלְקִים כּוֹתְבִין בְּע"כ פִּינּוֹן דְּאֵינוֹ יְכוּל לְמַחוֹת אֲבָל לִדְעַת ר"ת כ"ז שְׂאִינוֹ בְּפִינּוֹ לְתַבְּנֹעַ שְׂיִחְזִיר לוֹ מְעוֹתָיו אֵין כּוֹתְבִין וְעוֹד יֵשׁ לְמִצּוֹא נ"מ טוֹבָא רַק פְּנוּנַת הָרֵא"ש בְּעִנְיֵן קִיּוּם



הדבר נ"מ במתנה דאין פותבין ובמכר דנתבטל הקננו ובהלואה ליכא פל פה נ"מ בפשיטות רק אם מוחה בלי ספק רוצה לבטל ההלואה ולהחזיר דלאו בשופטני עסקינו ד יכול לילה לב"ד ולתבוע ממנו ויעשו לו פס"ד שישלם מיד אבל ודאי אף אם אינו מחזיר העדים אין פותבין בע"כ גם יש לומר הא דכ' הרא"ש דבמכר ומתנה נ"מ היינו דבמכר נתבטל לגמרי ואף ב"ד אין פותבין לו בע"כ מה שאין פו בהלואה אף דאין עדים פותבין לו בכל אנפי בעל פרחו מ"מ יכול לתבוע בב"ד ולכוף שיחזיר לו מעותיו מיד והב"ד נותנים לו פס"ד ע"ז שהוא במקום שטר.

וראיתי לאאזמ"ו ז"ל בד"מ שהוכיח גם פו דאם אינו מחזיר המעות דכותבין בע"כ מדברי המחבר בש"ע (ס"ה) דנאמן לומר פרעתי אפילו תוך זמנו דריע טענתו של מלנה ודין זה הוא מרשב"א ולשיטתו דאף אם מוחה פותבין א"ש דריע טענתו דאין לו שטר אבל לשיטת הרא"ש ד יכול למחות לא ריע טענתו דדלמא מחה הלנה מלכתוב אלא ודאי דאם אינו מחזיר מענתו פותבין אף בע"כ ולענ"ד יש לומר דטענת מחאה מלכתוב השטר אף אם המלנה עצמו טוען פו כ"ז דאינו חוזר בפני עדים ומברר אינו טענה פמו שכ' הריטב"א קידושין ר"פ האומר דאף במקום ד יכול לחזור תוך למד צריף לחזור בפני עדים וכן מבואר מדברי רמב"ן קידושין (דף כ"ז) דצריף לחזור בפני עדים ולבטל שליחותו וגם כ' דלא שכיח ול"ח בזה אף בגל דאיתרע עיי"ש וא"כ כ"ז דלא אתברר בפני עדים דחזר לא חיישינו לזה ושפיר איתרע ונאמן לטעון פרעתי אף תוך זמן דלא חיישינו כלל לשמא חזר אבל לעולם יש לומר אם חזר ומח' אין פותבין בע"כ לדעת הרא"ש בלי רצון המקנה אף פ שאין לו להחזיר המעות שקבל בהלואה רק הב"ד יכולין לתת לו פס"ד ועוד פמו דריע טענתו דמסתמא פשמחה מלכתוב הנה תובע מעותיו בב"ד והיו נותנין לו פס"ד ע"ז דכיון דלנה אדעתא שיהיה לו שטר וכשמחה נתבטל ההלואה ודאי הנה תובע לו בב"ד שיהיה לו שטר ע"י מעשה ב"ד אבל לעולם יש לומר דאין עדים פותבין בע"כ אף אם אינו מחזיר לו המעות.

ועיין כנה"ג (אות י"א) שהביא דברי הש"ג דהב"ד פותבין לו בעל פרחו של לנה והכי נקטינו ע"ש ואם פו ריע טענתו פמה שאין בידו שטר: והנה לדעת הרא"ש דאין פותבין בע"כ וסובר אף אם קנו מידו על זה לכתוב השטר ושלל יכול למחות יכול למחות דלא שייף קנין בדבר זה דהוי קנין דברים דאין דבר זה נתפס בקנין לכתוב לו שטר דאין זה שעבוד נכסים דאם מכר הוא פבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים עיין בטוש"ע וברא"ש בתשובה (פלל ע"ו) מבואר מדבריו משום דאין על מה לחול הקננו ועיין סמ"ע (סי' רמ"ג) ויש להבין הא אף דכבר חל השעבוד מ"מ נ"מ טובא בכתיבת השטר ד יכול למפור השטר בכתיבה ומסירה ובפרט בשטר הלואה דאינו יכול למפור החוב פלל רק במעמד שלשתו ועל ידי השטר יכול למפור בכתיבה ומסירה ולמה לא יחול ע"ז הקננו שיכתוב לו השטר והשעבוד יהיה עוד נתוסף על ידי השטר ואף דכבר נשתעבד על ידי קנין מ"מ הא מבואר (סי' ס"ו) דשטר ראיה אינו יכול למפור וכבר עמד שם על זה בקצוה"ח דה"ד למפור שטר הלואה פיון דשעבודא דאורייתא והוי לעולם רק שטר ראיה דאף בלעדי השטר פבר נשתעבד וכתב דמ"מ על ידי השטר נתוסף השעבוד ואף דהנתיבות שם חולק ע"ז וסובר פיון דחז"ל הפקיעו השעבוד במלנה על פה נעשה השעבוד רק ע"י שטר אבל אם פבר נשתעבד לא

חל שעבוד על שעבוד מ"מ מוכח משטר פתובה דאיתא בש"ס דבר מכירה הוא כמכירת כל שט"ח על ידי כתיבה ומסירה אף דבכתוב' דהוא בתנאי ב"ד נשתעבדו הנכסים אף בלא כתיבת השטר פתובה נימא דל"ה רק שטר ראיה ולא בר מכירה הוא וע"כ דנתוסף השעבוד על ידי השטר גם פן ניש לומר דלעגנו זה חל שעבוד על שעבוד דעל ידי תוספת זה שחל על ידי שטר יכול למפור בכתובה ומסירה.

ואם פן נ"מ טובא בכתבת השטר ואמאי לא יחול על זה הקנין שיתחייב לכתוב לו השטר. ואף דיש לומר דמ"מ אף דנתחייב על זה לתת לו תוספת פח שעבוד בשטר מ"מ אם מבטל שליחותן אין תורת שטר על זה עד דמתחייבי ליה בב"ד מ"מ מ"ש הרא"ש והסמ"ע דאין על מה לחול הקנין קשה להבין פינו דיש תוספת שעבוד על ידי שטר שיהיה בידו למפור לא הוי קנין דברים והרבה צריף לדחוק בזה.

ועיין בטור (סי' קנ"ז ס"כ) משם הרמ"ה דקנו מיזדו דמתחייב ליתן אבל אם קנו מיזדו לתת כו' פינון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה ואין בו ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים ועיין ברמ"ה ב"ב (פ"א סי' כ"ו) היטב ובסמ"ע (סי' ס') ואם פן אם קנו מיזדו בפירוש שמתחייב לשעבד נכסים בשטר לא הוי קנין דברים רק דאין על מה לחול פינון שפכר נתחייב ולמה שכ' דנ"מ טובא בזה בתוספות שעבוד שיהיה יכול למפור השטר יש על מה לחול.

ואולם למ"ש שם הרמ"ה דקנין להקנו' שאין הדבר מתחייב בקנין זה עד שיקנה לו בהקנאה אחרת הוי כמו קנין דברים ומדבריו מבואר דכל היכא שאינו נופל על גוף הממון רק על הנתינה בעצמה והנתינה אין בו ממש אלא מעשה בעלמא הוא לא חל הקנין אם פן הכא נמי אף דיש בזה שיכתבו שטר תוספת שעבוד תועלת מ"מ לא הוי רק לעשות מעשה וזה הוי קנין דברים.

ועיין בספר בני יעקב (דף ס"ד) דהעלה פדעת מהרש"ך בכתחייב למפור ביתו לפלוני דלא מהני לשון חיוב רק אם קנו מיזדו מגופה של קרקע והכא נמי פינון דהוי רק חיוב לכתוב שטר דאף דחייב את עצמו לתת להמלוה פח בשעבוד שטר מ"מ אף בקנו מיזדו הוי קנין דברים: ואם היכא דמוחה מלכתוב גובה מנכסים משועבדים כ' הסמ"ע (סי' רמ"ג ס"ק ט"ז) במוכר שדהו באחריות וקנו מיזדו דחוזר בשטר אע"ג דבעלמא טורף ממשעבדי בעדי קנין דמפקי לקלא מ"מ במוחה מלכתוב שטר כדי דלא לפקי עליה קלא דמכר נכסיו גם הם יזהרו למלאות רצונו ולא יפקו קלא עיי"ש שפכת פן פדעת רמ"א בבאיור דברי רבינו יונה שם בטור ומסתפק בזה כמו שכ' בדרישה שם ואם פן כמו כן בשטר הלואה גם פן אף שהיה בקנין אינו גובה ממשעבדי כשמוחה מלכתוב.

ואולם מדברי הרא"ש בתשובה הנ"ל מבואר להיפך דכתב דלכף הלוקח יכול לחזור ולומר תחזור מעותי דאדעתא דהכי שתכתוב לי שטר כאשר אמרת לכתבו קניתי כדי שתהיה ראיתי בדי לגבות ממשעבדי וכן בשטר הלואה פתב שם גם פן דאדעתא דהכי הלוח לו שיהיה לו שטר בידו שיגבה בו ממשעבדי משמע דוקא שמקפיד על ראיתו בידו שלא יצטרף לגבות ממשעבדי על ידי עדי הקנין שיצטרף להביא לב"ד ובשביל זה ג"כ יכול לבטל המכירה וההלואה ומדלא קאמר דיש לו טענה וקפידא שישמעבדו באמת נכסיו לגבות ממשעבדי ועל ידי זה שמיחה לא יגבה ממשעבדי מבואר דבאמת גובה

ממשעבדי אף פשמוחה מלכתוב רק אף בשביל זה לבד שלא יהיה ראיתו בידו גם פן יכול לבטל המקח וההלואה אבל גם אם לא נתבטל ולא נכתב השטר גובה ממשעבדי בעדי קננו ועיין תשובת הרא"ש (פ"ל ס"ו ס"ב) דמשמע קצת דאדעתא שתהיה מלנה בשטר הלנה ומסתימת דבריו משמע דאינו גובה ממשעבדי אולם ילמוד סתום מן המפורש.

וכן משמע מדברי רמב"ן ב"ב (דף ע"ז) ורמב"ן קידושין (דף כ"ז) דהביא דעת הגאונים דבקנו מידו דאינו יכול לחזור בו כ' וראיתי מכריעין פן מסוגיא דפ"א דב"מ דאמרינן אי בשטר הקנאה הא שעבד נפשיה ואי ס"ד יכול לחזור בו ליחוש דלמא קנו מידו וחזר ואמר בפני עדים אחרים שבטל שליחותו ולא יכתבו והם לא ידעו וכתבו וטורפין לקוחות שלא פדין והתם פינו דגפיל איתרע ליה ותיישבין לכל החששות וכתב ולא מילתא הוא דהא מ"מ מלנה קנה נכסים אעפ"י שלא לנה ושעבודו במקומו הוא עומד שנסתעבדו לו בו נכסים בקננו אעפ"י שלא לנה הלכך לא חיישינן לפסול שטר זה ועוד דל"ש הא מילתא דלא מודע להו ומבטל דהא איכא למיחש לתנאין ועניינן וסתמא תפסינן כעובדי דשכיחא מ"מ אנו צריכין להודות דקננו טורף מן המשועבדין אעפ"י שלא כתב מ"ב (דף קע"ב) ואם לא נכתב יכול לומר פרעתי כו' מעתה המוצא שטר הקנאה בשוק למה לא יחזיר אי משום שכ' ללות ולא לנה אעפ"י שבטל שליחותו הא הנכסים משועבדים בקננו ואי משום דזה שטר פסול אם לא נפרע יפרענו מ"מ ואי מפרע מקרע הוי קרע ליה דהאינדע ליה הלכך פינו דמעשה קיים לא אזלי בתר חששות דגופו של שטר עכ"ל: וי"ל דהיכא דמיקח בפני עדים אחרים מודה גם הסמ"ע דגובה ממשעבדי פינו דלא מיקח בפניהם מפקי עדי קננו לקלא ונשאר השעבוד על ידי הקננו במקומו.

והרמב"ן דלא הקשה באמת דניחוש ועיין גתיבות (סי' ס"ה) ובמ"ש (סי' רמ"ג) והעלה דכשמוס' לכולי עלמא נאמן לומר פרעתי וראיתו מרמב"ן ובאמת פנראה דעת רמב"ן למסקנא דלעולם נאמן לומר פרעתי היכא דליכא שטר ועיין ש"ך (סי' ע' ס"ק ד') אבל לדינא דבעדי קננו לבד א"נ לומר פרעתי משום דהיה לו ליקח תברא יש לומר אף במוחה בעדים שלא לכתוב גם פן א"נ לומר פרעתי וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב פ"ו (סי' קי"ד) דכתב היכא דקנו מניה גובה מנכסים משועבדים כו' ואי טעין פרעתי לא מהימן פינו דקנו מניה וסתם קננו לכתובה עומד איכא למיחש דלמא נקט שטרא ולא הוי לי' למפרעיה עד דשקל מניה שטרא או דכתיב עליה תברא או עד דא"ל עדי קננו דא דאפתי לא כתבו ליה שטרא ופרע ליה באנפיהו.

מבואר דאף אם אמר לעדים דפרע ליה וממילא מוחה עוד מלכתוב מ"מ אם לא פרע באנפיהו לא סגי. וכן המעיין בש"מ ב"ב (דף ע"ז) שם מביא דברי ר' יונה יראה אף אם מוחה מלכתוב מ"מ גובה ממשעבדי וכמו כן נראה דאינו נאמן לומר פרעתי.

ועיין ש"ך (ס"ק ו') דהוכיח מדברי המחבר דפוסק דאינו נאמן לומר פרעתי היכא דיש עדי קננו ובתנאים שם כתב דאף דכ' הרשב"א דאם פרע איהו אפסיד אנפשי' דלא לקח שובר ס"ל דאם טוען פרעתי נאמן כמו בשאר מע"פ כל כמה דלא נכתב שטר דלדברי הש"ך הא אדרבה אמרינן דלקח שובר או שהיה עדים בפרעון ולכך אין לכתוב עיי"ש ודבריו תמוהין דאם פן למה לא יכתבו אם פרע יברר בשובר או בעדי פרעון וכינון דצריך

ליזנהר ואם לא יזנהר אפסיד אנפשיה ודאי ברור דדעת הרשב"א דא"נ לומר פרעתי  
כמבואר למענין בדבריו המובא בר"ן פתובות (פ"ב) וענין תשובת פני משה (ח"א סי'  
נ').

וענין ש"ה (ס"ק ח') דתמה על המחבר דכ' ויש חולקין דאי משיה מילתא טפי מלמד יום  
אין פותבין הא כ' הר"ן דלהנה דס"ל דסתם הלנאה ל' יום הוי ליה פתוה זמנו דאינו נאמן  
לומר פרעתי אבל הסוכרים דהואיל דלא קבע זמן נאמן לומר פרעתי תוה ל' כמו שסתם  
המחבר (סי' ע"ח) לא הו"ל לכתוב הך דינא.

אולם פבר כ' הים של שלמה מס' פתובות (פ"ב סי' כ"א) דאף שפורע תוה ל' מאחר  
שלא ניתנה לתפוע קודם ל' וסתם קנין לכתובה עומד ממילא פותבין ואם הנה פורע הנה  
מודיע לסהדי או לקח שובר ואיהו דאפסיד אנפשיה אבל אחר למד שהגיע ז"פ חיישינו  
שמה פרעו דאינו עומד שוב לכתובה ואדרבא איפא למימר מדלא תבע בעדים לכתוב  
תוה זמן בודאי פרעו בזמנו והאמין לו ולא חש לעדים או לאו אדעתיה עיי"ש עוד  
ובתומים (ס"ק ז'): סי' ח בכנה"ג (סי' ל"ט אות ט') הביא דעת חכם אחד דאף דסתם  
קנין עומד לכתובה הני מילי פשפבר נגמר הדבר ונתקיים בלא הקנין אבל היכא דהוצרך  
הקנין לקיום הדבר ובאותו קנין נקנה המקח או החיוב לא אמרינו סתם קנין לכתובה  
עומד אולם הביא דברי הר"י מיגאש ז"ל שבעה"ת (שער נ"א) ורמב"ן מובא בטור  
(סי' רל"ח) דכ' אף אם עיקר הקנאה היא בהאי קנין דקנו מניה ושטרך לראיה בעלמא  
דכתבו גם כן סתם קנין לכתובה עומד וענין בחידושי ר"י מיגאש ב"ב (דף ע"ו) דמדבריו  
משמע להדיא כן.

ובתומים (סי' קט"ז ס"ק ה') הסכים לדברי אותו החכם ומתריך בזה קושית תוס' ב"מ  
(דף ט"ו) בהא דאמר שמואל אמלןך וכתב שופרא שבחא ומוקי בש"ס בקנו מידו והקשה  
תוס' הא סתם קנין לכתובה עומד וכן מערב היוצא לאחר חיתום שטרות ובקנין ואינו  
גובה רק מנכסים בנ"ח והנה עכ"פ מבואר מדברי תוס' דלא מתרצו כן דלא סברו לחלק  
בזה.

ומה שהוכיח כן מדברי המ"מ משם הרשב"א המובא שם ברמ"א דבנותן מתנה בעדים  
אינו טורף מלקוחות בלא שטר דמתנה אין לה קול רק בשטר והקשה במה ישמעבד  
נכסיו בדברים בעלמא שקבל עליו אחריות לא משמעבד ועל פתח איירי בקנין אם כן  
קנין יש לו קול וסתם קנין לכתובה עומד אלא ודאי פיון דצריה קנין לגוף השעבוד לא  
אמרינו סתם קנין לכתובה עומד עכ"ד ודבריו תמוהין באשר כ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי  
חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) דלהדיא מבואר בטור (סי' רמ"ג) משם רבינו יונה דאף במתנה  
אם ניתן באחריות ואמר לו לך חזק וקנה כמו שמתחייב באחריות על ידי שטר כף  
מתחייב גמי באחריות על ידי חזקה למגבי מב"ח הרי פיון דהמקבל עשה חזקה על פי  
הניתן על דעת זה שיהיה עליו אחריותו מהני לזה קנין חזקה וכ' דדומה לזה מה שכ'  
הב"י (סי' ש"י) משם הרשב"א במשפיר לו חמור סתם דנשמעבד על יד משיכ' עיי"ש  
ובאמת שם הרא"ש חולק על זה ועיי"ש בטור ובסמ"ע דבלא קנין לא משמעבד וכנראה  
לענין אחריות במתנה הטור מביא דברי רבינו יונה מבלי חולק: ברם יש לומר דהא כל  
אחריות שקבל כתבו רק לענין אם בא בעל חוב וטורף ובזה יש לומר דכולי עלמא מודים

דאף בלא קנן יכול לשעבד את עצמו והטעם נראה דהא אף בלא קבל פלל עליו אחריות כשפא בעל חוב וטורף ממנו יקשה למה אינו חייב לשלם בחוב ברור ועיין סמ"ע (סי' קכ"ח ס"ק ו') בנתפס על חובו פטור והטעם פיון דבעל פרחו גובה ממנו והיינו פיון דאינו פורע מדעתו יש לומר דהכא נמי זה גובה ממנו בעל פרחו שעבודו ואינו פורע מדעתו ועוד יש לומר דהוי פאלו התנה בפירוש דנותן לו במתנה גוף הקרקע אבל שעבודו של חבירו קיים פיון דלית ליה פסידא ובמתנה בא לידו כל זמן שאינו אומר בפירוש דמקבל אחריו אינו חייב וכן כ' בספר שער משפט (סי' רכ"ה) ואם פן יש לומר דאם מקבל עליו אחריות חייב לשלם מטעם דלא גרע מאם מצוה לפרוע לבע"ח ואף אם ל"ה רק גרמא במה שאין הנותן משלם לבע"ח ועי"ז מפסיד למקבל מתנה שטורף ממנו גם פן חייב לשלם בגרמא אם מחייב את עצמו כמבואר במרדכי ב"ק פ' הגזול ובריטב"א בב"י (סוף סי' ס"ו) ובש"מ ב"מ (דף ע"ג) וא"כ אתי שפיר במתנה אם מקבל עליו אחריות מטריפת בעל חוב דשפיר חייב לשלם אף בלא קנן רק בדברים בעלמא.

וא"כ בקנה מידו יש לומר דלקולי עלמא אף במקבל מתנה טורף ממשעבדי דלא צריף הקנן לעצם החיוב: ועיין בספר שער המלך הל' מלנה דהקשה מדברי ריטב"א קידושין (דף כ"ו) דכ' להקשות דלמאי נפ"מ חוזר בשטר דבמתנה מסתמא ליפא אחריות ואי קבל עליו אחריות אפילו בע"פ נמי הרי דליפא נ"מ דאל"כ נ"מ טובא לענן לטורף מלקוחות.

וכן בדברי רשפ"א שם שכ' מאי מהני ליה בשטר מתנה ובמכר המוכר בעדים גובה מנכסים משועבדים הרי דליפא נ"מ. ול"ק דהא הרשפ"א כ' שם מתחילה פיון דסתמא קתני חוזר בשטר איירי בין בשטר מכר בין בשטר מתנה בין באחריות בין שלא באחריות ושפיר קשיא ליה דמאי נ"מ דבמתנה מסתמא ליפא אחריות ואף אם קבל אחריות דיש נ"מ מ"מ סתמא קאמר ואיירי בכל גוונא.

ובדברי ריטב"א בלאו הכי אתי שפיר דהוא סובר שם דאיירי אף בקנן ואפילו הכי חוזר בשטר שפיר כ' דמה נ"מ אי קבל עליו אחריות אף בעל פה חייב והיינו אם הנה בקנן שפיר גובה אף מנכסים משועבדי וז"פ.

עכ"פ אינו ראיה משם לדעת הכנה"ג הנ"ל. ומן הפוסקי הסוברים בערב היוצא לאחר חיתום שטרות דאף בקנן אינו גובה מנכסי משועבדים יש לומר שם הטעם דל"א סתם קנן לכתובה כמו שכתבו תוס' ב"מ שם דדוקא אם הקנה לו דבר שהוא בעין אז פיון דיפה פחו לעשות קנן רוצה שיכתבו לו ובש"מ שם משם תוס' שאנ"ן ביאור הדברים דבשבח פיון דאינו ידוע אם יבא לא מקנה בעין יפה וצריף לימלאו והכא נמי פיון דאינו ידוע אם יבא לידי גובינא לגבות מן הערב אינו מקנה בעין יפה.

ועיין בנתיבות (סי' קכ"ט ס"ו): סי' ט הטור הביא משם תוס' הא דהודאה בב"ד חשוב מלנה בשטר לטורף מהלקוחות הוא דוקא כ"ז שידוע שלא פרעו או שהוא מודה שלא פרעו ותמהו בטו"ז ובש"ף למה טורף מלקוחות על ידי הודאתו ניהוש לקנוניא וגם למה נאמן בהודאתו לחוב לאחרים לכן פירשו דאיירי דהודה בשעשה שהיה לו בני חורין לשלם ואז אמר המלוה אל תפרעני אלא בעדים על פן לא שייף קנוניא ועיין בש"ף (סי' ע"ט ס"ק ל') ובאמת שכן דעת הר"ן והריטב"א ב"מ (דף ט"ו) דכי גובה בהעמדה בדין מלקוחות דוקא דאיפא סהדי דלא פרעו שלא זזה ידם מתוף ידו עיי"ש והטו"ז והש"ף

הביאו ראיה מהא דמבנאר (סי' ע"א) בשטר שהאמין המלנה ללנה שיהיה נאמן דאינו גובה מלקוחות אף אם מודה הלנה שלא פרעו.

אולם דעת הסמ"ע בכמה מקומות דהיכא דליכא ריעותא לא חיישינן לקנוניא וי"ל בהאמין המלנה ללנה הוי כמו ריעותא דלא שכיח ואין דרף שיאמין המלנה להלנה ועיין מהרשד"ם (סי' רכ"א) ובש"ף (סי' ע"א ס"ק מ"ח) ובמתלוקת הפוסקים (סי' ס"ה) במוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו אם שניהם מודים אם חיישינן לקנוניא דדעת הרא"ש דהוי פלית בי ריעותא ויחזירו.

ועיין הפלאה (ר"פ) הנושא דתמה על הש"ף מבכורות (דף מ"ט ע"ב) דס"ל לר' יהודה דה"ס של פדיון הבן טרפי ממשעבדי דמלנה הפתובה בתור' פכתובה בשטר דמאי הרי אף דיכול לומר פרעתי בפדיון הבן אפילו הכי טורף ועל פתח איירי הוודה האב שלא נמו וכן בגזקין טורף ממשעבדי כמבנאר בש"ף (סי' קי"ט וסי' תי"ט) אף דיכול לטעון פרעתי.

ואין זה כ"כ ראיה לדעת הסמ"ע ורלב"ח די"ל כמו שכתבו ריטב"א ור"ן דכי גובה בהעמדה בדין מן לקוחות איירי דאיכא סהדי דלא פרע כנ"ל וכן בגזקין איירי גם כן כף או דאמר לו אלתפרעני אלא בעדים וכן בפדיון הבן הא על פתח הא דבא לגבות מלקוחות אף דהוי ממון שאין לו תובעין ולמה לא יכולין הלקוחות לדחות ולומר לאו בע"ד דידי את אלא איירי במפירי פהונה וכשפיר אחר שנתחייב בפדיון עצמו אישמעבדו נכסיו למפירי פהונה וכמו שכתב הריטב"א מס' קידושין (דף כ"ע) ואם כן כמו כן יש לומר דאיירי דזה פהו שהוא מפירי פהונה אמר לו אל תפרעני אלא בפני עדים והודה שלא פדה עדיין את עצמו ואחר כף מכר נכסיו וכיון שהודה מקמי שקנה הלוקח ואמר אל תפרעני אלא בעדים טורף שפיר וכמו שכ' הטו"ז ובהכרח צריך לומר כן אף לדעת הסמ"ע ורלב"ח דלא חיישינן לקנוניא באם הלנה מודה היינו משום דמשע' העמדה בדין איכא קלא ויש להם ללקוחות ליזהר שלא ליקח קרקע מהלנה ואם לקחו אינהו אפסידו אנפשייהו דיגבה המלנה עפ"י הודאת הלנה שלא פרע מה שאין כן שם בפדיון הבן אמאי יגבה על ידי הודאת האב הא יש לחוש דפדה אחר כף את הבן ושם לית לי קלא ומאין יודע ללקוחות ואם כן אף אם מלנה הפתובה בתורה פכתובה בשטר דמאי מ"מ אמאי יהיה נאמן האב לומר אחר כף שלא פדה את בנו אחר כף כיון דלית ליה קלא ולא הוי ללקוחות לדעת להיות נזהרים אלא ודאי דאיירי דאמר לו הפהו אז פשהודה שלא יפדה אלא בעדים ועיין בבבאורי הגרא"ו ו"ל יו"ד (סי' ש"ה סק"ל) דיש מקום לומר דבמלנה הפתובה בתורה כיון דלא שכיחא לא חיישינן לפסידא דלקוחות אולם עכ"פ צריך לדעת דבאמת אפתי חייב לו ואם כן פיצד יטרוף הפהו מלקוחות כיון דלא הוי לי קלא ולא שייך לומר דאפסידו אנפשייהו אלא ודאי דאיירי שידענו בבירור דעדיין לא פרע כגון דאמר אל תפרעני אלא בעדים וכנ"ל: וראיתי ברדב"ז (ח"א סי' תק"ע) במוציא שטר על יתומים ואינו יכול לקיימו אבל יש לו עדים שהודה אביהם בחייו שכתבו וכ' דאינו גובה דאיכא למימר שפא קנוניא הנה עושה עם המלנה כדי לטרוף מלקוחות ורב אסי דסובר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הא דלא חיישינן לקנוניא כ' הרשב"א דגובה מלקוחות משעת הודאה ואילך ומלקוחות דמקמי הודאה לא

טָרִיף וְכ' דְאָפִילוּ בְהָא פְּלִיג ר' יוֹחָנָן וְקִי"ל פְּנוּתִיה וְטַעְמָא דְעֵינְיוּ נָתַן לְמַפְּוֹר מְנַכְסִי וְקַדְמֵם וְהוּדָה לְזָה וְעוֹשֶׂה עִמּוֹ קְנוּנְיָא לְטָרוּף מַה שְׂיִמְפֹּר אַחַר כֶּף הַלְפָה צָרִיף לְקִינְמוֹ.

וְלִכְאוּרָה אִם כֵּן פָּאן אַף מְלַקּוּחוֹת דְקִנּוּ אַחַר הוּדְאָתוֹ דְלֹא פָּרַע לֹא יִגְבֶּה גַם כֵּן דְנִיחוּשׁ לְקְנוּנְיָא לְטָרוּף מִמַּה שְׂיִמְפֹּר אַחַר כֶּף וְע"כ פִּינּוּ דְבִידוֹ לְשַׁעֲבַד עַכְשָׁיו מְחַדֵּשׁ כַּדִּין גּוֹבֵה אַחַר כֶּף מִן הַלְקוּחוֹת אִם כֵּן בְּמוֹדָה שְׂפַתְבוּ נָמִי הָא בִּידוֹ לַעֲשׂוֹת כַּדִּין וְלִשְׁעֲבַד מִהַשְׁתָּא.

וְצָרִיף לֹמַר דְדוּנְקָא בְּמַעֲשֵׂה ב"ד דִּישׁ לוֹ קוּל וְנָדְעוּ הַלְקוּחוֹת לְהַזְהֵר שְׂלֵא לְקַנּוֹת רַק דְאָף שְׂקִנּוּ נֹאמַר דְלִמָּא כְּבָר פָּרַע בְּזָה פִּינּוּ דְהוּדָה מְקוּדָם דְלֹא פָּרַע וְאָמַר אֵל תְּפָרְעֵנִי אֲלֵא בְּפָנֵי עֵדִים שׁוֹב גּוֹבֵה מִן הַדִּין וְאִינְהוּ דְאֶפְסִידוּ אֲנַפְשֵׁיהוּ דְלֹא נִזְהָרוּ לְקַנּוֹת מַה שְׂאִין כֵּן בְּמוֹדָה בְּשִׁטְר שְׂפַתְבוּ חִיּוּשֵׁינּוּ לְקְנוּנְיָא דְרוּצָה לְמַפְּוֹר מְנַכְסִי וְיִטְרוּף מִהֶם הַבַּע"ח וּבְאָמַת הַשִּׁטְר הוּא מְזוּנָף וְלֹא יֵצֵא כָּל הַקּוּל שְׂיִדְעוּ הַלְקוּחוֹת לְכֶף אַף אִם מוֹדָה שְׂפַתְבוּ בְּפָנֵי עֵדִים חִיּוּשֵׁינּוּ שְׂמָא זִינָף וְרוּצָה לַעֲשׂוֹת קְנוּנְיָא פִּינּוּ דְלִיכָא סְהָדֵי דְמִפְקֵי לְקָלָא וְעֵינֵי בִש"מ ב"מ (דָּף ע"ב) אֲבָל בְּהַעֲמָדָה בְּדִין פִּינּוּ דְאִית לֵיהּ קָלָא כְּמַלְוָה בְּשִׁטְר רַק פִּינּוּ דל"ש לֹמַר שְׂטָרָף בִּידֵי מַאי בְּעֵי נֹאמֵן לֹמַר פְּרַעְתִּי וְטוּעֵנִין עֲבוּר לְקוּחוֹת וְלֹא מְהֵי הוּדְאָתוֹ שְׁל הַלְוָה מ"מ פִּינּוּ שְׁהוּדָה מְסַמֵּי שְׂקִנּוּ הַלְקוּחוֹת וְאָמַר אֵל תְּפָרְעֵנִי אֲלֵא בְּעֵדִים טוּרָף מְלַקּוּחוֹת כְּמוֹ שְׂפַתְבּוּ הַטו"ז.

אוּלָּם מְדַבְּרֵי הָר"ן בִּש"מ ב"מ (ט"ו) דכ' הָא דְגַבֵּי מִמְשַׁעֲבָדֵי בְּמַצִּיאוֹת רְחוּק כְּגוֹן דְאִיכָּא סְהָדֵי דְלֹא פְּרַעֲיָה שְׂלֵא זָנָה יָדָם מִתּוֹף יָדוֹ נִרְאָה קֶצֶת דְאָף בְּאוּמַר אֵל תְּפָרְעֵנִי אֲלֵא בְּעֵדִים לֹא מְהֵי אַף דִּישׁ לוֹ קוּל דִּמ"מ חִיּוּשֵׁינּוּ לְקְנוּנְיָא: וְעֵינֵי כְּנֵה"ג שְׁהִבִּיא מִשֵּׁם רַדְב"ז [וְהוּא ח"ר ס' תְּקִי"א] דְאָף דְאִין כּוֹתְבִין שְׂטָר לְלִנְה בְּלֹא מְלָוָה בְּשִׁטְרָא דְלֹא אֶקְנִינִי מ"מ אִם כֵּתֵב בּוּ בְּהִדְיָא שְׂלֵא בְּאֶחָרִיּוֹת כּוֹתְבִין וְנוֹתְנִין לוֹ דְלִיכָּא לְמִיחַשׁ לְמִידֵי וְכֵתֵב וּא"ת אֶפְתִּי אִיכָּא לְמִיחַשׁ שְׂמָא יַעֲשֶׂה קְנוּנְיָא עִם הַמְלָוָה וְיַחֲלוּק עִם שְׂאָר בַּע"ח בְּנַכְסִי וְיִישׁ לֹמַר דְאִי חִיּוּשֵׁינּוּ לְהִכִּי אַף כְּשֶׁהַמְלָוָה עִמּוֹ אִיכָּא לְהִי חֲשֵׁשׁ אֲלֵא וְדִאי לֹא חִיּוּשֵׁינּוּ לְהִכִּי דְאִי בְּקַרְקַע יִישׁ לְהוֹ דִּין קְדִימָה וְאִי בְּמַטְלִטְלֵי בְּלֹא הִכִּי יָכוֹל לְהַבְרִיחַם וְתוּ דְלִהִי קְנוּנְיָא לֹא חִיּוּשֵׁינּוּ דְלֹא נִיחָא לִיהּ לְאִינֵשׁ דְלִיפְשׁוּ עָלָיו שְׂטָרֵי עַכ"ל וְקָשָׁה דְהָא חִיּוּשׁ לְקְנוּנְיָא נִגְד לְקוּחוֹת אַף דְמִפִּישׁ עָלָיו שְׂטָרָא וּמוֹדָה שְׂפַתְבּוּ רַק הוּאִיל דְלֹא נִתְקַיֵּים וְכִינּוּ דְאִין לוֹ קוּל יַפְסִידוּ הַלְקוּחוֹת שְׂלֵא כַּדִּין וְה"נ פִּינּוּ דְעֵדִים לֹא מִפְקֵי לְקָלָא כְּשֵׁאִין הַמְלָוָה עִמּוֹ בְּאֶקְנִינִיתָא כְּמוֹ שֶׁכ' הָרֵא"ש ב"מ דְדָבָר תִּימָא הוּא אִם כֵּן אִם כּוֹתְבִין לְלִנְה לְבָדוּ שְׂיִהֵה מוּכָן בִּידוֹ לִית לֵיהּ קָלָא וְיַפְסִיד לְבַעַל חוֹב שְׂלוֹ וְעֵינֵי ש"מ ב"מ (דָּף י"ג) מִשֵּׁם רַמ"ך וְז"ל בְּלֹא אֶקְנִינִיתָא לֹא כּוֹתְבִין לְלִנְה דְחִיּוּשֵׁינּוּ לְקְנוּנְיָא שְׂמָא לְחוּב לְאַחֲרִים הוּא מְחִיב עֲצָמוֹ וְשִׁטְר אֲמָנָה אוּ פְּסִים וְאִי אִיתִיהּ לְמַלְוָה וְשָׁקִיל לְשִׁטְרָא מִיָּד לִית לָן לְמִיחַשׁ דְכִי מְסַר לִיהּ שְׂטָרָא לְאַלְתֵּר חִיב עֵי"ש מְשַׁמַּע דְלֹא דוּקָא מְחַשֵּׁשׁ טְרִיפַת לְקוּחוֹת לֹא כּוֹתְבִין רַק אַף מְחַשֵּׁשׁ בַּעַל חוּב.

וְעֵינֵי ש"מ ב"מ (דָּף י"ט) מִשֵּׁם הָר"ן לְעֵנִין אִם כּוֹתְבִין שְׂטָר מִתְּנָה לְנוֹתָן שְׂאִין הַמְקַבֵּל עִמּוֹ בְּלֹא שְׂטָרָא אֶקְנִינִיתָא שְׁהוּא מוּנַע לְבַעַל חוּב מְלִטְרוּף עַל יָדֵי שְׂטָר מְוָקְדָם. גַּם מַה שֶׁכ' דְאִי בְּקַרְקַע יִישׁ לְהוֹ דִּין קְדִימָה אִינוּ מוּכָן אֲדַרְבֵּה פִּינּוּ דִישׁ לְהוֹ דִּין קְדִימָה נִיחַשׁ דְלִנְה מְבַעַל חוּב אַחַר וְאַחַר כֶּף יְמָסוּר לְזָה הַשִּׁטְר שְׁהוּא קוּדָם לְגַבּוֹת וְאוּלֵי כְּפִינְתוֹ פִּינּוּ

דלית ליה אחריות ושעבוד מפורש נגד לקוחות גובה בעל חוב האחר שיש לו שעבוד נגד לקוחות ומ"מ יש חשש דלמא ילנה מאחר בלי שעבוד מפורש.

ועיין ש"ך (סי' מ"ח) שהביא דעת מהר"מ לופלין בינש לאחד מלנה על פה בעדים ולאחד כ"י מוקדם דלא חיישינן לקנוניא והש"ך חולק בזה ועיין תשובת רמב"ן (סי' כ"ב) דלא חציף הלנה לעשות מעשה בפועל להקדים הזמן ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני הלנאה (סי' י') ויש לומר דעכ"פ אם הלנה פותב על דעת ללות ואין המלנה עמו דחיישינן שמא לא הלנה לו אחר כף ומוסר לו לעשות קנוניא נגד שאר בעלי חוב וצריף עיון בזה דיש לומר באמת בכי האי גוונא צריף להביא ראיה שבזמן שפתבו מסרו לו: ובספר קצוה"ח חקר למה באם הלנה מודה שלא פרע גובה מן הערב כמבואר (סי' קכ"ט) ולא חיישינן לקנוניא ומלוקח אינו גובה והעלה דהערב כיון דהוא עצמו התחייב הוי ליה כאיני יודע אם פרעתיף ולוקח דלא אשתעבד רק הנכסים טענינו ללוקח והוי כטענת ברי ודוקא אם י"ל דפרע קודם שלקחו הלוקח אבל אם ידענו דלא פרע קודם שלקחו רק לומר דלמא פרע אחר כף כיון שגבס ודאי בשעבודו של זה הוי ליה איני יודע אם פרעתיף ולכך אם הודה הלנה שלא פרע ואחר כף קנה הלוקח אחר הודאתו סגי בהודאת הלנה לחוד כל דנתברר שלא פרע קודם שקנה הלוקח.

ולכאורה לדבריו אם השטר מכר שקנה הלוקח הנה תוף זמנו של השטר חוב דלא חיישינן לומר דפרע תוף זמנו בזה נאמר גם כן דלא טענינו ללוקח שפרע אחר זמנו כיון דנדאי נכנס בשעבודו ותוף זמנו לא פרע.

אף מ"מ יש לומר כיון דאחר זמנו הנה הלנה נאמן לומר פרעתיף תוף זמנו כמגו דפרעתיף לאחר זמנו טענינו גם כן בזה עבור לוקח. אף יש להתבונן לדבריו נאמר אף באם אין הלנה מודה דלא פרע נימא גם כן דלא טענינו ללוקח דלמא פרע כיון דהוי כאיני יודע אם פרעתיף הואיל דנדאי נכנס בשעבודו קודם שפרע לו ומבואר דגם בזה טענינו עבור לוקח מדברי תוס' פתובות (דף צ"ב) בהא דמוכר שדה שלא באחריות דהמוכר משמע דינא בהדיה דבעל חוב וכ' רש"י דנ"מ דצריף לישבע אם טוען אשתבעי לי דלא פרעתיף וכתבו תוס' דאף ללוקח חייב לישבע דכל מה דהלנה יכול לטעון טענינו ללוקח.

ואם נאמר דהיכא דינדענו דלא פרע בטרום שקנה הלוקח שוב לא טענינו נ"מ טובא באם הלנה הודה בטרום שקנה הלוקח שעדיין לא פרע לו אם כן כשפא לגבות מלוקח לא טענינו דלמא פרע אח"כ ולכך משמע דינא המוכר וטוען שפרע אחר כף אלא ודאי דגם אם בא לגבות מלוקח טענינו שמא פרע אחר כף.

והיינו דכל מה דמצי המוכר לטעון טענינו עבור הלוקח אם כן אף אם הלנה מודה שלא פרע אחר כף אמאי לא טענינו ובפרט דעל עצמו דחייב אינו בגדר עדות כלל כמו שכתבנו בזה לעיל דיני עדות (סי' נ"ו) ויבואר עוד אפ"ה לקמן וכיון דמבואר דאף אם הלוקח ודאי נכנס בשעבוד טענינו בעדו שמא פרע ממילא לא מהני הודאת הלנה לחוב לו.

ועוד הא מ"מ דעת כמה פוסקים דבלא הוי ליה למידע כלל פטור אף כאיני יודע אם פרעתיף. וע"כ הא דבערב כשהודה הלנה דלא פרע דחייב לשלם הוא משום דעל דעת זה נעשה ערב כשהלנה יהיה מחויב ולא ישלם נתחייב הוא לשלם מה שאין כן בלוקח



לעולם לא נתחייב לשלם וכל זמן שלא נתברר דלא פָּרְעוּ אינו גובה ממנו ועיין מה שכ' בתשובת ראנ"ח (ח"ב סי' א') בספר מים עמוקין בזה: סי' י פתב בש"ע (ס' ל"ט סי"ג) כותבין שטר ללנה אעפ"י שאין המלוה עמו כו' במד"א בשטר שיש בו קנין שהרי משעה שקנו מידו נשתעבדו נכסיו לו וזה דעת רוב ראשונים דלא כר"ח ורי"ף דסברו כמו לאפני דאמר עבז"ל מ"מ בעינן מטא לידיה פן נמי בשטר הקנאה בעינן מטא לידיה כמבואר בנ"י ב"מ (דף י"ג) ובבעה"ת באריכות בדעת הרי"ף והש"ף העלה להלכה שלא בדעת הרי"ף.

ובכנה"ג (סי' רמ"ג) הביא משם מהרש"ך ומהר"י הלוי ושני חכמים שם ומהר"ם די בוטון ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דרבנותא הממע"ה. עוד הביא משם בעל פני משה דדוקא במי שכ' השטר ולא נתנו לו אבל במי שקנו מידו ולא צוה על השטר לכולי עלמא קנה אף דלא מטא שטרא לידיה וכן משמע דהא סתם קנין לכתיבה עומד ואף אם לא כתב כלל טורף ממשעבדי וכל הקנין אם פן פשיש עדי קנין סגי ואם פתבו שטר והוא ת"י ליכא שום ריעותא ויש לומר אף אם מטא השטר לידו אחר מיתת המתחייב שפיר דמי רק אם צוה לכתוב השטר בזה יש לומר המוסרי גורע והי' פנונתו שיזקה מעכשיו לכשיבא השטר לידו או דהוי שיור או דהוי פתנאי ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחדושי שו"ת פ"ק ס"ד דברי משפ"ט (סי' ל"ט) ובספרו דברי חיים דיני הלואה (סי' ב') דגם לדעת הרי"ף אם אחר שכ' השטר קנין נתן במתנה או שמכר לאחר אם אחר כף מסר השטר הראשון להראשון זכה הראשון ולא השני לא מפעיל לדעת הרמב"ן בדעת הרי"ף דלאפני דעבז"ל אם לא מטי לידו דלא מהני מ"מ אם מטי לידו אף אחר שמכר או נתן להראשון אמרינן דזכי למפרע ודאי בשטר הקנאה גם פן לא גרע אלא אף לדעת הרא"ש דאם מכר או נתן בטרם שפטי לידו דהראשון נתבטל הזכיה של הראשון אף אם מטי לידו אחר כף זה דוקא לאפני דעבז"ל לא הוי רק תקנתא דרבנן מה שאין פן בשטר הקנאה דנדאי לא הוי רק פתנאי אם נתקיים הפתנאי ומטי לידו דראשון אף דחזר בנתיים מ"מ חל למפרע ומינשב בזה קושיות הג"ת על דעת הרי"ף מהא דכתובות (דף צ"ד) בעובדא דאימא דרב"ח דכ' שם הרי"ף דאיירי בשטר בלא קנין דאי בקנין זוכה מאן דקדים והיגו אף דכתבה ומסרה להשני בטרם שנמסר לראשון מ"מ פשהגיע השטר ליד הראשון אחר כף זוכה למפרע וכן מבואר מדברי ש"מ ב"מ (דף י"ט) עיי"ש: ובזה יש ליישב קושיות פלמידי הרי"ף מהא דאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעליו דהא שעבד נפשי' ולפרעון וקנוגיא לא חיישינן ואמאי הא כ"ז דלא מטי לידו לא זכה ואין לומר דאיירי בחייב מודה והוי מטי לידו דאם פן איך אמרינן בסוגיא ב"מ (דף י"ג) הניחא אי שמואל סבירא ליה כר"א כו' אלא אי סבירא ליה פאפני דעבז"ל מא"ל והשתא אי גם בהקנאה בעי מטא לידו ע"כ שמואל לא סבירא ליה פאפני דאם לא פן למה דוקא שטר הקנאה.

ולתנ"ל יש לומר דעד כאן לא כ' הרי"ף דאף בשטר הקנאה בעינן מטי לידו רק אליבא דאמת דלא פסק פאפני ולא אמרינן עבז"ל ובלא קנין אף דמטי לידו אינו זוכה למפרע רק משעה שפטי לידו לכה אמרינן אף דהיה קנין וזוכה מהשתא מ"מ מה"ת לומר דמזכה לו לגמרי מהשתא בלא שום תנאי ואמרינן מסתמא פיון דמצוה לכתוב שטר ל"ה פנונתו רק לאלם הזכיה מהשתא באם יתן לו השטר אחר כף.

אָבֵל לְאַבְיֵי דַעבּוּז"ל אַם פֿון לֹא הָוִי צָרִיף לְשׁוּם קִנְיָן אַם נֹאמֶר דְּדַעַתּוֹ הָיָה עַל תְּנַאי  
פְּשִׁיגִיעַ לִיד הַזּוֹכָה דְּהָא אַף בְּלֹא קִנְיָן עֲבוּז"ל וְאִם יִמְסֹר לּוֹ אַחַר כֶּף הַשְּׁטֵר יִזְכֶּה לַמְּפָרַע  
וְאִם פֿון לְאַיְזָה צִוְרָף הָיָה הַקִּנְיָן אֲלֵא וְנֹדַי פֿונָתוֹ דִּיזְכָּה מַעַכְשָׁיו אַף אַם לֹא יִמְסֹר לּוֹ  
הַשְּׁטֵר וְאִם פֿון הַקִּנְיָן לְטַפּוּי אֲתִי שִׁיזְכָּה מַעַכְשָׁיו וְלִכֵּן שְׁפִיר אַף אַם שְׁמוּאֵל סוֹבֵר פֿאַבְיֵי  
דַעבּוּז"ל נִקְטַ דְּנִקְא שְׁטֵר הַקִּנְיָה דְּבָנָה אַף בְּאִין חֲיִיב מוֹדָה יַחְזוֹר וּבְלֹא הַקִּנְיָה פֿינֵן דָּאִין  
חֲיִיב מוֹדָה פֿל זְמַן שְׁלֵא פֿאַ לִידוֹ לֹא אֲמַרִינֵן עֲבוּז"ל אָבֵל בְּשְׁטֵר הַקִּנְיָה לֹא פֿעִינֵן מְטִי  
לִידוֹ דְּעַל פֿרְחָף הַקִּנְיָן לְטַפּוּי אֲתִי וְאִם שְׁמוּאֵל אִינוּ סוֹבֵר פֿאַבְיֵי וּל"א עֲבוּז"ל בְּנָה צָרִיף  
לְהַקִּינֵן לְטַפּוּי שִׁיזְכָּה מַעַכְשָׁיו פֿשִׁיבֵא לִידוֹ וְאַיְרִי בְּחֲיִיב מוֹדָה: אוּלַם זֶה אֲתִי שְׁפִיר  
לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַסְּפַמַת הַש"ף בְּדַעַת הַרִי"ף דְּאִם עֲבוּז"ל אַף אַם חֲזוֹר בְּנַתִּימִם בְּטָרַם  
שְׁמְטִי לִידוֹ מ"מ אַם הִגִּיעַ לִידוֹ אַחַר כֶּף זּוֹכָה לַמְּפָרַע וְאִין הַפְּרֵשׁ בֵּין שְׁטֵרֵי הַקִּנְיָה לַר"א  
וּבְסַתָּם שְׁטֵר לְאַבְיֵי דְּכִמוֹ בְּנָה זּוֹכָה לַמְּפָרַע אַף אַם חֲזוֹר בְּנַתִּימִם פֿון בְּנָה אַם פֿון שְׁפִיר אַם  
שְׁמוּאֵל סוֹבֵר פֿאַבְיֵי דַעבּוּז"ל הַקִּנְיָן לְטַפּוּי אֲתִי וְאַף תְּנַאי לֹא הָוִי זּוֹכָה מִיַּד לְכֶף מַחְזִירִין  
אַף בַּא"ח מוֹדָה.

אָבֵל לְשִׁיטַת הַרִי"ף בְּדַעַת הַרִי"ף דִּישׁ חֲלִיזִק בֵּין שְׁטֵר הַקִּנְיָה לְסַתָּם שְׁטֵר אַף אַם  
עֲבוּז"ל לְעִנְיָן חֲזָרָה דְּאַף אַם עֲבוּז"ל מ"מ יְכוּל לְחַזְרוֹר וְאִם חֲזוֹר בְּנַתִּימִם וּמְכַר לְאַחַר בְּטָרַם  
דְּמְטִי לִידוֹ זּוֹכָה הַשְּׁנִי אַף אַם מְטִי אַחַר כֶּף לִידוֹ דְּרֵאשׁוֹן מֵה שְׁאִין פֿון בְּשְׁטֵר הַקִּנְיָה וְנֹדַי  
לֹא הָוִי פֿי אַם תְּנַאי לְכָל הַיּוֹתֶר פֿמוֹ שְׁפַתְבְּנוּ לְעִיל אַם פֿון אַף אַם שְׁמוּאֵל סוֹבֵר פֿאַבְיֵי  
דַעבּוּז"ל מ"מ יֵשׁ לּוֹמֵר דְּבְשְׁטֵר הַקִּנְיָה שִׁישׁ בּוֹ קִנְיָן פֿעִינֵן גַּם פֿון מְטִי לִידוֹ מִצַּד הַתְּנַאי  
וְאַף דִּי"ל דְּקִנְיָן לְטַפּוּי אֲתִי שְׁלֵא יְכוּל לְחַזְרוֹר מ"מ פֿינֵן דְּאִמֵּר פֿתְּבוּ יֵשׁ לּוֹמֵר דְּכּוֹנְנָתוֹ  
עַל תְּנַאי פֿשִׁיבֵא לִידוֹ אַחַר כֶּף וְאִם פֿון הַדְּרִי קוֹנְשִׁית הַרֵאשׁוֹנִים עַל הַרִי"ף לְמִקּוּמוֹ: וְאַף  
פֿי הַש"ף הַפְּלִיג מֵאֵד דַּעַת הַרִי"ף וְהַרְבֵּה לְהַקְשׁוֹ עֲלָיו דְּלְדַבְּרִיו עַל פֿרְחָף הָא דְּבְמַצָּא  
שְׁטֵר חוֹב יַחְזוֹר בְּחֲיִיב מוֹדָה הוּא מְשׁוּם דְּבְמַחֲחִילָה אִינוּ יְכוּל לְחַזְרוֹר אַף אַם גְּמִלְף וְזֶה  
מְבוֹאֵר מְש"ס דְּלֹא כֵן הוּא וּלְכֶף הַעֲלָה בְּדַעַת הַרִי"ף פְּדַבְּרִי רַמְב"ן בְּמַלְחָמוֹת דְּחֲזָרָה  
מֵהַנִּי אַף בְּמַחֲחִילָה רַק אַם מְטִי לִידוֹ אַחַר כֶּף זּוֹכָה לַמְּפָרַע מ"מ הַמְּעַיִן בְּפִירוּשׁוֹ שֶׁל  
הַרִי"ף שְׁהַזְכִּיר שֵׁם מַס' פֿתּוּבּוֹת הַנ"ל שְׁהַאַרִיף סוֹף הַמְּסַכְתָּא לְפָרֵשׁ בַּלְשׁוֹן עַרְבִי  
וּמַצָּאֲתִי בְּדַבְּרֵי רֵאב"ד שְׁהַעֲתִיק פִּירוּשׁוֹ וְהוּא בְּסַפֵּר תּוֹמַת יִשְׂרָאֵל (ס' רח") בְּאַנְרָף  
שֵׁם מְבוֹאֵר בְּדַבְּרֵי הַרִי"ף וְכּוֹנֵן הָאָמַת בְּדַעַת הַרִי"ף וְז"ל שֵׁם וְנֹאמֶר שְׁזֶה הַמְּעַשָּׂה אֵלוֹ  
הָיָה בְּקִנְיָן לֹא הָוִי קוֹנֵה אֲלֵא רַב"ח כִּפִּי שׁוֹה"ד וְלֹא הָוִי דֵּן ר"נ שׁוּדָא פֿלֵל לְהִיּוֹת שְׁפִכָּר  
קִנְיָה רַב"ח הַמְּתַנָּה הַהוּא מְשַׁעַת קִנְיָן אָבֵל הַמְּעַשָּׂה הָיָה בְּכַתִּיבָה בְּלִי שׁוּם קִנְיָן גְּרָאָה  
בְּאִמֵּר פֿתְּבִינְהוּ לְגַכְסִי וְאִין הַקְּרַקַע נִקְנָה אֲלֵא בְּכַתִּיבָה כּו' וְהַשְּׁטֵר אִין הַקְּרַקַע נִקְנָה בּוֹ  
אֲלֵא מַעַת שִׁיגִיעַ לִיד מְקַבֵּל מַתְּנָה לֹא מַעַת שְׁנִכְתַּב הִנֵּה תֵרֵא' מֵה שְׁאֲמַר' הַמְּשַׁנָּה שְׁאֲנִי  
אוֹמֵר פֿתּוּבִים הָיוּ וְנִגְמְלָף עֲלֵיהֶם שְׁלֵא לִיתְנָם וְאַף לְדַעַת אַבְיֵי שְׁאֲמַר עֲבוּז"ל לֹא קִנְיָה אֲלֵא  
אַם הִגִּיעַ הַשְּׁטֵר לִידוֹ קוֹנְדָם שְׁחֲזוֹר בּוֹ הַנּוֹתֵן אָבֵל אַם חֲזוֹר בּוֹ הַנּוֹתֵן קוֹנְדָם שִׁיגִיעַ הַשְּׁטֵר  
לִיד מְקַבֵּל מַתְּנָה ל"ק פֿלוּם מֵהַמְּתַנָּה הַהוּא פֿמוֹ שְׁאֲמַרו אֲלֵא הָא דְּתַנּוּ מְצָא גִטִּי נְשִׁים כּו'  
הַרִי זֶה לֹא יַחְזוֹר שְׁאֲנִי אוֹמֵר פֿתּוּבִים הָיוּ וְנִגְמְלָף עֲלֵיהֶם שְׁלֵא לִיתְנָם וְכִי נִגְמְלָף מֵאִי הָוִי  
כּו' ה"מ הִיכָא דְּמְטִי שְׁטֵרָא לִידִיָּה אָבֵל הִיכָא דְּלֹא מְטִי שְׁטֵרָא לִידִיָּה לֹא וְכִינֵן שְׁכּוֹן לֹא  
תַתְּקִינִים הַמְּתַנָּה לְרַמִּי בְּכַתִּיבַת שְׁטֵרוֹ בְּצַפְרָא מְבַלְתִּי שְׁתַּתְּקִינִים לְמַר עוֹקְבָא אַעפ"י שְׁלֵא  
נִכְתַּב שְׁטֵרוֹ אֲלֵא בְּאַנְרָתָא פֿינֵן שְׁאִין לְרַמִּי עֲדִים שְׁהַגִּיעַ שְׁטֵרוֹ לִידוֹ מְשַׁעַת פֿתִּיבָה

שְׁאֵפֶשֶׁר לומר שְׁשֹׁטְרוֹ שֶׁל מֶר עוֹקְבָא בָּא לִידוֹ קוֹדֵם שֶׁהֵגִיעַ הַשֹּׁטְרָן שֶׁל רַמִּי בְּיָדוֹ אַעפ"י שֶׁהוּא קוֹדֵם לוֹ בְּכַתִּיבָה עַכ"ל הֲרִי מְבוֹאֵר פְּדַעַת הָרָא"ש אֵלֶיכָא דְהָרִי"ף דְּלֹאֲבִי אַף דְעָדִיו בְּחַתוּמָיו וְכִין לוֹ מ"מ אִם חִזֵּר קוֹדֵם דְּמָטִי לִידוֹ אַף שְׁמָסֵר לוֹ אַחַר כֹּף לֹא קָנָה.

גַּם מְבוֹאֵר מְדַבְּרִיו דְּבִקְנֵן אַף דְּבַעֲיָנוּ לְדַעְתּוֹ דְּמָטִי לִידוֹ בַּכ"ז אִם קוֹדֵם דְּמָטִי לִידוֹ מְכַר אוֹ נָתַן לְאַחַר אִם אַחַר כֹּף מְסַר לְרֵאשׁוֹן קָנָה הָרֵאשׁוֹן אַף דְּחִזֵּר בְּנִתְיָיִם וְעַל פְּרָחָה דְּהוּי פְּתָנָי בְּלִבְד וְחַל לְמַפְרַע דָּאִם לֹא פִן לָמָּה כ' דָּאִם הֵיָה בְּקִנְיָן לֹא הוּי קוֹנֵה אֱלָא רַב"ח דְּלָמָּא אֵינְרִי בְּקִנְיָן רַק דְּאִמְרָה גַּם לְכַתּוּב וְאַף דְּהִי בְּקִנְיָן מ"מ פִּינּוּ דְּלֹא יִדְעֵנוּ לְמִי הֵגִיעַ הַשֹּׁטְרָן מִקוֹדֵם וְעַד שֶׁלֹּא נִתְקַיָּים הַתְּנָאִי דְּמָטִי הַשֹּׁטְרָן לִידוֹ הֵיָתֵה יְכוּלָה לְחַזֵּר וְכִין שְׁמָסְרָה הַשֹּׁטְרָן מִקוֹדֵם לְמֶר עוֹקְבָא קָנָה מֶר עוֹקְבָא אֱלָא וְדָאִי דַּאֲעַפ"כ אִם חִזֵּרָה כְּשֶׁנִּתְקַיָּים אַחַר כֹּף הַתְּנָאִי חַל לְמַפְרַע וְאַף דְּבִשְׁטָר דְּלֹאֵו הַקְּנָאָה אַף אִם עָדִיו בְּחַתוּמָיו וְכִין לוֹ לְדַעַת הָרִי"ף אִם חִזֵּר וּמְכַר בְּנִתְיָיִם קוֹדֵם דְּמָטִי הַשֹּׁטְרָן לִידוֹ שׁוּב אַף אִם נִתְקַיָּים אַחַר כֹּף הַתְּנָאִי אֵינּוּ חַל לְמַפְרַע וְהֵינּוּ דְּסוֹבֵר אִם חִזֵּר בְּנִתְיָיִם לֹא קָנָה אַחַר כֹּף לְמַפְרַע אַף דְּנִתְקַיָּים הַתְּנָאִי וְאַף דְּמִתְנִיתִין אֵינּוּ רֵאָזָה לְזָה דָּאִף דְּקִתְנִי שְׁאֲנִי אוֹמֵר כְּתוּבִין הוּי וְנִמְלָךְ עֲלֵיהֶם שֶׁלֹּא לִיתְנּוּ הֵינּוּ דְּנִמְלָךְ עַל הַנְּתִינָה וְלֹא רֵצָה לִיתְנּוּ כָּלֵל וּמִיִּד הַמִּתְחַיֵּיב נָפַל וְלֹא הֵגִיעַ לִיד הַזּוֹכָה וְגַם עַכְשָׁיו אֵינּוּ רוֹצֵה לְמָסוֹר לוֹ דְּאֵינְרִי בְּאִין חֲיִיב מוֹדָה וְהַתְּנָאִי הֵיָה שְׁיָבֵא לִידוֹ מְרָצוֹן הַמִּתְחַיֵּיב אֲבָל לְעוֹלָם י"ל אִם הַחֲיִיב מוֹדָה אַף שְׁחִזֵּר בְּנִתְיָיִם וּמְכַר לְאַחַר מ"מ כְּשֶׁמָּסֵר לְהָרֵאשׁוֹן אַחַר כֹּף הַשֹּׁטְרָן נִתְקַיָּים הַתְּנָאִי לְמַפְרַע וְנִתְבַּטַּל הַקְּנֵן שֶׁל הַשְּׁנִי י"ל דְּהָרִי"ף דִּינִיק מִמָּה דְּקִתְנִי בְּמִתְנִיתִין וְנִמְלָךְ עֲלֵיהֶן שֶׁלֹּא לִיתְנּוּ מִשְׁמַע אַף אִם לֹא חִזֵּר כָּלֵל מִגּוּף הַדְּבָר וְרוֹצֵה עוֹד לְהַתְנִישׁב בְּדָבָר רַק נִמְלָךְ שֶׁלֹּא לִיתְנּוּ בְּלִבְד הֵינּוּ שֶׁלֹּא לְמָסוֹר הַשֹּׁטְרָן גַּם פִּן בְּשִׁבִיל זֶה בְּלִבְד לֹא יִחַזֵּר דָּאִף אִם מֵגִיעַ לִיד הַזּוֹכָה הַשֹּׁטְרָן מ"מ שׁוּב לֹא חַל לְמַפְרַע מְזָה מוֹכַח נְמִי דִּיכוּל לְחַזֵּר מִגּוּף הַקְּנֵן אֲבָל כְּשֶׁהֵיָה בְּקִנְיָן גִּיהוּ דְּבַעֲיָנוּ דְּמָטִי לִידוֹ הַשֹּׁטְרָן מ"מ אִם נִתְקַיָּים וְהֵגִיעַ לִידוֹ חַל לְמַפְרַע.

וּלְפִי זֶה יֵשׁ לומר דָּאִף לְדַעַת הָרִי"ף אִם בָּא לִידוֹ אַחַר מִיתַת הַנּוֹתָן מִהֵנִי גַּם פִּן וְלֹא שְׁיָיָה בְּזָה אֵין קִנְיָן לְאַחַר מִיתָה פִּינּוּ דְּחַל לְמַפְרַע וְלֹא הוּי רַק פְּתָנָי שְׁיָבֵא לִידוֹ הַשֹּׁטְרָן: וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת מְהָר"י לְבֵית לוי (כָּלֵל ח' ס' ס"ד) שֶׁם כ' דַּעַת שְׁנֵי חֲכָמִים דָּאִם הֵגִיעַ הַשֹּׁטְרָן לִידוֹ אַחַר מִיתַת הַנּוֹתָן גַּם פִּן קָנָה לְמַפְרַע וּכ' דְּהוּא שְׁגָגָה גְּדוּלָה דְּהָא טַעֲמִיָּהוּ דְּר"ח וְרִי"ף דְּלָמָּא נִמְלָךְ אִם פִּן מָה יִתֵּן וּמָה יוֹסִיף הַגָּעַת הַשֹּׁטְרָן לִידוֹ שֶׁלֹּא עַל יְדֵי נוֹתָן דְּמִי מְסָרוּ לוֹ וּמִיִּד מִי זָכָה הַמְקַבֵּל לְצִאת מִיִּדִי סָפֵק דְּדִלְקָמָא כְּתַב וְנִמְלָךְ פִּינּוּ שֶׁלֹּא מְסַר אוֹתוֹ הַנּוֹתָן בְּיָדוֹ עֵי"ש דְּהוּא סוֹבֵר פִּינּוּ דְּכָל עֵינְקָר רֵאָזִיתוֹ שֶׁל הָרִי"ף הוּא מִהֵיָא דְּב"ב מִי שְׁמַת וְנִמְצָאָה דְּנִיתְקִי קְשׁוּרָה עַל יְרִיכּוֹ הָרִי זֶה אֵינּוּ כְּלוּם וְסוֹבֵר דְּמִיָּרִי אַף שְׁהֵיָה בּוֹ קִנְיָן וְטַעֲמָא דְּמִתְנִיתִין הוּא דְּלָמָּא כ' וְנִמְלָךְ אַחַר כֹּף וּכְמוֹ שֶׁכ' הַרְמַב"ם הִלְכוֹת זְכִיָּה וּמִהֵיָא טַעֲמָא כ' דָּאִם נִשְׁבַּע הַנּוֹתָן לְקַיָּים הַמִּתְנָה אֵין כָּאֵן חֲשֵׁשׁ לְדִלְקָמָא נִמְלָךְ בְּזָה מוֹדִים דְּקָנָה אַף פִּי לֹא מָטִי לִידוֹ וְהֵנִי תְּרִי גְּדוּלִים שְׁהֵבִיא שֶׁם כְּתוּבוּ פִּינּוּ דְּלַעַת ר"ח וְרִי"ף מְעוֹלָם לֹא חַל הַקְּנֵן גַּם הַשְּׁבוּעָה לֹא חַל דְּהַשְּׁבוּעָה הוּא כְּשִׁיתֵּן הַשֹּׁטְרָן לְמְקַבֵּל אֲזַ תְּחוּל הַשְּׁבוּעָה אֲבָל כְּשֶׁלֹּא יִתֵּן הַשֹּׁטְרָן מְעוֹלָם לֹא חַל הַשְּׁבוּעָה וְהָר"י הִלּוּי תָּמָה עֲלֵיהֶם דְּנִדְאִי מִשְׁמָסֵר הַשֹּׁטְרָן אֵינְגְּלָאִי מִיְלִתָּא לְמַפְרַע דְּלֹא נִמְלָךְ מְעוֹלָם אִם פִּן נִתְקַיָּים הַקְּנֵן מִיִּד וּכְשֶׁנִּשְׁבַּע לְקַיָּים לִיכָּא לְמִיחַשׁ לְנִמְלָךְ דְּאִחְזוּקִי אֵינְשִׁי לְרִשְׁעִי לֹא מְחַזְקִינּוּ לומר שְׁיַעֲבֹר עַל שְׁבוּעָתוֹ לְכֹף לֹא צָרִיף שְׁיַגִּיעַ הַשֹּׁטְרָן לִידוֹ עַכ"ד.

אולם למ"ש דע"כ מוכח מדעת הרי"ף דאף אם נמלך בנתיים אם שוב מסר לו השטר חל למפרע אף אם מכר בתוך כך או נתן לאחר ועל פירוש דלא הוי רק פתנאי אם פוקא דקתני במתניתין הרי זה אינו פלום היינו פינון דלא נתקנים התנאי ולא מטעם נמלך הוא רק כל זמן שלא מסר לו בחייו לא נתקנים התנאי ממילא אף אם נשבע שבועה חמורה לקיים המקח היינו דלא למיהדר ביה אבל מ"מ קיום התנאי פועל וכל זמן דלא נתקנים התנאי לא חל הקנין למפרע וכיון שמת אין היורשים חייבין להשלי שבועתו.

וגם יש לומר היכא דצנה לכתוב ולמסור השטר אם בא לידו אף אחר מיתתו פינון דלחזור לא הוי יכול רק שלא לקיים התנאי מ"מ אם נתקנים התנאי אף אחר מיתתו של המקנה גם כן מהני וכבר הבאתי לעיל (סי' ו) ד' בעל מוצל מאש שחקר בהקנאה אף שאמר כתבו ותנו דיוקן לחזור אם היורשים יכולין לחזור ולמחות בעדים וכתבתי ע"ד שם אולם לדעת הרי"ף בשטר הקנאה אם נאמר דהוי פתנאי יש לומר דהתנאי היה אם יבא ליד הזוכה מפחו וכיון דמת אף שבא ליד הזוכה השטר פתנאי יש לומר דהתנאי היה אם יבא ראיתי בס' שמתח יו"ט מהגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל (סי' נ"ד) שכ' לדעת הרי"ף הא דאמרינן ר"פ אף על פי אמר לעדים כתבו וחתמו והבו ליה קנו מיזדו לא צריף לאמלוכי ביה דהיינו פינון דאמר כתבו דלא צריף דסתם קנין לכתובה עומד ש"מ דלא גמר להקנותו אלא בשטר ובעינו דמטי שטרא לידו מ"מ לא חיישינן דלמא חזר וממילא אף שמת הנותן נותנין אף לאחר מיתה וכל למפרע והוכיח שכן דעת מבי"ט (ח"ב סי' קמ"ג) דין רק מטעם חזרה שנתנה הנכסים לבתה לכה לא זכה הבן ולא פתב פינון דבא ליד הבן השטר לאחר מיתת אמו אלא נדאי פינון דעדיין ביד הסופר והעדים ליתן וינפה למפרע דלא חיישינן על חזרה לכה כ' לזכות להבת מטעם חזרה.

וקשה ע"ד פינון דסובר דיוקן לחזור הואיל דלא גמר להקנות אלא בשטר נדאי ירשו היורשים זכות זה לחזור בו רק אם באמת אף אם חזר בנתיים אם בא לידו אחר כך השטר קנה הראשון וחזרה לא מהני על פירוש דמטעם תנאי אתי עלה הרי"ף וכמו שכתבתי וכ"כ שם אחר כך דלא הוי רק פתנאי בזה יש לומר דהיכא דאמר לעדים כתבו והבו ליה דמהני קיום התנאי אף אם בא לידו לאחר מיתה.

אולם יש לדון דכיון דלא גמר להקנות רק בשטר פשיבא לידו ינפה למפרע יש לומר דכוננתו היה פשיבא לידו מפחו דוקא וכשמת קודם שמסרו העדים השטר נתבטל הקנין לגמרי: גם יש לומר לדעת הרי"ף וכפי שלמדו בדבריו ה"ן ויתר הראשונים ומהרי"ק בתשובה בהא דכתב (פ"א) דגיטין במזוזה בגט שייחזיר אף שאמר זכו אם מת קודם שבא השטר לידו של העבד אינו משוחרר וע"כ דהוי כמו שיור בקנין וכמו שכתבו האחרונים ועיין ס' תורת גיטין (דף ע') ולכה אף דזכיה מהני שלא יהיה יכול לחזור בו מ"מ גיטא לא הוי עד דמטא לידו בחייו אם כן יש לומר כמו כן בשטר הקנאה אף דאמר כתבו והבו ליה אף דחזרה לא מהני וכשבא לידו זוכה למפרע מ"מ אם הגיע לידו אחר מיתה לא חל הקנין.

אף יש לומר למה שכ' הקצוה"ח (סי' קכ"ה) דמטעם גזירה דרבנן הוא וזה לא שייף במקומו עיין שם אם כן יש לומר דלא הוי שיור רק בגדר תנאי ויכול להתקיים אף לאחר מיתה אולם אם נאמר דלא רצה להקנותו עד שביא השטר לידו מפחו וכיון שמת ונפלו

הנכסים לפני יורשים ונתבטל פתח של העדים אף שמסרו לו העדים אחר כף השטר הוי כלא נתקיים התנאי וכן משמע מדברי בעה"ת (שער נ"ב ח"ד) דכ' מתחילה לזמות שטר שנמצא ביד שלישי שהפקידו לו ולא פירש לו לאיזה ענין מסרו לנמצא ביד המתחייב וכן עדים שקנו מהמתחייב שקנו ממנו סתם שחייב עצמו במנה ולא פירש להם למי ימסרו השטר או שפירש להם שיתנו השטר למי שחייב וחסר ואמר תנו אותו לי ועל זה הביא דעת רי"ף ורמב"ם דלא קנה עד דמטי לידו ומבואר כמו בנמצא מתנה קשורה על יריכו והשטר ת"י דנדאי לא מהני לאחר מיתה כמו כן אף אם צוה לעדים שיכתבו וימסרו למי שחייב מ"מ אם מת בנתיים אף שפא לידו אחר כף אינו פלוס: והנה הטור (סי' ל"ט) כתב בדעת ר"נ בר"מ ז"ל דאם צוה לעדי שיקנו ממנו ויכתבו השטר ויתנו בידו של המתחייב לא יזכה בו המלנה עד שיצא מת"י הלנה ועיין בב"י דהפירוש דצריך שיבא לידו מיד הלנה שלא גמר להשתעבד לו עד שילנהו וכן כ' הרמ"א (סעיף י"ג) ובתנאים האריף לתמוה בזה דהא שטר הקנאה הוא בין ילנה בין לא ילנה ולכך מחזירין בנפל ומזה הוכיחו דלא בעינן מטי לידו פלל ואם נאמר דאם אמר שימסרו לידו ולא גמר להשתעבד עד שילנהו למה מחזירין.

ולכאורה יש לומר דשאני היכא דמתנה שימסרו לידו דאינו טורף ממשעבדי עד שיבא השטר לידו דאף דע"י קנין לחוד טורף ממשעבדי משום דסתם קנין לכתוב' עומד אכל אם מתנה על השטר שלא יכתבו אינו טורף ממשעבדי ואם כן כשאינו עושה אותם לשלוחים על הנתינה רק שימסרו לידו אין דינו רק כמלנה על פה.

אולם אם כן אף אם מוסר לו אחר כף השטר איך יגבה ממשעבדי למכרע מזמן השטר וע"כ פיון דמשעבד' על ידי קנין בין ילנה בין לא ילנה העדים מפקי לקלא וזוכה בשעבודו אם כן אף אם אמר שימסרו השטר לידו על פרקף אף אם נאמר בתנאי שיבא לידו מיד הלנה עדים מפקי לקלא מיד דאם לא כן למה כותבין ללנה הא אם יבא לידו יטורף ממשעבדי מזמן השטר אלא ודאי דמיד מפקי לקלא וגובה על ידי קנין לחוד ממשעבדי ואולי אף דשעבודא דאורייתא וממילא משעבדי נכסים מ"מ פיון דהפקיעו השעבוד רק על ידי קנין ושטר נעשה השעבוד הוי כמתנה שלא יחול השעבוד עד שימסור לו השטר ואז אף אם העדים מפקי לקלא מ"מ כל זמן שלא בא לידו השטר אינו גובה ממשעבדי ואף מני' דידיה ליכא עדיין השעבוד נכסים אף דחייב את עצמו בין ילנה בין לא ילנה: והש"ף (סי' נ"ו ס"ק כ"ז) האריף בזה בדברי הטור שם ובדבריו (סי' ר"נ) ותשובת הרא"ש (פלל ס"ו) והעלה דגם במתנה אם אמר קנו מידי וכתבו ותנו לידי ומת לא זכה פלל דבזה לכולי עלמא בעינן מטי לידו רק אם העדי קנין בפנינו ומעידין שלא הנה מתנה פלל וקנו ממנו סתם והפוסקים החולקים על הרי"ף ומוקמי הא דנמצא דניתיקי קשורה על יריכו רק במתנות שכ"מ ולא במתנת ברי הוא משום דאירי אף אם העדים בפנינו והא דמצא שטר הקנאה יחזיר הוא משום דמסתמא לא חיישינן על תנאים אכל אם יוצא מיד הנותן חוששין לזה ואין מחזירין מספק.

והנה פדעתו מצאתי בתשובת מבי"ט (ח"ב סי' ק') וז"ל כי גם במתנה שכתב הרא"ש ז"ל מה שאין צריך שיגיע השטר לידו הוא מפני שאחר שנטל קנין נגמרה המתנה ולא צוה הוא שיכתבו שטר ויתנהו לידו ולכן הוי יכולין העדים לכתוב וליתן פי השטר אינו

אָלאַ לראַיָה בעלמָא פֿינן שְׁנַטל קנָנן מִקּוּדָם אָבֵל אַם הָיָה נוֹטל קנָנן וְהָיָה אוֹמֵר פֿתְּבוּ וּתְנוּ לַיָּדִי גַם בְּמִתְנָה הַיָּינוּ אוֹמְרִים פֿי לֹא גָמַר לְהַקְנוֹת וְלֹא נָטַל הַקְנָנִין לְגַמְרָה הַמִּתְנָה עַד שְׁיִמְסֹר הַשְּׁטֵר לְמַקְבֵּל כֹּל זֶה הוּא לְדַעַת הָרֹא"שׁ וְלֹא אָבֵל הָרִי"ף וְלֹא פֿתַּב שְׁטֵר מִתְנָה בְּקנָנִין ל"ק עַד דְּמָטִי שְׁטֵרָא לִידּוֹ עֵי"שׁ.

אוּלָם בְּדַבְרֵי תְּשׁוּבַת הָרֹא"שׁ נִדְאִי לֹא נִרְאָה פֿן רַק בְּשְׁטֵר חוֹב אָבֵל בְּשְׁטֵר מִתְנָה מְבֹנָר מְדַבְרֵי שֵׁם דְּלֹא הִי' נוֹדַע כֹּלל בְּאַיִזָה אַנְפֿן נַעֲשֶׂה הַקְנָנִין רַק שְׁנַמְצָא בְּיַד אַחַר שְׁטֵר מִתְנָה בְּקנָנִין וּמ"מ פֿתַּב הָרֹא"שׁ דִּיחְזִיר לוֹ וּכְבָר הַשֵּׁיג פֿן עַל הַשְּׁט"ף בְּתַנּוּמִים (ס"ה ס"ה ס"ק ה') וְהַעֲלָה רַק לְחַלֵּק בֵּין שְׁטֵר חוֹב מְלָנָה לְשְׁטֵר מִתְנָה.

וְכֵן בְּתְּשׁוּבַת וְשֵׁב הַפֿהוּ (ס"ח ח') הָאָרִיף בְּזֶה לְהַשֵּׁיג עַל דְּבָרֵי הַשְּׁט"ף וְהִבִּיא מְדַבְרֵי בַעַה"ת הַנְּ"ל מִשֵּׁם הָרַמְבַּ"ן דְּמִשֵּׁם מְבֹנָר דְּגַם בְּמַחְזִיב אֵת עֲצָמוֹ בְּקנָנִין וְאָמַר לְעֵדִים פֿתְּבוּ וּתְנוּ לַיָּדִי הַשְּׁטֵר וְכֵן בְּמִתְנָה בְּכּוֹלָם זוֹכָה הַמְּלָנָה לְדַעַת רַש"י וּר"י הַלְוִי וְשֵׁלָא פֿדַעַת הָרִי"ף.

וְכֵן הוֹכִיחַ מְדַבְרֵי תְּשׁוּבַת רִיטְבָ"א הַמּוֹבָא בַב"י (ס"ה רמ"ג) אִם פֿי בַש"מ סוּף (פ"א) דַּב"מ פֿתַּב מִשֵּׁם הָרִיטְבָ"א לְהַיָּפֵף עֵי"שׁ בְּאַנְרָף לִיִּישֵׁב דְּבָרֵי הַטּוֹר וְדִלֹא פֿדַבְרֵי הַשְּׁט"ף. וְאִם פֿן בְּנִידוֹן דַּמְבִּי"ט שֵׁם שְׁנַמְצָא ת"י הַמַּת שְׁטֵר עַל הַקְדָּשׁוֹת הָיָה נִרְאָה דְּזָכוּ הַקְדָּשׁ לְדַעַת הַחֹזְקִים עַל הָרִי"ף אוּלָם כָּבֵר כ' מְבִי"ט בַּמ"א דִּיכּוֹל לֹמַר קִים לִי פֿדַעַת הָרִי"ף וְכִמוֹ שְׁפִתְבִּתִּי לְעֵיל: וְרִאִיתִי שֵׁם בְּתְּשׁוּבָה וְשֵׁב הַפֿהוּ דְּפִשְׁיטָא לוֹ לֹאבִי דְּעֵדִי בְּחַתוּמֵי זָכִין לוֹ דְּבַעֲינֵי מְטִי לִידּוֹ וְאִזּוֹכָה לְמַפְרַע וְכֹל זְמַן דְּלֹא מְטִי לִידּוֹ יְכוֹל לְחַזֵּר הָא דְּמַחְזִירִין אִם הַנּוֹתֵן אוֹמֵר לְהַחְזִיר הוּא דְּנֹקָא פֿשְׁתְּמַקְבֵּל חַי אָבֵל אִם מַת דְּלֹא שְׁיָיף לֹמַר עֵדִי בְּחַתוּמֵי זָכִין לוֹ אִין מַחְזִירִין לְיִוְרְשֵׁי וְלֹא אַדַּע מַנִּיין לוֹ זֶה הָא סְתָמָא קְתַנִּי בְּזְמַן שְׁחִיב מוֹדָה יְחַזֵּר וְאִף אִם מַת הַמְּלָנָה דְּהָא דְּבַעֲינֵי מְטִי לִידּוֹ הָיָה רַק פֿעִין תְּנַאי וְאִם גְּתַקִּיִּים הַתְּנַאי שְׂבָא לִידּוֹ יוֹרְשֵׁי סְגִי הָכִי נֹאמַר דְּהָיָה רַק בְּתַנּוּאי שְׂבָא לִידּוֹ הַמְּלָנָה בַּעֲצָמוֹ מֵהִיא תִּיתִי גִימָא זֶה פֿינן דְּהָא דְּעֵדִי בְּחַתוּמֵי זָכוּ לִיָּה אוֹ לַר"מ דְּעֵדִי חַתִּימָה פֿרְתִי הָיָה מְדִין תוֹרָה אוֹ לַר"א רַק מִתְּקַנְתָּא דְּרַבֵּנָן אֲמַרִּינָן דְּזוֹכָה מִיָּד בְּשִׁיעֲבוּדוֹ רַק עַל תְּנַאי שְׂבָא לִידּוֹ הַזּוֹכָה וְסְגִי אִם מוֹסֵר לְעַכְשָׁיו וְאִף אִם נֹאמַר דִּיכּוֹל לְחַזֵּר קוּדָם דְּמָטִי לִידּוֹ הַיָּינוּ אִם חוֹזֵר אָבֵל אִם מוֹסֵר לוֹ אַחַר כֹּף חַל הַזְּכִיָּה לְמַפְרַע וּמַנִּיין לָנוּ לֹמַר דְּהָיָה הַקְּפִידָא שְׁיָימְטִי דְּנֹקָא לִידּוֹ וְלֹא לִידּוֹ יוֹרְשֵׁי פֿינן דְּלִיפָא שׁוּם נ"מ לְהַמְתַּחֲזִיב בְּזֶה רַק אִם בָּא לִידּוֹ הַזּוֹכָה הַשְּׁטֵר מִפְּחַת הַמְתַּחֲזִיב סְגִי וּבְנִדְאִי לֹא אִיכְפַּת לִיָּה בְּשַׁעַת הַזְּכִיָּה אִם יָמוּת הַמְּלָנָה בְּנִתְיִים אִם יִמְסֹר הַשְּׁטֵר מִפְּחוֹ אַחַר כֹּף לְיִוְרְשֵׁי וְעֵינֵי בַשְּׁט"ף (ס"ה ס"ה) מִשֵּׁם הַב"ח דְּסוּבֵר אִם מְשַׁלִּיכוּ לְאַשְׁפָּה וְחֹזֵר בּוֹ לֹא מְהַנִּי אִף אִם מְטִי לִידּוֹ אַחַר כֹּף וְעֵינֵי קַצוּה"ח שֵׁם (ס"ק ח') וּכְבָר כ' אַמ"ו וְלֹא בְּחִידוּשֵׁי לַח"מ שֵׁם שְׁבַסוּף סְפָר דְּבָרֵי מְשַׁפֵּט דְּתַלְיָא בְּמַחְלֻקַּת הָרַמְבַּ"ן וְרֹא"שׁ אַלְיָבָא דְּרִי"ף אִם מְכַר בְּנִתְיִים לְאַחַר אִם מְהַנִּי אַחַר כֹּף מְטִי לִידּוֹ וְזֶה הַכֹּל אִם חֹזֵר בְּנִתְיִים אָבֵל אִם אִמֵּר תְּנוּ אַחַר כֹּף דְּנוֹתְנִין וְהָיָה פְּמָטִי לִידּוֹ יֵשׁ לֹמַר אִף אִם מַת הַזּוֹכָה בְּנִתְיִים וְנִמְסֵר וּמְטִי לִידּוֹ מִפְּחַת הַמְתַּחֲזִיב לְיִוְרְשֵׁי דְּסְגִי זוֹכָה לְמַפְרַע: וְאִם נֹאמַר דְּאִף אִם עֵדִי בְּחַתוּמֵי זָכִין לוֹ מ"מ מְהַנִּי בִּיטוּל הַשְּׁטֵר וְכִמוֹ שְׁפִתְבִּתִּי הָרִיטְבָ"א ב"מ (דף י"ז) וְהָא דְּקָשָׁה מֵהַ קָשָׁה הַסּוּגִיָּא (דף י"ג) עַל אַבִּי דְּנוֹקְמִי הַמְתַּנִּיתִין בְּחִיב מוֹדָה רַק דְּחִיִּישִׁינָן עַל בִּיטוּל הַשְּׁלִיחוֹת כָּבֵר פֿתַּב הַנְּתִיבוֹת לִיִּישֵׁב דְּכִינָן דְּבַעֲינֵי מְטִי לִידּוֹ לְמָה לוֹ לְבַטֵּל וְלְהַפְסִיד פְּשִׁיטִי דְּסְפָרָא יֵשׁ לִיִּישֵׁב קוֹשְׁיַת הַשְּׁט"ף וְדו"פ עַל הָרֹא"שׁ בְּדַעַת

הרי"ף דבשובר לא בעינן מטי לידו אם פן למה אם אין האשה מודה לא יחזיר וגם הא בש"ס הקשה על אב"י ממתניתין דמצא ג"נ ושוברין ומשני דבעינן מטי לידו וילדעתו בשובר לא בעינן מטי לידו ויש לומר אף דלא בעינן בשובר מטי לידו והיינו דהעדים זכו לו מיד בכת השעבוד ובזה ודאי דל"מ בטול השטר מ"מ הא דעדין בכתומיו זכין לו הוא דוקא מסוף היום כמו"ש תוס' סופ"א דב"מ ובאותו יום יש לומר דמהני בטיול שליחותיהו יהו דלא נגמר השעבוד רק מסוף היום ויש לחוש דהלא אצל העדים לבטל השליחות ממסירת השובר רק יש לומר דתוס' כתבו שם דלא שכיח דתמכור באותו יום כמו כן לא שכיח שייחזור באותו יום ויבטל השובר ול"ח אב"י לזה ועיי"ש בקצוה"ח אלא ודאי כמו דלא חייש אב"י לאקרי וכתב אף דנפל ואיתרע לא חיישינן דהעדים יעשו שלא פהוגן כמו כן לא חייש על בטיול דהעדים לא יתנו להמלנה פיון דזכו לו ולא בעינן רק שיעבור היום או דייחשו לקנוניא דימכור את השטר או הפתובה והשובר יבטל ואם פן החשש רק דהלא אצל העדים ואם פן לא ימסרו ומן העדים לא חיישינן דנפל מהם דהם זהירי.

ויש לומר הא דלא חייש אב"י לאקרי וכת' היינו אם החייב מודה רק דהב"ד יחשוש על אקרי וכתב ונאמר דהעדים עשו שלא כדיון זה לא חיישינן אבל אם טוען פן להדיא דכף היה יש לומר דאף אב"י מודה דחיישינן בנפל וכן כתוב בש"מ (דף י"ד) משם גליון תוס' דאף דשמואל לא חייש לאקרי וכתב הוא רק בחייב מודה אבל באין חייב מודה חיישינן בנפל ולפי זה שפיר קתני בכרייתא בזמן שאין אשה מודה לא יחזיר דחיישינן לנמלה שלא ליתנו וביטול השובר אבל במודה לא חייש אב"י כמו דלא חיישי לאקרי וכתב לכך יחזור דעדין בכתומיו זכו ליה ולא בעינן מטי לידו בשובר וה"ט דמתניתין דשוברין דלא יחזיר דחיישינן לביטול ושם איירי באין חייב מודה ואף דלא קתני באין חייב מודה וטוען מ"מ יש לומר פיון דעכ"פ אינו מודה חיישינן לכל החששות גם לביטול השטר רק בחייב מודה סובר אב"י דלא חיישי לאקרי וכתב וגם דנימא דהלוה שכח ולא אדעתו אם לנה בניסן או בתשרי דלס"ד לא חיישי לקנוניא ועל פן לא הוי רק חשש רחוק דשכח ועיין בש"מ שם משם הריטב"א אבל באין חייב מודה חיישינן לכך אף בשובר לא יחזור דחיישינן לביטול פיון דלא בעינן מטי לידו ההכרח אליו לבטלו ובאותו יום דל"א עבז"ל מהני הביטול ועיי"ש בקצוה"ח: ויש מקום עיון בדברי הטור (סי' רנ"ח) דכ' בניתן מתנה לאחר מיתה אם יש זמן בהשטר קנה הגוף מיד ואינו יכול לחזור בו דזמנו של שטר מוכיח עליו אפילו אין קנין בשטר וכן אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפילו אין בו זמן פיון שהוא בקנין קונה הגוף מיד פשהגיע השטר לידו והרמ"ה ז"ל כתב דוקא דכתב בו זמן אבל באין בו זמן צריך מהיום ואע"ג דכתב ביה מהיום ל"ק אלא מעידנא דמטי שטרא לידיה ובב"י שם תמה פיון דאיכא קנין מה צריך שהגיע השטר לידו.

ובפרישה שם כתב דכיון דהזכיר לאחר מיתה די שיעיל הקנין עם השטר ושתחול המתנה משעה שהגיע השטר לידו ואם כתב לו מהיום וגם יש קנין בשטר או זמן עם הקנין קנו מיד ממש שמהיום לחוד עושה מתנות ברי והרמ"ה פליג בתרמי דסבירא ליה דגם לר' יוסי לא סגי בלא מהיום אלא דוקא בכ' בו זמן ובלא זמן אפילו היה בקנין אין המתנה כלל פיון שהזכיר מית' ועוד אפילו כתב לו מהיום בקנין לא מהני למקני מיום המעשה או הפתיכה אלא מיום דמטי שטרא לידיה הוא דקני ליה.

ובש"ע שם השמיט במקונו דברי הטור שכתב בקנין קונה הגוף מיד ולא הזכיר פשהגיע השטר לידו ועיין שם בסמ"ע (ס"ק ד') דתמה על הרמ"א וכו' דהפירוש מיד הוא משפא השטר לידו כמו בשטר שאין בו קנין ויש בו זמן שכ' שם המחבר דקונה דשם פשיטא דבעינו שימטי השטר לידו עיי"ש.

והנה מ"ש בדעת הרמ"ה דאפילו בכ' מהיום בקנין בעינו דמטי שטרא לידו מבואר לפנינו שזכינו לדברי הרמ"ה מס' ב"ב להיפך וז"ל שם (פ"ח סי' קע"ח) וכבר איפסקא הלכתא כר' יוסי וכולהו נמי לא אמרן אלא דכתב ביה זמן בשטרא אבל שטר שאין ביה זמן אע"ג דכתיב ביה קנין נמי צריך מהיום ואע"ג דכתיב ביה מהיום נמי לא קני אלא מעידנא דאייתי ראיה דקנו בי' מניה אי נמי מעידנא דמטי שטרא לידיה וכן הלכתא עכ"ל הרי מבואר דאם כתב מהיום מעידנא דאייתי ראיה דקנו ביה קני אף דלא מטי שטרא לידו ומה שכ' אי נמי מעידנא דמטי שטרא לידיה הוא באם אין בו קנין ואם כן יש לומר דגם כוונת הטור מה שכ' קודם לכן וכן אם יש בו קנין קונה אפילו אין בו זמן קונה מיד היינו מיד ממש אף בלא הגיע השטר לידו ומה שכ' פשהגיע השטר לידו הפונוה באם אין בו קנין אבל ביש בו קנין לא בעינו מטי לידיה כלל ובב"ח שם כתב פיון דאיכא ריעותא דהקנה לו לאחר מותו חיישינן שמא צוה לעדים שיחזיקו בשטר ולא יזכה בו עד שימסור לו הנותן מידו ליד המקבל ואינו מוכן מה ריעותא יש בלאחר מיתה פיון דאמרינן גופא מהיום ופרי לאחר מותו וגם לא הוי צריך שיעגיע השטר לידו דוקא והיה סגי אם העדי' בפנינו ואמרו שלא צוה על מסירת השטר כלל אלא נדאי דמה שכ' הטור פשהגיע השטר לידו הפונוה על אין בו קנין אבל ביש בו קנין מעידנא דקנו מניה קנה וכמבואר בדברי הרמ"ה ומה"ט בכונוה השמיט מרן הב"י דברים אלה בש"ע: סי' יא והנה בשטר שיש בו קנין דכותבין ללוה לכאורה יש לדון הא גם בשטרי מכר דעת הטור ומחבר (סי' רל"ח) דאין כותבין למוכר בלא לוקח רק אם הקנה לו השדה בקנין דאם לא כן איכא חשש לכתב ליתנו בניסן ולא נתנו לו עד תשרי ובנתיים זבניה לאחרינא ואזיל האי ומפיק שטרא שזמניה בניסן וטרף שלא פדין מאידך וקשה לכאורה באחרי דכתבי שטרא הא לא סמכה דעתו דלוקח עד שיכתוב ויחזתום וימסור לו השטר רק בשטר מתנה אפילו במקום שכותבין את השטר קנה לאלתר דכיון דקנה מידו גמיר ויהיב אבל במקר לא עדיף פח קנין מפח פסוף ועד שיכתוב השטר לא קנה כמבואר בריתב"א קידושין (דף כ"ו) ובמלוה דינה בשטר מתנה דמשעת קנין זכה בין ילוה בין לא ילוה רק בעייל ונפיק אזויזי ולכך במוצא שטר הקנאה יחזיר דאף על פי שלא הגיע השטר לידו זכה ולדלמא עייל ונפק אזויזי לא שכיחא ולא חיישינן כמו דלא חיישינן לשמא קנו מידו על מנת שלא יזכה עד שיעגיע השטר לידו דלתנאין לא חיישינן וכמו שכ' שם הריטב"א אבל במקר אינו קונה עד שיעגיע השטר לידו ואם כן שניהם יכולין לחזור ומה מהני דקנו מידו בשטר מכר פשיטא הלוקח בפנינו ולא נמסר לו השטר.

וצריך לומר דמ"מ השטר לא הוי רק תנאי בעלמא וכשפא לידו קונה למפרע וכמו שכ' שם הר"ן בקידושין דבשטר ראיה אינו קונה בשטר רק בכסף פשהגיע לידו השטר קונה למפרע אולם בשטר קנין הוכיח שם הר"ן מש"ס דב"ב (דף נ"ד) בהא דנכסי עכו"ם הם כמדבר דכל המחזיק בהם זכה דהעכו"ם פיון שבא לידו הכסף איסתלק וישאל לא קני עד דמטי שטרא לידו הרי דלא חל הקנין למפרע עיין שם בדברי הר"ן וכן הביא דבריו



בב"י (סי' קצ"ד) ואם פן בשטר קנין דאז לא קנה הלוקח רק פשהגיע השטר לידו ולא חל למפרע קשה אמאי כותבין למוכר אעפ"י שאין לוקח עמו: אולם באמת בריטב"א שם מסתפק בזה אף בשטר קנין יש לומר דקונה למפרע דו"ל שם וכי תימא במקום שכותבין את השטר למה ליה לקנות בכסף או בחזקה לקני בשטר ואיפא למימר דנ"מ משעה שנתן הכסף או שהחזיק לקנות דהוי לי' פאומר קני בפסף על מנת שתכתוב את השטר ולכשת"ל שלא קנה אפילו בכסף אלא מכתובת השטר ואילך נ"מ במקום שכותבין שטר ראוי דלא קני בשטר וקני בכסף ואי שטר מקנה הוא קונה בכסף אי פירש ליה עכ"ל הרי דאף בשטר קנין מספקא ליה אם קונה למפרע ולהך צד אתי שפיר הא דכותבין שטר למוכר אעפ"י שאין הלוקח עמו אף בשטר קנין פיון דכשיגיע השטר לידו יחול הקנין למפרע: אף יקשה מראיות הר"ן מהך דב"ב.

אולם באמת פיון דהב"י מביא דברי הר"ן להלכה יקשה לכאורה הא הר"ן לשיטתו דסובר מצד דינא דמלכותא מהני השטר קנין של ערפאות גם פן פמבואר בדבריו (פ"א) דגיטין וכו' פסק הרמ"א (סי' ס"ח) אתי שפיר הך דנכסי עכו"ם שהם פמדבר דאיירי בשטר קנין ואינו קונה למפרע רק מזמן שמיטי שטר לידו לכה שפיר הוי הפקר דכיון דמיטי וזוי לידו אסתלק והישראל לא זכה עד שפא השטר לידו אבל למה שכ' הרא"ש והטור (סי' ס"ח) דהאידינא הני שטרות חספא בעלמא הם אפילו נמסרו בפני ישראל ואינם רק שטר ראיה וכן הרמב"ם והמחבר שם פסקו דל"מ דינא דמלכותא לענין זה והמה רק שטר ראיה אם פן לא משפחת הדין דיהיו הפקר פיון דעל ידי השטר ראיה זוכה למפרע.

ובאמת מצד הדין מבואר בתוס' ב"ב שם דשטר בעכו"ם לא קני דישאל גופיה לא קני בשטר אלא מספר המקנה דירמיה והתם ישראל הווי וכמו כן להיפה שיקנה הישראל בשטר מעכו"ם לא מצינו ובפרט להסוברים דשטר לא הוי מפי כתבם רק מפי כתבו של המתחייב ומצד שליחות אתינו עלה ואין שליחות לעכו"ם [ועיין קצוה"ח (סי' ס"ח) דהק' לד' המרדכי בשם ס' החכמה דכ' דלכה ערפאות פשרין משום דלא מרעי נפשיהו דמי שמוחזק בכשרות פשרים להעיד אם פן מאי פריה בש"ס גיטין (דף י') אלא מתנה כו' האי שטרא חספא בעלמא הוא וכ' לתרץ משום דלאו בנישטרא נינהו וכל קנינו אינו אלא בכסף.

ולשיטת הסוברים דלכה לא הוי שטר מפי כתבם דנעשה מדעת המתחייב והווי העדים כשלוחין מדעת המתחייב ואם פן עכו"ם דלאו בני שליחות נינהו שוב הוי מפי כתבם. אף אם פן אף שטרי מכה והלואה נמי נימא דהוי מפי כתבם ועל פרהך צריה לומר בשביל דלא מרעי נפשיהו מהני אולם בלא"ה אתי שפיר דבשטר קנין בעינו ספר המקנה וצריה להיות הנזיר של המקנה פמבואר גיטין (דף ד') אם פן לכה פסול בערפאות דלא בקיאי בזה שיהיה ספר המקנה עכ"פ מבואר דלא מהני שטר מקנה בעכו"ם [וכיון דליכא רק שטר ראיה אם נאמר דקונה למפרע למה זה הווי נכסי עכו"ם פשנתן הישראל הכסף דאסתלק פהפקר וכל הקודם זכה הא פשיגיע ליד הלוקח השטר יזכה למפרע: לכן בהכרח צריה לומר לדעת הריטב"א דבזה גרע שטר מעכו"ם פיון דסתמא אנסים נינהו ולא סמכא דעתו דלוקח לקנות אלא בשטר תולה כל קנייתו וזקא בשטר פיון דמוכרח

לו לראיה יותר מאם קונה מישראל לקף אף דבישראל דעתו לקנות בכסף משע' הראשונה והשטר אינו אלא תנאי בעלמא וזוכה למפרע לא כן בקונ' מן העפוי"ם תולה עיקר הקנן רק בשטר ולקף הוי הפקר כי מטי וזוי לידו דנכרי דאסתלק.

אבל בישראל יש לומר דאף בשטר מקנה לא הוי רק פתנאי בעלמא וזוכה למפרע וכהך צד שכ' ריטב"א ולקף אתי שפיר דכותבין למוכר בקנן אעפ"י שאין הלוקח עמו אולם להך צד דאינו קונה למפרע פשהוה שטר קנן וכמו שכתב הר"ן בפשיטות יקשה מה מהני קנן וצריך לומר דקנן חליפין עדיף מקנן פסר ונתוקה דבקנן חליפין קונה מיד ובכל אנפי השטר אינו אלא לראיה וקונה למפרע ובאמת בריטב"א מדייק הפל דוקא על פסר ונתוקה ולא הזכיר בזה קנן חליפין כלל כמו שהזכיר מקודם.

שוב ראיתי בחידושי רמ"ה ב"ב פ"ק ג"פ (סי' ט') שהקשה מאי מהני שט' הקנאה הא לא קנה עד שיתן דמים וכ' דאף דלא יהיב דמי נמי קנה בקנן וכתב דאיהני ליה קנן דמעיקרא דלא מצוי מוכר למיהדר והלוקח אפילו אמר בהדיא אחר כך דניחא ליה לא מחייב למיתב דמים דהשתא לא עביד ולא מהני אמאי קא מחייבת ליה משעת קנן וזכוי האי שעתא שלמ"ד הנה הלכך אי עביד ביה בתר הכי חד מאנפי הקנאה מחייב ואי לא לא מתחייב ואיהני ליה דאי אחזיק בתר הכי א"נ מטי שטרא לידו א"נ יהיב ליה דמי איגלאי מילתא למפרע דמעידנא דקנו מניה קניה לוקח להאי ארעא לאיחויבי בדמי דילה למוכר ואיהני החזקה דלא מצוי הלוקח למיהדר ומגו דאהניא להכי אהניא נמי לאקנויא ליה שטרא אגב ארעא דהא עד השתא לא קני לארעא קנן גמור ולקף אמרינו פ' המוכר את הספינה פינון שהחזיק זה בפרקע נקנה השטר בכ"מ שהוא עיי"ש בדבריו וזה דרף חדש ליישב קושית רמב"ן ורשב"א ויתר ראשונים בקידושין (נ"ח ה"ל) דכינו דאיידי בשטר הקנאה פיצד יקנה אחר כך השטר באגב דכינו דכל זמן דלא החזיק ביה לא נגמר המכר ויכול הלוקח לחזור בו אף דנגמר למפרע נקנה השטר באגב עכ"פ מבואר דאף בשטר הקנאה נגמר למפרע: ויש לומר דאף הר"ן דסובר דשטר שיש בו קנן אינו חל למפרע מ"מ בהא דכותבין שטר למוכר אעפ"י שאין הלוקח עמו ע"כ דחל למפרע והמוכר אינו יכול לחזור בו דהא מבואר ברמ"א (סי' קצ"ה) דבמקח וממכר אם הקנה שלא בפני הקונה שניהם יכולין לחזור דאפשר דאינו חפץ הלוקח וכבר הקשו האחרונים מדברי הרא"ש ב"מ (נ"ח ק"ח) ובש"ע (סי' קע"ה ס"ו) שהלוקח הוא שליח המוכר והוי פקונה עבור חבירו שלא מדעתו דאם רוצה אחר כך אין המוכר יכול לחזור ועיין במח"א הלכות זכיה ומתנה (סי' ו') וכן בקצוה"ח שם הקשה מהא דכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו.

ויפה מסלק בזה אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ה') מדיני מכירה דהיא דהמוכר אומר בפירוש שיהיה הברירה בידי הלוקח שאם ירצה לזכות שיהיה השרקע נקנה לו למפרע בזכיה זו לכולי עלמא מהני עיי"ש בדבריו ואם פן על פרחו דאין המוכר יכול לחזור וללוקח הוי זכות גמור דאף הפסד אינו מתחייב למפרע רק תליא בדעתו ובזה נדאי דקונה למפרע אף לדעת הר"ן.

שוב מצאתי בתשובת תורת חסד (סי' ר"ד) דכ' סברא זאת דרק היכא שחל המכר מיד ואפשר לכתוב שטר כל זמן שלא כתב שטר לא סמכה דעתם מה שאין פן אם עדיין

המכירה תלויה אין השטר מעכב ובפרט פנין דעדיין לא נתן מעות ודאי לא איכפת לן בסמיך דעת דלוקח דאין לו פסיקא והמוכר ע"כ סומך דעתו להקנות פנין דהקנה בפירוש שאם ירצה יקנה ודמי המקח יהיה לחוב על הלוקח בפ"ע כמו בשטר הלואה בהקנאה וכמו שכ' הריב"ש.

גם ראיתי לו (סי' קע"ח) שהשיג על מהרשד"ם שכתב בשטר ראיה קונה למפרע לא מהני המחזיק בנכסי עכו"ם אחר שקבל פסף דזה דעת הר"ן אבל שאר הראשונים לית להו סברת הר"ן ועוד דתוס' כ' דישאל מנכרי אינו קונה בשטר עיין שם וכבר כתבתי דיש לומר דכל ראשונים מודים לסברת הר"ן רק דלגבי עכו"ם שאני דליכא סמיכת הדעת פלל וגם הר"ן מודה דשטר מצד הדין לא מהני לקנות מעכו"ם: ודברי הרמ"ה הנז' צריף עיון דהא אף דהמוכר אינו יכול לחזור ומקנה לו מעכשיו רק שהקונה ישלם לו המעות בעת שירצה בקיום המקח וכמו בשטר הקנאה דהלואה דהוא בין ילנה בין לא ילנה מ"מ החיוב הוא על המלנה להלות לו אחר כף כמבואר בריב"ש (סי' קס"א) ה"נ בשטר מכר אף דמזכה לו בין כף ובין כף שלא יוכל לחזור בו מ"מ כשמתרצה הלוקח חייב בדמי המקח אם פן למה צריף שיתחזיק בו הלוקח שיתחייב בדמים הא מיד כשמתרצה נגמר המקח ולמה לא יתחייב בהדמים דהוי כתנאי עכ"פ על הלוקח אם יתרצה שיתחייב בהדמים וכיון שהתרצה פ"א למה לא יתחייב בהדמי וצריף לומר דסובר פנין דהברירה עוד בידי הלוקח לחזור מן המקח אף אחר שהתרצה וכל הקנין למפרע וסובר דזה ל"ה זכות גמור ולא נגמר למפרע עד שיעשה קנין חזקה וצ"ע בזה: וקצת יש לעיין הא מבואר ברשב"א קידושין (דף כ"ג) בהא דלא מהני כשמתנה לעבד על מנת שאין לרבו רשות בו כ' משם הראב"ד דטעמא דמלתא משום דיד עבד פיד רבו לזכות לו לאדון אבל לא לחוב לו הלכך פנין דאמר לו קנה עבד קנה רבו דכשנתנו להעבד פאלו נתנו לרבו ממש כשהתנה עם העבד הו"ל כשאר תנאים דעלמא דמתנה עם מקבל מתנה בעצמו עיי"ש ומבואר דאין אדם יכול להתנות תנאי על חבירו שלא בפניו ובספר אבני מילואים (ח"א סי' ל"ח ס"ק כ"ב) כתב להסתפק לפי שיטה זו היכא דנותן זיכה לאחר מתנה על ידי אדם אחד והתנה עמו תנאי אם מהני פנין דהזוכה אינו מקבל אלא לזכות וְהוּי ליה פאלו התנה עם אחר וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גיטין (סי' כ"ג) דלכאור' הדבר מבואר ב"ב (דף ע"ז) זכו בשדה זו לפלוני על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה הרי ד יכול להתנות תנאי שלא בפניו כשמתנה עם אחר זה הזוכה בעד חבירו והיינו פנין דזכיה מהני או מטעם שליחות או דזכיה מצד עצמותו הוי קנין והוי פעושה הזוכה קנין בעצמו אם פן ממילא יכול להתנות תנאי גם פן פנין דהמזכה אינו רוצה לזכות רק על תנאי נעשה גם על זה שלוחו דהמקבל פנין דעכ"פ זכות הוא לו באם התנאי יתקיים מה שאין פן גבי עבד דהוי כמתנה שלא בפניו לגמרי דשם לא יש שום זכות לרבו אבל במזכה על ידי אחר ומתנה תנאי גם התנאי הוי עכ"פ לזכות שאם יתקיים התנאי יזכה למפרע הוי פאלו מתנה בפניו.

ואם פן זה אתי שפיר במתנה דליכא צד חוב מה שאין פן במקר אם מקנה לאחר על ידי קנין וכותב שטר הקנאה פנין שהוא עכ"פ על תנאי אם ירצה להתחייב בהממון הוי כמתנה שלא בפניו וצ"ל דמ"מ פנין דהברירה אף בידי הלוקח הוי פזכות וגם התנאי הוי פאלו מתנה בפניו: וכתב הרמב"ן ב"ב (דף קס"ו) וז"ל ומסתבר לי שאם העיד על עצמו

שְׁכָר קָבֵל דְּמִים מִן הַלּוֹקָח וְקָנָה בְּכֶסֶף אוֹ בַחֲזָקָה אוֹ בַחֲלִיפִין כּוֹתֵבִין אֶפְיָלוּ בְּלֹאוּ שְׁטַר  
הַקְּנָאָה שְׂאִין שְׁטַר זֶה אֵלֶּא לְרֵאִיָּה שְׂאֵף הַמּוֹכֵר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים גּוֹבָה מִנְּכֹסִים מְשׁוֹעֲבָדִין  
וְלִקְנוֹנֵיָא לִיכָא לְמִיחַשׁ שְׁהָרִי הַנְּכֹסִים שְׁלוֹ מַה שְׂיִרְצָה עֲנוּשָׁה בְּהֵן מִיּוֹם זֶה וְאִילָף וְהִינּוּ  
שְׁטַרֵי הוֹדָאוֹת וְכֵן כ' הַטּוֹר וּמְחַבֵּר (ס' רל"ח) וַיֵּשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִם דּוֹקָא כְּשֶׁקָבֵל הַכֶּסֶף  
דְּאִזְ נִגְמַר הַקְּנִיָן וּמוֹצִיאִין הַקּוֹל אֵף עַל יְדֵי הוֹדָאָתוֹ שְׁקָבֵל הַכֶּסֶף לְכָף כּוֹתֵבִין אֲבָל אִם  
לֹא הוֹדָה שְׁקָבֵל הַכֶּסֶף רַק שְׁהִקְנָהוּ עַל יְדֵי חֲזָקָה אוֹ חֲלִיפִין וְעַדִּינּוּ נִשְׂאָר חֲזִיב דְּמֵי הַמְּכִיר'  
אִז עַדִּינּוּ לֹא יוֹצִיאֵו הַקּוֹל וַיֵּשׁ לְחֹשׁ כְּשִׂטְרוֹן מְמַנּוּ יָבֵא לְגַבּוֹת מְזִמֵּן הַשְּׁטַר וּבְאֲמַת לֹא  
יִמְסוֹר לוֹ רַק אַחַר כֵּן.

וּמִדְבָרֵי רַמְבַּ"ן מְשַׁמֵּעַ דְּתַלְי' דּוֹקָא שְׁקָבֵל דְּמִים מִן הַלּוֹקָח וְקָנָה אוֹ בְּכֶסֶף אוֹ בַחֲזָקָה  
וְחֲלִיפִין וְאֵף אִם הוֹדָה שְׁהִקְנָה בַחֲזָקָה אוֹ בַחֲלִיפִין מ"מ בְּעֵינָן גַּם כֵּן שְׂיִוְדָה שְׁקָבֵל הַכֶּסֶף  
גַּם כֵּן וְכֵן מְשַׁמֵּעַ שֵׁם בְּדָבָרֵי הַסַּמ"ע (ס"ק ג') דְּעֵיקָר תַּלְי' בְּקַבְלַת הַכֶּסֶף.

וְרֵאִיתִי בְּאוּרִים (ס' קט"ז ס"ק י"א) דְּכ' וְלִי יֵשׁ סֶפֶק אִם מְכַר שְׂדֵה בְּעֵדִים וּנ"ח לוֹ  
הַדְּמִים וְאִח"פ פָּרַע לוֹ שְׁלֹא בְּעֵדִים אִם יֵשׁ לוֹ לְלוֹקָח שְׁעֵבּוּד כָּלֵל דְּאִימְתִי יְחוּל הַשְּׁעֵבּוּד  
עַל הַקְּנִיָן בִּשְׁעַת מְכִירָה בְּעֵדִים הָא אִז הִיָּה דְּמֵי זְבִינָא בְּיַד הַלּוֹקָח וּמָה אַחֲרִיּוֹת נְכֹסִים  
שֶׁל הַמּוֹכֵר שְׂיִיָּף בְּזֶה הָא הַקְּרִין בְּיָדוֹ וְלֹאֲחַר כָּף שְׁפָרַע דְּאִז יְחוּל הַשְּׁעֵבּוּד בְּמָה יְחוּל הָא  
לִיכָא עֵדִים עַכ"ל וּבְאֲמַת לְדָבָרֵי יֵשׁ לֹמַר אֵף פָּרַע אַחַר כָּף בְּפָנֵי עֵדִים אַחֲרִים מ"מ כִּיּוֹן  
שְׁהֵם ל"ה עֵדֵי הַמְּכִירָה לֹא מְפָקִי לְקַלָּא רַק הַעֲדֵי מְכִירָה שְׁנַעֲשֵׂה בְּפָנֵיהֶם וְאִם כֵּן אֵף  
פָּרַע בְּפָנֵי עֵדִים אַחֲרִים גַּם כֵּן אִם נֹאמַר דְּאִז לֹא חָל הַשְּׁעֵבּוּד הוֹאִיל דְּהַקְּרִין הִיָּה בְּיָדוֹ  
בְּמָה יְחוּל אַחַר כָּף רַק דִּישׁ לֹמַר דְּבְאֲמַת הַעֲדֵי מְכִירָה שְׁהִיָּה בְּפָנֵיהֶם מוֹצִיאִין עוֹד הַקּוֹל  
כִּיּוֹן דְּהַמְּקַח כְּבָר נִגְמַר וְהַדְּמִים הֵם עָלָיו רַק כְּחוּב בְּעֵלְמָא: וּמִדְבָרֵי רַמְבַּ"ן וּסַמ"ע הַנְּ"ל  
נִרְאָה קִצָּת כְּהָךְ צַד דְּבִלָּא קַבְלַת הַכֶּסֶף לֹא חָל הַשְּׁעֵבּוּד בְּמוֹכֵר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים וּצ"ע: ס' יב  
וְהִנֵּה הַמ"מ (פכ"ד) מְמַלְּוָה לְמַד בְּדַעַת הַרַמְבַּ"ם דְּבַשְׁטַר מְכַר כּוֹתֵבִין אֵף בְּלֹא שְׁטַר  
אֲקַנְיִתָא לְמוֹכֵר אֵף עַפ"י שְׂאִין הַלּוֹקָח עֲמוּ וְכַתֵּב שְׂאִין טַעַם בְּרוּר לְחַלֵּק בֵּין מְכַר  
לְהַלְוָאָה.

וְרֵאִיתִי בְּסִפְרֵי אַבְנֵי מִילּוּאִים (ח"ב ס"ק י"ב) הַעֲלָה בְּדַעַת רַמְבַּ"ם עַל פִּי דְבָרֵי  
הַש"מ ב"מ (דף י"ט) מְשֵׁם הַרִיטְב"א דְּהָא דְּכוֹתֵבִין גִּט לְאִישׁ אֵף עַל פִּי שְׂאִין אֲשֵׁתוֹ עֲמוּ  
מְשׁוּם דְּסַמְכִינּוּ עַל דְּאֲמַרִּינּוּ לָהּ בְּתַר הָכִי אִימְתִי רֵאִיָּה אִימַת מְטָא גִיטָא לִיָּדָה וּבַשְּׁטַר חוּב  
לֹא סַמְכִינּוּ ע"ז דָּאִם כֵּן לֹא הוּי טוֹרָף כָּלֵל מְשַׁעֲבָדֵי כִּיּוֹן דְּאִינוּ מוֹכַח מִתּוֹף הַשְּׁטַר וְעַל  
יְדֵי עֵדִים הוּי רַק כְּמַלְוָה עַל פֶּה אֲבָל בַּשְּׁטַר מְכַר דְּלֹא אֲתַעֲבִיד אֵלֶּא לְגוֹף הַקְּנִיָן וְלֹא צָרִיף  
לְקַלָּא דְּהַמּוֹכֵר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים גּוֹבָה מִנְּכֹסִים מְשׁוֹעֲבָדִים סַמְכִינּוּ דְּאֲמַרִּינּוּ לְהַלּוֹקָח אַחַר כָּף  
כְּשִׂיבָא לְטְרוֹן אִימְתִי רֵאִיָּה אִימַת מְטִי לִיָּדָה וְכִיּוֹן דְּהַלּוֹקָח שְׁלַקַּח בֵּין גִּיסוֹן לְתַשְׁרִי יְבַרַר  
זְמַנּוֹ אִם זֶה שְׂיִבּוּא לְטְרוֹן מְמַנּוּ לֹא יְבַרַר מוֹקְמִינּוּ בְּיַד זֶה שְׂיֵשׁ לוֹ זְמַן מְבוֹרַר וְהָא דְּפָרִיף  
הַש"ס גְּבִי שְׁטַר מִתְּנָה דְּנִפְל דְּנִיחּוּשׁ לְשִׁמָּא כְּתִב וְאִימְלָף הִינּוּ מְטַעַם דַּל"ה לְנוּ לְהַחֲזִיר  
בב"ד דִּיִּסְבְּרוּ מִדְּאֲהַדְרֵי רַבְּנָן נִיְהִלְיָה ש"מ קָמוּ רַבְּנָן בְּמַלְתָּא וּמְקַמֵּי דִּידֵי מְטָא שְׁטָרָא  
לִיָּדוּ.

וּלְדַעַתִּי הַעֲנִיָּה דְּבָרֵי תַמּוּהִין חֲדָא אִם כֵּן לְדָבָרֵי כִּיּוֹן דְּכוֹתֵבִין לְמוֹכֵר אֵף בְּלֹא לּוֹקָח  
וְלֹא חֲזִיִּישִׁין שְׂיִהִיָּה שְׁטַר מוֹקְדָם אִם יִמְסוֹר לוֹ אַחַר כָּף מְשׁוּם דְּנִגְאָמַר לוֹ אַחַר כָּף אִימְתִי

ראיה אימת מטא לידה אם פן שטר מוקדם בפועל שהקדימו העדים במקונו למה פסול  
הא לא נפיק מינה חורבא דיאמרו אחר פה הלקוחות פשיבא לטרון מהם אייתי ראיה  
אימת מטי שטר מכר שלח לידה ולהדיא מבואר ברמב"ם דשטר מכר מוקדם הוא פסול  
ולדבריו אמאי יהיה פסול פינו דיאמרו הלקוחות אייתי ראיה.

ואף לדעת רש"י גיטין (דף י"ז) אשר הריטב"א הנ"ל פתב פן לשיטת רש"י וכן כ'  
בחידושיו לגיטין שם דלדעת רש"י בכל גיטין דעלמא לכה פותבין לאיש אף על פי שאין  
אשתו עמו דהלקוחות יאמרו אייתי ראיה מ"מ דעתו דבשטר מכר אין פותבין למוכר  
בלא לוקח רק בשטר הקנאה או לאבני דעדיו בחתומיו זכין לו כמבואר ברש"י קידושין  
(דף כ"ז ע"א) הרי דלא סמכינן בזה על מכר.

גם אף דמוכר שדהו בעדים גובה אף מנכסים משועבדין היינו פינו דמפקי לקלא אבל  
בזה דליכא עדים כלל על המכירה רק על ידי השטר שהוא שטר ראיה ואימתי הוא ראיה  
פשיגייע ליד הלוקח אם פן צריף שיהיה מוכח מתוך השטר: ועוד לפי דבריו יקשה מאי  
פריף הש"ס במצא שובר וליחוש שמא פתב כו' הא הלוקח שלקח הפתובה יאמר אייתי  
ראיה אימת מטא לידה ואף דיש לומר פינו דהבעל יהיה מוחזק אף אם לא מייתי ראיה  
אימת מטא לידו השובר אין הלוקח גובה הא בנפל דאיתרע גובה בו המלנה כמבואר  
בפוסקים (סי' ס"ה) ובש"מ ב"מ בהא דמצא שטר שחרור וכתב דהש"ס הי' להו להקשות  
דניחוש דמכר בינתיים העבד ובתירוץ הש"ס אתי שפיר והיינו על פרחף אף דהעבד  
יהיה מוחזק בעצמו מ"מ בנפל השיחרור איתרע ויאמר אייתי ראיה ויש לומר דקושית  
הש"ס הי' גבי מצא שובר דיסברו הלקוחות דלמה החזירו הב"ד ובנדאי קמו במלתא  
דמניסן נמסר ולא יאמרו אייתי ראיה כמבואר בש"ס טעם זה גבי שטר חוב והיה מיושב  
בדרף זה קושית תוס' שם דלמה לא הקשה הש"ס על הא דכותבין שובר למלנה בלא  
לנה.

דשם יאמרו הלקוחות אייתי ראיה מה שאין פן בנפל ואמרו מדאחדרי רבנן קמו במלתא.  
אולם בטו"ז (סי' ס"ה) מבואר דבשובר יאמרו הלקוחות דאחדרי כדי שיפטור מן המלנה  
ושוב ליכא חשש דלקוחות דיאמרו אייתי ראי' כמו בכל השוברין ויקשה מה הקשה  
הש"ס וצריף לדחוק בזה ליישב עכ"פ לדברי הטו"ז גם במתנה יאמרו הלקוחות דהב"ד  
החזיר השטר נגד הנותן ושוב יאמרו אייתי ראיה כמו בכל שטר דצריף להביא ראיה  
אימת בא לידו אלא ודאי דלא סמכינן על זה ואין צריף להביא ראיה ואמרינן חזקה  
שנמסר ביום שנכתב ואם פן קשה למה פותבין שטר מכר למוכר בלא הלוקח לד'  
הרמב"ם כפי שלמד המ"מ בדעתו: ואם נאמר דליכא רק חשש שמא מכר לאחר בין זמן  
הפתיבה למסירה ולא לענין טריפת לקוחות בשביל האחריות דבזה אף מוכר שדהו  
בעדים גובה משועבדי יש לומר בדעת רמב"ם לחלק בין מכר להלנאה דסובר הא דלא  
קיי"ל כאבני ולא אמרינן עדיו בחתומיו זכו לו אף לר"מ דסובר עדי חתימה פרתו עדי  
בחתומיו זכו לו הוא מה"ת כמו דנראה מדברי תוס' פתובות (דצ"ד) ועיינן שם במהרש"א  
ובמהר"ם שירי וכמבואר בתומים (סי' ל"ט ס"ק כ"ג) דהטעם הוא דלא אמרינן עדי  
בחתומיו זכו לו דמ"מ העדים לא מפקי הקלא עדיין ולא מהני התקנה אף לר"א והיינו  
דנאמר אף דבעינן עדי מסירה מ"מ עדים החתומין זוכים להמלנה השעבוד וכמו כן בספר

המקנה דבעינו שינפה הקונה בהגזיר והעדים נעשין שלוחין לזכות להמלנה מ"מ סובר ר' אסי דזה לא מהני דהעדים לא מפקי לקלא.

ונה בשטר הלואה אבל במקר בזה בלעדי אחריות נ"ב לקלא ורק שלא להפסיד ללקוחות קשו חז"ל במקום דליכא קלא אבל במקר ומתנה אם נתברר דזכה קודם שפכר לאחר לית לן בזה בפסידא לאחרני ואם פן יש לומר דבמכר עדין בחתומיו זכו לו וזוכה למפרע במטי לידו אחר פה לכה כותבין להמוכר בלא הלוקח דעדין בחתומיו זכו לו כשפגיע לידו למפרע דבזה לא בעינו לקלא אולם באמת כל התירוצים הנה דחוקים ויותר יש לדחוק בלשון הרמב"ם דאין חילוק בין שטר מכר ומתנה להלואה ובלא שטר אקנייתא לא כתבין עד שיהיה המוכר עמו: והנה אף אם המלנה עמו כתב בש"ע דבעינו שינתן השטר ליד המלנה בפניהם וכ' הסמ"ע שזה דעת הרמב"ם אבל התוס' כתבו דלכולי עלמא אם המלנה עמו לפני העדים תו לא חיישינן דנדאי ימסרנו לידו מיד ובש"ע כתב ולא ידעתי מהיכן כתבו תוס' פן ובאמת בתוס' גיטין (דף י"ז) כתבו הלכה כיון שהיה המלנה שם אמרינו שמיך מסר לו הרי דלא בעינו שהעדים ראו שמסר ליד המלנה וכן בש"מ ב"מ (דף י"ג) כתב בהא דאמרינו כיון דנפל איתרע ואמרינו איקרי וכתב מ"מ לית למתלי ריעותא בסהדי דעבדי שלא פדין רק דחיישינן שמא הלכו המלנה והלנה להעדים דאנו לא אמרינו אלא שאין כותבין שטר דלאו הקנאה ללנה כשאין המלנה עמו אבל אם באו הלנה והמלנה להעדים כותבין ונותנין בין להמלנה בין להלנה ולא חיישינן שמא לא ילנה עד תשרי דהא מלתא דלא שכיחא היא ואם לזה חוששין אין לדבר סוף כו' רק בנפל ואיתרע חיישינן שמא אירע הדבר שנתנו להלנה בפני המלנה והמלנה נתאחרה עד תשרי והוי ליה מוקדם עכ"ל הרי מבואר דלא בעינו דוקא שימסרנו ליד המלנה או שימסור הלנה להמלן בפנינו אולם מפל דברי הפוסקי' (סי' מ"ג) דחתרו למצוא גונוי שיהיו העדים נאמנים לומר על השטר שחתמו עליו שהוא מוקדם וכתבו דיכולין לומר דטעו בדבר אסי ולא כתבו בפשיטות שמסרו בידי הלנה שהיה המלנה עמו ואחר פה לא מסר לו עד יום מחר א"ו דסברו דהעדים צריכין לראות מיד שמסר ליד המלנה וכדעת הרמב"ם והטור וכ"כ ברמ"ה ב"ב פ"ק ג"פ: סי' יג ואם נתנו מיד להעדים שינפו למלנה ושיעמוד השטר בידם בשביל המלנה הביא הסמ"ע והש"ע דברי הנ"י משם הר"ן דבכה"ג הוי כמלנה עמו דזכין לאדם שלא בפניו.

ועיין לשון הר"ן (פ"א) דב"מ דכותבין ללנה ובלבד שינפו העדים להמלנה. ולכאורה אף אם אמר קודם כתיבה שיכתבו ושינפו מיד אחר הכתיבה בהשטר בשביל המלנה מ"מ לא מהני השליחות דהוי על דבר שלא בא לעולם לדעת הרמ"ה והטור ובש"ע (סי' רמ"ג) אף באומר כתבו וזכו יכול לחזור בו דבההיא שעתא ליתא לשטרא בעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם פן לדעתם לעולם אין כותבין עד שיהיה המלנה עמו דמה דאמר שינפו בהשטר בעד המלנה לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם.

אף יש לומר דהא אף אם המלנה עמו נחוש דלמא לא ימסור לידו אלא משום שהמה בפני העדים אמרינו דמסתמא צנה לכתוב אדעתא שימסור להמלנה ואי אזדמין דלא מסרו צריכין באמת העדים לקרוע השטר הלא נמי כיון דאמר שינפו אחר פה בהשטר עבור המלנה ל"ח שיחזור מזה.

ובאמת אם חוזר אחר הפתיחה היינו שאינו אומר אחר כך שיזכו צריכין לקרוע וצריך שיאמר להעדים אחר הפתיחה שיזכו בו בעד המלנה רק העדים רשאים לכתוב כשמצוה להם שיזכו ולא תישינו שיחזור כמו באם המלנה עמו: וראיתי במח"א דיני שלוחין (סי' כ"ו) במי שאמר לחבירו שיגבה מנה ממי שחייב לו ושיזכה בו לפלוני כ' דלדעת הרמ"ה הכי נמי פיון שמחוסר גנבניא לא מהני להקנות לאחר דהוי דבר שלא בא לעולם וכ' דלפי מה שפירש"י פ"א דב"מ גבי עדי בחתומיו זכו לו לא נראה כן ומיהו איפא למימר דהתם שאני משום דהדבר בידם לעשות עכשיו על ידי קנין וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה אבל הכא אין הדבר בידו עכשיו שליח נמי לא מצי משני ובהכי אתי שפיר האי דעדי בחתומיו זכו לו להרמ"ה דהתם בידו של זה לגמור הדבר עכשיו על ידי ק"ס עכ"ד ולא אבין מאי קשיא ליה לרמ"ה מהא דעדי בחתומיו זכו לו הא שם הוא תקנת חכמי לאביי כמבואר תוס' סוף (פ"א) דב"מ ואף דלא אמר להם הלנה שיזכו בעד המלנה מ"מ פיון דכותבין ללנה אף על פי שאין המלנה עמו הוי ליה פאלו מצוה להעדים שיזכו ונוכל לומר דאחר הפתיחה והחתימה מיד בחתימתן זוכין להמלנה בתנאי לכשיגיע לידו יזכה בו למפרע ומהיכי תיתי נאמר דהוי פאלו עשאן לשלוחין שיזכו בו להמלנה בטרם שחתמו ולהקשות מזה על הרמ"ה דהוי דבר שלא בא לעולם אנו אמרינן דרשאים לכתוב דהוי פאלו עשאן לשלוחין אחר הפתיחה.

ועוד הא כפי שהביא הטור דברי הרמ"ה הוא באומר כתבו וזכו לו בהשטר ואפ"ה יכול לחזור בו ומבואר דבאופן זה יכול לחזור אף מן השדה דכיון דלא זכה המקבל בהשטר דלא מהני זכייתו דהוי על דבר שלא בא לעולם במה יזכה בהשדה יקשה גם כן נימא הא עכ"פ בידו להקנות השדה על ידי קנין סודר אם כן מהני ממילא זכייתו שיזכה אף בהשטר דאי אפטר לומר זכיה לחצאין וכיון דלענין שיזכו בהשטר דע"ז יזכה המקבל בהשדה על ידי שטר קנין זה שיזכו העדים בעדו מהני הואיל דבידו להקנות לו על ידי קנין סודר מהני גם כן על ידי זכיית השטר אף דהוי מחוסר מעשה לדעת המח"א אם כן שוב ממילא אינו יכול לחזור לדבריו וכיצד יפרנס דברי הטור משם הרמ"ה ועל פרוץ צריך לומר לדעת הרמ"ה אף דבידו להקנות על ידי קנין סודר מ"מ שיהיה ביד הזוכה גם כן שטר לראיה היינו שיזכו העדים בעדו זה אינו בידו עד שיכתבו והוי מחוסר מעשה והוי דבר שלא בא לעולם ולא חל שליחותו על זה.

וענין נתיבות המשפט (סי' רמ"ג ס"ק ו') דביאר דעת הרמ"ה על פי דברי תוס' גזיר (די"ב) דאינו יכול לעשות שליח להפריש חלה בעודו קמח מטעם אף דבידו ללוש הוי מחוסר מעשה והוי דבר שלא בא לעולם רק מטעם פיון שיכול להביא עיסה.

ואם כן ממילא אף דבידו להקנות על ידי קנין סודר מ"מ פיון דרוץ להקנות על ידי שטר שיזכו בו בעדו לא מהני אף לזכות על ידי זה בגוף השדה אם כן כמו כן לא מהני לענין עדי בחתומיו זכו לו.

א"ו דעדי בחתומיו זכו לו לא אמרינן דעשאן לשלוחין בטרם שחתמו רק עם חתימתן ולרב אסי דלא מהני מצד תקנה רק כשאומר בפירוש שיזכו דמהני כמו שכתב הר"ן לדעת הרמ"ה הוא רק כשעושה אותן לשלוחין אחר החתימה וכמו שכ' לעיל: הן אמת המעיין ברמ"ה ב"ב פ' המוכר את הספינה יראה בדבריו בשינוי ממה שהביא הטור

דבריו (סי' רמ"ג) וז"ל שם (אות כ"ט) ואם אמר על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה דכיון דתלי ליה לזכיית השדה בכתיבת השטר יכול למיהדר בשדה ומסתברא דאי כתבו ליה שטרא מקמי דהדר ביה מקנה מניה ואפתי לא מסרו ליה שטרא חוזר בכתיבת השטר דהא לא זכי ליה שטרא חדא דלא אמר להו זכו אלא כתבו ואפילו אמר להו זכו הדיא שעתא אפתי ליתא לשטרא בעלמא ואין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם וא"ח בשדה דלא תלי לה לזכיית השדה אלא בכתיבת השטר והוי ליה כתיבת השטר תנאה בעלמא בזכיית השדה וכיון דכתיבה לשטרא אע"ג דלא מסרוה לקונה איקיים לי' תנאה וזכי ליה בשדה עכ"ל ועיין שם עוד (אות ל') מבואר מדבריו דאף אמר להם זכו דלא מהני מטעם דבר שלא בא לעולם קאי על אמר זכו בשדה על מנת שתכתבו לו את השטר דאין תלי קנין השדה שיקנה על ידי שטר רק דייעשו קנין בהשדה בפ"ע על ידי חזקה לזכות בו בעד המקבל רק דתלי בתנאי שכתבו לו השטר ועל זה אמר דחוזר בהשטר אף אם אמר להם על מנת שיזכו בהשטר ומהשדה אינו חוזר דסובר דהתנאי לא הוי רק על הכתיבה ולא על הגתינה לכן פיון דכבר כתבו השטר מקמי דהדר ביה כבר זכה בהשדה וחוזר רק מהשטר אף אם היה אומר מקודם כתיב' השטר שיזכו גם בהשטר לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם אבל באם אמר כתבו וזכו דבידו להקנות השדה בקנין סודר יש לומר באמת דגם הרמ"ה מודה דמהני וכסברת המח"א.

אולם מדברי הטור מבואר דאף בכתיבו וזכו בהשטר גם כן לא מהני הרי אף דבידו להקנות בק"ס לא מהני פיון דעכ"פ שיזכה בהשטר הוי דבר שלא בא לעולם. גם מה שכתב שם הטור דאף לאחר כתיבת השטר באומר על מנת שתכתבו את השטר כל זמן דלא מסרוהו ליד הזוכה יכול לחזור דעל מנת שתכתבו ותתנהו לו קאמר מבואר מדברי הרמ"ה להיפך דרק קודם הכתיבה יכול לחזור אבל כשכתבוהו אף קודם הגתינה שוב א"י לחזור מהשדה דכבר נתקיים התנאי: וראיתי בספר בני אהרן לאפפי ז"ל (דף קל"ה ע"ד) דעמד על דברי הרמ"ה שבטור הנ"ל הא במקנה דבר שלא בא לעולם אי שמיט ואכל לא מפקינו מניה ואם כשאמר כתבו וזכו לאחר שזכו בו הוי ליה כאלו בא ליד המקבל דזכין לאדם שלא בפניו ותפיסתו הוא תפיסה וכתב דכ"ש על ידי אחר לא מהני ושוב כ' אפילו לדעת רמ"ה אם אמר על מנת שתכתבו ותזכו בשטר לאחר שזכו בשטר אינו יכול לחזור שהרי כתב הטור (סי' ר"ט) דיכול להתנות בדבר שלא בא לעולם עכ"ל ולפנינו בדברי הרמ"ה דכתב עיקר דינו באומר על מנת שתכתבו ושתזכו לא מהני ומהשדה אינו יכול לחזור אחר הכתיבה רק מהשטר אף באמר שיזכו מ"מ זה לא הוי תלי בתנאי ולפי דברי הטור דסובר גם בעל מנת שתכתבו היה התנאי על הגתינה גם כן אם פן אף באמר על מנת שתכתבו ותזכו בהשטר לא מהני ויכול לחזור מן הגתינה דזכייתו לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם ממילא לא נתקיים התנאי ואין זה ענין להא דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם דשם כשאבא לעולם נתקיים התנאי מה שאין פן בזה דאמר על מנת שיזכו וזכייתו לא מהני דהוי ליה דבר שלא בא לעולם אם פן לא נתקיים התנאי ואף דיש לומר פיון דלא מהני ואינו יכול לזכות בעדו הוי כמתנה תנאי דאי אפשר להתקיים והוי כמפליג בדברים זה אינו דיש לומר דהפוננה היה שיתנו לידו והיינו אף דאמר כתבו וזכו היינו באופן דמהני זכייתו כגון אם יצוה להם אחר כך שיזכו בעדו דזה נדאי מהני פיון דבידו למסור לו השטר קודם שחזר וכל זמן שלא נתקיים



התנאי שזכה המקבל בהשטר יכול לחזור: ובחתם סופר אה"ע (ח"ר סי' י"א) ראיתי שהאריף לבאר דברי תוס' נזיר שם דדוקא במינוי שליחות על סתם עיסות היכא דליפא זכות לא מהני פיון דצריכין לבא מטעם שליחות ואז הוי דבר שלא בא לעולם אי לא דבידו להביא עיסה אבל בעיסה מיוקדת יש לומר אף דלא מהני מצד מינוי שליחות בשעת מעשה מ"מ פיון שגילתה דעתה דניחא לה בהפרשת חלה מזה העיסה ממילא גם אחר הלישה תוכל להפריש מטעם זכיה פמבואר יו"ד (סי' שכ"ח) וכתב שם דאף דכ' בס' מרפכת המשנה דלא שמענו זכין מאדם רק זכין לאדם מ"מ מוכח פיון דילפינון זכיה מנשיא אחד למטה ולחוב על מנת לזכות הוא הרי זכין מאדם וכן הלכה רוחת למפורח חמצו של חבירו שתחת ידו בשעה חמישית מטעם זכין לאדם אע"ג דהוי זכיה ממנו לאחר.

ולפי דבריו צריף לומר בטעם דרמ"ה והטור דלא מהני פשאר כתבו וזכו פיון דלא מהני מטעם מינוי שליחות דהוי על דבר שלא בא לעולם ולמה לא מהני עכ"פ מטעם זכיה פיון דעכ"פ גילה דעתו דרוצה שיוקדה לאחר וניחא ליה דזה אינו דהם איירי במתנה דלית ליה להמזכה שום זכות בדבר שיוקד ממנו דכ"ז שלא זכה יש בידו לחזור ולאחר שיוקד לא יהיה בידו עוד לחזור בדבר וכיון דלא מהני בתורת מינוי שליחות דהוי דבר שלא בא לעולם לא מהני מצד זכיה לזכות ממנו דאין לו שום תועלת בזכיה הזאת.

ואם כן יש לומר בשטר הלואה דרוצה שייכתבו העדים השטר ושיוקד בו בעד המלוה כמו שכ' הר"ן הנ"ל ובנדאי איירי באופן דלית ליה שום פסידא בזה דאם אינו רוצה לקבל מהלוא' מהמלוה יחזור לו השטר ובנדאי סמך דעתו על המלוה שלא יקבל השטר מן העדים בלא נתינת המעות או גם העדים יודעים מזה שעדיין לא נתן המעות רק צוה להם כן שייכתבו כדי שיהיה מזומן אם ילנה אחר כך ושלא יהיה מוקדם צוה להם שיוקד בעד המלוה וזה הוי זכות לו שלא יפסיד שכר הסופר בזה יש לומר אף אם לא מהני מצד מינוי שליחות על דבר שלבל"ע מ"מ מהני מצד זכיה ובזה י"ל דגם הרמ"ה מודה וא"ש לכ"ע: אף בגוף הדבר דפשיטא ליה לבעל ח"ס ו"ל להשיג על המרפכ' המשנה דסובר דלא מהני זכין מאדם וראיתו מנשיא אחד למטה כבר נסתבכו בזה כמה אחרונים דיש לומר דלא מהני ועיין קצוה"ח (סי' רמ"ג) דמשיג באמת על התה"ד ורמ"א (סי' שכ"ח) דמשרתת יכולה להפריש חלה שלמ"ד בעה"ב דלא מהני זכין מאדם וראיתו מרשב"א נדרים (דף ל"ו) ומהא דנשיא אחד למטה אינו ראיה דשם זוכין לכל א' חלקו שמבירין הנשיאים ובמה שמסלק כל א' זכותו מחלק חבירו חבירו מסלק זכותו מחלקו.

וגם מחמץ שיוכל למפור בשעה חמישית א"ר פיון דהגיע הזמן שיהיה אסור בהנא' ולא יהיה להם לבעלים רק כעפרא בעלמא ודאי מתניאשי הבעלים מזה ולא הוי כמוכר דבר שאינו שלו ועיין מה שכ' בזה בספר מקור חיים הלכות פסח (סי' תמ"ג ס"ק ה') וגם יש לומר דזה הוי בכלל שמירה כשנתן לו לשמור הוי כמו שמצוה עליו למפור ולא בעינו עוד לזה תורת שליחות מה שאין כן בשאר זכיה יש לומר דאין אדם זוכ' מאדם לאדם וכסברת המרפכת המשנה והקצוה"ח.

אף כבר פתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים (סי' ג') מדיני אבידה דפסק הרמ"א מתה"ד ודאי נכון למה דפסקינון יו"ד (סי' של"א) כדעת הרמב"ם בהא דמצאו תרם ואמר לו פלך

אצל יפות דמהני ניהותא דהשתא לגבי הפרשת תרומה וק"ו בחלה בזה הזמן דרבנן לדעת הריטב"א עירובין (דף ע"א) לגבי דרבנן מהני לכולי עלמא ניהותא דהשתא על למפרע אם פן פשתרצית הבעה"ב אחר פה ודאי מהני הפרשת המשרת ועיין שם מה ש"כ עוד בזה גם בחלק ראשון דיני תו"מ (סי' ו') הוכחתי מפמה מקומות דבאמת בזכות גמור מהני זכיה אף פשאינו מזכה לו בשום דבר רק מאדם לאחר אף לדעת הרשב"א עיי"ש בראיות ברורות.

אולם מ"מ יש לומר הו בהה דחלה הו פאן דאף דגילוי דעת מהני מ"מ היכא דעשאן שלוחין גרע וכינן דלא מהני תורת שליחות דהוי על דבר שלא בא לעולם שוב לא מהני אף מטעם זכיה דכשעשאן לשלוחין בעינן דוקא תורת שליחות דומיא דכתבו תוס' גיטין (דף ס"ו ע"ב) ד"ה הא אף בדבר דלא בעינן שליחות היכא דצוה לעשות בתורת שליחות גרע וכן כתבו תוס' קידושין (דף כ"ג) וביתר ביאור בתוס' רי"ד שם דהא דמהני בשחרור לגבי עבד על ידי אחרים אף דמספק להש"ס שם אם עבדיכול לעשות שליח וכתבו דאם העבד עשה שליח לקבל גרע מאם לא עשה שליח עיין שם בסברתו והכא נמי יש לומר אף דמהני בתורה זכיה לאחר על ידי הגילוי דעת מ"מ אם צוה להם שיזכו או שיעשו בתורת שליחות רוצה שיעשו בתורת שליחות וכינן דבתורת שליחות לא מהני הואיל דהוי על דשלב"ע ונתבטל בתורת שליחות ל"מ אף בתורת זכיה: ועוד יש לומר דלא מצינו דמהני גלוי דעת רק היכא דיש בכחו לעשות שליח אז מטעם זכיה גם פן מהני פיון דגלי דעתו דניחא ליה אבל אם גילה דעתו דניחא ליה בזמן דהוי דבר שלא בא לעולם ולא מצי משוי שליח בזה לא מהני גילוי דעתו דניחא ליה ועד פאן לא כ' הרא"ש פ"ק הא"מ דאם גילה דעתו לשדכן דרוצה לקדש אשה זאת והלך וקדשה דמהני מטעם זכיה רק באם באפשרות לקדשה אז בשעת דגילה דעתו בעצמו או לעשות שליח אבל אם גילה דעתו על אשת איש דנ"ל לקדשה אם יגרשנה בעלה או ימות פיון דלא מצי לקדשה אז בעצמו וכן לעשות שליח אין בידו לכן אף בנתגרשה אם קדשה אחר בעדו לא מהני הגילוי דעת שלו אז דלא הוי בידו לגמור ואתי שפיר דברי תוס' נזיר דצריך לשלוחו ועיין מה ש"כ אאמ"ו ז"ל בחידושיו שפסוף ספר דברי משפט (סי' כ"ו) ובספרו דברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ג) דכמו דמהני באומר לחבירו על דבר הבא לעולם לה ומשוף אחר למ"ד וקנה אז ועשה פן דקנה ואינו יכול שוב לחזור פמו כן באומר ע"ד שלא בא לעולם פשיבא לעולם עשה משיכה ולא חזר בנתיים וכשבא לעולם עשה משיכה מהני הקנין אף בלא טעם תפיסה עיין שם ואחר בקשות המחילה יש לדון טובא בזה דיש לומר דלה ומשוף וקנה לא הוי רק פגילה דעתו דרוצה להקנות וזה לא מהני רק אם בידו אז להקנות אבל אם בשעה דמגלה דעתו אין בידו להקנות לא הוי רק פטומי מילי בעלמא ולא מהני וכמו דמשמע פן דעת הנתיבות (סי' ר"ט) ואכ"מ בזה: סי' יד כתב הטור משם רמב"ן ראובן שהתנדב להלות לשמעון וא"ל לה לסופר לכתוב ולעדים שיעתמו שאמה חייב לי מנה ומסור לי השטר ואלוה והלך והביא לו השטר כותבין שטר ללנה אעפ"י שאין מלנה עמו ואחר פה חזר בו ראובן הואיל ונשתעבדו לו נכסי שמעון מעלשיו חייב להלותו עד זמן שקבע לו ויקנה נכסיו לשעבודו והטור חולק דאינו נראה שפכתיבת השטר יתחייב להלות לו בעל פרוחו והנה בבעה"ת (שער מ"ח) הביא דברי רמב"ן וטעמו שכן הוא במקור גם פן פיון דכותבין למוכר מדעתו של לוקח פיון שזכה בהקרקע בחליפין

שזוכין לו ודאי נתחייב ליתן לו דמי המקח וכמו כן במלנה שפיון שנשתעבדו לו נכסי לנה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב ליתן לו דמי ההלואה ומזה נראה על פרוק דאירי דהמוכר או הלנה הקנו בקנין סודר דאם לא פן אין פותבין בלא מלנה וליקח ואם פן פיצד ימסרו העדי השטר למוכר או להלנה אלא ודאי דאירי דהקנו ואמר תנו לידי דאם לא פן רק דאירי בסתם בשטר הקצאה אין להם למסור ליד הלנה או המוכר אלא ודאי דהתנה בתנאי פשיגיע לידו יחול הקנין למפרע וכן פתוב בנתיבות המשפט וכן בדברי בעה"ת שם שהוכיח פן מדברי ר"י מיגאש ו"ל מדמדמה המלנה למפר גלה דעתו דדין א' הוא וכתב שם להדיא דהביא לו שטר פשר בקנין שכ' על עצמו פאותו ששנינו פותבין שטר להלנה אעפ"י שאין מלנה עמו וכיון דמסרו העדים בידי הלנה על פרוק אירי דהתנה ואמר שפסקבל קנין ותנו לידו והוא על מנת פשאמסר להמלנה יחול למפרע.

ואם פן אינו מוכן דברי בעה"ת שם שנתיקשה בדברי הר"י מגאש ו"ל וכו' וז"ל דלא דמי לנה למוכר דלגבי מוכר פיון שכתב שטר מוכר מדעתו של לוקח דין הוא שלא יוכל הלוקח לחזור דהא לא סגי בקריעת השטר פדמניא החזיר לו את השטר לא חזרה מתנתו וכיון ששקנו ממנו בקנין מדעתו של לוקח וכדאוקמינא למשנתינו בשטרא דאקנייתא דין הוא שלא יוכל לחזור בו אבל בעסק הלואה שיהלנה יכול לחזור בו ולקרוע שט"ח ולומר לו איני רוצה במענותה איך לא יוכל המלנה לחזור בו פמו כן עכ"ד ואם אירי דאמר שיתנו לידו דאם לא פן פיצד ימסרו העדים ליד הלנה או המוכר אם פן פמו כן במקר אם יקרע השטר ולא ימסרנו ליד הלוקח לא נתקיים התנאי ולא חל כלל המקר דכל הקנין הנה על תנאי פשיגיע לידם יזכו למפרע אם פן פמו בהלואה דיכול לבטל ולחזור מן ההלואה פמו כן במקר יכול לקרוע השטר ונתבטל הקנין מפל וכל וכיון שבידי המוכר לחזור למה לא יהיה בידי הלוקח לחזור: והש"ך (ס"ק מ"ט) עמד על דברי המחבר דלקמן (סי' רל"ח) הביא דעת הר"י מיגאש ורמב"ן דאם נתברר שפדעתו נכתב לא יכול לחזור בו ולמה סתם פאן וכבר פתוב בתנאים דבמקר אין הלוקח יכול לחזור דכיון שקנה זה נתחייב זה בחליפיו אבל בהלואה פיון דהלנה יכול לחזור ולשלמו כל שעה אף המלנה יכול לחזור ולא קרוי חליפין דהא הלנה יכול לחזור אף יש לומר דכוננת הש"ך באופן זה אם מוכר לו על תנאי פשיבא לו השטר מוכר זה דומה להלואה וכמו שפכתבתי: וראיתי בתשובת קול אליהו (ח"ב סי' ג') דכ' פיון דקיי"ל דקנין סודר קונה בלא פספס פמבואר בבה"ב (סי' קצ"ה) ודלא פהרשב"א חייב הלוקח לתת הדמים והמלנה להלות וכדעת הר"י מגאש ורמב"ן וכן ראוי לדון ומתמה על הש"ע דפסק פהרשב"א ומשמע דהה"ד למקר והוא פלאי עכ"ד.

ואני תמה על תמיהתו הא פבר מבואר בבעה"ת דעיקר הטעם דשיעבוד אינו דומה למקר דכיון דבידי הלנה לחזור לא גרע פח המלנה או דנה לא מקרי חילופיו שיתחייב בדמיו ומ"ש דמשמע הה"ד למקר לא ראיתי שום משמעות בדברי המחבר.

וראיתי לו שם שהביא ראיה מהא דמבוא' פ' אלו מגלחין אין פותבין שטרי חוב פמועד ואם אינו מאמינו מותר ואם איתא דמצי מזהדר ביה המלנה איך התירו אם אינו מאמינו ניהוש דלמא יחזור בו ויאמר אין רצוני להלות ונמצא פתיבת השטר פמועד ללא צורך אלא ודאי דלא מצי לחזור ואין זה ראיה ונדאי מותר לכתוב פשמבטיח להלות דשארית

ישראל לא ידברו פנב ובנדאי מחניב לקניים הבטחתו רק על פי הדין אין הב"ד יכולין לכופו אבל לחוש שיחזור ולא יקניים מה שהבטיח ל"ח בפרט בחה"מ דאף ספק דבר האבד מותר במבואר במ"א (סי' תקל"ז) ובלא"ה יש לדחות ראיה זו מפמה טעמים ומה שכן עוד שם לדון לחייבו מטעם דיני דגרמי דעדי קנין מפקי לקלא וזיילי נכסי דלנה גם כן אין טעם בנה לחייבו דל"ה רק גרמא ורק מה שהוציא ע"י הבטחתו שכר סופר חייב.

והנה הרמ"א פתב אם אמר לו להלות על משכנות והחזיק במשכנות לא יכול לחזור בו והוא מדברי הרשב"א ויש לכאורה להבין למה צריה דוקא והחזיק בו לדין דקרקע נקנה בחליפין אף בלא נתינת המעות אם כן נתחייב זה בחליפיו והרשב"א לשיטתו דסובר דאינו קונה עד שיתן הדמים ולכך צריה דוקא והחזיק בו אבל לדין פינו דכבר זכה זה בהמשכנתא על ידי קנין סודר נתחייב זה בחליפיו.

ויש לומר דרמ"א איירי גם כן דהיה על תנאי שיבא לו השטר וכיון דביד הלנה לבטל הקנין סודר שלא יתן לו השטר לכך יכול גם המלנה לחזור. וראיתי באורים (ס"ק ס"ד) דכתב בתשובה נזכר משכנות קרקע והחזיק בו והרמ"א סתם משום דס"ל גם במטלטלין הא קיי"ל אף בשעת הלואה בעל חוב קונה משכונן לכמה דברים עכ"ל ולכאורה במשכונן מטלטלין פינו דלא זכה המלנה בשום דבר להשתמש בו פשהוא בלא נכיתא אם כן לעולם בידי הלנה לחזור מהלואה וממילא לא קרוי חליפיו ואף בידי המלנה לחזור מהלואה פינו דבידי הלנה לבטל ההלואה: ונראה דהנה הקצוה"ח פתב דהרשב"א לשיטתו דמפרש טעמא דמנה אין פאן משכונן אין פאן משום דהא אגיד גביה ולא הוי פספא אבל להתחייב על ידי משכונן מהני ומשום הכי סובר פאן אם זכה בהמשכונן חייב להלות אבל לדעת התוס' והרא"ש דמפרשי מנה אין פאן משכונן אין פאן דאינו מחניב פלל ע"י המשכונן אלא אם כן נתחייב תחילה במנה ומבואר בש"ע (סי' ס') ובאה"ע (סי' נ') דלא מהני בטחונות לשידוכין אלא אם כן יאמר זכה בגוף המשכונן ממילא פינו דלא נתחייב הלנה פלום על ידי המשכונן אמאי יתחייב להלות עיין שם ובאמת הדבר מוכרח דאיירי באומר לו זכה בגוף המשכונן דאם לא כן לכולי עלמא לא זכה פלל ומה שכן הקצוה"ח דלדעת הרשב"א דהטעם משום דאגיד גבי' מהני להתחייב על ידי משכונן וכן ראיתי לו בספרו אבני מילואים (סי' כ"ט ס"ק י') וז"ל ולישיטת רמב"ן ורשב"א דמפרשי משום דאגיד גביה אבל במתנה מהני אם נתן לחבירו מנה ונתן לו משכונן עליהם זוכה במשכונן לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המתנה והקשה על זה האיר מהני במתנה פינו דאמרינן בש"ס דנכסוהי דבר אינש אינון ערבינן וכל היכא דלנה פטור הערב נמי פטור והאריה שם ליישב זה.

ותמהני ולא אדע היכן ראה בדברי הרשב"א ורמב"ן דמהני במתנה בלא נתחייב גופו על המתנה אי משום דהם פירשו מנה אין פאן משכונן אין פאן מטעם דאגיד גביה ואינו עושה קידושין ולא קנין אינו ראיה רק דהם סברו אף במקום דנתחייב מקודם במנה ונתן משכונן גם כן לא מהני מטעם פינו דאינו בעינן ולא יצא מרשותו לא הוי פספא לקנות על ידו הואיל דאגיד גביה גוף המתנה אבל באם אינו מחייב את עצמו מקודם מודים הם גם כן דלא הוי קנין פלל בגוף המשכונן פינו דאינו מקנה לו רק לשעבוד מנה ואינו חייב לו פלום יש לו מר דאינו קונה המשכונן היכא דליכא שעבוד הגוף וכן מבואר להדי' בחידושי רמב"ן

קידושין (דף ח') דמסיים אבל אומר לחבירו הרני חייב לה מנה מפיון שמשך קנה הפל לשעבודו עכ"ל הרי מבואר דבלא חיוב הגוף אינו קונה המשכון כלל ומה שכ' עוד שם בזה האבני מילואים בדברי תשובת רשב"א המובא בח"מ (סי' קכ"ט) יבואר אי"ה במ"א.

עכ"פ אף לדעת רשב"א אם מופה לו משכון על מנה ואינו אומר קני במשכון לשעבוד מנה לא מהני ואם פן אם החזיק במשכון והבטיח להלות איירי שזכה מכפר במשכון שפיר חייב זה בחליפיו ודומה למכר להמבואר בריטב"א קידושין (דף י"ט) דאם בע"ח קונה משכון פשמתזיר לו המשכון צריף שיזכה בו הלנה ובלא קנין לא נכנס לרשותו אם פן הוי קנין מעליא במה שזכה בו המלנה ודומה למכירה דאינו חוזר אף אם קורע השטר וצריף קנין מחדש וה"נ פן הוא ולכף אף שביד הלנה שלא לקבל ההלנאה היינו ליטן בתורת פרעון הממון שחייב לו להלות אבל לעולם צריף קנין מחדש בהמשכון ושפיר הוי כמו שזוכה זה בגוף הדבר ונתחייב בחליפיו ואינו יכול לחזור מן ההלנאה ועיין מה שכ' בדברי ריטב"א הנ"ל בח"ר מספרי דיני נדרים (סי' ט"ו) ודיני יו"ט (סי' כ"א אות י"ג) ועוד יבואר אי"ה לקמן.

ועיין ש"מ ב"ב (דף קס"ז) הנדפס בסוף ס' רמ"ה ב"ב דהביא לשון הר"ן ליישב קושית רשב"א על הר"י מיגאש מהא דמלנה ברשות בעלים לאו לחזרה ומחלק בין מלנה בשט' למלנה על פה וכנראה שם הסכים לדברי הר"י מיגאש ורמב"ן דבשטר אקנייתא נתחייב בדים ומדברי בעה"ת שהביא דברי רמב"ן בסוף דבריו נראה דחזר בו ואינו מחלק בין הלנאה למכר דכינון דזכה זה בשעבוד נכסיו נתחייב בדמיו.

וכנראה דאם תפס הלנה המעות מן המלנה אין מוציאין מידו פינן דהר"י מיגאש ורמב"ן ור"ן ובעה"ת סברו דחייב להלות ורק רשב"א חולק ומדברי הטור אינו מבואר כל כף בשטר אקנייתא ועיימ"ש בדו"פ (סי' קל"א): סי' טו בש"ע (סי' מ') המחייב עצמו בקמון לאחר בלא תנאי כו' זה דעת רמב"ם וכפי שהבינו בדבריו המ"מ (פי"א) ממכירה ועיין סמ"ע ופ"ד דרמב"ן ורשב"א וסייעתם חולקין על זה וסברו דבדיבור אף פשאמר אתם עדים אינו מועיל לחייב את עצמו וכדעת ר"ת דאינו מועיל רק פשכתב בשטר ומסר אז מהני החיוב מחדש ובתוס' פתובות (דף ק"ב) כ' ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנין בשטר דיש לומר הואיל דטרח למכתב בשטרא גמר ומשעבד נפשיה שיהי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים פדאמרינן בסמוך ועוד כמו במתנה מועטת קנה דגמר ומקנה הקא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר גמר ומקנה.

ולפי זה נראה דלא הוי קנין המועיל רק מדרכנן כמו בהא דרב גידל דאגב חיתון גמר ומקני לא הוי רק מדרכנן וכמבואר ריטב"א קידושין (דף ט') ועיין נו"ב מהד"ק ח"מ (סי' כ"ח) ומהד"ת (סי' מ"ב) דכתב גם פן דלא הוי רק קנין דרכנן מטעם דגמר ומקני וכמו פן במתנה מועטת אבל קנין גמור מה"ת לא הוי אף בכתב שטר על חיוב דלא אשכחן במטלטלין דנקנין בשטר ואף דעיקר החיוב הוא חיוב הגוף ונכסים ממילא משתעבדין סברו דלא מהני שטר אף לחיוב הגוף דלא מצינו שטר רק בקנין דבר מסוים כמו קרקע ועיין ש"מ ב"ב ר"פ הספינה דכתב דשטר למטלטלין לא מהני ולא תקנו בשטרא דאין שטר אלא לדבר שיכול לסיימו בשטר פגון קרקע וא"נ עבדים כו' אבל המטלטלין אינם מסוימין שיכול לסיימן בשטר ולפי זה אתי שפיר במטלטלין שיקנם

אינם נקנין בשטר אבל לחייב ולשעבד את עצמו הא יכול לסיים שזה אדם חייב את עצמו לפלוני.

אולם כתב עוד וז"ל ועוד הוסיפו בטעמו של דבר לפי שחכמים לא למדו הקנין אלא מן הפתוב ולא מצינו שטר אלא בקרקע דכ' וכ' בספר וחתום אבל במטלטלי מצינו אגב עיין שם משם הר"ן.

ואם פן חייב פינו דלא הוי קנין דבר מיוחד לקנות לא מהני שטר שיקנה בזה חייב ושעבוד ולכך כתבו דרק הואיל דמטרח למכתב בשטר גמר ומקנה ואם פן לא מהני רק מדרבנן ולא מן התורה וכן משמע שם מש"ס ר"פ הנושא דקאמ' עד פאן לא קאמר ר' ישמעאל התם אלא דשייך ליה לשעבודא דאורייתא אבל הכא לא שייך שעבודא דאורייתא ועיין שם ברש"י מבואר דדוקא בערב דמשועבד מן התורה דכתיב אנכי אערבנו וכן כ' במשובב נתיבות (סי' ס"ו) להוכיח מש"ס הנ"ל דכל החיובין וקנינין על הודאת בעל דין לאו דאורייתא הוא דלא מצינו שטר אלא על דבר שנעשה בפני עדים והיכא דמחייב עצמו בדבר שלא הוי חייב ליכא שעבודא דאורייתא עיין שם.

ולדברי הר"ן בש"מ ב"ב הנ"ל לא מצינו שטר רק במקנה דבר מסוים ואף בשעבוד יש לומר דלא מהני שטר רק אם הלנה מעות אבל בחייב את עצמו יש לומר דלא מהני אף לחייב הגוף הואיל דלא הוי דבר מסוים לקנות ואם ליכא שעבוד הגוף ממילא ליכא שעבוד נכסי ולא מהני רק מדרבנן הואיל דגמר ומשעבד את עצמו פינו דטרח לכתוב שטר וברא"ש שם כתב גם פן מתוך שטרח ליתן לו בשטר גמר ומקני והוסיף דברים דמטלטלין המיוחדין אינו נקנין אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר יש לומר גם פן דהוא רק מדרבנן פינו שכתב גמר ומקני כמו שכתבו תוס' רק שהוסיף דברים לחלק בין מטלטלין דלא מהני אף דטרח לכתוב שטר: אולם מדברי גדולי האחרונים מהרח"ש ומהרי"ט ותשובת בני אהרן והבאים אחריהם דהקשו בש"ס ב"ב יפיר למה לי דהא אף בנכסים שבאים לאחר מכן נמי יכול להתחייב ונדחקו בתירוצים שונים מבואר דסבירא ליה דמד"ת יכול אדם לחייב את עצמו למר פדאית ליה בדבור ואתם עדים ולר"ת וסייעתו בשטר ממש דשם קאי על הקרא הרי דסבירא להו דמדאורייתא יכול לחייב א"ע בשטר אף בדבר שאינו חייב לרוב הפוסקים דשטר מהני מה"ת ודלא פדעת הרמב"ם דעדות דשטר ל"מ מה"ת.

שוב ראיתי בספר פתח הבית (דף צ"ג) דעמד בזה לדברי הרשב"א דמזמה דין חייב לדין דאקני ואם פן להסוברי דדאקני משמעבד רק מדרבנן משום נע"ד חייב גם פן אינו רק מדרבנן ואפשר אף במקום דלא שייך נע"ד מ"מ לא פלוג ומיישב בזה קושית האחרונים הנ"ל ולא אדע למה כתב ואפשר אף במקום דלא שייך נע"ד לא פלוג הא מבואר מש"ס ופוסקים דעכ"פ חייב מהני אף במקום דל"ש נע"ד ובפוסק לזון ובשאר מתנות: והנה בדעת הרמב"ם והרי"ף דלדעת המ"מ והבאים אחריו דסברו דיכול לחייב את עצמו בדברים בעלמא באומר אתם עדים או שאמר חייב אני לה מנה בשטר דאלימא מלתא דשטרך כמאן דא"ל את עדי.

יצא הקצוה"ח לדון בדבר חדש דודאי בדבור בעלמא אינו יכול לחייב את עצמו רק שהוא משום אודיתא דאף חפץ יכול להקנות בקנין אודיתא אעפ"י שפולקם יודעים שהוא

שְׁקָר כִּמוֹ כֵּן יְכוּל לְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ אַעפ"י שְׂאִינוֹ חַיֵּיב זָכָה בּוֹ חֲבִירוֹ מִשּׁוֹם הַוְדָאָה וְהִבִּיא דְבָרֵי הַנ"י ב"ב (דף קמ"ט) וְאִם כֵּן דְּוָקָא בְּאוֹמַר שְׂאִנִּי חַיֵּיב אֲבָל בְּאוֹמַר שְׂאִנִּי מִתְחַיֵּיב דְּלִיכָא לְשׁוֹן הַוְדָאָה אִינוֹ מִתְחַיֵּיב בְּלֹא קִנְיָן וּמִיִּשְׁבַּב בְּזָה דְבָרֵי הַש"ע (ס"ו ס"ו) מְקוֹשְׁי' הַש"ף שָׁם.

וְרֵאִיתִי בְּאַחֲרוֹנִים שֶׁהַשְּׂיָגוֹ עָלָיו וַיְבַנְּאָר לְפָנָיו וַיְבַנְּרָאָה כִּינּוֹן הָאֲמַת בְּזָה בְּד' הַרְמַב"ם דְּרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת הַר"י מִיַּגְאֵשׁ ז"ל (ס"ו צ"ז) וְז"ל אָמַר רַבִּינוּ ז"ל כָּל מִי שֶׁכּוֹתֵב בְּשֵׁטֶר גִּתְחַיֵּיב פְּלוֹנִי לְפָנָיו כִּי וְכִי בְּתוֹרַת חַיִּיב הַשֵּׁטֶר בְּטַל לְפִי שֶׁנִּרְאָה שֶׁהוּא הַקְּנָאָה וּמִטְבַּע אִינוֹ נִקְנָה בְּחִלְפִין וְאִמְנָם אֲנַחְנוּ פּוֹנְתִינוּ הַוְדָאָה לְהַקְּנָאָה וְלִזְהָ צָרִיךְ שְׂיֵאמַר אָמַר לָנוּ פְּלוֹנִי אֲנִי חַיֵּיב לְפְלוֹנִי כִּי וְכִי וְקִנְיָנוּ מִמֶּנּוּ עַל כִּי וְאִם הוּא דְבָר תְּלוּי בְּתַנָּאִי אִם הַקְּדִים הַתַּנָּאִי עַל הַחֹב וְלֹא אָמַר מְעַכְשָׁיו הִנֵּה הִנֵּה אֲסַמְכְתָּא וְאִם אָמַר מְעַכְשָׁיו הִנֵּה הִנֵּה הִי' הַשְּׁעֵבּוּד בְּלִתִּי חַל עַל נְכָסָיו אֲלֵא מְזָה הַזְּמַן וְאִין לֹא לְטָרוּף מִמָּה שֶׁקָּדַם שׁוֹם דְבָר וְהַדְרָף הַיְשָׁרָה בְּזָה הוּא שְׂיִקְדִים הַסָּף וְאַחֲרָיו הַתַּנָּאִי וַיֵּאמַר כִּי יֵשׁ לְפְלוֹנִי אֲצָלִי כִּי וְכִי כו' עַל תַּנָּאִי שְׂיַעֲשֶׂה דְבָר כִּי וְכִי לְפִי שֶׁעַל תַּנָּאִי זֶה הִנֵּה הַחֹב מְעִיקְרָא עֵי"ש עוֹד.

וּבְסִי' (ק"ו) כָּתַב וּמָה שֶׁאָמְרוּ חַיֵּיב אֲנִי לָהּ מְנָה בְּשֵׁטֶר ר"י אָמַר חַיֵּיב דְּלִשׁוֹן הִנֵּה מוֹעִיל לְהִיּוֹת לְשׁוֹן הַוְדָאָה עִם הִיּוֹת הַדְּבָר מְעִיקְרָא שְׂאִין לֹא אֲצָלוּ כְּלוּם אֲבָל אִם הִנֵּה בְּלִשׁוֹן הַקְּנָאָה אִינוֹ מוֹעִיל אֲלֵא אִם מוֹעִיל כְּדָרְף שְׂיִוְעִיל בְּהַקְּנָאָה הַמְטַבַּע וְעֵינִן עוֹד (ס"ו קצ"ג) דְּבִלְשׁוֹן שְׂמַחְדָּשׁ עַל עֲצָמוֹ חַיִּיב אִינוֹ מוֹעִיל רַק בְּדָרְף הַוְדָאָה וּבְלִי סָפֵק שֶׁכֵּן גַּם כֵּן דַּעַת הָאֲלֵפְסִי בְּהַלְכוֹת כִּינּוֹן דַּהַר"י מִיַּגְאֵשׁ ז"ל תְּלַמִּידוֹ הַעִיד מִשְׁמוֹ דְּבִלְשׁוֹן הַקְּנָאָה ל"מ אָף בְּקִנְיָן וְהַר"ן ז"ל הַכְּרִיחַ מִמָּה שֶׁכ' הַר"י הַהַרְי"ף לְהַכְּרִיחַ דְּבַמְסַקְנָא לֹא בְּמוֹדָה עֶסְקִינָן אֲלֵא בְּמַחְיֵיב עֲצָמוֹ לְכַתְחִילָהּ אֲלֵא אִיהוּ חַיֵּיב בְּפִשְׁיָהּ בְּמִילְתָּא דַּל"ה מְחַיֵּיב בִּיהַּ וְאִינוֹ מוֹכֵרַח דִּישׁ לֹאמַר דְּגַם הַר"י הַסוֹבֵר דָּרַק בְּהַוְדָאָה חַיֵּיב וְלֹא בְּלִשׁוֹן הַקְּנָאָה וְהִינְנוּ בְּדָרְף הַוְדָאָה אָף דִּינְדַעִינוּ דְּלִית לִיהַּ גְּבִיָּה מְעִיקְרָא וְלֹא מִיִּדִי כִּמוֹ בְּפוֹסֵק לְזוֹן אֶת בְּתָהּ וּב"כ לְכַהֵן דָּשָׁם וְדֹאִי לֹא בְּהַוְדָאָה דְּמוֹדָה דְּמְעִיקְרָא חַיֵּיב לֹא כֵּן נִמְי פְּלוּגְתָּא דַּר"י וְר"ל בְּמָאֵן דְּקַבֵּל עַל נְפִשְׁיָהּ מִיְלְתָּא דְּלֹא הָיָה מְחַיֵּיב בְּהַ וְאֲפִילוֹ הֵכִי חֲשִׁיבָא הַוְדָאָה וְאֲתִי שְׁפִיר מָה דְּקָאֵמַר כ"ש אִי אָמַר אֲתָם עֲדִים וּכ"ש אִי קִנּוּ מִנִּי וְהִינְנוּ דָּאֵז אָף דְּקִנְיָן ל"מ לְהַקְּנוֹת מְטַבַּע מ"מ חִזִּינוּ דְּהָיָה הַוְדָאָה גְּמוּרָה וְטוֹבָה אִם קִנּוּ מִנִּי אוֹ שְׂאֵמַר אֲתָם עֲדִים רַק אָף אִם לֹא אָמַר רַק חַיֵּיב אֲנִי לָהּ מְנָה בְּשֵׁטֶר כִּינּוֹן דְּמִזְפִּיר שֵׁטֶר הָיָה הַוְדָאָה טוֹבָה אָף דִּינְדַעִנוּ מְעִיקְרָא דְּאִינוֹ חַיֵּיב לֹא מ"מ חַיֵּיב לְשַׁלֵּם כְּשֶׁאָמַר בְּלִשׁוֹן הַוְדָאָה שׁוֹב רֵאִיתִי בְּסָפֵר בְּנֵי אַהֲרֹן (ס"ו ע"ז) דְּמִפְּרֵשׁ גַּם כֵּן כֵּן דַּעַת הַר"י הַוְדָרֵי רַבִּינוּ הַר"י מִיַּגְאֵשׁ ז"ל תְּלַמִּידוֹ וְרַבּוֹ שֶׁל הַרְמַב"ם ז"ל מֵאִיר לָנוּ עֵינֵינוּ: וְהָא דְּכַתַּב הַרְמַב"ם שֶׁהָרִי חַיֵּיב עֲצָמוֹ כִּמוֹ שְׂיַשְׁתַּעֲבַד הָעָרַב וְאִם נֵאמַר דְּרַמְבַּ"ם מוֹדָה דְּאִינוֹ יְכוּל לְחַיֵּיב עֲצָמוֹ כְּשֶׁאָמַר בְּלִשׁוֹן דְּמִתְחַיֵּיב א"ע רַק בְּלִשׁוֹן הַוְדָאָה אִם כֵּן אִינוֹ דוֹמָה כָּלֵל לְעָרַב דָּשָׁם מִתְחַיֵּיב עַכְשָׁיו אִינוֹ מְבִיא רֵאָיָה רַק שְׂיִכּוּל אָדָם לְשַׁעֲבַד נְפִשְׁי' אָף בְּלֹא קִנְיָן וְע' בְּתַשׁוּבָה עֲבוּד' הַגְּרָשׁוֹנִי (סְקִי"ז).

וְרֵאִיתִי לְמִי שֶׁהַשְּׂיָג עַל דָּרְף הַקְּצוּה"ח בְּדְבָרֵי הַרְמַב"ם דְּהָא הַרְמַב"ם כָּתַב אוֹ שֶׁכ' בְּשֵׁטֶר הַרְיָנִי חַיֵּיב לָהּ מְנָה וְלִשׁוֹן הַרְיָנִי מְבוֹאָר בְּש"ס גִּיטִין ר"פ הַשּׁוֹלַח דָּאִם אָמַרְעַל גִּט הַרְיָ הוּא חֶרֶס דְּלִהָבָא מִשְׁמַע כִּמוֹ בְּאוֹמַר הַרְיָ הוּא הַקְּדָשׁ הַרְיָ הוּא הַפְּקָר וַיֵּשׁ לֹאמַר לְמָה שֶׁכ' שָׁם הַרְיָטְבָ"א לְהַקְּשׁוֹת מָה קָאֵמַר וּמ"ש מְהָרִי הוּא הַקְּדָשׁ כו' הָא לֹא דְּמִי דְּבִשְׁלָמָא גְּבִי

הקדוש מהני משום הודאה דידיה ולגבי גט בעינו לישנא דלהבא ותירץ דה"ק מ"ש שאנו באין להקדיש או להפקיר לכתיחלה בלשון זה ומהני ועיין שם בתורת גיטין וממילא יש לומר דלשון הרני משמע גם כן לשון הודאה ומשמע נמי להבא ולגבי גט מבואר שם בש"ס היכא דמשמע שתי לשונות לישנא דמהני ביה קאמר ועיין שם ברש"י ובריטב"א דמסתמא מילתא דמהני במילתיה קאמר ואם כן פשאר הרני חייב לה מנה משמע נמי לישנא דהודאה אבל באומר דמתחייב יש לומר דכיון דלא הוי לשון הודאה פלל רק לשון הקנאה לא מהני וכמו שכ' הר"י מיגאש ז"ל.

ומה שכ' הר"מ ז"ל דבלשון הקנאה אינו מועיל רק פדרף שיועיל בה הקנאת המטבע על פרוף צריף לומר היינו אם מקנה דבר ומטבע ידוע בזה אינו מועיל אף בקנין אבל אם מחייב ומשעבד עצמו וגופו ע"ד לשלם מטבע או שויה נדאי מודה דבקנין מתחייב.

ועיין בדברי תשובת הר"ף שפטר (סי' ס') ובכנה"ג שם (אות מ"ו) ובטור (סי' רנ"ג) דבאומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה איירי בשכ"מ דבבריא אפילו אם קנה מידו אין מטבע נקני בחליפין והטור כ' דבמחייב עצמו ליתן מנה ומשעבד נכסי דחייב ויש לומר דהם מודים דבחיוב מהני בקנין אם אינו אומר דוקא מטב' ועיין תשובת רמ"א (סי' צ"ב) ובלא קנין המתחייב בלשון חיוב סובר דלא מהני רק בלשון הודאה.

ומ"מ מה דכ' הקצוה"ח דהקנין הוא מטעם אודיתא ובסי' קצ"ד מבאר באורף לאלם קנין אודיתא דמהני אף אם הוא שקר גמור ואף לענין איסור מהני בכואר לקמן אי"ה באורף דרוב הפוסקים חולקים ע"ז וכן כתב הר"י מיגאש ז"ל בעצמו ב"ב (דף קמ"ט) והרמב"ם הלכות זכיה והראב"ד ובעל התרומות.

ועכ"פ לכ"ע יש לומר דחייב לדבר שאינו חייב אף בשטר ואף בלשון הודאה ל"ה רק מדרבנן: ולכאורה יש נ"מ בזה היכא דבאו שני שטרי חובות לגבות ואין לאחד קדימה על חבירו דאז הדין דיחלקו באם שטר אחד הוא רק שטר חיוב שחייב את עצמו והשני הוא שטר הלואה יש דין קדימה לזה שהלנה ממון שחייב לו מדאורייתא נגד זה שיש לו רק שטר חיוב דזה מהני מד"ת שרמיא עליו המצנה לפרוע וזה יש לו רק חיוב מדרבנן ולהמבואר בדברי ראב"ד שבבעה"ת (שער ס"א) שכתב ומעתה כיון שהם שוין בשעבוד ושיניהם אינן מן התורה ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע הלכך המוקדם הוא קודם מבואר דחוב דרבנן וחוב דאורייתא חוב של תורה קודם דמצנה של תורה קודמת לשל דרבנן וכן מבואר מדברי הר"ף שבבעה"ת (שער א') שכתב הטעם דבעל חוב קודם למזונות אשתו מפני ששעבודו של מלוג הוא מן התורה ומזונות אשה ובגים הוא מדרבנן.

אולם יקשה למאן דסובר פתובה דרבנן למה צריף בש"ס פתובות (דף פ"ו) לומר הטעם באיפא עליה פתובת אשה ובעל חוב אי לא איפא אלא חד ארעא ולא חזיא אלא לחד לבעל חוב יתבין מ"ט יותר ממה שאיש רוצה לישא אשה אשה רוצה להנשא וכן הרמב"ם (פ"ז) מאישות כתב טעם הזה וביתר ביאור שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שהרי יותר מנשאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ולמה לזה הא בלאו הכי קודם מצות פריעת בעל חוב מדאורייתא מלפרוע פתובה שהוא



מדרבנן ואף דיש לומר השתא פיון דתקנו חכמים לכתוב פתובה ונתתיב בה הוי פחויב מ"מ הא גם חויב שהוא בלא בצע פסר למ"ש מהני רק מדרבנן.

וגם אף אם נאמר דחויב מהני מן התורה אף שכתב הב"י (סי' צ"ז) לדון בזה לגבי מזונות אשה פיון שפתוב בכתובה ומזוניכי הרי נשתעבד לה בשטר פבר כ' הב"ח שם פיון דכתובה הזאת הוא רק מתקנת חכמים לא מוסרף פחה ובמ"א פתבתי פיון דאנוס הוא פתקנתא דרבנן הוי פמו תלוהו ותייב די"ל דלא מהני ועיין בזה בספר חמדת שלמה חח"מ (סי' י"ג) דמסתפק בזה בכפאהו לתת שטר חויב באופן דהוי תלוהו וזבין אם מהני פיון דלא הוציא דבר מרשותו ועיין במה שכ' בהגהותי בדברי חיים בדיני מכירה להוכיח מדברי ב"י משם מהרי"ק וסמ"ע (סי' ר"ה ס"ק כ"ח) וש"ך שם (סק"ד) וטו"ז אה"ע (סי' מ"ב) דאגב אנוס גמר ומשעבד נפשו ואם פן הקא נמי יש לומר אף דהוי אנוס פתקנתא דרבנן לשעבד נפשו מ"מ פיון דמצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומשעבד נפשו אוכלם מ"מ דעת פל האחרונים דגם בזה הזמן חויב איש לאשה אף דחייבו חכ"ל פתקנתם והוא קבל עליו וכתב שטר ופקנן מ"מ לא נתוסף חויב ולא הוי רק חויב דרבנן וכן מבואר מדברי הש"ך (סי' פ"ב ס"ק י"ט) וטו"ז באה"ע (סי' צ"ו וסי' ע) ומפל זה נראה דלא הוי רק חויב מדרבנן ואם פן למה צריף הטעם דיותר ממה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא תיפוק ליה דבעל חוב פא בחויב תורה והפתובה בחויב דרבנן.

שוב ראיתי בתומים (סי' צ"ז ס"ק כ"א) שכתב ודאי היכא דאמרו רבנן דלשתעבדו נכסים פשיטא דאלמוהו רבנן לתקנתם פמו בפשל תורה ורק במזונות לא מצינו לחז"ל דאמרו שיששתעבדו נכסים רק מצינו דתקנו דחייב הבעל לזון אבל לא תקנו דיששתעבדו נכסים עיי"ש [ולפי זה היכא דתקנו שיששתעבדו הנכסים אע"ג דהוא דרבנן אלמוהו לחויבו פמו דאורייתא ואם פן ממילא אף אם פל חויב בחנם הוא רק מדרבנן מ"מ פיון דאלמוהו דנשתעבד נכסיו פמו מה"ת שניהם שוין ואין דין קדימה להמלנה שהלנה מעות: וראיתי בספר שער משפט (סי' מ') שכ' לדון במחייב עצמו במקון לאחר חנם אין פסר ותייב לאחר ג"כ שהלנהו מקון נותנין לזה שלנה ממנו שלא יפסיד וזה שלא הלנהו רק שחייב את עצמו לו לא הפסיד דומיא לבעל חוב וכתובת אשה דנותנין לבעל חוב.

ולדעתי יש לומר אף דרמב"ם נקט הטעם משום שזה נתן מקון מ"מ אין לחלק בין מתנה להלואה דמצינו גם במתנה דהוי לכמה ענינים פמכר דאי לאו דהוי ליה ניח נפשיה לא הוי יתיב ליה וראיה לזה מהא דמבואר (סי' קט"ו) המקבל מתנה שקבל הנותן עליו אחריות דינו פמו לוקח והוא לשון הרמב"ם ומשמע דדינו פמו לוקח דהבעל חוב גובה רק חצי שבח פמו מלוקח דאינו גובה רק חצי שבח דהוי פלנה ולנה ואם"כ קנה דיחלוקו דהלוקח פא לגבות בכח אחריות שלו ואם פן נגד מקבל מתנה יהיה לבעל חוב דין קדימה הואיל דהלנה מקון והמקבל מתנה אינו מפסיד ואם פן שבח היתר על ההוצאה ושבח דממילא מהראוי להיות הדין שיגבה הבעל חוב הפל פדי שלא יפסיד מקונו אלא ודאי דטעם זה לא שייך רק לגבי פתובה ולא בשאר מקבלי מתנה וכן נראה אף דהרמב"ם אמר הטעם דבע"ח הואיל דנתן מקון שלא יפסיד לכה לבעל חוב יתבין ודאי אם יש שטר חויב וכתובה הוא קודם רק בכתובה הוא מטעם מקולי פתובה ועיין ש"ס בכורות (דף נ"ב) דקתני במתניתן ולא האשה בכתובתה דאינה גובה משבח ופריף בש"ס והאמר

שמואל בעל חוב גובה את השבחה ומשני מקנולי כתובה שנו פאן ולהמפרשי דאירי מלקוחות הקשה הפנ"י ב"מ סגיא דשבחה קרקעות אמאי הוצרך לומר מקנולי כתובה תיפוק ליה פיון דבעל חוב אינו גובה רק חצי שבחה דהוי פלוה ולוה ואחר כך קנה דיחלוקו ולגבי פתובת אשה פשאין אחד מהם מוקדם בע"ח גובה הפל פיון שנתן מעות עיי"ש ולמה שכ' הא יש נ"מ באם השביח אצל מקבל מתנה שגם הוא ל"נ מעות ולגבי זה שניהם שוין והי' לכתובה לגבות החצי שבחה לכך משני מקנולי כתובה דרק לגבי כתובה הקילו בזה ויש לומר או משום דכתובה דרבנן או מטעם דיותר מה שאיש רוצה וגם לא הפסידה יש לעולם דין קדימה לבעל חוב אף כשלא נתן מעות ואף אם כל החוב הוא ע"י חיוב דלא הוי גם כן רק מדרבנן מ"מ לגבי כתובה הקילו בכתובה שיהיה לבע"ח דין קדימה: והנה מ"ש הר"ן שם דלאו במודה עסקינו שיהא צ"ל אתם עדי אלא במי שפא עכשיו להתחייב לחבירו וכתב לו שטר כו' וגלי בהדיא דלאו הודאה הוא דאי לאו הכי לכ"ע מהני כ' שם בספר בני אהרן לפרש על פי דברי הריטב"א דחייב אני לה שתי לשונות משמע לשון הודאה ולשון חיוב דהשתא כל שאמר אתם עדי ודאי להודאה נתפנין ומהני מדין הודאה אף על גב דידוע דלא הוי מחייב לו מעיקרא הוא מחייב כדמוכח מעובדא דאיסור גיורא לכך כ' הר"ן לפרש דאחרי דגלי בהדיא דלאו הודאה הוא כשאמר חייב אני לה מנה שאם לא ביאר פיון דשתי לשונות משמע איפא למימר דלשון הודאה קאמר אע"ג דלא הוי חייב לו פלום מעיקרא וכשיטת גדולי חכמי פרובינצא וכן פנון לדברים האלה בנתיבות והוסיף דברים דמ"ש הש"ך דאם מודה המלוה שאינו חייב לו דפטור היינו שמודה גם כן דהודאתו הנה בטעות אבל בסתם אמרינן שרוצה לחייב עצמו באודייתא דחייב לכ"ע וכמו שכתוב בתומים ועיינן בתומים שכ' דאף אם אומר המלוה טעיתי לאו כל כמיני' לומר טעיתי רק במגו.

ולכאורה יש לגמגם בזה למה ל"א בזה ברי ושפא ברי עדיף דאף דכתב הריטב"א דלשון חייב אני לה ב' לשונו' במשמ' וכל שאמר אתם עדי ודאי להודאה נתפנין מ"מ הא גם לשון דחייב מכבר משמע ואם טוען ברי דטעה וחישב דחייב לו באמת וזה מודה דלא הוי חייב לו מעולם וכיון דלא נתפנין בהודאתו להתחייב מעכשיו למה לא יהיה נאמן ואף דמבואר (סי' פ"א) דא"נ לומר טעיתי רק במגו היינו במקום שהתובע טוען שחייב לו באמת או דיוכל להיות דחייב לו אבל אם יודע שאינו חייב לו ומאמין לו שאינו חייב לו רק דרוצה לזכות מכת קנין אודייתא למה לא יהיה נאמן לומר שלא הנה דעתו להקנות בקנין אודייתא ולתת מתנה רק דטעה וחישב שחייב לו ועיינן בעה"ת (שער מ"ו ח"ד) בהא דאמרינן בש"ס פא"נ אם הוא בכדי שאין הדעת טועה דאמרינן מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה דאם תובע אחר כך ואמר בברי דטעה חייב להחזיר לו דקיי"ל ברי ושפא ברי עדיף ועיינן סמ"ע ופ"ה (סי' רל"ב) הרי דאף להוציא היכא דאינו יודע בבירור גמור שפא הממון לידו בדין אמרינן ברי ושפא ברי עדיף אף דיש ריעותא גדולה שאין הדעת טועה בזה ואם כן פאן נמי אף דיש לומר דכיון דאמר אתם עדי הוי כעושה מעשה ומסתמא אם לאו דרוצה לחייב את עצמו בקנין אודייתא לא הוי מודה ובדאי הנה מתנישב בדעתו אם הנה חושב לחייב לו בטרם שאמר אתם עדי מ"מ הא גם שם מנה לו מעות יותר בכדי שאין הדעת טועה ובכ"ז נאמן לומר שטעה אף להוציא ק"ו להחזיק מהראוי לומר שיהא נאמן ואף דכ' תוס' ב"ב (דף מ"ה) דהנותן סתם לפני עדים מסתמא לשם מכר או מתנה

נתן פיון שלא פירש לשם פקדון ועיין (סי' נ"ח) גבי סטראי אם יש עדים שנתן לפניהם מעות בסתם נאמן לומר סטראי במגו דמתנה היינו פיון שכתב נתן בסתם מוקמינו השטר על חזקתו אבל להוציא ממון בשביל זה דנאמר מסתמא נתן בתורת מתנה ולא יהיה נאמן לומר דטעה מניין לנו ועיין בש"ד (סי' פ"א ס"ק ס') דאף בהודעה מעצמו בפני ב"ד נאמן לומר טעיתי אף בלא מגו מ"מ בהודעה בפני עדים ולית ליה מגו אפילו בהודעה מעצמו אינו יכול לטעון פיון שאמר המלנה אתם עדי ושחק היינו טענו.

מ"מ יש לומר דוקא אם המלנה טענו ואומר שחייב לו אבל אם המלנה אינו טענו ומודה דאינו חייב לו כלל אף דאמר הלנה אתם עדי שאני חייב יש לומר דנאמן לומר שטעה וקסבר דחייב לו ולא נתפגין לתת בהודעה דאודיתא.

שוב ראיתי בספר פתח הבית (דף צ"ה) שהביא דברי התנאים דכ' דאינו נאמן רק במגו וכתב ולדידי לא נראה אלא אם איך מודה שאין מגיע לו נאמן הוא לומר טעיתי ובנדאי לדינא אין מוציאין ממון בכה"ג: סי' טז ובענין קנין אודיתא אם פי ראיתי בקצוה"ח (סי' קצ"ד) דמאלם פח קנין אודיתא והאריה לבאר קנינו שהוא כמו שאר קנינים ממש ואחריו בנתיבות (סי' ס' ס"ק י"ז) העלה בדעת הבעה"ת והש"ע דאודיתא הוי קנין גמור וכדעת תוס' ב"מ (דף מ"ו) והוי קנין מן התורה ובעניי אחר עיניתי בדברי הפוסקים ובעה"ת ראיתי שרוב הפוסקים ממש רובא דמיינכר ס"ל דרק מטעם הודאת בעל דין הוא ומחזקינו הודאתו יותר ממאה עדים דמכתב הנה שלו ויש לי להרהר טובא בדברי קצוה"ח שם דהעלה אף לענין איסור מכירת חמץ וכדומה מועיל קנין אודיתא אמרתי לבאר כפי ענ"ד הדלה שלא כן הוא: והנה דעת הטו"ז יו"ד (סי' קס"ט) דל"מ קנין אודיתא לגבי איסור הואיל דכלפי שמיא גליא דהוא בשקר והקצוה"ח פתב דחוב מלנה על פה שהביא הטו"ז ראה מן הגהות מיימוני דלא מהני הודאה שם הטעם דחוב הוי דבר שאינו ברשותו ולא נתפס בו קנין והאריה בזה.

ולענ"ד אף אם נודה לדבריו דקנין המועיל הוא ביתר קנינים מ"מ יש אנפי דלא מהני קנין אודיתא וגם להקנו' לנכרי דבר בקנין אודיתא דעל דין זה בנה שם הקצוה"ח כל בנינו להקנות חמצו שאינו בעירו לנכרי קודם הפסח בקנין אודיתא יש להתבונן בזה אם מהני זה לגבי נכרי והנה הריטב"א ב"מ שם כ' משם רבינו משה פהו ז"ל דכי מהני קנין אודיתא ה"מ בדבר שאינו ברשותו דלא מצוי הדר ביה פגון שהודה וישנו ביד אחר דמהני אודיתא וזכה בו תיקף מי שהקנין בידו עבור המקבל באותו אודית' של מקנה והיא דאיסור גמי דאקנו באודיתא נפק מרשותיה של מקנה הוי ולפום הכי אקניה גהליה באודיתא עכ"ל מבואר דכל חזק קנין אודיתא הוא רק כשאין החפץ הנקנה תחת ידו ורשותו מהני הודאתו וזכה בו מי שבידו בעד הקונה ואף שנה שמנחח תחת ידו אינו רוצה לזכות בעד הפלוני שהודה לו דהא בעובדא דאיסור גיור' רבא לא הנה רוצה לזכות בשביל ר"מ בר רחל מ"מ ממילא הוי של רב מרי פיון שנה הודה ורבא הנה יכול לזכות בעדו אבל בדבר המנחח תחת יד המודה לא זכה עדיין זה שהודה לו פיון דמנחח ברשותו ממש ואין אדם זוכה בשלו לאחרים: ולפי"ז יש לומר דלא מהני קנין אודיתא רק אם מנחח ביד מי שאם הנה חפץ ורוצה לזכות בעד המקבל הנה מהני הנכ"ל לכה ממילא זוכה המקבל על ידי הודאתו אבל אם מנחח ביד מי שאין בכחו לזכות בעד המקבל פגון אצל

נְכָרִי וְכֵן אִם הַמְקַבֵּל הוּא נְכָרִי דְלֹא מְהַנִּי לְזַכּוֹת בְּעֵדוֹ לֹא מְהַנִּי קַנְיָן אוֹדִיתָא עַד שְׂיָבֵא לְרִשׁוּי הַנְּכָרִי וְאִם כֵּן בְּדַבְרֵי הַטּוֹ"ז יו"ד שֶׁשׁ דְּכ"ח הַב"ח דְּמוֹדָה הַיִּשְׂרָאֵל הַנּוֹתֵן הַמְשָׁפוֹן לְיִשְׂרָאֵל חֲבִירוֹ בְּעֵד הַנְּכָרִי יֵשׁ לוֹמַר אִף דְּהוֹצִיא מְרִשׁוֹתוֹ וְנָתַן בְּיַד הַיִּשְׂרָאֵל הַמְלֵנָה מ"מ כִּינּוּן דְּאִין בְּיָדוֹ לְזַכּוֹת בְּעֵד הַנְּכָרִי דְּאִין זְכִיָּה לְנְכָרִי לֹא מְהַנִּי קַנְיָן אוֹדִיתָא לְגַבִּיהָ עַד שְׂיָבֵא לְרִשׁוֹת הַנְּכָרִי.

וְכֵן לְעַנְיָן חֲמִיץ לֹא מְהַנִּי אִם מְוַנָּח בְּרִשׁוֹת הַבְּעָלִים כְּמוֹ"ש הַר"מ פֶּהוּ ז"ל אֲלֵא אִף בְּמִנְחָה בְּיַד אַחֲרִים בְּפִקְדוֹן יֵשׁ לוֹמַר דְּלֹא מְהַנִּי כִּינּוּן דְּאִינוּ יָכוֹל לְזַכּוֹת בְּעֵד הַנְּכָרִי: עוֹד פֶּתַב שֶׁשׁ הַרִיטְב"א דְּהוֹדָאָה לֹא מְהַנִּי רַק שְׂיָכוֹל לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ דְּהוֹדָאָתָא בְּעַל דִּין פְּמֵאָה עֲדִים דְּמִי מִיָּהוּ כָּל פְּמָה דְּלֹא הוֹצִיאָהּ לֹא יָכוֹל לְחַלֵּל עָלֶיהֶם דְּבִמְאִי קָנוּ לְהוּ עַכ"ל וְיֵשׁ לוֹמַר אִף דְּתוֹס' סָבְרוּ שֶׁשׁ דְּהוּי קַנְיָן הַמוֹעֵיל וְיָכוֹל לְחַלֵּל עָלֶיהֶם הֵינּוּ כִּינּוּן שֶׁהוֹדָאָתוֹ מְהַנִּי וְיָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ הַמְעוֹת הַמְוַנָּח בְּבֵיתוֹ יָכוֹל לְחַלֵּל עָלֶיהֶן לְכַשְׂיָבֵא לְיָדוֹ שְׂיָהָא חַל הַחֲזִילוּל לְמַפְרַע וּל"ה דְּבָר שְׂלֵא בָּא לְעוֹלָם כִּינּוּן דְּבִיָּדוֹ הוֹצִיא בְּעֵינָא וְדוּמָה לְאוֹמַר פִּירוֹת עֲרוּגָה זוּ מְחַנְפְּרִין יְהֵא תְּרוּמָה עַל פִּירוֹת תְּלוּשִׁין לְכַשְׂיָתְלָשׁוּ וְכַתְּבִי רַש"י מ"ס קִידוּשִׁין (דף ס"ב) דְּאִף לְמַפְרַע חַל הַתְּרוּמָה וְעֵינֵן מַה שְׂכ' בְּזָה בְּהַגְהוֹתִי בְּדַבְרֵי חַיִּים דִּינִי קִידוּשִׁין (ס"א ל"ג) דְּלְרַש"י בְּיָדוֹ מְהַנִּי שְׂיָחוּל לְמַפְרַע וְכְמוֹ לַר"מ דְּסַבְרָא לִיָּה אָדָם מְקַנָּה דְּבָר שְׂלֵא בָּא לְעוֹלָם וְהֵכָא נְמִי דְּכִנּוּתִיהָ אַחַר כֶּף פְּשָׁמְקַבֵּל הַמְמוֹן מְהַנִּי לְמַפְרַע הַחֲזִילוּל.

וּבִיּוֹתֵר אִם נֹאמַר דְּמַתְּנִיתִין דְּהִיָּה עוֹמֵד בְּגוֹרָן כַּר"מ דְּאָדָם מְקַנָּה דְּבָר שְׂלֵא בָּא לְעוֹלָם וְעֵינֵן שֶׁשׁ ב"ש"מ דַּע"כ אֵינִי שֶׁשׁ דְּיָהִיב בְּטַבְלִיָּה דְּלַר"מ מְעַשֵּׂר שְׁנֵי מְמוֹן גְּבוּהָ הוּא וְאִינוּ יָכוֹל לִיתֵן בְּמַתְּנָה וְאִם אֲתִיָּא כַּר"מ נְדָאֵי יָכוֹל לְחַלֵּל מְעַכְשָׁיו עַל מְעוֹת שֶׁהוֹדָה לוֹ וּבִיָּדוֹ לְהוֹצִיא בְּדִיָּנִין.

אֲבָל שְׂיָהָא הוֹדָאָה קַנְיָן מִמֶּשׁ יֵשׁ לוֹמַר דְּהַתוֹס' מוֹדָה לְדַבְרֵי הַרִיטְב"א דְּעַכְשָׁיו אִינוּ שְׁלוֹ רַק שְׂיָכוֹל לְהוֹצִיא בְּדִיָּנִין וְהַרִיטְב"א סוֹבֵר דְּאִינוּ יָכוֹל לְחַלֵּל עַד שְׂיָהָא שְׁלוֹ מִמֶּשׁ וְאִף דְּבִיָּדוֹ לֹא מְהַנִּי עַל לְמַפְרַע וְכַדְעַת הַרְשָׁב"א בְּתַשְׁבּוּהָ הַמּוֹבָא שֶׁשׁ בְּדַבְרֵי חַיִּים לְכֶף כִּינּוּן דְּהוֹדָאָה אִינוּ עוֹשֶׂה קַנְיָן רַק חַיִּיב לִיתֵן וּמוֹצִיאִין מִיָּדוֹ מִצַּד הוֹדָאָתוֹ אִינוּ יָכוֹל לְחַלֵּל עַדִּין וּלְפִי זֶה בְּחֲמִיץ גַּם כֵּן אִף אִם נֹאמַר דְּמִצַּד הוֹדָאָתוֹ מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ לְתַת לְהַנְכָרִי שֶׁהוֹדָה לוֹ מ"מ עַדִּין אִינוּ שֶׁל הַנְּכָרִי וּבְרִשׁוֹתוֹ דְּיִשְׂרָאֵל הוּא: וְאִף לְדַעַת חֲכָמֵי פְּרוּבִינְצָא וְהַרִיטְב"א שְׁבַנ"י ב"ב (דף קמ"ט) דְּסָבְרוּ דְּאוֹדִיתָא הוּי קַנְיָן הַמוֹעֵיל אִף אִם הוּא בְּשֶׁקֶר מ"מ אִינוּ מְוַנָּח שְׂיָסְבְּרוּ דְּאִף לְגַבִּי נְכָרִי הוּי קַנְיָן הַמוֹעֵיל וְגַם שְׂיָחוּל קַנְיָן אוֹדִיתָא אִף אִם מְוַנָּח בְּרִשׁוֹת הַמְקַנָּה דִּישׁ לוֹמַר כְּמוֹ שְׂכַתְּבִי הַרִיטְב"א ב"מ דְּנִקָּא אִם אִינוּ מְוַנָּח בְּרִשׁוֹתוֹ מוֹעֵיל קַנְיָן אוֹדִיתָא וְלֹא כְּשֶׁמְוַנָּח בְּרִשׁוֹתוֹ.

וְיֵשׁ לוֹמַר הַטַּעַם דְּהָא כָּל קַנְיָן הוּא מְטַעַם סְמִיכַת דַּעַת הַקּוֹנָה וְכִינּוּן דְּבִאוֹדִיתָא אִין הַקּוֹנָה עוֹשֶׂה שׁוּם מְעַשֶׂה קַנְיָן וְיִוְדַע בְּעַצְמוֹ שֶׁהוֹדָאָה הוּא בְּשֶׁקֶר וְשֶׁבְּאַמַּת אִינוּ שְׁלוֹ רַק כִּינּוּן שְׂעַל יְדֵי הוֹדָאָתוֹ יָכוֹל לְהוֹצִיא בְּדִיָּנִין וְיִקְנָה בּוֹ מִמִּילָא וּלְכֶף מְבִנְאָר שֶׁשׁ בְּרִיטְב"א ב"מ דְּצָרִיף שְׂיִוְדָה בְּפָנֵי עֲדִים [וּבְנִתִיבוֹת כ' עַל הַקְּצוּה"ח הָאִיף מִילָא לְבוֹ לְחַלּוֹק מְסַבְרָא עַל הַתוֹס' וְהַפּוֹסְקִים וּלְפָנֵינוּ מְבִנְאָר כְּסַבְרָתוֹ שֶׁשׁ בְּרִיטְב"א וְעֵינֵן מְהַרְש"א וּמַהֲר"מ לּוּבְלִין גִּיטִין (דף י"ג) דְּסָבְרוּ גַם כֵּן דְּבַעֲיָנוּ גַם כֵּן שְׂיִוְדָה בְּהוֹדָאָה גְּמוּרָה בְּפָנֵי עַדִי וְגַם אִינוּ מְוַנָּח דְּתוֹס' סוֹבְרִים דַּל"ב בְּקַנְיָן אוֹדִיתָא עֲדִים דִּי"ל דְּתוֹס' ב"מ אֲזִילִי בְּדַעַת הַי"מ

שבתוס' סנהדרין דמסתמא בגורן שכיחא אינשי ויכול להקנות המעות באודייתא ובעדים] ולקף סובר הר"מ פהן ז"ל דאם אינו ברשותו של המקנה סומך דעת הזוכה לקנות פיון דיכול להוציא בדיינין אבל אם נשאר ברשות הנותן אינו סומך דעתו עליו ואם פן לגבי חמץ המונח ברשותו יש לומר דאין הנכרי הקונה סומך דעתו עליו והמעניין בבעה"ת (שער מ"ב ח"ד) ששם הביא דעת הגאונים דהודאה מטעם קנין הוא והא דחייב אני לה מנה בשטר דאמר ר' יוחנן חייב הוא גם פן מצד אודייתא דאיסור גיורא וכמו שכ' הכ"מ (פי"א) ממכירה מבואר דאף אם מונח ברשות המקנה גם פן מהני מצד קנין ולא פחילוקו של ר"מ פהן ז"ל אולם מתשובת הראב"ד שם שהביא יראה דהודאה ל"ה קנין רק במקום שלא יכול ליתנם לו לפי שהמעות מופקדין ביד אחר ואין עמו להקנותם במעמד שלשמן ויש מקום לומר דסובר בסברת ר"מ פהן ז"ל.

אף פיון דמודה באומר חייב אני לה מנה בשטר דמהני מטעם אודייתא הרי דלא כשיטת ר"מ פהן ז"ל ברם המעניין שם בדברי הראב"ד דכ' אע"ג דלא הלנה לו פלום חייב ליתנם לו פי הא דאמרינן אימר אתריני גזליה ואמר ליה להאיף זיל אפילע ליה בתשבון א"נ אינש אתריני נהבינהו לשמעון ונכינהו להליה על ידי ראובן דהא ראובן הודה דהלין זוזי דשמעון ניהו ואפשר דאיהו ידע מאי אודי ושמעון לא ידע פדאמרינו בגיטין חיישינו שפא זכה לו ע"י אחר ודכונסיה פ' הנושא עכ"ל הרי מבואר דדעתם דהודאה מטעם קושטא דמילתא דנין ואם פן אפשר דלענין איסור לא מהני.

וגם עכ"פ אף הסוברים דהודאה מטעם קנין הוא לא מהני רק באופן שאינו ברשותו וכדעת ר"מ פהן ז"ל: ומה שהעלה הקצוה"ח דמלנה ע"פ אינו נקנה בקנין אודייתא אף להסוברים דלאו מטעם קושטא הוא רק מטעם קנין חדש מ"מ מלנה על פה פיון דלא שייך ביה קנין לא מהני אודייתא גם פן יש לדון בדבריו הא תינח בש"ס ב"ב שם הנוכח לומר דלקף מהני בשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הואיל דאיתא בכריא במעמד שלשמן ולא קאמר באודייתא פיון דאי לאו דמשפחת קנין דמעמד שלשמן ולאו בת הקנאה היא פלל ליתא נמי בקנין אודייתא אבל לבתר דקאמר וידענו דאיתא במעמד שלשמן פיון דבת הקנאה היא אף דהוי הלכתא בלא טעמא מ"מ סוף סוף פיון דבת הקנאה היא יש לומר דממילא מהני קנין דאודייתא גם פן כמו דמהאי טעמא איתא בשכ"מ הואיל ואיתא בכריא במעמד ג'.

ומה שכ' שם ליישב קוש' מהרש"א ומהר"מ לובלין על תוס' גיטין דהוכיחו דאף בעל פרוחו מהני קנין מעמד שלשמן דאם לא פן לס"ד דרק בפקדון איתא קנין מעמד ג' למא צריף לתמן מעמד ג' יאמר זכי ואף אם אין הפקדון ביד הנפקד יקנה באודייתא והקשו דאפתי יקנו באודייתא וכ' דאם בעל פרוחו איכא למימר דהוצרכו לתמן מעמד ג' בפקדון וכפרו וא"ר להחזיר והו"ל דבר שאינו ברשותו ואין קנין נתפס בו והה"ד אודייתא לא מהני ענין שם ודבריו תמוהין למאד דהא לס"ד דרק בפקדון מהני מעמד ג' על פרוחו הטעם פיון דאיתא בעינא ובר הקנאה הוא תקנו חכמים גם פן קנין על ידי מעמד ג' ובמלנה לא פיון דלא שייך במע"פ שום קנין לא תקנו בה מעמד ג' אם פן בפקדון דכפר' דהוי אינו ברשותו ואין קנין נתפס בו שוב לא מהני ביה מעמד ג' גם פן דהוי כמו במלנה לס"ד דלא תקנו מעמד ג' פיון דלא שייך ביה קנין מן התורה ורק בפקדון דלא כפר'יה

הואיל דקננו נתפס ביה ועל זה תיקהדר קושיתם דלמה למעמד ג' הא יכול להקנות באודיטא ולדידן דמעמד ג' הוא אף במלנה ותקנו ביה קננו מעמד ג' יש לומר דמהני גם כן קננו אודיטא להסוכרים דאודיטא הוא קננו המועיל: ברם יש להתעורר בזה בקננו מלנה על פה הנקנה בקננו מעמד שלשתן מאימתי חל השעבוד של הזוכה אם הדין הוא דמינתק השעבוד של הראשון להשני בכת קננו של מעמד ג' אז שפיר יש לומר דמהני גם כן קננו אודיטא שיהיה יכול לתבוע ממנו של הלנה אבל אם נאמר דנעשה רק חיוב חדש ולא זכה בהחייב והשעבוד של הראשון שוב הדרינו לסכרא פינו דמלנה על פה לאו בת הקנאה היא ליטא נמי באודיטא ואף דאיטא במעמד ג' הא מ"מ גוף החייב והשעבוד שהיה לראשון ליטא בהקנאה.

ויש נ"מ לדינא בזה אם זוכה בשעבודו של המלנה הראשון או לא לעננו דין קדימה נגד בע"ח אחרים והנה מש"ס גיטין (דף י"ג) דקאמר מעיקרא הטעם דמצי מקני למע"פ במעמד ג' דנעשה כאומר משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך נראה דהשני זוכה בכל זכות שהיה להראשון פינו דבא מכחו וכבר נשתעבד לו מאז משעת הלנאה והו' מלנה על פה מוקדם נגד אחרים פינו דזוכה בהשעבוד למפרע וכמו שכתב הרא"ש פתובו' דמהאי טעמא אינו יכול למחול אחר כף.

אולם למה שכ' הריטב"א גיטין שם בפירוש דמשתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך דחל השעבוד רק מהשתא דממחא אותו ונשתעבד לו בשביל הכסף הראשון שקבל מן המלנה שלו מבואר דרק מהשתא משתעבד מחדש להשני ולא שזכה מן הראשון בכחו שהיה לו אף הריטב"א מסיק שם גם כן דלאמימר חל מעיקרא וכמו שכתב הרא"ש ויתר הפוסקים: וראיתי בתשובת מהר"ם מלובלין (סי' כ"ב) שכ' הטעם דבמעמ' ג' אינו יכול למחול פינו דשלשתן עומדין במעמד א' נסתלק שעבודו של המלנה ונשתעבד גוף שעבוד הלנה ללוקח למפרע משעת מתן מעות ולכך אינו יכול למחול אחר כף כדאיטא טעם זה ברא"ש פתובות עכ"ל ולא אבין הא הרא"ש כ' סכרא הזאת אליבא דאמימר דסובר הטעם דנעשה כאומר משתעבדנ' אבל לדידן דמסיק הש"ס דהוי הלכתא בלא טעמא והני רק תקנות סותרים וכתבו דאלם ביותר שיהא משועבד לגמרי להשלישי ושאינו יכול למחול אבל מניין לנו לומר דזוכה למפרע בהשעבוד וחיוב של המלנה דלמא רק מהשתא נשתעבד.

ואף דיש לומר כמו שכתבו הראשונים שם הסוכרים דאינו יכול למחול הואיל דלטעמא דאמימר אינו יכול למחול ואינהו ידעי טפי בתכסיסי דמעמד שלשתן ואין חילוק בין טעמא דאמימר למסקנא דהוי הלכתא בלא טעמא ואם כן כמו כן יש לומר נמי לעננו זה פינו דלטעמא דאמימר זוכה השני בכל זכות וכח שהיה להראשון ולא אמרינו דנשתעבד מחדש כמו כן אף למסקנא דהוי הלכתא בלא טעמא גם כן הדין כן הוא דזוכה השני הבא מפח הראשון בכל זכותו והני פקונה החוב זה אינו דהא לטעמ' דרב אשי שם דקאמר בהיה הנאה דמשפני ממלנה ישונה למלנה חדשה גמר ומשתעבד נפשיה משמע דמשתעבד מהשתא [ועיין שם ברש"י גמר השתא בשעת אמירה ומשתעבד נפשיה בלב שלם ומינתק מקמא ולכאורה מה צריך לנה דמינתק מקמא דהא דפטור לשלם להראשון הוא משום דמצוה לתת ללוי וכיון דנשתעבד בדבורו ללוי בהיה הנאה כבר נפטר מן הראשון ועיין בטור (סי' קכ"ו) משם הרמ"ה היכא דצוה לו ולא הוי במעמד ג' דלא קנה

אם קנו מידו דהאי דאיתא לממונא גביה אינו יכול לחזור ובנים של שלמה גיטין שם הקשה למה מהני האי קנן סוף סוף הנותן יכול לחזור בו שהרי לא קנה מידו וכתב פיון שזה קבל עליו בקננו ליתן לזה אינו יכול לחזור שהרי נתחייב מפח גרמא דנזקין פיון שצנה ליתן לזה ולקנות ממנו ואם אתה מחייבו לזה ליתן לו פעם שנית סוף סוף יחזור עליו מצד דינא דגרמי עיין שם ובאמת בלאו הכי יש לומר פיון דנתחייב ללוי הוי פאלו עשה שליחותו ונפטר ממנו ואולי זה פן פוננת רש"י דמינתק מקמא היינו דנפטר ממנו אבל לעולם השני זוכה בחיוב חדש מהשתא אף יש לומר בשלמא אם קנה ממנו ונשתעבד להשני שפיר נפטר מן הראשון אבל אם הקנן הוא מטעם ביהיה הנאה לא נפטר מן הראשון עד אחר דנשתעבד להשני ובמה נשתעבד על פרחו במה דנפטר מן הראשון דחשיב הנאה וצריף לומר דבא בבת א' וכיון דנשתעבד להשני נפטר מהמלנה שלו ולמה כתב רש"י דמינתק מקמא והיה משמע קצת דרש"י בא להורות לנו דגוף השעבד מינתק מקמא ונקנה לו החוב להשני מזמן הראשון] ועיין ש"ף (סי' ס"ו ס"ק צ"ז) שכתב דעשאו חכמים פאלו פרע הלנה להמלנה ונתן המלנה המעות להלנה דהוי ליה הלנה בעל דין דזוכה [ובאמת לא הוי צריף לומר פאלו מסר להזוכה דגם פן מהני מטעם קנן כמו בהילף מנה ונתחייב לפלוני דמהני מדין עבד פנעני] משמע גם פן דרק מהשתא חל שעבודו דהלנה להזוכה.

אולם להסוברים דהראשון יכול למחול כמו במוכר שטר חוב על פרחו הואיל דלא הוי רק קנן דרבנן ולראשון נשתעבד מדאורייתא ייתא מבואר דסברו דזוכה השני בשיעבודו דהראשון ומכח הראשון אתי ולכף נשאר פחו של הראשון ויכול למחול ממילא מבואר דזוכה השני בשעבודו של הראשון מפבר ואולי יש לומר למה שכ' הר"ן גיטין (דף ס"ד) בטעם הדבר דמוכר שטר חוב לחבירו דיכול למחול הואיל דהוי מדרבנן דהוא מטעם הם אמרו והם אמרו וכהי תקנו יש לומר דלעולם לא חל רק מחדש ואפילו הכי הראשון יכול למחול דהם אמרו והם אמרו ולא העדיפו קנן דמעמד ג' ממוכר שטר חוב וצריף עיין בזה שוב ראיתי בתנאים (סי' ס"ו ס"ק נ"ד) דחקר, ג"כ בזה ואכ"מ: ואם נאמר דזוכה בהחוב וכל פח של הראשון בקנן מעמד ג' ואם פן פיון דגם מלנה על פה בת הקנאה היא יש לומר דגם בקנן אודייתא מהני אף דינענו דלא כן הוא אם קנן אודייתא הוא קנן המועיל: ומה שהביא הקצוה"ח לראיה מדברי בעל העיטור אשר בהגה' בתשובת מיימוני לספר משפטים המעניין בבעה"ט יראה דהוא סובר דהודאה לאו הקנאה הוא רק שנגאמן שהקנה לו מעיק' בקנן המועיל או שהי מעיקרא שלו ודהודאה הוא מטעם קושטא דמילתא וע"ז האופן הנה הודאה של איסור לכף סובר דמלנה על פה פיון דלא יש אופן לומר דהקנה לו במעמד ג' יודע הלנה שלא הנה רק אם מודה שמעיקרא הנה הממון שלו ושם מבואר דאמר הלנאתי לפלוני היינו דבשעת הלנאה הנה באמת הממון שלו רק אחר כף רוצה להקנות לו בנה שפיר לא מהני ההודאה פיון דלא הוי הקנן במעמד שלשתו וכולן מודים בזה אם פן בלתי אפשר להקנות לו וכן מבואר בפרדכי ב"ב שם ובבעה"ת (שער נ"א ח"ח) אבל להסוברים דהודאה הוי הקנאה אף מעתה יש לומר גם פן היכא דמהני הקנאה בקנן של מעמד ג' מהני גם פן קנן אודית' ומהני על הקצוה"ח שהשיג על התשב"ץ ורוצה להעמיס בדברי רמב"ם דסובר גם פן דאודיתא הוי קנן המועיל רק מלנה על פה אינו יכול להקנות בקנן אודיתא הא המעניין

בְּרַמְב"ם (פ"ט) מְזַכֵּי' וּבמ"מ שֵׁם יִרְאֶה דְאֲזִיל בְּשִׁיטַת רַבּוּ הֵר"י מִיגַאשׁ ז"ל ב"ב שֵׁם דְּאוּדִית' לְאוּ מְטַעַם קִנְיָן הוּא רַק מְטַעַם דְּקוּשְׁטָא פֶּן הוּא גַם הָא מְבוֹאֵר שֵׁם בְּרַמְב"ם פְּשָׁתֵי דִּין דְּשַׁכ"מ שֶׁהוּדָה הוּדְאָתוּ הוּדְאָה פְּתַב שֵׁם אֲפִילוּ הוּדָה הַשַּׁכ"מ לְעַכּוּ"ם וְכַתֵּב שֵׁם גַם פֶּן עַל מְלֻנָּה עַל פֶּה וְלִדְבָרָיו דְּהַרְמְב"ם הוּא מִן הַסּוֹבְרִים דְּאוּדִיתָא הָיִי קִנְיָן מְעַלְיָא כְּמוֹ פֶּל קִנְיָנִים יְהִי מְבוֹאֵר דְּאָף מְלֻנָּה עַל פֶּה יָכוֹל לְהַקְנוֹת בְּאוּדִיתָא וְאָף אִם נֶאֱמַר דְּבִאֲמַת מְהַי פִּינּוּ דִּיכוֹל לְהַקְנוֹת עַל יְדֵי מְעַמְד ג' וּבֵת הַקְנָאָה הוּא הָא תִּינַח לִישְׁרָאֵל אֲבָל לְעַכּוּ"ם לְהַסּוֹבְרִים דְּאִינוּ קוֹנֵה מְלֻנָּה עַל פֶּה בְּמְעַמְד ג' אִיף יָכוֹל לְהַקְנוֹת עַל יְדֵי הוּדְאָה מְלֻנָּה עַל פֶּה וְרַמְב"ם סִיּוּם שֵׁם עַל כָּל הָאֲמוּר לְמַעַלְה אֲפִילוּ הוּדָה לְעַכּוּ"ם נוֹתְנִים לוֹ א"ו דְּהַרְמְב"ם בְּשִׁיטַת רַבּוּ הֵר"י מִיגַאשׁ ז"ל אֲזִיל דְּהוּדְאָה לְאוּ מְצַד הַקְנָאָה הוּא רַק מְצַד הוּדְאָה דְּקוּשְׁטָא וְכִשְׁיטַת רֹב הֵרָאשׁוּנִים וְהַקְצוּה"ח כ' בְּמָה דְּהוֹכִיחַ הַתְּשַׁב"ץ מְדַבְּרֵי רַמְב"ם הַלְכוֹת מְכִירָה שְׁחוּב אִינוּ נִקְנָה אֲלָא בְּמְעַמְד ג' הָרִי דְּאוּדִיתָא לָא מְהַי וְכ' הוּא דְּמְלֻנָּה עַל פֶּה לָא מְהַי בִּיָּה אוּדִיתָא וְעַל פֶּן לְדְבָרָיו הָא דְּכ' הַרְמְב"ם הַלְכוֹת זְכִיָּה חוּב שְׁיֵשׁ לִי בְּיַד פְּלוֹנֵי אִינוּ שְׁלִי שְׁלִי פְּלוֹנֵי הוּא אִיִּירִי מְטַעַם הוּדְאָתָא בְּעַל דִּין וְכֵן יִרְאֶה בְּאֲמַת מְדַקְאָמֵר אִינוּ שְׁלִי שְׁלִי פְּלוֹנֵי הֵם הֵיִינוּ מְעַקְרָא כְּשֶׁהֲלוֹהוּ וְכְמוֹ כֵּן כָּל הַפְּרָטִים שֵׁם בְּדָבָר הַכֹּל בְּסִיגְנוֹן אֲחָד לְאוּ אוּדִיתָא דְּהַקְנָאָה הוּא רַק שְׁמַקְבְּלִין דְּבָרָיו לְקוּשְׁטָא וְאוּדִיתָא ל"מ מְטַעַם הַקְנָאָה חֲדָשָׁה: עוֹד הֵבִיא הַקְצוּה"ח מְדַבְּרֵי רמ"ה בְּטוֹי"ד (ס' רס"ז) דְּאִם אֲמַר בְּעַל פֶּה עֲשִׂיתִי לְעַבְדֵי בֶּן חוֹרִין אִינוּ פְּלוֹם וְיָכוֹל לְחַזֵּר בּוּ וּבִשְׁכ"מ פִּינּוּ שְׁמִשְׁמַעְתּוּ לְשׁוֹן שְׁחָרוּר זְכָה מִיַּד בְּגוּפוֹ וְאִינוּ יָכוֹל לְשַׁעֲבַד בּוּ וְצָרִיף גִּט שְׁחָרוּר לְהַתִּירוּ בְּכ"ח וְאֲפִילוּ בְּבָרִיא אִם אֲמָרוּ דְּרָף הוּדְאָה גְּמוּרָה מְהַי לְמִיקְנֵי נְפִשְׁיָה וְצָרִיף גִּט שְׁחָרוּר לְהַתִּירוּ בְּכ"ח מְבוֹאֵר מְדַבְּרֵי רמ"ה דְּאֲפִילוּ בָּא לְשְׁחָרוּר עַכְשָׁיו בְּלִשׁוֹן הוּדְאָה מְהַי לְמִיקְנֵי נְפִשְׁיָה מְשׁוּם דְּהוּדְאָה הָיִי קִנְיָן וְלְהַתִּירוּ בְּבֵת חוֹרִין אִינוּ תְּלוּי בְּמִמּוֹן וְקִנְיָן אוּדִיתָא לָא מְהַי רַק לְקִנְיָן מְמוֹן שְׁבוּ וְאֲנַחְנוּ זְכִינוּ לְאוּרוּ שְׁל רמ"ה ז"ל מִס' ב"ב שֵׁם מְבוֹאֵר דְּמְפָרֵשׁ בְּש"ס בְּהָא דְּשַׁכ"מ שֶׁהוּדָה כְּמוֹ דְּמְפָרֵשׁ הֵר"י מִיגַאשׁ ז"ל אִם אֲמָרִינוּ לְאִקוּנֵי קָא מְכוּוֹן וְהָיִי לִיָּה מִתְּנַת שַׁכ"מ וְיָכוֹל לְמִיקְדָּר בִּיָּה אוּ דְלָמָּא לְהוּדְאָה גְּמוּרָה קָא מְכוּוֹן וְהָיִי לִיָּה כְּבָרִיא שֶׁהוּדָה וְלֹא יָכוֹל לְמִיקְדָּר בִּיָּה וּפְשִׁיטָא לָהּ מְהָא דְּאִסּוּר דְּזָכָה בְּאוּדִיתָא אָף דְּלִיתָא בִּירְוּשָׁה וְעַל פְּרָחָף לְאוּ מִתְּנָה הוּא אֲלָא הוּדְאָה גְּמוּרָה הוּא וְהָיִי לִיָּה כְּהוּדְאָתָא בְּרִיא וְלֹא מְצִי לְמִיקְדָּר בִּיָּה וְכַתֵּב וְהוּא הַדִּין לְעַנְיָן מִקְלֵי דְּלָא מְקִינוּ בְּמִתְּנָה פְּגוֹן דְּבָר שְׁלָא בָּא לְעוֹלָם וְדָבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ פְּגוֹן מְלֻנָּה וְגַזְל וְכִיּוֹצָא בְּהוּ אַע"ג דְּלָא מְקִינוּ בְּמִתְּנָה מְקִינוּ בְּהוּדְאָה וְעֵינֵי שֵׁם פ' מִי שְׁמַת (אוֹת צ"ט) דְּלִיכָּא אוּרְחָא לְאִקוּנֵי מְלֻנָּה דְּהוּא דְּבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ אֲלָא בְּמְעַמ' ג' וְלַע"י כ' דְּמִיקְנֵי בְּהוּדְאָה עַל פְּרָחָף דְּסוֹבֵר דְּאוּדִיתָא לְאוּ מְצַד הַקְנָאָה הוּא שְׁיִוְעִיל לִפ"ד רַק מְצַד הוּדְאָתָא בְּעַל דִּין פְּמָאָה עֲדִים אִם מוּדָה דְּהוּא שְׁל חֲבִירוֹ חֲזִיב לְתַת לוֹ אֲבָל לֹא שְׁיַחֲוֹל קִנְיָן שְׁיַהֲיָה יָכוֹל לְתַבְּנוֹעַ חֲבִירוֹ מִי שְׁהַמּוֹן בְּיָדוֹ דְּנִדְאֵי יָכוֹל לֹאמַר לְאוּ בַע"ד דִּי אֵת רַק אִם גּוֹבָה חֲזִיב לְתַת לְהַקְנוֹהָ מְצַד הוּדְאָה אֲבָל שְׁיַהֲיָה קִנְיָן גְּמוּר ל"ה קִנְיָן אוּדִיתָא וְכַדְעַת רֹב הֵרָאשׁוּנִים.

דְּהָרִי אָף מְלֻנָּה וְגַזְל כְּתֵב דְּמִיקְנֵי בְּהוּדְאָה וְדָבָר שְׁלָא בָּא לְעוֹלָם הָרִי אָף בְּדָבָר דְּלָא חָל פְּלָל קִנְיָן מְהַי הוּדְאָה וְעַל פְּרָחָף לְאוּ מְטַעַם קִנְיָן הוּא רַק דְּאֲמָרִינוּ דְּקוּשְׁטָא פֶּן הוּא וְחֲזִיב לְתַת לוֹ אֲבָל נִדְאֵי לְתַבְּנוֹעַ אֵת הַגְּזוֹל וְהִלְוָה אִינוּ יָכוֹל לְכוּף אוֹתוֹ דִּיכוֹל לֹאמַר לְאוּ בְּעַל דְּבָרִים דִּי אֵת רַק לְגַבֵּי הַמוּדָה חֲזִיב לְתַת לוֹ.



ויכמו כן לגבי עבד פינן דלענגן ממון מהני הודאתו ואם אמר דרף הודאה גמורה מהני גם כן דלא יכול למיהדר ביה אכל לעולם לאו מטעם קנגן הוא שיועיל פשאר הקנאות אף לענגן איסור: והא דהביא מדברי רשב"א קידושין (דף כ"ו) שכתב בפטר מכר אעפ"י שאינו כותב הריני מוכר אלא מכרתי לו לאו שטר הודאה הוא אלא שטר מכר דאי מדין הודאה אין צריך לשטר הרי דמהני למיקני.

תמהני מניין לו לומר דמהני בתורת הקנאה בנדאי פנונתו דמהני רק מטעם הודאתו לקושטא דמלתא שפן הוא שפבר מכר לו ואדרבה הא מבואר ברשב"א שם במעשה במרוני שכתב הוא הדין להודאה וכדאמרינן נפק אודיתא מביה איסור אלא שאלו נכסים ידועים לו ובא לשאל באיזה קניה יכול להקנותם והודאה לאו מדרף הקנאה עכ"ל מבואר בדבריו דהודאה לאו קנגן הוא פלל רק דאמרינן דקושטא פן הוא או שזיכה לו על ידי אחר וכדומה וכמו שכתב הראב"ד אכל אם באמת אינו חייב לו פלל ולהד"מ אינו קונה ועיין תשובת הרשב"א שבב"י ח"מ (סי' רנ"ב) וכן מבואר בדבריו (ח"ד סי' נ') שכתב יש מי שמדקדק מההיא דאיסור שההודאה בכענגן זה אחד מדרכי הקנאות אלא שאני תמה בדבר זה במה מקנה והלא נכסים שאין להם אחריות אין נקנים אלא או במשיכה או בהגבהה או בחליפין או באגב ולא מצינו בשום מקום שתהא קנייתן בהודאה וההיא דאיסור פשהודה שאותן נכסים שביד רבא של ר' מרי הן ואעפ"י שאנו מוחזקין בו שאין לו לר"מ בידו פלום כל שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים ואעפ"י שהוא שכ"מ אין אומרים אפילו במי שאנו מוחזקין בו שאין בידו לזה פלום שאין הודאתו אלא פמתנות שכ"מ ואם עמד חוזר אלא הודאה גמורה היא והביא ראיה מהא דפשיטנא דאין צריך לומר אתם עדי לפי שאין אדם משטה בשעת מיתה אלמא הודאתו לאו משום הקנאה היא דבהקנאה אין צריך לומר אתם עדים אלא הודאתו הודאה הוא פהודאות דעלמא הוא וכתב וזה נ"ל עיקר וכתב בנידון דידן בראובן שהקנה מטלטלין לא' וכתבו לו העדים שטר מאותה הודאה דדעת השואל דקנה מהו דאיסור ולקנינהו באודיתא וכתב על זה הרשב"א ז"ל אם בריא ואמר של פלוני הם צריך לומר אתם עדים ואם שניהם מודים שלא הוי של שמעון אלא שראובן בא להקנותם לו בהודאה זו לא קנה שאין המטלטלין נקנים בהודאה גרידא עכ"ל הרי דסבירא לי דרק מטעם קושטא דמלתא מחזיקינן בהודאתו ולא מטעם דעושה קנגן אף מה שכ' דאם שניהם מודים שלא הוי שלו דלא קנה לא נראה פן דעת הראב"ד הנ"ל המובא בבעה"ת (שער מ"ב) דכ' אע"ג דלא הלוח לו פלום מ"מ חייב פי הא דאמרינן אימר אחרניני גזליה וא"ל להאיף זיל אכלע ליה פחשבון אי נמי אינש אחרניני יהבינהו לשמעון וזכינהו גזליה על ידי ראובן עיין שם הרי דאף בדרף רחוקה ונפלאה לא מבטלינן הודאתו ואולי יש לדחוק בדברי הרשב"א דאיירי באופן ששניהם מודים לגמרי שרק להקנות לו רצה בזה לא מהני.

והא דר"מ דנפיק אודיתא מביה איסור אם באמת שניהם ר"מ ואיסור יודעים דרק להקנות עשויו הודאתו ולקושטא הנה של איסור אם פן שלא בדין ח"ו עשו פבר כ' בש"מ ב"ב שם הנדפס בסוף ספר הרמ"ה משם תוספת הרא"ש ז"ל ולא עביד איסור איסורא במה שהודה שהיה של פנו וגם ר"מ במה שקבלם מאחר ששכ"מ הנה פי תקנות חקמים הוא שתועיל ההודאה פמו קנגן סודר או משיכה ומתחלת דבריו משמע דלאו מטעם הקנאה הוא דמהשתא מקנה לו רק מטעם קושטא דמלתא דכן הוא דאם לא פן איזה

איסור יש בזה במה שהקנה לר"מ אלא ודאי דסובר דלאו הקנאה הוא רק מטעם קושט' דמלתא ועל זה הקשה אם פן פיון דשניהם ר"מ ואיסור ידעו דשקר הוא דמעולם לא הוי של ר"מ עשו איסור וע"ז פתב דתקנות חכמי' הוא פיון דכ"ע ידעו דלא כן הוא ובשקר הודה דבכ"ז מהני וליפא איסור בזה.

ומה"ת לא הנה מועיל רק מתקנות חכמים: עוד פתב הקצוה"ח להשיג על תשובת מהר"ם אלשיך ז"ל שפתב על דברי הרמ"ה בטור יו"ד ה"ל דמה יתן ומה יוסיף לו לשון הודאה וכתב בטעמא דרמ"ה למ"ש הרמב"ם שהמשחרר עבדו בכל לשון שנוארה שלא נשאר עליו שום שעבוד כלל דמהני וכתב דדבריו תמוהין דהרמב"ם לא אמר אלא שפתבו בכל לשון ובשטר אבל בדברים לא ינסר עבד וטעמא דרמ"ה משום דקנה מדין הודאה וכבר פתבתי דזה אי אפשר לומר בדעת הרמ"ה פיון דסובר דהודא' לאו מטעם הקנאה הוא.

ומה שכ' דרמב"ם לא אמר אלא שפתבו בשטר הדברים תמוהין הא להדיא מבואר ברמב"ם (פ"ח) מעבדים המשחרר עבדו בכל לשון והוציא דברים מפיו שלא נשאר עליו שום שעבוד כלל ושגמר בלבד לדבר זה שאינו יכול לחזור וכופין אותו לכתוב ג"ש ומובא גם פן בטיו"ד שם אשר מבואר דאינו צריך שטר לזה רק בדברים בעלמא יוסר קנני הממון של העבד ולא צריך שטר שחרור רק להפקיע הקננין איסור ובס' מח"א דיני שכירות (סי' ט') פתב להקשות מההוא דאמרינו עבד עברי גופו קנוי ולא מהני להוציא לחירות בדברים וכ' דלקה מהני משום דגילה דעתו שסילק רשותו ממנו ולשון סילוק מועיל גבי עבד וכמו"ש הריטב"א קידושין ונה"ן ר"פ הכותב ובמ"א יבואר א"ה באנר"ה לבאר דברי ה"ן וריטב"א ורשב"א ר"פ הכותב ובמה שיש לדון בכל דברי המח"א שם.

ועכ"פ ודאי דברי מהר"ם אלשיך ז"ל ברורים דדברי הרמ"ה נמשכים לדברי הרמב"ם ה"ל וכאשר מבואר בדברי הטור יו"ד שם דכתב על דברי הרמ"ה וזה דברי הרמב"ם שפתבתי למעלה ועיין שם בב"י ובב"ח ודו"פ שם [ויבואר במ"א במה שיש לעמוד ע"ד הטור בדברי הרמב"ם (פ"ה ה"ג) מעבדים דהרמב"ם השמיט בסיפא היכא דאמר ליה אין לי עסק בה במכנין דדוקא באמר ה"א ב"ח ה"א לעצמה לא מהני דידו פיז רבו ובמה יצא לחירות אבל באומר אין לי עסק בה הרי זה כמו שסילק עצמו ממנו ויכול לזכות בו ונשתחרר עכ"פ לקננין ממון וכמו דמבואר מדברי הרמב"ם (פ"ח) וכמו שכ' המח"א ובטור פתב וקונה עצמו בשטר שכותב לו הרי את בן חורין או הרי את לעצמה או אין לי עסק בה וסיים אמר לו אחד מלשונות אלו בע"פ אינו פלום וכתב הב"י דמוכח דאמירה ל"מ מהא דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי ונהרב שמחל על גרעונו אינו מחול ומבואר מדברי הטור דאף לשון סילוק לא מהני לכלום באמירה בעלמא והטור בעצמו הביא דברי הרמב"ם שבפ"ח דמשם מוכיח דלשון סילוק מהני וכן בדברי רבינו הב"י בש"ע שם סעיף (מ"ב) כ' כלשון הטור א"ל אחד מאלו הלשונות בע"פ אינו פלום וקאי אף על לשון אין לי עסק בה דהני סילוק ומ"מ לא מהני ושם (סעיף ע"ג) פתב לשון הרמב"ם ה"ל שפירק (ח) ה"ל ומשם מוכח דלשון סילוק מהני ומ"ש הב"י ראיה מש"ס קידושין (דף י"ו) הא כבר פתבו תוס' שם דרק לשון הפתוב בשטר לא מהני אבל באומר לשון הפקר מהני וכן לשון סילוק מהראוי שיועיל עכ"פ שייפקע ממנו קננין איסור ולכופו לכתוב גט שחרור ויבואר א"ה במ"א בזה] עכ"פ אין מדברי הרמ"ה ה"ל שום ראיה

שיועיל אודיתא מצד קנן וכמ"ש: ועיין בש"ע (סי' ס' ס"ח) בראובן שהוציא שטר שלנה שמעון מלוי וטען שלוי הי' שלוחו אף דשמעון טוען לאו בעל דברים דידי אתם הודה לוי ששלוחו הנה ואינו חב לאחרי' בהודאתו כופין את שמעון שיפרע לראובן ואין לוי יכול למחול ודין זה הוא מבעה"ת (שער נ"א) ועיי"ש בש"ה דתמה ע"ז דאף אם נאמין ללוי שהנה שלוחו מ"מ הא שמעון לא נעשה לנה לראובן ועיין שם בנתיבו' (ס"ק ט"ז) דכתב דדעת הש"ה אף דיש לומר שהודאתו אמת מ"מ אין השטר נקנה בהודאה זו וקהחולקים בבעה"ת ותמה ע"ז למה לא נאמר בזה הודאת בעל דין כמאה עדים ודעת החולקים בבעה"ת הוא רק במחזקים בו שהמעות היו שלו ועכשיו פא להקנות בהודאה זו אבל במקום דיכול להיות שהודאתו אמת ודאי הודאת בעל דין כק' עדים ואין לומר דמ"מ יכול הלנה לומר לאו בעל דברים דידי אתם דלמה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי יהיב ליה לשמעון בכומ"ס כמו באומר זה בני דהיה נאמן במגו וכמו דשם אינו יכול לחזור בו פינו דנאמן שבנו הוא במגו הני פאלו יש עדים ע"ז ושוב אינו יכול לחזור בו הקא נמי פינו דנאמן ששלוחו הוא שוב אינו יכול למחול לכה העלה דמחלוקת הפוסקים בבעה"ת איירי דהיו מחזקים שהמעות שלו ורוצה להקנות לו באודיתא וסבירא ליה לבעה"ת והמסבר דאודיתא הוי קנן גמור אף לענן שלא יהיה יכול למחול וקהחולקים סבירא להו דאודיתא לאו קנן הוא רק מטעם הודאת בעל דין והודאת בעל דין אינו מועיל לחייב הלנה פינו שמחזקים להיפה: ולי פל דבריו מוקשים דמ"ש דנאמן במגו דאי בעי יהיב ליה בכתיבה ומסירה הא מבאר בטוש"ע (סי' ק"ח ס"ח) דדעת הרא"ש דאין אחד מן היורשים נאמן לומר על השטר שהוא פרוע רק על חלקו אף דהשטר יוצא מת"י ורק לגבי שליש שהשלישו שניהו בידו ועיין שם סמ"ע (ס"ק כ"ט) וכאן פינו דנכתב על שמו מעולם לא נשתעבד הלנה לראובן והוי מגו להוציא פשאומר לוי שחייב לראובן ואף הסוברים שם דנאמן היינו פינו דבידו לעשות כמו שאומר דיכול להחזיר להלנה אבל פאן אף דבידו להקנות לו בכתי' ומסירה זה ענן אחר שיכול למפור לו שיזקה בהשעבוד נכסים מעכשיו אבל מ"מ שעבוד הגוף אין בידו להקנות.

ומה שכ' דכיון דיהיה נאמן ששלוחו הוא שוב אינו יכול למחול אין זה אלא דבר תימא פינו דאינו נאמן רק במגו לא נוכל להאמינו יותר ממה שהיה יכול לעשות ולא מבעי להסוברים דבאומר יש לי בנים דנאמן מטעם דבידו לגרשה דאסורה לכהן ודאי הקא נמי דכונתו' אלא אף להסוברים דמותרת אף לכהן משום דלא איכפת ליה להבעל אם אינה נשאת לכהן והנה לו לגרשה וכיון דאנו מאמיני' לו דאינה זקוקה ליבום פינו דהותרה הותרה ונאמן לגמרי מ"מ לענן ממון ודאי דלא נוכל להאמין יותר ממה שיש בידו לעשות ועיין בנתיבות בכללי מגו (סי' י"א) והא דהוכיח מאומר זה בני דלר"מ דאדם מקנה דבר שלא פא לעולם הי' נאמן ושוב אינו יכול לחזור דאם לא פן בעינן יפיר לענן זה ועל פרתה פינו דנאמן בשעת אמירתו שבנו הוא במגו הו"ל פאלו יש שם עדים ואינו יכול לחזור והקא נמי פינו דנאמן דשלוחו הוא שוב אינו יכול למחול אינו ראיה דגם שם המגו דאי בעי יהיב ליה במתנה ושוב אינו יכול לחזור ואף בדבר שלא פא לעולם אם אמר מעכשיו שוב אינו יכול לחזור פמבואר מרמב"ן ורשב"א וריטב"א קידושין (דף ס"ג) ומה שיש לדקדק בפוגיא דיפיר בענן זה אכ"מ ויבואר במ"א ועיין רמב"ן ב"ב (דף ל"ג) עכ"פ ודאי אף דהודאת בעל דין כק' עדים לא מהני לענן זה שהיה יכול

לתפוע להלנה ואינו נאמן במגו וגם אם הודאת בעל דין מועיל על למפרע יש בנה מבוכה גדולה ועיין בתנאים (סי' קי"ט ס"ק ו') וב"ש אה"ע (סי' ל"ח ס"ק ל"א) ובמקנה שם ויבאר א"ה במ"א אם פן דברי הש"ף ודאי נכונים דלנגד הלנה אינו נאמן ויכול לומר לאו בע"ד דידי את: ומה שהעלה בדעת הבעל התרומות והמחבר דסבירי להו דמטעם קנני אודיתא הוא מבואר לעין כל הרוצה בדברי הבעה"ת שכ' הודאה אין ענינה הקנאה אלא ענין הפא על מה שפבר הנה שמגלה האמת עיין שם בדבריו דהפל סובב שם דהודאה מצד קושטא הוא ונדעתו רק דמהני מצד הודאת בעל דין וקושית הש"ף שם ע"ז חזקה הוא דבמה זכה ראובן בהשעבוד ובלי ספק דדעת הש"ע אינו נגד רוב הראשונים הסוברים דהודאה לאו הקנאה הוא דלא יסתום להוציא ממון נגדם ועיין בספר בני יעקב (דף ק') שהאריף לבאר דדעת רובא דרבנותא הודאה לאו הקנאה הוא פלל.

ועוד יבאר בנה א"ה במקומו: סי' יז פתב בש"ע (סי' מ"א ס"א) מי שפנה שט"ח כו' אבל שטר מתנה שנמחק כותבים לו אחר אעפ"י שלא נקרא הראשון וכתב הרמ"א וכותבים השטר מזמן הראשון וזה מדברי תוס' ב"ב (דף קס"ח) משם הר"י דדלמא חזר הלוקח ומכר להמוכר ויאמר שהמוכר חזר ומכרו לו פעם שנית ויש לדקדק בדברי רמ"א דכתב דין זה באמצע דברי המחבר וקאי על מתנה שהוא שלא באחריות ובאמת בתוס' שם מבואר אף אם הנה מתנה באחריות וכן בשטרי מקח וממכר דאז צריף לכתוב בשטר השני ששטר זה לא נכתב לטרוןף לא ממשעבדי ולא מבני חרי רק להעמיד שדה זו בידו גם פן כ' תוס' דצריף לכתוב מזמן הראשון דמזמן דהאידין' איכא למיחש לשמא חזר ומכרה למוכר ויוציא אחר כף שטר זה ויאמר האידיןא הוא דזבינתא מינה ונהדר טריף שלא כדין.

וכן המחבר לקמן (סי' רל"ט) פתב זה בשם יש מי שאומר. ובאמת צריף להבין פיון דנכתב בהשטר שטרא דנן דלא למגביה ביה מוכן דלא נכתב רק בשביל שאבד שטר הראשון ואם פן לא נאמין לו שקנאו ממנו שנית בנה השטר וכבר עמד על זה בסמ"ע שם (ס"ק ב') וכתב דחיישינן שיאמר מעולם לא קניתי רק מזמן הנה ואז בקש מן העדים שיכתבו לו שני שטרות והשטר גמור נאבד ונשאר בידו זה וזמנו מוכח שקנאו מהשטא.

וקשה הא עיקר החשש הוא לחזר ומכרו למוכר אם פן יוציא המוכר שטרו שקנה ממנו וע"כ דהנה בידו מכבר שקנה פעם ראשון וכיצד יאמר מעולם לא קניתיהו רק מזמן הנה דיכחיש זאת השטר שהוא ביד המוכר שחזר וקנה ממנו וע"כ עיקר החשש הוא שיאמר הדרית זבינת כמו שכ' שם בש"ע ובאמת לשון התוס' הוא האידיןא הוא דזבינתא מינה משמע בדברי הסמ"ע דיאמר רק האידיןא קנה ממנו ולא מעיקרא אבל קשה דהא ע"ז הוא מוכחש בשטר המכר שיש ביד המוכר.

וכן בטור כ' החשש שיאמר אחר שמכר לו חזר וקנה ממנו וכמו שכ' המחבר אם פן יקשה הא מוכח מתוך השטר שפידו דלא נכתב רק בשביל שאמר שאבד השטר הראשון. והב"ח שם כ' דהלוקח יאמר שחזר ולקח ממנו שלא באחריות ולא מפני שאבד שטרו וזה אתי שפיר אף שיש ריעותא דלא יש לו אחריות מ"מ לא איתרע השטר בשביל זה.

ובדברי הסמ"ע צריך לדחוק דשם חזר המוכר וקנה ממנו שלא בשטר רק שחזר ומכרה לו בקנין ואחר כך יאמר שלא קנה ממנו מעולם אף שהודה בפני עדים ששלו הוא ומוכר לו יכול לומר ששיתק בו אבל מעולם לא קנה ממנו רק אחר כך בשטר השני.

או באם אינו ידוע למי היה הקרקע מקודם יטעון הלוקח שמעולם היה הקרקע שלו והוא מכר לו בכת שטר מכירה שיש בידו וחזר וקנה ממנו בכת שטר זה שיש בידו מזמן השני: ואם המוכר לפנינו ומצוה לכתוב פותבים אפילו מזמן שני כן כ' הש"ך (ס"ק ח') ולכאורה משמע מדבריו דוקא אם המוכר בפנינו ומצוה לכתוב אז פותבין מזמן שני אבל אם אינו מצוה אף שהוא בפנינו אין פותבין מזמן שני אולם בס' תורת חיים ב"ב שם כ' פשהוא לפנינו ואין בידו ראיה שחזר וילקחה פותבין מזמן שני דאז ליפא למיחש למידי ויש להבין למה ליה לתוס' לחשש זה דחזר המוכר וקנה מהלוקח בינתיים הא בלאו הכי ראוי שלא יכתוב מזמן השני דיש חשש דלמא מכר או נתן הלוקח השדה לאחר והשד' מוחזקת שהוא של המוכר מעולם ויאמר שמזמן השני קנה ממנו ונמצא מכר או נתן אז שדה שאינו שלו וא"כ אף אם המוכר בפנינו ואינו טוען שחזר וקנאה ממנו ניהוש לחשש הנ"ל ולא נכתוב לו שטר מזמן השני.

אף זה אינו דהא מבואר (סי' שע"ה) במוכר שדה שאינו שלו אם חזר וילקחה מן הבעלים אז נקנה השדה להלוקח מטעם דניחא ליה כי היכא דליקוחם בהימנויותיה. אף יקשה למה שכתב הב"ח (סי' מ"ג) מובא שם בש"ך (ס"ק כ"ט) עוד טעם דמאחר במקר פסול מחשש פסידא דבעל חוב שלוה אחר זמן שקנה וגם קודם שקנה וכו' לתרנוייהו דאקני יחלקו השדה שלא כדן ומה שדחאו שם הש"ך דבריו תמוהין כמו שתמה אאמ"ו ו"ל בחידושי שפסוף ספר דברי משפט דהא אם אין עדים שקנה מעמידין הנכסי' ביד המוקדם ואם יש עדים שקנה רק שא"י חולקין כמבואר (סי' קי"ב) ואם כן אם מכביש השטר ולא יהי' עדים דקנה נוטל המלנה הראשון ואי לא מכביש וכו' להאחר הזמן ממילא יש עדים דקנה.

וכתב אאמ"ו ו"ל שם לתרץ ע"נ דבמאחר באמת אינו חל המכירה רק מאותו זמן שכ' בשטר והוי לנה ולנה ואח"כ קנה דמן הדיו יחלקו ונה אתי שפיר בשטר קנין אבל בשטר ראיה יתחיל המכירה מיד בזה יש באמת לפסול מחשש דהב"ח הנ"ל ובש"ע דקאמר הטעם משום דלמא חזר וקנה מהלוקח היינו בשטר קנין דהוא באמת דאיקני ומפסיד מה"ד אבל בשטר ראיה שייך ג"כ טעמא דהב"ח עיין שם בנזעם דבריו.

ואם כן באבד השטר דבנה באמת כבר קנה הקרקע מזמן שטר הראשון ואם יכתבו העדים שטר השני מזמן השני נשאר טעם הב"ח דיש פסידא דבעל חוב מצד דהוי דאקנו אצל הלוקח ובאמת כבר קנה וגם יש עוד לחוש לפסידא דבעל חוב של הלוקח יטרון דלמא לנה בינתיים ולא שיעבד לבעל חוב דאיקני וכשימכור לאחר לא יטרון הבעל חוב וכמו שכ' שם אאמ"ו ו"ל ובשטר קנין המאחר ליכא פל חששות הנ"ל פיון דבאמת אינו חל עד זמנו מה שאין כן באבד השטר אם נכתב השטר מזמן השני דשל השתא אף שהוא בצנאות המוכר שייך פל החששות האלה: וראיתי ברמ"ה ב"ב (פ"י אות ק"ה) ו"ל וה"מ בשטרי מאחרי דאפתי בניסן וקבעו לזמניהו בתשרי דאפשר דמסר לי נהליה בניסן ונפיק מניה חורבא ולהכי צריך פל הנך תקנתא אבל שטר מו"מ דזבין ליה ארעא

בניסן ולא כתב ליה שטרך פלל עד תשרי כו' פשרין דלא נפיק מנייהו חורבא פלל עכ"ל  
הרי מבואר דהיכא דליכא שום חשש מצד המוכר דלמא הדר ונפין מניה דלוקח פותבין  
ועיין ש"ף (סי' מ"ג ס"ק ל') באם הודיעו העדים למוכר פותבין שטר מקח מאןחר  
ובתנאים שם כ' גם על זה דאפשר הדין אמת והוא מבואר ברמ"ה [ועיין שם ברמ"ה  
אות ק"ט] דבשטר מקח אם נתאחר ואין העדים זוכרין יומא דקנו ממנו אם פתבו יומא  
דכתביה ביה פסול אלא היכא דכתבו ליה מדעת המוכר וזה דלאפדברי הבי"י (סי' רל"ט)  
שכ' בבניאור דברי הטור דבכה"ג ל"ח על חזר ולקחו וכמו שכ' שם בסמ"ע דיש לו קול  
ולפנינו דעת הרמ"ה דלא סמכינן ע"ז רק היכא דכתבו מדעת המוכר דכה"ג ליכא למיחש  
ולא מידי] עכ"פ מבואר דדעת הרמ"ה דאם מצד המוכר ליכא שום חשש ל"ח על חששות  
ופסיקא של אחרים ודלא פשיטת הבי"ח הג"ל ועיין בס' בני יעקב (דף ל"ה ע"א): עוד  
כתב שם התו"ח דאם אין יודעין זמן הראשון שאין פותבין בו שום זמן דשטר שאין בו  
זמן פשר ורק פותבין זמן פדי שצדע מאיזה זמן יטרוף מלקוחות וכיין דכותבין בו חוץ  
מאחריו' שוב אין צריך לכתוב בו זמן וכיין דא"ב זמן אם חזר ומכרה למוכר לא מצי  
למימר האידנא הוא דזבינתא מינה דאדרבה מוכר מצי למימר אנא דזבינא מנה פתר הכי  
דדומה להא דמבואר (סי' מ"ג ס"ק ג) דנותנין למי שיש לו זמן בשטר וה"נ כיין דבשטר  
של מוכר פתוב בו זמן ובשטר של לוקח לא כ' בו זמן איכא למימר שנקתב קודם שטר  
של מוכר.

ולכאורה אינו דומה לשם דשם כיין שאין אחד מהתובעים מוחזק בהשגדה לכן נותנים  
למי שזמנו מבואר אבל מניין לנו להוציא מן המוחזק הואיל דיש לו זמן מבואר ולמוחזק  
יש זמן סתמא מ"מ המוציא מחבירו עליו הראיה אולם בהרא"ה מס' פתובות (דף צ"ד)  
בהה"ע עובדא דתרי שטרא בחד כ' בה' בניסן ובחד פתוב בניסן סתמא כ' וז"ל אי נמי איכא  
לפרושי אפילו אחד שטר הלואה ואחד שטר מכר והכתיבו בו ה' בניסן הנה שטר הלואה  
ודכתוב בו בניסן הנה שטר מכר אוקמה ר' יוסף לההוא דה' בניסן בנכסיה שהקרקע  
בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה ולכן האי דכ' ביה בה' בניסן עדיף מההיא דכתב  
ביה ניסן סתמא דאימר בר כ"ט בניסן את עיין שם הרי בשביל דהקרקע מוקמינן בחזקת  
מרא קמא ואמרינן בזמן המאןחר מכרו המוכר בשביל זה גובה הבע"ח וכ"כ בדרישה  
(סוף סי' קי"ט) דאם יש בשט"ח זמן מבואר ובשטר שביד הלוקח אין זמן קנייתו מבואר  
ל"מ הלוקח לדחות לבעל חוב ולומר אני קניתי קודם עיין שם ומשמע מדברי אף אם  
הלוקח הוא מוחזק בהשגדה ויושב בה ואם קנה מקודם לא חל פלל שעבוד דבעל חוב  
מ"מ מוקמינן השגדה על חזקת מרא קמא ואמרינן דקנה אחר כ'.

ואם פן הכא בנידון דהתו"ח אף דהלוקח יושב בהשגדה מ"מ כיין דבשטר אין הזמן  
מבואר ובשטר שביד המוכר שקנה ממנו הזמן מבואר וכיין דידענו דפעם אחד הי' של  
המוכר שקנה בהחזרה מיד הלוקח מוקמינן על חזקת מרא קמא ואמרינן דמאותו זמן  
שקנה שוב לא יצא מחזקתו והשטר שביד הלוקח הנה נכתב קודם לזה: וראיתי בנתיבות  
המשפט (סי' קי"ט ס"ק ד') דחקר בזה באם אין ביד הלוקח שטר בזמן מבואר או דאין  
לו שטר פלל רק שפא על הקרקע בטענת חזקה דשעבוד הוי כמכר ונותנין למי שיש לו  
זמן מבואר וכתב דאם הלוקח הוא מוחזק אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה והביא  
ראיה מדברי תוס' גיטין (דף י"ז) שאם לא יהיה זמן בשחרור של העבד אין הלוקח

שְׁלֶקַח אֶת הָעֶבֶד יָכוֹל לְהוֹצִיא מִשּׁוּם דְּהַעֲבֹד מִן־חֶזֶק בְּעֶצְמוֹ עֵי"ש: וְאֵמ"ו ו"ל בְּחִידוּשָׁיו הַנְּדַפְּסִים סוּף סֵפֶר דְּבָרֵי מִשְׁפֹּט הַעֲלָה שֶׁם דִּישׁ לֹא לֹא מְבֹרָר דְּנִקָּא מְלִנְהָ שְׁפָא בְּשִׁטְר מְבֹרָר טוֹרָף מְלֻקָּח שְׂיִישׁ לֹא זְמַן שְׂאִינוּ מְבֹרָר מִשּׁוּם דְּכִמּוֹ אִם הִנֵּה הַלְוָה בָּא לְדוֹן עִם הַלֹּקָח כְּגוֹן שְׁהִי פִירוֹת מְוַנְחִים בְּיַד אַחַר וְהַלֹּקָח בָּא עִם שְׁטָרוֹ שְׁהוּא בְּסִתְמָם נִסָּן וְהַמּוֹכֵר טוֹעֵן שְׁבִסוּף נִסָּן מְכַר לוֹ וְהַפִּירוֹת הֵם שְׁלוֹ הַמּוֹכֵר הַלְוָה הִנֵּה נֶאֱמָן מִטַּעַם חֲזָקָת מְרָא קָמָא לְכַף הַמְּלִנְה זֹכָה בְּשַׁעֲבוּדוֹ בְּכָל זְכוּת שְׁהִנֵּה לְהַמּוֹכֵר מֵהָ שְׂאִין פֶּן בְּשִׁטְר שְׁיַחְרוּר דְּאִין בּוֹ זְמַן אִם מְשֻׁחָרָר מִקְּוֹדֵם שְׁקִנְהָ אוֹתוֹ הַלֹּקָח שְׁטָרוֹ חֲסִפָּא בְּעֵלְמָא הוּא אִם פֶּן לֹא שְׂיִינְהּ לֹא מְכַר מֵהָ מְכַר כָּל זְכוּת שְׁהִנֵּה לֹא לְרַבּוֹ מֵהָ שְׂאִין פֶּן בְּמְלִנְה דְּשְׁטָרוֹ מְבֹרָר יֵישׁ לוֹ פֶּת וְזְכוּתוֹ שֶׁל הַלְוָה הַמּוֹכֵר עֵינֵן שֶׁם בְּדְבָרָיו.

וְאֵנְכִי דְנָתִי אֲזִי בְּפִנֵי אֵמ"ו ו"ל דְּגַם אִם הַמּוֹכֵר בָּא לְדוֹן עִם הַלֹּקָח עַל הַפִּירוֹת יֵישׁ לֹא מְכַר פִּינּוֹן דְּחֲזָקָת מְרָא קָמָא אִיְתַרְע דְּהָא בְּנֻדָּי מְכַר הַשְּׂדָה לֹא שְׂיִינְהּ לֹא מְכַר כ"כ חֲזָקָת מְרָא קָמָא עַל הַפִּירוֹת וְדוּמָה לְמַה שֶׁכ' רִשְׁבָּ"א בְּתַשׁוּבָה בְּדְבָרֵי רַמְבַּ"ם דְּפּוֹסֵק ת"כ אִין מוֹצִיאִין מִשּׁוּם דְּלֹא הִנֵּה לֹא חֲזָקָת מְרָא קָמָא עַל הַגֹּלֵד וְאִף דְּשֶׁם לְדַעַת רֹב הַפּוֹסְקִים הִנֵּה חֲזָקָת מְרָא קָמָא מְעֵלִיתָא הִנֵּה טַעְמָא דְּהִינּוּ מְוַחֲזָקִים כְּשִׁינְלֵד יִהְיֶה שְׁלוֹ דְּבַמְעֵי אִמּוֹ הִנֵּה וְדָאִי שְׁלוֹ וְבָהָא דְּמַחְלִיף פָּרָה בְּחַמּוֹר וְיִלְלָה דְּמוֹקְמִינּוּ עַל חֲזָקָת מְרָא קָמָא פֶּתַב מַהֲרִי"ט בְּחִידוּשָׁיו מִס' פְּתוּבּוֹת (דָּף ע"ו) הִינּוּ דְּמוֹקְמִינּוּ הַפָּרָה בְּשַׁעַת לִידָה בְּחֲזָקָת מְרָא קָמָא וְאִמְרִינּוּ דְּאַחַר כֶּף גְּמִשָּׁף הַחַמּוֹר וְעֵינֵן מֵהָ שֶׁכ' בְּזָה בְּדְבָרֵי חֵיִים דִּינֵי תְּפִיסָה (ס' ט') אֲבָל בְּפִירוֹת דְּלֹא הִנֵּה מְוַחֲזָק בָּהֶם כָּלֵל וְאִנּוּ דְּנִין שְׁבִזְמַן שְׁנִלְקַח הַפִּירוֹת הִנֵּה בְּחֲזָקָת מְרָא קָמָא לֹא אֵלִים כָּל כֶּף וְאִף אִם נֹאמַר דָּאִם בָּא הַמּוֹכֵר לְדוֹן עִם הַלֹּקָח הִינּוּ בּוֹתֵנִים לֹא הַפִּירוֹת הִינּוּ בְּשִׁבִיל שְׂאִינוּ מְוַחֲזָק בּוֹ וְגַם דְּטוֹעֵן בְּרִי אֲבָל לְגַבֵּי הַקְּרָע שְׁהַלֹּקָח מְוַחֲזָק בּוֹ וְטוֹעֵן בְּרִי שְׁקִנְהָ קוֹדֵם שְׁהַלְוָה הַבַּעַל חוֹב יֵישׁ לֹא מְכַר דְּאִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ פִּינּוֹן דְּמְרָא קָמָא אִיְתַרְע דְּנֻדָּי הִנֵּה מְכִירָה יֵישׁ לֹא מְכַר דְּאִין מוֹצִיאִין מִיַּד הַמְּוַחֲזָק יֵישׁ לֹא מְכַר הַלֹּקָח כָּאֵן גְּמִצָּא וְכָאֵן הִנֵּה מִקְּוֹדֵם כְּמוֹ בַח"מ (ס' ר"נ) וְעוֹד יֵישׁ לְגַמְגֵּם לְהַמְבַּאֵר בְּמַרְדְּכֵי פְתוּבּוֹת פ' שְׁנֵי דִינֵי גְזִירוֹת בְּהָא דְּחַד הַבָּא מִפְּחַד ד' דְּאִמְרִינּוּ אִי שְׁתַּקִּית וְהַקְּשָׁה לְמַה לֹא מִטַּעַם מֵהָ מְכַר רֵאשׁוֹן לְשִׁנֵי כָּל זְכוּת שְׁהִנֵּה לֹא וְכַתְּבִין דְּהֵרָא שׁוֹנִים לֹא הִי לְהֵם וְדָאִי זְכוּת אֵלָא מְסַפֵּק דְּכָל חַד מְדַחֵי לְגַבֵּי חֲבִירוֹ הִנֵּה דל"א מֵהָ מְכַר רַק הִיכָא דְּהַמּוֹכֵר הִנֵּה לֹא וְדָאִי זְכוּת לֹא כְּשִׁנְהִי לֹא הַזְכוּת מִחַמ' סִפְקָא אִם פֶּן הִכָּא נְמִי פִינּוֹן דְּלֹא מִטַּעַם וְדָאִי הִנֵּה נֶאֱמָן הַמּוֹכֵר רַק מִטַּעַם מְרָא קָמָא וְלֹא הִנֵּה רַק כְּסַפֵּק וְכִינּוֹן דְּלְגַבֵּי הַמְּלִנְה לִיכָא מַר"ק יֵישׁ לֹא מְכַר דְּלֹא שְׂיִינְהּ לֹא מְכַר אֵלֵם אִינוּ דוּמָה לְשֶׁם דְּשֶׁם נוֹדַע לְכָל דְּדַרְכּוֹ גַבֵּי רַק דָּאִם הִנֵּה בְּיַד הַמּוֹכְרִים הִינּוּ יְכוּלִים לְדַחּוֹת כָּל א' מְסַפֵּק בְּזָה לֹא אִמְרִינּוּ מֵהָ מְכַר פִּינּוֹן דְּהַמּוֹכֵר לֹא הִי לְדַחּוֹת רַק מְסַפֵּק וְעַכְשָׁיו בְּנֻדָּי דְּרַכּוֹ גַבֵּי הוּא מֵהָ שְׂאִין פֶּן בְּכָל מְקוֹם דְּנִשְׁאָר הַסִּפְקָא וְלִיכָא בִּירוֹר אִמְרִינּוּ מֵהָ מְכַר אִף בְּמָה שְׁהַמּוֹכֵר לֹא הִנֵּה זֹכָה רַק מְסַפֵּק וְכֵן כ' בַּמַּהֲרִי"ט (ס' י"א) סְבָרָא זֹו וּמ"מ קִשְׁהָ דְּנוֹצִיא מְמוֹן בְּשִׁבִיל חֲזָקָת מְרָא קָמָא דְּאִיְתַרְע כֶּף דְּנָתִי אֲזִי לְפִנֵי אֵמ"ו ו"ל: אוֹלָם אַחַר כֶּף נְתִיבִישְׁבְּתֵי דְּנֻדָּי הַדִּין בִּירוֹר דְּהַמְּלִנְה גּוֹבָה בְּשִׁטְרוֹ הַמְּבֹרָר מִן הַלֹּקָח שְׂיִישׁ לֹא שְׁטָר בְּסִתְמָם דְּהָא מְבַאֵר בְּתוֹס' יְבָמוֹת (דָּף ל"א ע"ב) ד"ה וְהָא דְּכַתְּבוּ בְּכָל שְׁטָרֵי מְכִירַת קְרָעָה וְכָל שְׁטָרֵי מו"מ לֹא תַקְנוּ רַבָּנָן זְמַן וְכ"כ שֶׁם כָּל רֵאשׁוֹנִים וְכִינּוֹן דְּלֹא תַקְנוּ זְמַן בְּמְכִירַת קְרָעָה עַל פְּרָתָהּ מוֹכַח דְּלַעוֹלָם בַּעַל חוֹב גּוֹבָה כְּשִׁישׁ לֹא שְׁטָר דִּישׁ בּוֹ זְמַן דָּאִם לֹא פֶּן מֵאִי מְהִנֵּי לְבַעַל חוֹב

השעבוד הא לעולם לא ירצה ללות דיש ביד המוכר להפקיע שעבודו שיעשה קנוניא ויתן ללוקח שטר מכר שאין בו זמן ונדחה לבעל חוב מלטרוןף ואתה נועל דלת בפני הלויין אלא ודאי דאז גובה הבעל חוב בשטרו המבורר שיש בו זמן ובשביל הלוקח לא צריף לתקן זמן דיכול לתקן לו לעצמו שלא קנה עד שיברר לו המוכר זמנו של הקניה וגם יכול לילף עם השטר מיד לב"ד או לעדים ויכתבו לו דמאותו היום קנה דומיא דכתבו תוס' גיטין (דף ג' ודי"ז) גבי גט אבל לגבי מלנה אם נאמר דאינו יכול לטרוןף אם כן לא שבקנת חי דיתן ביד הלוקח שטר שאין בו זמן אלא ודאי דטרוןף כשאין בו זמן.

ועיין בש"מ כתובות שם בלשון תלמידי רבינו יונה דמה שיד בעל סתם ניסן על התחתונה דאימור בר כ"ט בניסן הוא וז"ל כיון דזכות שלי מפורש בהשטר וזכות שלי אינו מפורש בשטרף אינו נאמן כיון שלא נכתב בשטר שליף הזמן הנוחזק בו ריעותא ומוכח' מלתא כי מפני שהזמן שליף הנה בסוף החודש שלא רצית שיכתבו שם היו' ויש לנו לומר לאותו שנקתב שטרו בכ"ה בניסן מכר תחילה עכ"ל מבואר מדבריו דלא מטעם שיש להשגי זמן מבורר נותנים לו רק כיון שיש לחבירו ריעותא דלית בו זמן והיינו אף דלא תקנו זמן מ"מ הלוקח הנה לו לחוש לעצמו וי"ל אף בשטר מתנה נמי הדין כן אף דלא הוי ביד המקבל מתנה לכוף להנותן שיכתוב לו זמן מ"מ הנה לו לילף עם השטר לב"ד או לעדים שיכתבו לו זמן וכיון דלא עשה כן הוי ריעותא מוכחת ולכף נותנים לבעל הזמן מבורר.

אף אם כן בגט שיקרור נאמר גם כן כף למה צריף זמן ואי דיאמר לרבו שני דשטרו מאןחר לשטר שיקרור והעבד מוחזק בעצמו נאמר גם כן דהוי ריעותא אף דאין ביד העבד לכוף להאדון שיכתוב לו זמן מ"מ הא יכול לילף לב"ד או בפני עדים להראות השיקרור.

ובכ"ז כתבו תוס' דהעבד מוחזק בעצמו. ולמה שכ' אאמ"ו ז"ל לחלק דשם לדברי העבד הוי שטר מכר שלו חספא בעלמא אם כן באמת בשטר מכר אין מוציאין ממי שיש לו שטר בסתם בלא זמן ואם כן בנידון דתו"ח אם נכתב ללוקח שטר בלא זמן יפסיד המוכר אם קנה בהחזרה.

וצריף לומר דדעת התו"ח כיון דיש ריעותא לנה הלוקח שיש לו שטר בלא זמן זה מוכח דבפועל נעשה כף מה שאין כן בגט שיקרור דאין ביד העבד לתקן שיכתב בו זמן ואף דהי' יכול לילף לב"ד או לפני עדים מ"מ אין ריעותא כל כף במה שלא עשה כן מה שאין כן בלוקח דבידו הנה שלא לקנות רק באופן שיהנה זמן בהשטר ולפי"ז באמת בשטר מתנה דליכא ריעותא יש לומר דאין מוציאין מיד בעל השטר שיש לו זמן בסתם.

אף יש לומר במתנה איכא ריעותא במה דלא אזיל לב"ד או לעדים שיכתבו זמן שראו בידו מה שאין כן בשיקרור לפעמים משחרר על ידי אחר או בעבד קטן דנמי יכול לשחררו בזה ליכא ריעותא דקטן אין לו דעת וכן אם לא הגיעו השקרור לידו עד אחר זמן לכף כתבו תוס' דצריף זמן: ועיין רמב"ן ב"ב (דף קע"א) בהא דקאמר שם בש"ס דשטרי מקח קרקע המאחרין פסולין מטעם דאם זבין ליה מיניה בינו ובינו ויאמר הלוקח הדר זבינתה מינה ובשטר חוב מאןחר פשר וקאמר דכותבין השובר סתמא דכל אימת דנפיק לרעה וכו' הרמב"ן ואם תאמר בשטר מו"מ נמי לימא הכי התי' ליכא למימר דאי מתרמי ליה זוזי ביני וביני וזבין ליה מינה דלכתוב שטרא סתם דהא אית ליה אחריות



כו' וא"נ שלא באחריות דלמא זבין לה או שעבדה לאינש אחריןא ואי כתב סתם ידו על התחתונה הלכה בעי זמן מפנרש לפיכה פסלו המאחרין מיהו אם מפנרש ביה שיהו מאחרין ליפא למיחש למידי עכ"ל.

וקשה אם נאמר דגם בשני שטרי מוכר דזוכה זה שיש לו זמן מבורר כמו שכ' התו"ח אם כן למה צריך לומר דזבין או שעבדה לאחריןא דידו על התחתונה הא הלוקח בעצמו יוציא אחר כך שטרו שיש בו זמן מבורר ויוציא הקרקע שיאמר שקנה ממנו אחר כך וצריך לומר דאינו דומה לשם במי שאבד השטר דזה שיהיה לו שטר בלא זמן יהי לו ריעותא וכשיבא לטעון על המוכר שקנה ממנו יוציא שטרו שהוא בזמן מבורר אשר קנה בזמן פלוני ואז אמרינן פיון דע"כ הוא הנה בראשון לוקח ממנו מוקמינן על חזק' מרא קמא דמאז שקנה בהחזרה שוב לא יצא מרשותו ועל הלוקח שהו' המוכר השני לברר שחזר וקנה ממנו ושטר זה שיש לו בסתם בלא זמן הוא מקניה הראשונה שהיה קודם לזה השטר שביד הלוקח הראשון.

מה שאין כן בשטר מוכר המאחר אם יהיה ביד המוכר שקנה בהחזרה שטר בלא זמן ליפא ריעותא בקמה שאין בו זמן דיאמר המוכר לכה לקחתי שטר בלא זמן הואיל דביד הלוקח שטר ממני מאחר ולכן אם יבא אחר כך בשטר זה ויאמר שחזר וקנה ממנו אחר כך בתשרי בא להוציא מחזקת מרא קמא דהמוכר דהא יש בידו שטר שחזר וקנה ממנו ושטר שיש בו זמן שביד הלוקח אינו מבורר כלל שנקטב אחר פשחזר ומכר לו דיאמר המוכר הא על פרחך אפה מודה שפעם אחת קניתי ממך קרקע זו ועליך לברר שחזרת וקניתי ממני ושטר זה הוא הראשון ומה שאין בשטרי זמן מבורר הוא לפי שחששתי על שטר המאחר שהיה בידו ואני קניתי בתוך זמן שביני ניסן לתשרי.

ועיין שם ברמב"ן דככת ביש ללנה שובר בלא זמן דכל אימת דנפיק לרעה דאף אם באו סהדי דחזיוה להאי תברא מקמי הכי אפילו הכי אי טעין ואמר להכי איכת' סתמא כי הכי דלירעיה להאי שטרא דמאחר הוא טענתיה טענה הרי אף דזה יש לו שטר מבורר בזמן והשובר ראו עדים מקמי הכי ביד הלנה מ"מ מרעינן להשטר אם טוען הלנה ששטר זה היה מאחר כן נמי בשטר מוכר אם היה פשר מאחר כשיש ביד המוכר שטר בלא זמן נאמן לאוקמי הקרקע בחזקתו פיון דעל פרחך פ"א קנה ממנו לומר דהשטר שביד הלוקח בזמן מאחר היה אבל לדין דמאחר פסול שפיר כ' התו"ח דאם כותבין להלוקח דאמר דאבד שטרו בלא זמן לא יכול לומר דשטר שביד המוכר מאחר היה דהא לא כתבו סהדי ועל פרחך בזמנו כתבוהו ולמה אין בידו שטר בזמן והוי ריעותא ואינו יכול להוציא שוב הקרקע מחזקת המוכר דיאמר פיון דעל פרחך בזמנו חזרתי וקניתי ממך עליך להביא ראיה דחזרת וקניתי ממני ושטר זה הוא בלא זמן אינו מברר להוציא מחזקת מרא קמא דידי ובשטר שקבל המוכר פשחזר וקנה שפיר מוקמינן ביד המוכר ושטר אשר ביד הלוקח אינו מברר ד יכול להיות מהקניה הראשונה לכה הנכרח הרמב"ן לומר דאינו מועיל השטר שהוא בלא זמן ביד המוכר נגד לוקח אחר דדלמא מכר או שעבדה זה הלוקח בשטר המאחר לאינש אחריןא בינתיים היינו בין ניסן לתשרי ולהם יהיה זמן מבורר כמו בתמוז והמוכר חזר וקנה ממנו בסיון וכיון דיש בידו שטר בלא זמן אף דאם בא להוציא השדה מן הלוקח נאמן בלא חזר ומכר לו מטעם מרא קמא וריעותא לית ליה

במה דאין בו זמן פינו דהיה מוכרח לזה דחש על השטר מאןחר שביד הלוקח המוכר לו עכשיו מ"מ נגד לוקח אחר שקנה בכח שטר זה שהיה ביד הלוקח מן המוכר או בע"א לא יהיה נאמן דקנה בתמוז קודם מכירה ושעבוד שלהם דהמה יאמרו אדרבה אנחנו קודם בזמנינו המבורר ואז היה ביד הלוקח למפנר ולשעבד דהיה שלו וכל המכר והשעבוד שלנו קודם לקנייתו שקנית בהחזרה ואף דבכה"ג יש לאוקמי על חזקת מרא קמא דלוקח ולומר שמכר בזמן המאןחר מ"מ יש לפעמים שהלוקח ישעבד או ימפנר באותו זמן ובכל עת שיוציא זה שטרו בלא זמן אין בידו לברר נגד הבעל חוב והלוקח האחר לכך לא מהני שטרו שהוא בסתם.

ושם בחידושי הרמ"ה (סי' ק"ה) דכתב גם כן דלית ליה תקנתא לשטר מכר מאןחר דליכא למימר דכתבין ליה לשטרא דמוכר דחזר זבין ליה מלוקח סתמא משום פסידא דלקוחות דזבניה השתא בהאי שטרא דליכא לברורי בין לוקח ראשון ללוקח שני וליכא לברורי נמי שטרא דמאן קדים אי דלוקח אי דבעל חוב עכ"ל ומשמע מדבריו דבאמת יהיה ספק דליכא לברורי ובדברי רמב"ן מבואר דיהי' יד בעל הסתם על התחתונה.

וכנראה דסובר דלוקח שאין לו זמן מבורר אף בלא ריעותא גובה ממנו בעל חוב דמוכר שיש לו זמן מבורר וכן הוכיח שם אאמ"ו ז"ל מדברי הרמב"ן. ובאמת ברמב"ן לפנינו כתב דלמא זבין לה או שעבדה ובמ"מ (פכ"ג ה"ז) הביא דברי רמב"ן שפא מכרה או נתנה לאחר ולא הזכיר שעבדו ויש לומר דסובר כמו שכ' שם אאמ"ו ז"ל דלגבי בעל חוב דבא להוציא ממון פינו דגוף קרקע בבירור הוא של הלוקח ויכול לסלקו בידים וליכא נ"מ רק להוציא ממון יש לומר דהמוציא מחבירו עליו להבי' ראיה.

אולם באמת היותר נכון כמו שכ' ברמב"ן שלפנינו דגם בעל חוב על פרזון דמוציא פשיש לו זמן מבורר מלוקח שאין לו זמן מבורר דאם לא כן לא שבקת חיי לך מלויים ויכול בכל פעם הלנה למפנר קרקעותיו המשועבדים לבעל חוב בשטר מכר שאין בו זמן פינו דלא תקנו חכמים ז"ל זמן בשטר מכר א"ו דלעולם גובה: וראיתי בשער משפט (סי' מ"ג) שהביא דברי תו"ח ה"ל ובהיא להיפך מזה מדברי ש"מ ב"מ (דף ע"ב) דכ' דשטרי מו"מ מאןחר פסול ז"ל לפיכך צריף לאזהורי בשטר מכר לכתוב יום המכירה בפירוש בכמה בחודש דאי כתוב בניסן סתמא דלמא הדר זבנה ניהלה ביוד בניסן ואיהו קא טעין אין זבנתיה ניהליה בחד בניסן ואנא זבנתיה ניהלה בעשרה בניסן והדרית וזבנתיה מינף בעשרים בניסן והאי שטרא דאיתא בידי בר עשרים בניסן הוא עכ"ל הרי דהלוקח המוחזק בהשדה אף דאין בשטרו זמן מבורר יכול להחזיק ולומר הדרית וזבנת מנף אף שבשטר המוכר מבורר הזמן ובשטרו אינו מבורר והאריף הרבה בדינים האלה והרבה יש לדבר בדבריו על פי מה שכ' לעיל והמענין ימצא הדברים ואולי יבואר עוד אי"ה במ"א בזה: סי' ח' אם אין השטר חוב בידו וטוען המלנה ששטרף אעפ"י שהוא תו"ז דעת רמב"ם דנשבע הלנה היסת ונפטי' וכן מבואר בש"ע (סי' מ"א) והראב"ד משיג עליו מאחר שהוא תו"ז למה לא יגבה ויכתוב שובר ובפ' (י"ד) ממלנה כ' ובשבועה מיהא יטול ועיין ש"ף (ס"ק י"ט) שהביא דברי המ"מ דיש ראיות מוכיחות בגמרא דאף בת"ז אם נפל איתרע.

וְרֵאִיתִי בְּרִדְבָּ"ז בְּלִשְׁנוֹת הַרְמַב"ם (ס' קצ"ז) שֶׁהִקְשָׁה עַל הָרֶאָב"ד מַה קָאָמַר וּבִשְׁבוּעָה מִיָּהָא יִטּוּל וְלֹא יִהְיֶה אֱלָא שֶׁהַשְּׁטֵר בְּיָדוֹ וְהִלְנָה טוּעֵן פְּרַעְתִּי מִי לֹא מְשַׁבְּעִין לִיהּ וְכ' וְאֶפְשָׁר שֶׁדַּעְתּוֹ ז"ל שֶׁאֵעִפ"י שֶׁלֹּא טוּעֵן שֶׁיִּשְׁבַּע אָנּוּ טְעִינֵנוּ לִיהּ וְלֹא יִטּוּל אֱלָא בִּשְׁבוּעָה אִי נִמְי אָף שֶׁהִיָּה ת"ח דְּבַעֲלָמָא אִין נִזְקָקִין שְׁבוּעָתוֹ הִכָּא שְׁנֵאָבֵד הַשְּׁטֵר לֹא יִטּוּל אֱלָא בִּשְׁבוּעָה.

וְאִינוּ מוּבָן דְּבָרָיו הָא מְבֹאָר בְּש"ס שְׁבוּעוֹת וְכִי צוּרְבֵי מְשַׁלְּחֵי גְלִימָא דְאִינְשֵׁי אֱלָא לֹא מְזַדְקִינָא לִיהּ וְהַפְּירוּשׁ דְאִין הַב"ד מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ שֶׁלֹּא לְזַלְזַל בְּכְבוֹדוֹ לְחַשְׁדּוֹ אֲבָל מ"מ לֹא מְגַבִּינֵן לִיהּ בְּלֹא שְׁבוּעָה.

וְאוּלַי פְּוֹנְתּוֹ לַמ"ש הַשְּׁ"ף (ס' פ"ב סק"ז) דַּנ"מ מַת"ח לְאִינְשׁ דְּעַלְמָא לַעֲנֵן אִם תְּפִס הַמְּלָנָה דְאָף דְּבָקֵל אָדָם לֹא נִחְתִּינֵן לְנִכְסֵיוֹ מ"מ מְשַׁמְתִּינֵן לִיהּ וּבַת"ח פִּינֵן דְתַפְס תְּפִס וְגַם לַמ"ש שֶׁשׁ הַטו"ז הַנ"מ בֵּין ת"ח לְאַחַר דְּבִאֲחַר הַב"ד פּוֹסְקִין מִיָּד שֶׁיִּשְׁבַּע הַמְּלָנָה וּבַת"ח אִין פּוֹסְקִין דִּין בִּינֵיהֶם אֱלָא דוֹחִין אוֹתוֹ עַד כִּי יַעֲשֶׂה דִין לַעֲצָמוֹ.

וְכֵאֵן שְׁנֵאָבֵד הַשְּׁטֵר לֹא יִטּוּל אֱלָא בִּשְׁבוּעָה אוֹ לְמָה שְׁכ' הַטו"ז אִין דוֹחִין אוֹתָן אוֹ דְאָף בַּת"ח אִם תְּפִס לֹא יִטּוּל אֱלָא בִּשְׁבוּעָה: בְּרַם בְּגוּף הַקְּוִשְׁיָא שֶׁל הַרְדְּבָ"ז פְּכָר קְדַמּוּהוּ הַבַּעֲה"ת מוּבָא בְּש"ף דְאִם הַזְּמַן מוֹעִיל לוֹ יִטּוּל בְּלֹא שְׁבוּעָה וְאִם אִין הַזְּמַן מוֹעִיל אָף בִּשְׁבוּעָה לֹא יִטּוּל וְהַשְּׁ"ף מְתַרְץ דְּבַתוֹ"ז יֵשׁ פּוֹסְקִים דְּצָרִיף שְׁבוּעָה וּלְכַף פְּתַב הָרֶאָב"ד דְּאֶפִּילוּ תִימָא בְּקוּבַע זְמַן צָרִיף שְׁבוּעָה פֶּאן בִּשְׁבוּעָה מִיָּהָא יִטּוּל וְיֵשׁ לְהַתְּבוּנָה בְּדַבְּרֵי הַשְּׁ"ף הָא (ס' ע"ח ס"ק ט"ו) כ' שֶׁסְּבָרָא זֹו שֶׁיִּשְׁבַּע קוֹדֵם הַפְּרַעוֹן לֹא נִמְצָא בְּשׁוּם פּוֹסֵק וְהַעֲלָה דְרַק אַחַר הַפְּרַעוֹן צָרִיף לִישְׁבַע הַיִּסֵּת וְכֵאֵן כ' הָרֶאָב"ד שֶׁיִּטּוּל וְאִינְרִי קוֹדֵם הַפְּרַעוֹן אוּלָם בְּאַמַּת מְצִינּוֹ לְמִי דְסוּבֵר פֶּן בְּטוּעֵן שֶׁפְּרַע תוּף זְמַנּוֹ דְחֵיב לִישְׁבַע קוֹדֵם הַפְּרַעוֹן דְּכֹן פְּתַב הַבַּעֲלֵי הַעֲיִטוֹר בְּחֻלְקֵי שְׁנֵי מְלָנָה עַל פֶּה וְז"ל וּמְסַבְּרָא דִינָא בְּגוֹ זְמַנֵּיהּ פְּמֵאן דְנִקְטַ שְׁטֵרָא בִּידֵיהּ דְּמִי וְאִי אָמַר לִיהּ אִשְׁתַּבַּע לִי מְשַׁתְּבַע לִיהּ וְאִיפָּא מ"ד שְׁבוּעַת הַיִּסֵּת וְאִיפָּא מ"ד חֶרֶם סֵתָם וּר"ח אָמַר דְּחִיקָא מְלִתָּא לְדַחוּיָהּ מְשַׁבְּעַת דְּרַבְּנָן עַכ"ל הָרִי מְבֹאָר דְּסִבְרָא לִיהּ מְסַבְּרָא דְאִי אָמַר אִשְׁתַּבַּע לִי חֵיב לִישְׁבַע וְהִינּוּ קוֹדֵם פְּרַעוֹן וְעִינֵן (ס' ע"ח) בְּתוּמִים וּנְתִיבוֹת.

וְאִם פֶּן אֲתִי שְׁפִיר דְּבָרֵי רֶאָב"ד מַה שְׁכ' בִּשְׁבוּעָה מִיָּהָא יִטּוּל אָף דְּכַנְרָאָה מִמָּה דְשִׁתַּק הָרֶאָב"ד ע"ד הַרְמַב"ם (פ"ד) מְמַלְנָה וּפְרָק (ז') מְשַׁכִּירוֹת דְסוּבֵר דְאִינוּ חֵיב שְׁבוּעָה דְרַבְּנָן רַק הַיִּסֵּת וְלֹא אַחַר הַפְּרַעוֹן וְלֹא פְּתַב עֲלֵיו דְבָר מְבֹאָר דְאִינוּ סוּבֵר לְזַמּוֹת פְּרַעוֹן תו"ז לְשִׁטְר מ"מ פֶּאן פִּינֵן דְאִיִּתְרַע בְּנִפְיָלָה לֹא מְסַבְּרָא לִיהּ לְמַפְסֵל הַשְּׁטֵר לְגַמְרֵי רַק לְחֵיבּוֹ שְׁבוּעָה קוֹדֵם פְּרַעוֹן.

עוֹד פְּתַב שֶׁם הַרְדְּבָ"ז לְתַרְץ דַּעַת הָרֶאָב"ד דְּדוֹקָא בְּנִמְצָא הַשְּׁטֵר לֹא מְהַדְרִינֵן לִיהּ אֶפִּילוּ בּוֹ בְּיוֹם דְאִיפָּא לְמִיחַשׁ שְׁמָא יָבֵא לְטְרוּף מְלַקּוּחוֹת אֲבָל הִכָּא דְנֵאָבֵד הַשְּׁטֵר דְלִיפָּא לְמִיחַשׁ לְמִיָּדִי יִטּוּל בִּשְׁבוּעָה פִּינֵן דְהוּא תוּף זְמַנּוֹ וְיֵשׁ לוֹמַר דְמְשַׁבְּעִין לִיהּ שְׁנֵאָבֵד וְזֶה כּוֹנֵן הָרֶאָב"ד דְּדִלְמָא יְכַבּוֹשׁ הַשְּׁטֵר וְיֵאמַר שְׁנֵאָבֵד וְאַחַר זֶה יוֹצִיאָנּוּ וְיִטְרוּן בּוֹ מְלַקּוּרוֹ.

וְהַדְּבָרִים נִפְלָאִים חֲדָא הִי"ל לְהָרֶאָב"ד לְפָרֵשׁ בְּהַשְׁיָגוֹ עַל דִּין שְׁנֵי שְׁפַתַּב הַרְמַב"ם מְשִׁם רְבוּתֵיו שְׁאֶפִּילוּ הִי הַשְּׁטֵר יוֹצֵא מִתַּחַת יָד אַחַר וְהִלְנָה טוּעֵן מְמַנִּי נִפְלֵ אַחַר שְׁפַרְעֵתִיו אָף

על פי שהוא בתוך זמנו נשבע ה' ונפטר ועל זה כ' הראב"ד ואף זה לא נהיר דבכאן  
כיון דהשטר בעולם וכשישלים יקרע השטר וליכא חשש שיטרון בו מלקוחות גובה אף  
בלא שבועה לדברי הרב"ז ועוד איה מצינו לחלק בנפילה דאיתרע בין לגבות מן הלנה  
עצמו או מלקוחות אם הלנה עומד בפנינו וטוען שפרע אם נאמר דחייב לשלם משום  
חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מה"ת לא יטרון מלקוחות ולא שמענו לומר דניחוש  
לקוחות שבאין בטענת שמה ולא ניחוש לטענות ברי של הלנה ובכא לגבות תוך זמנו  
ולטרון מלקוחות דעת הרמב"ם דאין צריף ליטבע פמבואר (סי' ע"ח) וכן נמי דעת  
הראב"ד ואם נאמר דלא איתרע בנפילה כשהוא תוך זמנו נדאי דאין לחלק בין הלנה  
לקוחות.

ועוד הנה נ"מ דאם מפורש בשטר שלא באחריות היו מחזירין להמלנה אף בלא שבועה  
כיון דליכא חשש שיטרון מלקוחות ומסתמת דברי הראב"ד משמע דלעולם צריף  
ליטבע שיטול אלא נדאי דאין לחלק בין שטר שלא יטרון מן לקוחות או שטר שאין בו  
אחריות בשניהם חייב ליטבע נגד הלנה לדעת הראב"ד: והנה הרמב"ם פתב דנשבע  
הלנה ה' ונפטר ויש להסתפק אם יכול הלנה לומר דלא ישבע עד שיקרע השטר כמו  
דהדין הוא בטענות סיטראי אם הדין דלא קרעינו ליה ולא מגבינו ביה דכתב הר"ן בפרק  
שבועות דהיינו דאין הלנה צריף ליטבע ה' עד שיקרע המלנה השטר והכא נמי  
דכונתו ועיין ש"ף (סי' פ"ב ס"ק ד') דחולק על דעת הב"ח שם במודה בשטר שכתבו  
ואינו יכול לקיימו דנאמן הלנה לומר פרעתי דדעת הב"ח דאין הלנה צריף ליטבע עד  
שיקרע השטר והביא ראיה מדברי הר"ן הנ"ל ודעת הש"ף דדוקא שם כיון דמהני תפיסה  
ורוצה להחזיק השטר כדי שייתפוס אינו בדין שישבע לנה ה' עד ה' ונאכתי לינקט שטר'  
עלי לתפן' ממנו ויכול הלנה לעשות כל טעדיק שלא יתפוס ממנו ויכול לומר פשם שאתה  
מוחזק בשטרך פן אני רוצה להחזיק בשבועתי עד שתוציא השטר מה שאין פן שם אם  
קיים השטר יתחייב לשלם לו אף בלא תפיסה צריף הלנה ליטבע ה' עד ה' וזה מחזיק  
בשטר ונאמן קיימו אחר כך גובה.

וכן מבואר פדעת הש"ף בש"מ ב"מ (דף ז') משם הרמ"ך דכ' למ"ש הרמב"ם דהלנה  
נשבע ה' עד ה' ונאמן קיימו המלנה אח"כ בב"ד ה"ה כשאר שטרות וגובה בו למדנו שאעפ"י  
שהלנה נשבע ה' עד ה' לבטל שטרו אין המלנה חייב להחזיר לו השטר עיי"ש ושם יש עוד  
סברא לומר כיון דאין נאמן לומר פרוע רק במגו דמונף ובטענות המגו הנה חייב ליטבע  
צריף עכשיו גם כן ליטבע.

וא"כ פאן כיון דלא מהני תפיסה בעדים יש לומר דאין צריף לקרוע השטר ונחייב ליטבע  
והשטר יהיה מונח וכן משמע מסתימת הרמב"ם והש"ע דכלל יחד בנאבד השטר ובמונח  
ביד אחר דחייב רק ה' עד ה' משמע דהדין הוא כמו בנאבד פן נמי במונח ביד אחר חייב  
ליטבע אף אם נשאר השטר ביד האחר.

ולמ"ש הטו"ז (ס"ס ע"ה) דרק היכא דלית ליה תקנה להשטר אז יכול הלנה לעכב  
השבועה עד שיקרע השטר משא"כ באינו מקוים דיש למצוא עדים המקיימים השטר לא  
יכול לעכב השבועה וה"נ כיון דאין לו תקנה להשטר יכול לעכב השבועה עד שיוציא  
השטר קרוע: אף יש לומר למה שנסתפק בתנאים (סי' ס"ה) אם יכול לומר אחר כך זה

שְׁמוֹנָח בְּיָדוֹ גִּזְרָתִי וּבְנֵיבוֹת שָׁם הֶעֱלָה דִּיכוּל לֹמֵר אַחַר כֶּף גִּזְרָתִי אִם כֵּן שְׁפִיר יָכוֹל  
הַמְלִינָה לֹמֵר שִׁיְהִי מִן־דְּאִילֵי יִשְׁרָאֵל הָאֶחָד עַל לְבוֹ וַיִּזְכָּר שְׂבָא לְדָוִד מִהַמְלִינָה וְאֵינוֹ  
יָכוֹל לְעַכְבַּ הַשְּׁבוּעָה.

וְלָמָּה שֶׁהֶעֱלָה הַשֵּׁ"ף דְּהַמְּוֹחֶזֶק יָכוֹל לֹמֵר קִים לִי כְּדַעַת הָרֶאֱב"ד דְּסִמְכִינוּ עַל הַחֲזָקָה  
דְּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹף זְמַנּוֹ וְלִדְבָרֵי מִהֲנִי תְּפִיסָה בְּעֵדִים אִם כֵּן דּוֹמָה לְדְבָרֵי הָר"ן הַגָּ"ל  
כְּמוֹ שֶׁכ' (ס"א פ"ב) דִּיכוּל הַלְּנָה לְעַכְבַּ הַשְּׁבוּעָה שְׂלֵא יִשְׁבַע עַד שִׁיקְרַע הַשֵּׁטֶר.

וְעֵינֵן תְּשׁוּבַת הָרֶא"ש (פְּלָל ק"ה ס"א ח') שֶׁכ' בְּאִינוֹ יוֹדַע מַה טִּיבוֹ שֶׁל שֵׁטֶר אִם הַפְּקִיד  
אֶצְלוֹ הַלְּנָה אוֹ הַמְּלִינָה דְּהֵדִין יֵהָא מִן־דְּאִין עַד שִׁיתְּבַרְר הָאֲמַת אוֹ שִׁיתְּפָשְׁרוּ שְׁנֵיהֶם שִׁיאֲמִין  
אֶחָד לְחֻבְרֵי בְּשְׁבוּעָה אֲבָל אִם יֹאמֵר הַמְּלִינָה לְלִנְה אַתָּה אוֹמֵר שֶׁפְּרַעַת אֶת הַשֵּׁטֶר אוֹ  
כְּלוֹ אוֹ מִקְצָתוֹ הַשְּׁבַע שֶׁהוּא כְּדְבָרֵי וְאֶחְזִיר לָךְ אֶת הַשֵּׁטֶר צְרִיף הַלְּנָה לִישְׁבַע שְׁבוּעַת  
הַיִּסְת כְּדְבָרֵי אִם הוּא טוֹעֵן שֶׁפְּרַע כְּלוֹ וְאִם הוּא אוֹמֵר שֶׁפְּרַע מִקְצָתוֹ יִשְׁבַע ש"ד וְאִם  
אִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע יֶחְזִיר הַשֵּׁטֶר לְמַלְּנָה עֵינֵן שָׁם בְּדְבָרֵי הָרִי מְבִנְיָר דְּבִנְשְׁבַע הַלְּנָה הַיִּסְת  
צְרִיף שִׁיתְּזִיר לוֹ הַשֵּׁטֶר וְאִ"ה יְבִנְיָר עוֹד בְּדִינִים הָאֵלֶּה לְקַמְן בְּמִקְוֹמוֹ וְכִמָּה דְּכָתַב בְּש"ע  
בְּהִנְיָר תְּרֵי דִינִים אִם נִשְׁרַף הַשֵּׁטֶר וְאֶפְּלִי הִיָּה הַשֵּׁטֶר יוֹצֵא מִת"י אַחַר וְהַלְּנָה טוֹעֵן מִמְּנֵי  
נִפְל אַחַר שֶׁפְּרַעַתִי דְּנִשְׁבַע הַיִּסְת וְנִפְטָר יֵשׁ לְדוֹן אִם הֵדִין הוּא בְּזָה כְּמוֹ שֶׁכ' הַשֵּׁ"ף (ס"א  
ס"ה ס"ק י"ב) בְּאִינוֹ יוֹדַע מַה טִּיבוֹ מִשָּׁם תְּשׁוּבַת הָרֶא"ש דְּאִם הַמְּלִינָה אִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע  
שִׁיתְּזִיר הַשֵּׁטֶר לְלִנְה אוֹ לֹא לְמָה שֶׁכ' שָׁם בְּנֵיבוֹת (ס"ק ט') דְּכ' הַטַּעַם דְּאִם אֵין הַלְּנָה  
רוֹצֵה לִישְׁבַע הַיִּסְת דְּמִחְזִירִין לְמַלְּנָה דל"ה כְּנִחְתִּינוּ לְנִכְסֵי כֵינֵן שֶׁהַשֵּׁטֶר מִן־דְּאִין מִן־דְּאִין  
הַנְּמַצָּא וְעִיקָר הֵדִין עַל הַשֵּׁטֶר לֹא הוּי כְּנִחְתִּינוּ לְנִכְסֵי כֵינֵן שֶׁהַשֵּׁטֶר מִן־דְּאִין הַנְּמַצָּא וְכֵן  
הַלְּנָה יֵשׁ לוֹ חַיִּיב שְׁבוּעָה עַל הַמְּלִינָה דְּכֵינֵן דְּאִינוֹ מְצִנָּה לְהַחְזִיר שֵׁטֶרוֹ מוֹקִים לְהַמְּעוֹת  
שֶׁפְּרַע לוֹ בְּמַלְּנָה דְּהָא לֹא פְּרַע לוֹ רַק אֲדַעְתָּא שִׁיתְּזִיר לוֹ שֵׁטֶרוֹ וַיֵּשׁ לוֹ חַיִּיב שְׁבוּעָה עָלָיו  
וּמִש"ה כְּשִׂאִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע מִחְזִיר לְלִנְה דְּזָנָה ל"ה כְּנִחְתִּינוּ לְנִכְסֵי עֵינֵן שֶׁכ' בְּדְבָרֵי וְאִם  
כֵּן זֶה דְּוִקָא הִיכָא דְּקַבְּל הַמְּלִינָה הַמְּמוֹן מִיַּד הַלְּנָה אֲדַעְתָּא שִׁיתְּזִיר לוֹ שֵׁטֶרוֹ מַה שִׂאִין כֵּן  
הִיכָא דְּהַלְּנָה טוֹעֵן שֶׁמְּמַנּוּ נִפְל וְזֶה הָאֶחָד מְצָאוֹ אִם כֵּן אֵין לוֹ לְלִנְה עַל הַמְּלִינָה כְּלוּם אִם  
כֵּן דּוֹמָה לְכָל מְקוּם דִּיהָא מִן־דְּאִין כְּמוֹ בְּמִנְהָ שְׁלִישִׁית דְּאִין לְהַמְּפַקִּירִים שְׁבוּעָה זֶה עַל זֶה  
פְּלָל וְאִינוֹ יָכוֹל לְטַעוֹן כֵּן כְּמוֹ שֶׁהֶעֱלָה שָׁם הַנְּתִיבוֹת וְהִכָּא נְמִי כֵינֵן דְּאִין לוֹ טַעְנָה עַל  
הַמְּלִינָה אִם הַמְּלִינָה אִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע לֹא מִחְזִירִין הַשֵּׁטֶר לְלִנְה אִף מ"מ יֵשׁ לֹמֵר דְּהַלְּנָה  
יָכוֹל לֹמֵר לְמַלְּנָה אִישְׁתַּבַּע לִי שְׂלֵא פְּרַעַתִי צְרִיף לִישְׁבַע וְאִם יֹאמֵר הַמְּלִינָה אִי אֶפְשִׁי  
בְּשֵׁטֶר רַק כְּמוֹ מַלְּנָה עַל פֶּה דְּאֶתָּה חַיִּיב שְׁבוּעָה יָכוֹל הַלְּנָה לְהַפְּוֹה הַשְּׁבוּעָה עַל הַמְּלִינָה  
וְאִם אִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע מִחְזִירִין הַשֵּׁטֶר לְהַלְּנָה וְלֹא צְרִיכִינוּ לְטַעְמָא שְׁפַתְב הַנְּתִיבוֹת  
דְּמוֹקִים לְהַמְּעוֹ שֶׁפְּרַע לוֹ בְּמַלְּנָה וְאִם כֵּן אִף הִיכָא דְּמוֹדָה הַלְּנָה שִׁיתְּזִיר לוֹ הַשֵּׁטֶר וּמְמַנּוּ  
נִפְל וְכֵן לִיד הָאֶחָד וְאִין לוֹ עַל הַמְּלִינָה כְּלוּם מ"מ יָכוֹל לְהַפְּוֹה הַשְּׁבוּעָה עַל הַמְּלִינָה וְאִם  
אִינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע מִחְזִירִין הַשֵּׁטֶר לְלִנְה וְלִקְמֵן בְּדִינֵי טו"נ יְבִנְיָר אִ"ה עוֹד בְּזָנָה: ס"א יט  
כְּתַב הָרַמ"א (ס"א מ"ב ס"ו) וְכָל לְשׁוֹן שֶׁהוּא פּוֹלֵל יוֹתֵר לִיפּוּי כַּח בַּעַה ש"ט וְסִתְּמָא מִשְׁמַע  
כֶּף לְפִי דַעַת הַשְּׁמוּעִים דְּנִין אוֹתוֹ כֶּף לִיפּוּי כַּח בַּעַל הַשֵּׁטֶר וְהוּא מִתְּשׁוּבַת רִשְׁב"א שֶׁבב"י  
שָׁם וּבַכְּנֵה"ג הִבִּיא מִשָּׁם סֵפֶר בְּנֵי שְׁמוּאֵל דְּדוֹקָא כְּשֶׁהַשֵּׁטֶר מִשְׁתַּמֵּע נְתָרִי אֲנָפִי שְׁוִים  
בְּמִשְׁמַעוֹת אִז יֵד בַּעַל הַשֵּׁטֶר עַל הַתְּחַתּוֹנָה אֲבָל כָּל זְמַן שְׁנוּטָה דְּבָרֵי הַשֵּׁטֶר לְסִיוַע הַתּוֹבַע  
אִז יֵד בַּעַל הַשֵּׁטֶר עַל הַעֲלִיוֹנָה וּלְבִסוּף כְּתַב וּלְדִידֵי יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק.

ולכאור' המעיין ב'רשב"א ח"ב (סי' רס"ט) שכ' בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפיכך מי שכ' סתם ע"ז משמעות הוא כותב שאולולי כן הנה לו לפרש פיון שהוא יודע שסתמן של דברים משמע בהקפה כוונתו משמע דאם רק כולל ונוטה לפי דעת השומעים ידו על העליונה מדלא פירש.

אולם מהראיה שהביא שם מב"ב ארעי דבי סיסון ואסיקנא התם דכיון דכ"ע קרו ליה דבי סיסון עיין שם משמע דהוא דוקא דנגמתו דכיון דכולי עלמא קרו ליה דבי סיסון והוא דוקא היכא שכולל לפי דעת כ"ע השומעים.

אבל אם אינו כולל לכל דעת השומעים אף אם על פי רוב משמעות השומעין הוא כפ' מ"מ פיון שיש מיעוט שאינו כולל כפ' יד בעל השטר על התחתון וראיה ברורה לזה מש"ס ב"ק ר"פ המניח ל"צ דרנבא קרו לה לכדא פדא ולחביתא חביתא ואיכא נמי דקרו לחביתא פדא ולכדא חביתא דאין הולכין בממון אחר הרוב ועיין שם בתוס' אם התנה לתת פד והקנה לו בקנן סודר ונתחייב הלוקח לתת דמים יכול הלוקח לומר לא אתן אם לא תתן לי חביות דקרו ליה לחביתא פדא לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בטר רנבא ואם המוכר קבל דמים בעד חביות יכול לומר לא אתן אלא פד הרי אף דהמוכר התחייב לתת חביות ורנבא קרו לחביתא חביתא מ"מ פיון דאיכא מיעוט דקרו לכדא חביתא אינו חייב רק פדא ומשמע פשטות דברי תוס' דאף הממון אינו חייב להחזיר וכמ"ש שם מש"ס ר"ת דאפילו לרב דהולכין בממון אחר הרוב מ"מ הכא יכול המוחזק לומר להמוציא אעפ"י שהרוב מסייעה לא תוציא ממני דקים לי בנפשי שאני מן המיעוט וא"ד למוכר שור ונמצא נגחן דלא מצי אמר המוכר קים לי בנפשי שאתה מן המיעוט דהלוקח יאמר קים לי בנפשי שאני מן הרוב הרי אף דיש ללוקח חזקת מרא קמא ורוב מסייעו דדעתו הנה על חביתא כמו שרוב קרו מ"מ פיון דאיכא מיעוט דקרו לכדא חביתא הנה לו לברר החיוב של המוכר.

וכן אם המוכר הקנה לו בקנן סודר ונתחייב בכדא יכול הלוקח לומר דכוונתו הנה על חביתא הואיל דהוא מוחזק אף דמשמעות השומעים הוא חביתא חביתא וכדא פדא מ"מ פל שאין חיובו מבוחר המוציא מחבירו עליו הראיה וה"נ אף שמשמעו רוב שומעים נוטה לסייע בעל השטר מ"מ ידו על התחתון כשכא להוציא רק היכא דמשמעות כ"ע הוא לסייעו: ובאמת הך צד שכתבו תוס' דאף בקבל המעות ונתחייב לתת חביתא דאף לרב אינו חייב רק בכד צריף ביאור מ"ש ממוכר שור ונמצא נגחן ואף דאמר קים לי בנפשי שאני מן המיעוט מה לו ללוקח בכף הא איהו סמיך על הרוב.

ונראה דכיון דהמוכר מוחזק בהמעות ונכה בהמעות בין כפ' ובין כפ' אף אם הנה דעתהלוקח על חביתא מ"מ הקנה לו המעות והפריכה ביד המוכר לתת לו חביתא ואז אין לו ללוקח שום טענה וכיון דבבירור זכה המוכר בהמעות רק אנו דנין על חיובו של המוכר במה נתחייב וכיון שיש מיעוט דקרו לכדא חביתא על הלוקח הנה לברר חיובו של המוכר דלעולם מי שכא להוציא מחבירו עליו לברר שלא הנה שום ספק וכיון דאין טענותיהם על גוף המעות דהמוכר ודאי זכה בהמעו' שקבל רק טענותיהם על התחייבות של המוכר על הלוקח לברר ולא הי' לו לסמוך על הרוב מה שאין כן במוכר שור פיון דרנבא קונים לרדיא סמך הלוקח על הרוב דשארית ישראל לא יעשו עול' וממילא פיון

דהוי מום במקח דאין המוכר יכול לומר קים לי בנפשך שאפה מן המיעוט דזבני לנכסתא דהלוקח יאמר קים לי בנפשי שאני מן הרוב דזבני לרדא ואפה הטעתי דכינו שיהי המקח על שור ידוע אע"ג דלא פירש הלוקח דלרדא קונה סמך על הרוב והמוכר מכיר במומו ועיין ברא"ש מס' חורין פ' א"ט במתלוקות הרמב"ן ור"א ז"ל אם בטרופות דסירכא מבטל המקח אם על הלוקח לאתנוני או לא אבל במום הידוע סמך הלוקח ולא התנה דשאריית ישר' לא יעשו עולה ולא יונהו במקחו וזה הכל היכא שיש תורת אונאה אבל בחיובו של חבירו צריך המוציא לברר שיהא החיוב ברור ומודה רב דאין הולכין בזה אחר הרוב להוציא הואיל דיכול לומר קים לי בנפשי דעל כד הנה חיובי: ובה מיושב מה שהקשה רבינו הגדול מרן עק"א ז"ל בתוס' במשניות שם על ר"ת מאי פרכינן בש"ס ב"ב (דף צ"ב) מהוא אומר אלמנה נשאתיה הא התם המוחזק טועו פרי ולמה שכ' לא ק' דהא לרב דסובר דמה דעפ"י רוב הוי אצל הקונה מום במקח אזלינן בתר רוב והוי כפירש הכי נמי נוציא ממון על ידי רוב נשים דבתולה נשאת ועיין ש"מ ב"ב שם משם הרא"מ ז"ל וישם כ' משם הרשב"א להקשות פינו דגברא זבין להאי ולהאי פי רובא דעלמא לרדא זבין מאי הוי והא איהו לאו מרובא הוי וכתב לתרץ דגברא דזבין להאי ולהאי ולא ידע דזבנינ' במאי הוא דרב אזיל בתר רוב' דעלמא דהאי נמי מהוא רובא הוי והיינו אף דנה האיש זבין להאי ולהאי מ"מ כשיש ספק למאי זבין אזלינן בתר רוב וכינון דרוב זבני הוא לרדא הוי נגחון מום במקח ואין לו להתנות לכך פריה שפיר דגם באלמנה נשאתיה גיזל בתר רובא דנשים.

אבל היכא דנתן ממון על חיוב של חבירו עליו לברר החיוב וכל שהוא מקום לומר אף במיעוט דכוננתו הנה כפי המיעוט מודה אף רב דהמוציא מחבירו עליו הראיה. עכ"פ מבואר דאף כשמשמעות השומעין הוא לסיוע לבעל השטר כל שאינו כן לכולי עלמא יד בעל השטר על התחונה.

שוב ראיתי בתשובת עבודת הגרשוני שכתב כן בדעת רשב"א דדוקא היכא דלכולי עלמא משמעותו של השטר כן הוא והביא ראיה מש"ס פ' המניח ה"ל: ובספר שער משפט הביא ראיה מש"ס מנחות (דף ק"ח) באם אומר שור בשנרי הקדש הגדול שבהו הקדש תורא בתוראי קאמר ופריה מבית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפל ואמאי ליחזי הידן נפל ואי קטן נפל לית ליה פסידא דהא גדול שבבתי קאמר ומשני לוקח קאמרת שאני לוקח דיד בעל השטר על התחונה ופי' רש"י דהמוציא מחבירו עליו הראיה שהמוכר מוחזק אבל הקדש גדול משמע הרי אף דגדול משמע מ"מ יד בעהש"ט שהוא הלוקח על התחונה ואינו יכול להוציא הגדול וצריך לומר דהא באמת מבואר שם דבהקדש הוי ברור דתורא בתוראי קאמר הגדול ואם מת הגדול לא יש שום ספק על השונרים הנשארים ואמאי לענין מוכר ולוקח יד בעל השטר על התחונה היינו דרק עפ"י רוב משמע דתורא בתוראי משמע וכוננתו על הגדול ובממון אין הולכין אחר הרוב.

ולפי זה הנה נ"מ אם תפס הלוקח ממנו השור הגדול לא היו מוציאין מידו פיון דרוב מסייעו וכבר הוכחנו במ"א והבאתי מדברי בעה"ת דהיכא דהרוב מסייעו מהני תפיסה אף בטענות שמה וקמו שכתב הנתיבות (סי' רל"ב) אולם מלשון רש"י דכ' אבל הקדש גדול משמע נראה דליכא שום ספק דתורא בתוראי קאמר וכן בית בביתי המשמעות הוא

על הגדול ואעפ"כ יד בעל השטר על התחנתו והמוציא מחבירו עליו הראיה משום דעל הלוקח היה מוטל לברר הדבר שלא יהיה בו שום ספק אף ע"צ הרחוק מאד ומשמע לכאורה דלא פדעת רשפ"א: אף יש לומר שם פנונה אחרת במה דקאמר בש"ס לוקח קאמרת כו' יד בעל השטר על התחנתו למה שכו' הרשב"ד בהשגו' (פ"ג) מזכיה פדעת הרי"ף דס"ל דהיכא דלא סיים המקח ל"ק כלל והקשה מהו דבית ביבתי שור בשנרי דמראהו נפל ומת ואמאי הא לא סיים כלל ולא קנה כלום וכתב וז"ל ואולי נאמר פינון שיהדין ידוע דיד בעל השטר על התחנתו כאלו פירש הגרוע או הנפול או המת ודין זה כשאינו שם אלא גרוע אחר או מת אחר שהוא פמסונים אבל אם היו שנים גרועים או מתים לדעת הרב ז"ל לא קנה כלום עכ"ל ויש להבין א"כ דאמרינו דיד בעל השטר על התחנתו והוא פמסונים אם פן אמאי מראהו נפל ומת ואף אם הגדול נפל או מת מראהו הגדול שהוא עכשיו הגרוע נימא פינון דיד בעל השטר על התחנתו הוי פמסונים הגרוע ושל המוכר מת או נפל.

וצריך לומר דאמרינו דכוננתו היה על הגרוע שיברר אחר כך וכל מכירה שמכר לו הוא על פרסו דמוכר מעכשיו מה שיברר אחר כך פמבואר מדברי רשפ"א בתשובה (סי' פ"ב) דאם לא פן לא חל כלל דאין ברייה ועל פרסו הפנונה דמוכר לו מעכשיו מה שיברר אחר כך וכמו שבארתי בארנפה בח"ר מספרי בשו"ת (סי' י"ב) ולכך אף אם מת הגדול מראהו גם כן זה.

ולפי זה יש לומר דהא דשור בשנרי הקדש אמרינו תורא בתנראי היינו השור הגדול דבהקדש ודאי הפנונה היה שיחול מיד ההקדש וסיים השור הגדול דא"ל הפנונה היה שור בשנרי המצוין לגריעות' דנדאי המקדיש בעין יפה מקדיש והפנונה היה על שור המצוין בשוריו והיינו הגדול והיפה כי כל חלב לד' פתיב וכמו שכתב הרמב"ם בכל מידי דמצוה יהיה מהמבחר והש"ס פריף דכינון דכוננתו היה על המצוין דלשון זה שור בשנרי הוא תורא בתנראי שור החשוב בשנרי נימא בבית ביבתי אני מוכר לך גם כן הפנונה על החשוב היינו המצוין ומתוך דיד בעל השטר על התחנתו ויש לומר דמוכר נדאי מוכר הגרוע ואמר לציין שור בשנרי להיפך הגרוע שבשנורים איזה שיהיה גרוע בשעה שיברר לו ולא על החשוב דיבר ושפיר כתב רש"י דגבי הקדש גדול משמע דנדאי לשון זה הוא על דבר המצוין ולא נוכל לומר דכוננתו היה להקדיש דוקא הגרוע והמצוין לגריעות' דהמקדיש בעין יפה מקדיש וכינון דיש בלשון זה משמעות ברור על מצוין אמרינו דכוננתו היה על המשופח מה שאין פן במוכר פינון דיש במשמעותו גם כן לגריעותא על הלוקח היה לברר דכוננתו היה על הגדול ומשופח והמוציא מחבירו עליו הראיה.

אבל לעולם יש לומר דהיכא דנוטה הדברים לסיועת הבעל השטר בזה ל"א דידו על התחנתו. אולם מש"ס דב"ק הנז' מבואר הדבר דלעולם הממע"ה אף אם ליכא רק מיעוטא: ברם למה שכו' יש לדון שהוא דוקא במקר בזה על הלוקח לברר מקחו אבל במתנה דכל הנותן בעין יפה נותן יש לומר היכא דמשמעות הלשון הוא להשומעים לסיועת בעל השטר ידו על העליונה אף אם הוא רק עפ"י רוב ולא לכולי עלמא ודומה להא דמבואר ב"ב (דף ע"א) במוכר את הבית דלא מכר לו את הבור כו' ובנותן מתנה נותן את כולה וקאמר בגמרא מ"ש מקר ומ"ש מתנה פירש יהודא בן נקוסא לפני רבי



זה פירש וזה לא פירש וקאמר זה הנה לו לפירש וזה לא הי' לו לפירש ופירש רשב"ם משם ר"ח ז"ל הקונה הנה לו לפירש פיון שנותרו דמים אינו מתבייש מן המוכר ומדלא הזיק להמוכר לפירש לו הפל הפסיד אבל מקבל מתנה בנשת יש לו מן הנותר ואין לו לפירש ולשאול לו בור כו' הלכה עלי דנותן רמא לגלויי ואם לא פירש קנה הפל ועיין ש"ע (סי' רט"ו) וה"נ יש לומר פיון דנותן בעין יפה נותר עליו לפירש אם עפ"י רוב המשמעות הוא לסיועת בעל השטר ומדלא פירש נקטינו לטובת בעל השטר מה שאין פן במוכר.

ויש לומר דזה דקאמר בגמרא מנחות לוקח קאמרת שאני לוקח דיד בעל השטר על התחונה והיינו אף אם נחזיק בית בביתי הוא על פי הרוב הפוננה לשבח מ"מ על הלוקח לפירש אבל במקבל מתנה יש לומר דאם נפל הקטן אין מראה לו הנפול והמת.

ואף דמוכר חצי שדה דלוקח נוטל הפחוש משום דיד בעל השטר על התחונה הדין הוא בנותן מתנה גם פן לוקח הפחוש כמבואר בר"י מיגאש ז"ל ב"ב (דף ק"ז) ואף דנותן בעין יפה נותר מ"מ אין לו רק הפחות שבמשמע פיון דהספק הוא בלשון השטר היינו פיון דלא יש משמעות בלשון לסיועת בעל השטר אבל היכא דיש משמעות יותר לטובת בעהש"ט כמו דאמר בית בביתי דהמשמעו' הוא המשנב י"ל פיון דאין על המקבל לפירש אינו יכול לומר שלף מת.

אולם למה שכ' דיש לומר לגריעותא גם פן המיוחד שבפתיים לגריעותא אם פן יש לומר דזה דומה לחצי שדה וצ"ע בזה. ועיין ריטב"א מס' נדרים (פ"ז) דמדבריו נראה דאף במתנה ואמר בית בביתי גם פן ידו על התחונה.

ומ"מ בשטר מתנה היכא דעל פי הרוב משמעות השטר הוא לטובת בעהש"ט י"ל דידו על העליונה: סי' ד לא אמרינו יד בעל השטר על התחונה בדבר שהשטר בטל בו פגון במתחייב ק' לפרעו בפסח צריך לפרוע בפסח הראשון פן כתוב בטוש"ע (סי' מ"ב) משם תשובת הרא"ש ובש"ף שם (סי' ק"י"ט) כתב ויש פוסקים פתבו דבלא"ה סתמא דמלתא המתחייב לעשות שום דבר לזמן ולא פירש אימתי חייב לעשות פן בזמן הבא ראשון כמובא בב"י משם תשובת רשב"א והוא (סי' ר"ד) בתולדת אדם בפשרנים שהטילו על ראובן לעשות אולם שישמון קורתו עליו ולא קבע לו זמן ודחה בטענה שלאקצבו לו זמן וכתב דאין ממש בטענותיו דכל עצמו לא בא שמעון אלא שיהא לו סמוך לקורות גגו לכן אומדן הדעת הוא דמיד משמע ועוד כל שמתחייב בדבר לעשות מיד משמע מן הדין כמבואר בפ' הנושא בפוסק לזון את בת אשתו ה' שנים דחייב לזון מבואר בירושלמי שם זנה חמש שנים הראשונות אעפ"י שהתנו ה' שנים סתם.

וכן מובא בב"י משם ריטב"א פתובות דשמעינו מהירושלמי הנה פי המתחייב לעשות דבר לשום זמן ולא פירש אימתי חייב לעשות פן בזמן הבא ראשון והטעם דמאן דמתני סתמא דעתיה על הזמן הראשון: ולכאורה קשה ע"ד תשובת הרא"ש דהביא ראיות מרחוק לדין זה דחייב לפרוע בפסח הראשון ולמה לא הביא ראיה חותכת מהירושלמי הנז' ובס' בני יעקב בהגהותיו לטור אה"ע (סי' קי"ד) הרגיש בזה להביא ראיה מירושלמי הנז' ורמז לתשובת הרא"ש הנז': והרב מהרי"ט אלגאזי ז"ל בספר שמחת יו"ט (סי' כ"ה) כתב לתרץ דבבת אשתו פיון דהדין הוא אם מתה אין יורשי' יורשים זכותה כמבואר שם

בירושלמי וברא"ש לכה אינו יכול לדחות ולברר איזה שנים שירצה דאם יאחר שמה תמות ובנדאי ידחה אותה עד שתמות ויפקיע זכותה אבל בנדון הרא"ש בתשוב' יש לומר דאיירי דנתחייב לו מחמת חוב דבכה"ג יורשיו יורשין זכותו וכן אם מת המתחייב יתחייבו היורשים אם נאמר דיאחר הפרעון עד הפסח שירצה לא יפסיד אף אם ימות לכה הוצרה הרא"ש להכריח הדבר מראיות אחרות עכ"ד ומדברי תשובת הרשב"א הנ"ל מבוא' דאין לחלק בזה דבנדונו אף אם ימות המתחייב או הזוכה בחיובו החיוב קל על יורשיו ויורשי שמעון יורשין זכותו.

אולם בדברי הריטב"א לכאורה יש מקום לומר דאיירי דמתחייב דבר לעשות ויורשיו לא יתחייבו בחיוב זה וכן יש לומר דאיירי בנתחייב לו ולא ליורשיו אף מדברי הריטב"א דכתב הטעם דמאן דמתני סתמא דעתיה על הזמן הראשון נראה דאינו סובר סברא הזאת דשמה תמות: וראיתי בריטב"א מס' ר"ה (דף ז' ע"ב) בהא דמבואר בש"ס שם באם עומד בתוך אדר ושוכר בית ואומר לשנה זו בהגיע ניסן לא עלתה לו שנה דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין הקשה אם פן אמאי אמר שנה זו וכ' ויש לומר דלהכי אמר שנה זו שיתחיל לדור בו מעתה ולא יכול לדחותו וכאלו אמר שנה ראשונה מה שאין פן באומר שנה סתם ידו על התחלתה ויכול לדחותו דאפילו בנדרי דאורייתא אם אמר שנה אינו מחויב בשנה הראשונה אלא מדין פל תאחר הלכה בממון יכול לדחותו עכ"ד ומבואר דאף בסתם אין דעתו על זמן הראשון ודבריו סותרין לדבריו בפרק הנושא.

ולמ"ש מהרי"ט אלגאזי ז"ל י"ל דשם פנין דאף אם ימות השוכר ירתי יורשיו זכותו לכה יכול לדחותו כמו בנדרי' דיכול לדחות ואף דשם אם ימות יתבטל הנדר מכל וכל מ"מ פנין דליכא נ"מ לגבי אדם לחבירו רק בינו לבין קונו כהוא המדה דעובר על פל תאחר ולא על פל יחל ועיין רשב"א ריש נדרים דאף באמר לא אפטור מן העולם אף דיש חשש שמה ימות אינו אף בקל תאחר רק מדרבנן.

אבל בכתובות למד מהך דירושלמי דסתמא דעתיה על זמן ראשון באופן חיוב דליתא בירושלמי. אולם מ"מ מסתימת דברי הריטב"א לא משמע פן דאיירי בחיוב שאין היורשים זוכים בו או שאין המתחייב חייב רק הוא ולא יורשיו: ואולי יש לומר ולחלק בין חיוב במתנה לחיוב בעד שוכר למה שכ' הרשב"ם ב"ב (דף ע"א) משם הר"ח ז"ל דמפרש בהא דפריה הש"ס שם מ"ש מקר ומ"ש מתנה דזה הנה ליה לפרש וזה ל"ה לו לפרש דהקונה פנין שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר ומדלא הזקיק למוכר לפרש לו הפל הפסיד אבל מקבל מתנה בנשת יש לו מן הנותן ואין לו לפרש ולשאול ועליה דנותן רמיא לגלווי ואם לא פירש קנה הפל וה"נ בשוכר בית רמיא על השוכר בעד דמים לגלווי דדעתו על שנה ראשונה וכיין דלא פירש יש ביז המשפיר לדחותו ויז השוכר על התחלתה מה שאין פן בפוסק לזון בת אשתו דהוא מתחייב בדבר שאינו חייב ובחנם רק אגב חיתון גמר ומקנה ואין ביזה לפרש על איזה שנים דבושה ממנו לכה על המתחייב לפרש ולגלות דעתו וכיין דלא פירש חייב בזמן הראשון הלא ויש לומר דגם פוננת הריטב"א דלמד מזה במתחייב לעשות דבר לשום זמן ולא פירש אימתי חייב לעשות פן בזמן הלא ראשון איירי דוקא במתחייב במתנה ובחנם דעליו רמיא לגלווי דעתו וכיין

דלא גלי דעתו סתמא על זמן הראשון: ובזה יש לנישב הא דהקשו המחברים ביה דפרייז' הש"ס פ' הנושא שם על ר"ל דפוטר באומר חייב אני לה מנה בשטר ממתניתין דחייב לזונה חמש שנים מאי לאו פי האי גוונא והוצרה לאוקמי בשטרא פסיקתא תפ"ל דשם אינו מתחייב בחנם ויתחייב מטעם שכירות כמו בכל פועל כשעושה פעולתו וכיון דלא התרצ' אמה להנשא לו רק בחיוב זה חייב מטעם שכירות ועיין בזה בס' בית מאיר (סי' נ"א) ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ה) ובמהרשד"ם חיו"ד (סי' ע"ט) ויבואר אג"ה לקמן בזה ולמה שכ' אתי שפיר דבירושלמי מביא הבבביתא דחייב לזון ה' שנים הראשונים ובלי ספק דברי הירושלמי מרומזים במשנ' מדקתני הנושא כו' ופסק עמה שזון את בתה ה' שנים חייב לזונה ה' שנים ולא קתני סתם חייב וכפל רבי הלשון חייב לזונה ה' שנים לרמז דחייב לזונה ה' שנים הראשונים והטעם פיון דהוא חייב כמתנה בחנם בושה היא לפרט לו דיתחייב ה' שנים הראשונים ועליה דהמתחייב רמאי לפרש וכיון דלא פירש חייב ה' שנים הראשונים ועל פרחו דלא התחייב מטעם שכירות רק שהוא פסק עמה כמתנה ולכך הקשה שפיר הש"ס במה מתחייב דא"ל דמטעם שכירות חייב דבזה אינו חייב לזון החמש שנים הראשונים דעליה לפרש דומיא דמכר ושכירות ולכך מביא הש"ס במכונן בהקושא על ר"ל כל לשון המשנה בכפל לשון דחייב לזון ה' שנים היינו הראשונים ומאי לאו פהאי גוונא דלא שייך בראשונים אם היה החיוב מטעם שכירות ומתריז כדר"ג דאגב חיתון גמר ומקנה.

אולם בדברי רשב"א מבואר דבכל חיוב אף בשאינו בחנם רק כמו שכירות ומו"מ נמי כל סתמא דעתם על זמן הראשון: וראיתי בהגהה בתשובת רשב"א (סי' ר"ד) הג"ל שפכת לכאורה קשה ממה שכ' הרב ז"ל (ח"ב סי' רס"א) והפונ' דשם כ' בנותן מתנה לחבירו על מנת להחזיר סתם ולא קבע לו זמן והנותן אמר לא נתפוננתי אלא שמתחזירהו מיד והמקבל אמר סתם אמרת ואין לי להחזיר לה כל ימי חיי וכל אימת שאחזרנו לה המתנה קיימת וכתב הרשב"א שהדין עם המקבל דתלוי בקיום התנאי וכל שמתחזיר כבר קיים תנאו ובכל תנאים דעלמא כהר"ז גיטף על מנת שתתן לי אצטליתי והרי את מקודשת לי על מנת שתתן לי ר' זון שפקיימת תנאה כ"ז שתתרה ואינו יכול לומר לה לא ה' דעתי אלא שתתנו לי מיד וכן כתב עוד הרשב"א (ח"א סי' אלף) ואמאי לא נימא גם כן דכל סתמא משמע מיד מן הדין.

ועיין ב"ש אה"ע (סי' קמ"ג ס"ק י"ד) דדעתו אימת שתבעה מחוניבת לקיים התנאי כמו הקובע ז"פ אחר הפסח עיין שם ודבריו תמוהין הא פסקינן בש"ע ח"מ (סי' רמ"א) דבמתנה ע"מ להחזיר ולא פירש זמן דיקול להחזיר אימת שירצה ושם הוא אף כשתובע ואף שטוען ברי שפך הנה פוננתו במתנה שנתן מ"מ כל אימת שירצה מקיים תנאו ובס' תו"ג הרגיש שם בזה עכ"פ צריך באמת לחקור בטעם הדבר מ"ש מחיוב לקיום התנאי ועיין שם בב"ש (סק"ו) שס"ל בהתנה שתתן לאחר ל' יום אין זמן קבוע וכתב ול"ד לאומר אחר הפסח דחייב לשלם אחר פסח ראשון דשם הטעם דאם לא פן בעל השטר והטור לא סבירא ליה כרשב"א דלעולם אף כשלא יתבטל אמרינן אחר פסח הראשון אף היכא דלא שייך שיתבטל הדבר עיי"ש בדבריו ולא אבין מלבד מה שתמהו עליו שם בספר ב"מ ות"ג דנדאי לאחר ל' יום הוי פקבע זמן ואין זמן אלא יום אחד לאחר ל' יום הא בהכרח צריך לומר אף לדעת הרשב"א והסוברים דחייב סתמא הוא בזמן הראשון

זה דווקא במתחייב לעשות ולא קצב זמן אבל במתנה תנאי והטיל במעשיו לקיום הדבר על תנאי כמו במגרש לאשתו על מנת שתתן לו איזה דבר או ר' זוז דכין דלא קבע לה זמן הברירה בידה לעולם לקיים התנאי כמבואר מש"ס ורמב"ם (פ"ח) מגירושין ובתשוב' הרשב"א הנז' וכן אף במתנה תנאי בקידושין שמקדשה בפרוטה ואמ' ע"מ שאתן לה מנה בידו לקיים כ"ז שרוצה ואינה יכולה לכופו כל י"ב חודש כמו דמבואר בטוש"ע אה"ע (סי' ל"ח ס' ל"ו) אולם שם פוננתו ליתן בעת הנשואין כמו שכ' שם הב"ש ועיין שם ברמ"א (סעיף ח"י) באומר על מנת שאראף מנה כשלא הנה לו בשעת קידושין והרויח אח"כ והראה לה י"א דמקודשת ונה דעת הרמ"ה והרא"ש חולק דצריף שיהנה לו בשעת קידושין דאם לא פן מה גבול יש לו לעולם יאמר עדיין יש לי זמן ועיין שם במקנה ביאור הדברי' ובשם מהרש"ל דדעת הרמ"ה דדעתיה הנה כשמתבצע ולא יתן לה יתבטלו הקידושין ויש גבול לדבר ובע"כ צ"ל דתנאי הוא ענין אחר ודווקא בחייב לעשות אינה דבר חיוב מוחלט בזה כל זמן דאינו מפרש חל החיוב בזמן הראשון ואף בחיוב שאינו לזמן וכמבואר מדברי ריטב"א ורשב"א משא"כ ביטול תנאי שעל אחרים לעשות הן במגרש מנת שתתן לו הן במעמלה"ח פנין דכל תנאי אינו חיוב מוחלט דאם אינו רוצה אינו מקיים בזה כשאינו מפרש הזמן נחית ע"ד זה שיהנה הברירה בידי המקבל לקיים התנאי כ"ז שירצה ועיין מ"מ (פ"ח) מגירושין (סוף הכ"ב) שכ' דווקא במתחייב לזון ה' שנים חייב ה' שנים הראשונים אבל בנותן מתנה או גט ומתנה שיזון ה' שנים כ"ז שיזון נתקיים התנאי ואין התנאי דווקא בה' שנים הראשונים אלא באיזה זמן שירצה זן ומקיים התנאי עכ"ד והיינו דתנאי צריף שיהי' מבוקר באר היטב כדי שיבטל המעשה וכיין שהתנה רק על עצם הפעולה ולא הזכיר הזמן לא נכנס הזמן בגדר התנאי.

או דבתנאי בגט פנין דלאחר לא תנשא עד שתקיים התנאי יש לו זמן מוגבל וכן בקידושין יש זמן מוגבל פנ"ל ובמתנה על מנת להחזיר צריף שיקיים התנאי בחיו ואם מת קודם התנאי נתבטל המתנה ונעשה גזלן למפרע לכה הברירה בידי המקבל אימתי שירצה יקני' התנאי ואינו דומה לחיוב ובדיני תנאים כשאזכר לבאר יבואר בזה בארנפה בעז"ה: סי' כא אם לא כתב זמן בשטר הלואה אינו יכול לטרוף מהלקוחות שיכולין לומר קנינו קודם להלואתה וי"א שאם קנו אחר שראו העדים השטר טורף מהם כמבואר ש"ע (סי' מ"ג ס"א) והש"ף שם הסכים לדעת הי"א ובתנאים האריף להשיג על ראיותיו של הש"ף והביא ראיות דאינו טורף מדברי הרא"ה והריטב"א כתובות (דף צ"ד) דאם כתב בשטר זמן השנה אף שבאו עדים שנכתב בתחילת השנה אינו טורף אלא מסוף שנה דאינו מוציא קול אלא מזמן שמוכח מתוכו וכן שטר מאוחר אמרינן דדעתו שלא יחול השעבוד עד הזמן ה"נ באין בו זמן וכבר עמד ע"ז בספר בני יעקב ובתשובת ריח השדה.

וראיתי בספר מ"ש (סי' ק"ד אות כ"ו) כתב לחלק דהר"ן איירי שהעדים ראו ההלואה שהנה בתחילת חודש או שנה ואמרינן דלמא ההלואה היתה באותו יום והשטר נתאחר בחתימתו עד סוף שנה או חודש ונהיה מלנה על פה עד חתימת העדי' בשטר אבל אם ראו העדים דכתיבת השטר הנה בתחילת חודש או שנה גם הר"ן מודה דגובה מניה ולא ראה בדברי הרא"ה שכתב להדיא דאפי' מפורש שבאו עדים שנה השטר נכתב בתחילת השנה אינו גובה דאינו מוציא קול אלא מזמן שמוכח מתוכו וכן נמי פוננת הר"ן לאו דווקא שבר"ח לנה ולא ראו מסירת השטר אלא אף אם באו עדים והעידו שכתב ומסר בתחילת

חונדש ג"כ אינו גובה פנין שאינו מוכח מתוך השטר דהא כתב פן על שני שטרות היוצאים ביום אחד דאפילו לנה מזה תחילה וכ' ומסר אפילו הכי אינו עדיף מחבירו דהשעבוד אינו חל אלא מסוף היום שמוכח מתוך השער ושם פנונתו אף דיש עדים שכתב ומסר לזה תחילה וה"נ מה שכ' אפילו באו עדים שמר"ח לנה היינו נמי שראו אז מסירת השטר אפ"ה אינו טורף אלא מסוף החונדש ובס' בגי יעקב (דף מ"ח) מחלק בין לית ביה זמן פלל דבזה מוציאין הקול מיד לאם יש זמן חונדש או שנה והדברים דחוקים.

ובגתיות פתב דבאין בו זמן פלל עדיף פנין דיתבטל השעבוד מפל וכל אמרינו דאחריות טעות סופר כמו בגוף אחריות פשלא נכתב בשטר מה שאין פן במאןחר או זמן השנה דלא יתבטל מפל וכל האחריות רק מזמן שמוכח מתוך השטר הוי כמו שכ' מקצת אחריות דלא אמרינו אחריות טעות סופר.

אולם בדברי הרא"ה מבואר דאינו מוציא קול אלא מזמן שמוכח מתוכו ואם פן אף אם נאמר אחריות טעות סופר מ"מ פנין דאינו מוכח מתוך השטר דדלמא בכינון לא נכתב בו זמן מדעת הלנה שלא צינה לכתוב בו זמן.

ואף בגוף אחריות פשלא נכתב בהשטר אמרינו דטעות סופר הוא והעדים שידעו שלא נעשה ברצון המלנה מוציאין קול ואף דאם מתו העדים מיד באותו יום מ"מ טורף ממשעבדי היינו דמוכח מתוך השטר דסתמא הוא באחריות אית ליה קלא גם אחר כף וידעו לקוחות להזהר מה שאין פן פשלא כתב פלל זמן דיש לומר פנין דסתם שטר הוא בזמן וזה אין לו זמן לא תלינו בטעות סופר וסברו דבמכונן לא נכתב זמן פדי שלא יטרף מלקוחות.

ואף בנכתב אחריות בהשטר יש לומר דע"י הב"ד יכול לעשות המלנה קיום ומעשה ב"ד יש לו קול. ועוד אם נאמר דמטעם טעות סופר אתינו עלה למחשב לשטר מזמן שראו עדים השטר אם פן בשטר חיוב במתנה נאמר אף דקבל עליו אחריות ושיעבד הנכסים פנין דאין בו זמן אף דיתבטל האחריות מפל וכל נימא פנין דלא שייך לא שדי אינש זוזי בכדי לא יטרף ממשעבדי ומסתימת דברי הי"א משמע דאין לחלק בין שטר הלנאה אם בשביל שהלנה או שנתחייב במתנה בחנם וא"ל דאם פן מבטלין השעבוד מפל וכל מה בכף דכינון דלא שייך לא שדי זוזי בכדי יש לומר דכתב אחריות על אחר זמן פרעון דאחר כף פשלא ישלם ויתבע בב"ד יחייבו לשלם ושישעבדו נכסיו מאז: ובפרישה כתב מדכתב הטור הטעם דאינו יכול לגבות מלקוחות שיכולין לומר קנייתינו קדמה להלנאה משמע כל דליכא ה"ט פגון שידוע בעדים שקנו אחר כף טורף וכמו שכתב הר"י משום דמשעת פתיבה עדים מפקי לקלא ובנדאי שמעו הלקוחות ואינהו דאפסידו אנפשייהו וכן דייק הב"ח מדברי הטור ודבריהם יקשה למה כ' בש"ע דין זה משם י"א פנין דכן מוכח מדיעה הראשונה ג"כ.

ויש לומר דהא במלנה על פה אף אם שיעבד נכסיו בפני עדים דאינו גובה ממשעבדי דלית ליה קלא פשלא כתב וחתם עדים בשטר ואז אף אם הלקוחות ידעו וקנו אחר ההלנאה אינו טורף מהם ולא אמרינו אינהו דאפסידו אנפשייהו דכינון דלא יש שטר מחל השיעבוד ולא סמך דעתו פנין דלעולם יכלו הלקוחות לומר דלא ידעו מן ההלנאה.

וּכְמוֹ כֵן בְּשִׁטְרֵי שְׂאֵין בּוֹ זְמַן פִּינּוֹן דְּאֵינוֹ מוֹכַח מִתּוֹךְ הַשִּׁטְרֵי אֵינוֹ מוֹצִיא קוֹל רַק מִזְמַן שְׂמוּכַח מִתּוֹךְ הַשִּׁטְרֵי שׁוֹב אֶף דִּישׁ עֲדִים שְׂרָאוֹ הַשִּׁטְרֵי בְּיַד הַמְּלִינָה קוֹדֵם קִנְיִית הַלְּקוּחוֹת וְאֶף אִם יִדְעוּ הַלְּקוּחוֹת מְזֵה גַם כֵּן אֵינוֹ טוֹרֵף מֵהֶם דְּכִינּוֹן דִּיכּוֹלִין לֹאמַר קִנְיִיתֵינוּ קִדְמָה לְהַלְוָה לִיכָּא סְמִיכַת דַּעַת דְּהַמְּלִינָה פִּינּוֹן דְּאֵין הַקּוֹל יוֹצֵא מֵהַעֲדִים שְׂרָאוֹ רַק מִשְׁעַת פְּתִיבַת הַשִּׁטְרֵי וְהֵם לֹא יוֹצִיאוּ הַקּוֹל רַק כְּמוֹ דְּמוּכַח מִתּוֹךְ הַשִּׁטְרֵי שׁוֹב אֶף אִם הַלְּקוּחוֹת בְּעֶצְמָם יוֹדְעִים וְרָאוּ אֶת הַשִּׁטְרֵי בְּיַד הַמְּלִינָה מ"מ אֵינוֹ גּוֹבֵה מֵהֶם פִּינּוֹן דְּאֵז בְּשְׁעַת פְּתִיבַת הַשִּׁטְרֵי לִיכָּא קוֹל וְהַלְּקוּחוֹת לְעוֹלָם יְכוֹלִין לֹאמַר שְׂקִדְמָה קִנְיִיתָם מִשְׁטְרוּ אֵינוֹ סוֹמֵךְ דַּעַתוֹ וְהָיָה כְּמַלְוָה עַל פֶּה וְזֶה פְּנוּנַת הַטּוֹר וּש"ע מ"ש שְׂיְכוֹלִין לֹאמַר קִנְיִיתֵינוּ קִדְמָה לְהַלְוָה אֲתָךְ אֵין הַפְּנוּנָה שְׂיֵאמְרוּ כֵּן רַק פִּינּוֹן שְׂיְכוֹלִין לֹאמַר כֵּן שׁוֹב לִיכָּא הוֹכְחָה מִן הַשִּׁטְרֵי וְלֹא חָל הַשְׁעָבוֹד כְּלָל: עוֹד הֵבִיא הַתְּנַמִּים רְאֵיהֶם מְבוֹרְרַת מִדְּבָרֵי רִישׁוֹלְמִי (פ"ג) דִּיבְמוֹ' וְגִיטִין פ' הַמְּגַרֵשׁ מוּבָא בְּרִשְׁבָּ"א גִיטִין שְׁם דְּקִתְנֵי ג' שְׁטָרוֹת הִלְלוּ גּוֹבֵה מִבְּעַל חוּב וְאֵינוֹ גּוֹבֵה מִשְׁשַׁעְבְּדֵי וְקִתְנֵי שְׁם דְּאֶף בְּהוֹחֲזוֹק שְׁטָר בְּיַד הַמְּלִינָה אֵינוֹ גּוֹבֵה וּפְלִיגֵי אֲמוּרָאֵי ר"ב אָמַר מְפָנֵי קִנְוִינְיָא ר' אֲבִין אָמַר מְפָנֵי שְׁהוּא פְּסוּל לְוָה הִזְקוּן וְשַׁעְבְּד הִבְּן אֵית לָךְ לְמִימַר מְפָנֵי קִנְוִינְיָא לֹא מְפָנֵי שְׁהוּא פְּסוּל וּפִי' הַרְשָׁבָ"א שְׂאֵין לוֹ דִּין שְׁטָר לְגַבּוֹת מִשְׁשַׁעְבְּדֵי פִּינּוֹן שְׂאֵין לוֹ קוֹל וְהָיָה שְׁם בִּירוּשְׁלַמִי אֵיתָא עוֹד הוֹכְחָה דְּמְפָנֵי שְׁהוּא פְּסוּל מִדְּקִתְנֵי אֶף בְּגִיטֵי נְשִׁים כֵּן אֵית לָךְ מִימַר מְפָנֵי קִנְוִינְיָא לֹא מְפָנֵי שְׁהוּא פְּסוּל וְהָיָה מְפָנֵי שְׁהוּא פְּסוּל.

וְקָשָׁה הָא בְּתוֹס' יְבָמוֹת (דף ל') וְגִיטִין (דף ג') מְבוֹרָר דְּכ"י בְּכ"י פְּסוּל הוּא מְשׁוּם קִנְוִינְיָא וְשְׂלֵא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה שְׂלֵא כְּדִין: [אֲגַב גְּבָאָר דְּבָרֵי תוֹס' גִּיטִין הַנִּזְ"ל לְפִי שְׂרָאִיתִי בְּאַבְגֵי מִילּוּאִים.

ח"ב (סי' ע"ח) דְּמְפָרֵשׁ דְּבָרֵיהֶם לְדַרְכּוֹ וּנ"מ לְדִינָא וּלְדַעַתִּי הַעֲנִיָּה אֵין פִּירוּשֵׁם כְּדְבָרֵי דְּכְתָבוּ דְּבַכ"י א"נ הָאִשָּׁה לְטָרוּף מִן לְקוּחוֹת שְׂקִנּוּ הַפִּירוּת מִהַבְּעַל מִזְמַן הַפְּתוּב בְּגִט שְׁפָתָב בְּכַתָּב יְדוּ רַק הַפְּסוּל מְשׁוּם דְּהָאִשָּׁה תְּפָסִיד שְׂלֵא כְּדִין שְׂיְכַתּוּב יוֹם שְׁעוּמַד בּוֹ וְלֹא יְקָדִים וְאֵז הָיָה לָהּ לְטָרוּף מִזְמַן הַפְּתוּב בּוֹ וְאֵנּוּ חוֹשְׁשִׁין אוֹתוֹ שְׂהַקְדִּים הַזְּמַן וּלְכָךְ פְּסוּלוּהוּ דְּהַשְׁתָּא כְּדִין לֹא תְּטָרוּף מִזְמַן הַפְּתוּב דְּדוֹנְקָא בְּגִט כְּפֶשֶׁר גּוֹבֵה מִיּוֹם הַפְּתִיבָה.

וְצָרִיךְ לְהַבִּין עַל אֵיזָה זְמַן קָאֵי דְּבָרֵיהֶם אִם עַל הַפִּירוּת שְׂל אַחַר הַנְּתִינָה הָא ע"ז לִיכָּא חֲשֵׁשׁ דִּיכּוֹלָה לְהֵבִיא גִיטָה לְב"ד אוֹ לְעֲדִים וְיְכַתְּבוּ לָהּ שְׂמָאוֹתוֹ הַיּוֹם נְתַגְרָשָׁה כְּמוֹ שְׁפָתָבוּ תוֹס' (דף י"ז) ד"ה עַד שְׁעַת נְתִינָה דְּמְשׁוּם הַפְּסִיד דִּיזָה לֹא צָרִיךְ זְמַן.

וְאִם עַל פִּירוּת דְּמְשַׁעַת חֲתִימָה קָשָׁה גַם כֵּן לְמָה שְׂכ' תוֹס' שְׁם ד"ה רל"ק דְּלְכָךְ סְבָרוּ רַבְּנָן נְכַתְּב בִּיּוֹם וְנִחְתָּם בְּלִילָה פְּסוּל אֶף דְּרָאוּי לְגַרְשׁ בּוֹ מִיָּד מ"מ יֵשׁ לְבַעַל פִּירוּת עַד שְׁעַת חֲתִימָה פִּינּוֹן דְּלִיכָּא נְמִי קוֹל אֵין הַבְּעַל מְפָסִיד פִּירוּת אִם כֵּן פִּינּוֹן דְּכָל עֵיקַר הַטַּעַם דְּלֹא מְפָסִיד הַבְּעַל הַפִּירוּת מִן שְׁעַת פְּתִיבָה הוּא מְשׁוּם דְּלִיכָּא קְלָא מְמִילָא בְּכַתָּב יְדוּ דְּלִיכָּא קוֹל אֵינוֹ מְפָסִיד רַק מִשְׁעַת נְתִינָה וְאֵילָךְ אִם כֵּן אֵין הַפְּסִיד לְהָאִשָּׁה וְאֵמָּאֵי פְּסוּל.

וּבס' א"מ שְׁם הַכְּרִיז מְזֵה דְּכִנְנ' תוֹס' עַל פִּירוּת דְּאַחַר הַנְּתִינָה וְהִיא לֹא תְּבִיא גִיטָה לְב"ד פִּינּוֹן דְּרָאוּי שְׂיֵשׁ בּוֹ זְמַן לֹא תְּפִיק אֲדַעַתָּה דְּסִמְכָה דַּעַתָּה וְסִבּוּרָה שְׂיֵאמִינוּ לָהּ כְּפִי הַפְּתָב יְד שְׂבִינְדָה וְתְּפָסִיד אַחַר הַנְּתִינָה וְהוֹכִיז מְזֵה דְּהִיכָא דְּלְכַתְּחִילָה לֹא תִנְשָׂא יֵשׁ לְבַעַל פִּירוּת וְהוּא הַדִּין בְּסִפְק מְגוֹרְשָׁת דְּאֲגִידָה בִּי יוֹתֵר דְּאֲפִילוּ אִם נְשִׂאָת תְּצַא כ"ש שְׂיֵשׁ לוֹ פִּירוּת וְחִיב בְּפִרְקוּנָה וְדִלָּא כְּמוֹ שְׂכ' ב"מ ב"מ (דף י"ב) מְשֵׁם הַרְמ"ךְ לְהַסְתַּפֵּק בְּמַגְוִרְשָׁת

ואינה מגורשת אם אשתו הוא לכל דבר חוץ ממציאתה: ולי הצעיר נראה פיון דמבואר ש"ע אה"ע (סי' צ' ס"ד) דאינו יורשה ה"נ לענן פרקונה הוי הבעל מוחזק וממילא אינו אוכל פירות וכ"ש היכא דהדין הוא דאם נשאת לא תצא ופירושו דכוננת תוס' גיטין על פירות דאחר הגתינה לא נהירא דבתוס' יבמו' כתבו להדיא וז"ל ופעמים תפסיד האשה שלא פדין בשלא הקדים הזמן ואנו חוששין אותו שביום הגתינה פתב והקדים הזמן ומפסיד' האשה שלא פדין פירות שמשעת הזמן עד הגתינה אבל פשנפסלנו לא תפסיד שלא פדין דהא דאין לבעל הפירות משעת פתיבה ונתימ' הוא דוקא בגט פשר מבואר דעיקר חשש הפסד דאשה הוא רק משע' פתיבה ולא משעת גתינה דאין לנו לחוש על הפסד שלה משבא הגט לידה במה שפידיה לשמור ממנוה וחששו רק על ההפסד במה שאין בידה ולעולם אף דלכתחילה לא תנשא מ"מ הפירות הם להאשה פיון דגט פשר הוא מד"ת.

והא דקשה אמאי בכתב בכ"י מפסיד הבעל הפירו' משעת פתיב' הא מ"מ לית ליה קלא. נראה דהא בלאו הכי קשה לסברת תוס' דמשום הקול מפסיד הפירות למה תקנו פלל זמן לר"ק משום פירות הא בלא פתב בו זמן אין העדים מוציאים הקול פמבואר פאן מטור וש"ע אם פן פדין תפסיד האשה ובא"מ (סי' קכ"ז) הוכיח מזה דדע' תוס' כדע' רבינו ירוחם שהיא ד' הי"א בשו"ע ונה דוחק.

גם קשה דהקשו הש"ס (דף י"ז) פיון דאם נשאת לא תצא מה הועילו חכמים בתקנתו ומתרגז אהני דלכתחילה לא תנשא דוחק לומר פיון דלכתחילה לא תנשא שזה יהיה פנונת הש"ס דבשביל זה לא תפסיד.

וגם מהא דפריף פתב בו שבוע חודש שנה אין הקול יוצא עד הסוף וכדין תפסיד וגם מה סברא הוא זאת באם הקול יוצא שרוצה לגרש או שגירש יפסיד הבעל בשביל הקול הפירות ואם אין קול יוצא תפסיד האשה: לכה נראה דכוננת תוס' דהא לר"ש פיון שנתן עיניו לגרשה אף לאחר זמן מרובה שוב אין לו לבעל פירות מיד ורבינו סברו דאם באמת נתן עיניו לגרשה מיד שוב אין לו לבעל פירות אף דנתעכב זמן מה רק אם פתב הגט לגרשה לאחר זמן לא מפסיד עדיין הפירות וסברו אף שכתב הגט על דעת לגרשה מ"מ פל זמן שלא חתמו העדים לא נתברר אם דעתו לגרשה מיד ואולי לא נתן עיניו רק לגרשה אחר זמן והא דמצוה עכשיו לכתוב הגט הוא משום דמזדמן לו סופר וכ"ז שלא חתמו עליו עדים אולי לא נתן עיניו לגרשה מיד ולא נפקע ממנו זכות הפירות רק פשמצוה להעדים לחתום אז חזינו דרוצה וגומר בדעתו לגרשה פיון דהקול יוצא דרוצה לגרשה וגומר בדעתו בגירושין מיד וזה לא גיחא ליה אי לאו דבבירור נגמר בדעתו לגרשה מיד ועיין בחידושי רמב"ן ז"ל דכתב הטעם דלא מקדים כו' הוא משום דהקול יוצא דרוצה לגרש ואם פן עיקר הא דמפסיד הבעל הפירות מטעם הקול היוצא לא שהקול גורם שיפסיד דזה אינו סברא פלל רק הקול שיוציא זה לראיה ועד נאמן פיון דלא איכפת ליה בפירסום הדבר מוכח שבאמת רוצה בגירושין וכיון דמוכן לגרשה לכה שוב אין לו לבעל זכות בהפירות ואף בשטר שאין בו זמן דלית ליה קלא היינו הזמן לית ליה קלא אבל מ"מ עצם הדבר נדאי הקול יוצא ויוציא עכ"פ הקול שחפץ בגירושין וגמר בדעתו לגרשה וכיון דיזענו דלא קפיד ע"ז שיוציא הקול ומצוה להעדים לחתום הוי בירור

שְׂרוּצָה לְגֵרֶשָׁה עֶכְשָׁיו כְּמוֹ שׁ וְזֶה אֶתִי שְׁפִיר בְּכוֹתֵב גֵּט וְחוֹתֵם עֲדִים עָלָיו אֲבָל בְּכוֹתֵב בְּכֹתֵב יָדוֹ דְּלַעֲוֹלָם יֵשׁ בְּיָדוֹ לְכֹתֵב וְאִם אֵינוֹ רוּצָה לְגֵרֶשָׁה עֶכְשָׁיו מֵה זֶה שְׁמִיָּהֵר לְכֹתֵב לְכֹן מוֹדִים רַבָּנָן דְּזֶה הָיָה כְּמוֹ חֲתִימַת הָעֲדִים וְשׁוֹב אֵין לְבַעַל פְּיֹרוֹת מִיָּד אֵף דְּאֵין הַקּוֹל יֹצֵא וְלִכְךָ פְּתָבוֹ תוֹס' דְּכֹתֵב יָדוֹ פְּסוּל שְׁלֵא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה שְׁלֵא כְּדִין וְאֶתִי שְׁפִיר פֶּל הַקְּוִשְׁיוֹת הַגְּ"ל וְכוּנֹנַת תוֹס' כִּינֹן דְּפָסוּל לְכֹתְחִילָה תְּפָסִיד כְּדִין הִינֵנוּ עַד שְׁעַת נְתִינָה אֲבָל לְאַחַר הַנְּתִינָה לֹא תְּפָסִיד דְּתוֹכֵל לְהִבִּיא מִיָּד גִּיטָה לִב"ד וְלֹא חֲשָׁשׁוּ אִם תְּהִיָּה טוֹעָה בְּדַעְתָּה וְלַעֲוֹלָם דְּאֵין לְבַעַל פְּיֹרוֹת אֵף הִכָּא דְּלְכֹתְחִילָה לֹא תִנְשָׂא וּז"ב וְדִלָּא כְּבַעַל הַקְּצוּה"ח בְּאַבְנֵי מִילּוּאִים הַגְּ"ל.

וְגַם אֵינוֹ מוֹכַח כְּלָל דְּד' תוֹס' דְּשִׁטְר שְׁאֵין בּוֹ זְמַן יֵשׁ לוֹ ג"כ קוֹל לְעַנְיָן לְגִבּוֹת מִמְשַׁעְבְּדֵי [הַדְּרָן לְדַבְּרָנוּ עַכ"פ מְבֹאָר דְּבִגְיִטִין הַפְּסוּל הוּא מְשׁוּם קְנוּנָה. וְצָרִיךְ לוֹמַר דְּעַכ"פ עֲצָם הַפְּסוּל אֵינוֹ מְשׁוּם קְנוּנָה דְּהִי' לָהֶם לוֹמַר דְּכָשֵׁר אֵף לְכֹתְחִילָה דְּתִנְשָׂא וְשְׁלֵא תְּטָרוּף הַפְּיֹרוֹת מְלַקּוּחוֹ רַק בְּשִׁבִיל שְׁלֵא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה חֲשָׁשׁוּ.

אוּלָּם קָשָׁה לְמָה שֶׁכ' תוֹס' גִּיטִין שָׁם וְעוֹד יֵשׁ לוֹמַר דְּחִיּוּשֵׁינוּ דְּאַחַר הַפְּתִיבָה מִיָּד תְּתַפּוֹס הַפְּיֹרוֹת וְתֹאמַר שְׁכָבֵר נִתְּגַרְשָׁה מְזַמֵּן הַפְּתוּב בּוֹ וְעֵינֵינוּ שָׁם בְּמַהְר"ם לויבֵּלִין בְּבִיאֹר דְּבָרֵי תוֹס' מְשָׁם רֹב הַתְּלִמִּידִים דְּאֵף דְּאֵין בְּיָדָהּ לְגִבּוֹת דְּחִיּוּשֵׁינוּ שְׁמָא הַקְּדִים הַזְּמַן וְעוֹשָׂה קְנוּנָה מ"מ תְּפִיסָה מְהֵנִי וְהוּא פִּירֵשׁ בְּעַנְיָן אַחַר אֲבָל עַכ"פ עֵינֵינוּ הַפְּסוּל מְשׁוּם קְנוּנָה אִם כֵּן לְגַבֵּי ד"מ ג"כ י"ל דְּעֵינֵינוּ הַפְּסוּל הוּא מְשׁוּם קְנוּנָה וְאִפ"ל דְּרִאִיוֹת ר' אֲבִין בִּירוּשְׁלַמִּי הוּא מְמַה דְּתַנִּי אֵף בְּגִיטֵי נָשִׁים כֵּן אֵית לָךְ לְמִימ' מְפָנִי קְנוּנָה אֵינוֹ מִן פְּתֵב בְּכֹתֵב יָדוֹ רַק מֵגֵט דְּפָסוּל בְּאֵין בּוֹ זְמַן דְּשָׁם לִיכָּא טַעְמָא דְּקְנוּנָה רַק אוֹ מְטַעַם שְׁלֵא יְחַפֵּה עַל בֵּית אַחוֹתָו אוֹ מְשׁוּם פְּרִי שְׁלֵא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה כֵּן נָמִי אֵף בְּהַחֲזוֹק הוּא מְפָנִי שְׁהוּא פְּסוּל וְלֹא מְפָנִי קְנוּנָה.

וְהָא דְּבִאָּמַת לֹא פְּסָלוּ גֵט שְׁאֵין בּוֹ זְמַן מְטַעַם זֶה לִר' יוֹחָנָן דְּלֹא אָמַר כְּרִישׁ לְקִישׁ דְּקִסְבַּר יֵשׁ לְבַעַל פְּיֹרוֹת עַד שְׁעַת נְתִינָה וּמְלֹאֲחַר נְתִינָה לֹא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה דְּתוֹכֵל לְהִבִּיא גִיטָה לִב"ד הָא מ"מ יֵשׁ פְּסִידָא דְּלַקּוּחוֹת שְׁהִיא לֹא תְּבִיא גִיטָה לִב"ד וְתֹאמַר שְׁנִתְּגַרְשָׁה מְקוֹדֵם וְתַתְּפּוֹס הַפְּיֹרוֹת מְלַקּוּחוֹת יֵשׁ לוֹמַר דְּמְשׁוּם חֲשָׁשׁ זֶה בְּלִבְד לֹא הָיוּ מְתַקְּנִים לְפָסוּל גֵּט שְׁאֵין בּוֹ זְמַן דְּהַלְקוּחוֹת יְכוּלִין לְהַזְהֵר שְׁלֵא תְּתַפּוֹס לְכָךְ סָבַר ר"י דְּעֵינֵינוּ הַתְּקַנָּה הִנֵּה בְּשִׁבִיל שְׁלֵא יְחַפֵּה וּפְסָלוּ גַם כֵּן פְּתֵב בְּכֹתֵב יָדוֹ.

וְלִר"ל ק גַּם כֵּן אֵף דְּסוּבֵר דְּזִנּוּת לֹא שְׁכִיחַ וְלֹא הָיָה הַתְּקוּנָה זְמַן רַק בְּשִׁבִיל שְׁלֵא תְּפָסִיד הָאִשָּׁה מ"מ כִּינֹן שְׁתַּקְּנוּ בְּשִׁבִיל זֶה זְמַן פְּסָלוּ גַם כֵּן בְּשִׁבִיל פְּסִידָא דְּלַקּוּחוֹת שְׁלֵא יְפָסִידוּ אִם תְּתַפּוֹס אֲבָל אִם לֹא הָיָה לִר"י הַחֲשָׁשׁ חִיפּוּי רַק שְׁתַּקְּנוּ זְמַן בְּשִׁבִיל חֲשָׁשׁ הַפְּסִידָא כְּשִׁתְּפּוֹס אֵין סְבָרָא לְתַקְּנָה בְּשִׁבִיל זֶה זְמַן וְכֵן לִר"ל ק עֵינֵינוּ הַחֲשָׁשׁ הוּא פְּסִידָא דְּיָדָהּ וּבְשִׁבִיל שְׁתַּקְּנוּ זְמַן פְּסָלוּ גַם כֵּן פְּתֵב בְּכֹתֵב יָדוֹ מְפָנִי הַחֲשָׁשׁ פְּסִידָא דְּלַקּוּחוֹת כְּשִׁתְּפּוֹס: וְרִאִיתִי בְּסִפְר דְּבָרֵי חַיִּים לֵאמֹר "ו"ל דִּינֵי גִיטִין (ס' ה') דְּכ' דְּבִגֵּט שְׁאֵין בּוֹ זְמַן כְּלָל לֹא הָיָה מְהֵנִי תְּפִיסַת הָאִשָּׁה דְּדוֹקָא בְּכֹתֵב בְּכֹתֵב יָדוֹ שְׁיֵשׁ בּוֹ זְמַן רַק דְּאֵנִי חִיּוּשֵׁינוּ שְׁמָא הַקְּדִים הַזְּמַן וְעוֹשָׂה קְנוּנָה מְהֵנִי תְּפִיסָה אֲבָל בְּאֵין בּוֹ זְמַן כְּלָל לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה.

וְלִי צָרִיךְ עֵיוֹן בְּזֶה אִם מְהֵנִי תְּפִיסָה בִּישׁ בַּהֲכ"י זְמַן עַל פְּרָחָךְ אֵף דִּישׁ רִיעוּתָא דִּישׁ לָהּ לְהִבִּיא הַגֵּט לִב"ד אוֹ לְהַעֲדִי וְשִׁיכְתְּבוּ לָהּ הַזְּמַן שְׁרָאוּ הַגֵּט בְּיָדָהּ וּבְכָל זֹאת כִּינֹן דְּטוֹעָנַת



בְּרִי דְמֵאֵז נִתְגַּרְשָׁה וְהָרִי גְרוּשָׁה לְפָנֵינוּ מִהֵנִי תְּפִיסָה לְמָה לֹא יִהְיֶי תְּפִיסָה אִף בְּאֵין בּוֹ זְמַן וְאִפְשָׁר לּוֹמַר דְּהָא בְּאַמַּת הַרְשָׁבָ"א בְּתַשׁוּבָ"ה הַמְּיֻחָסֵת לְרַמְבַּ"ן מְסַתְּפָק אִי חֵיִישֵׁינוּ בְּכ"י לְקַנּוּנְיָא וְכַתֵּב שֶׁמֶט הַטַּעַם דְּלֹא חֵיִישֵׁינוּ לַעֲשׂוֹת מַעֲשֵׂה וְלַחֲתוּם בְּשֶׁקֶר לֹא עֲבִידִי וּבְתוֹמִים (ס"ק ג') הִבִּיא דְבָרָיו וְכַתֵּב מִזֶּה רְאִיָּה לְדַעַת הַש"ף לְהַסּוּבְרִים דְּמַלְנָה עַל פֶּה מְוֻקְדָּם קוּדָם לְמַלְנָה בְּשֶׁטֶר מְאֻחָר דָּאֵם אֵינוּ יָדוּעַ בְּעֵדִים רַק בְּכַתֵּב יָדוּ דְלוּה לֹא חֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא וְהִבִּיא דְבָרֵי תוֹס' הַנ"ל דְּכַתְּבוּ דְחֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא בְּכַה"ג וְאֵם פֶּן יֵשׁ לּוֹמַר דְּוֻקָּא אִם פְּתַב בְּהַכ"י הַזְּמַן מְפֻנְרֵשׁ וְהַחֲשָׁשׁ הוּא רְחוּק וְיִחְתָּוּם בְּשֶׁקֶר וְלְדַעַת הַרְשָׁבָ"א לֹא חֵיִישֵׁינוּ לְכַף אִף דְּכַתְּבוּ תוֹס' דְּחֵיִישֵׁינוּ מ"מ אִם תְּפִסָּה מִהֵנִי תְּפִיסָתָה אֲבָל לְקַנּוּנְיָא דִּיכְתָּוּב פְּתַב יָדוּ דְחֵיִיב לּוֹ וְלֹא יִכְתָּוּב בּוֹ שׁוּם זְמַן פְּלִל דְּאֵינוּ עוֹשֵׂה מַעֲשֵׂה בְּשֶׁקֶר פְּלִל אִז אִף דָּאֵם יֵאמַר אַחַר כֶּף שֶׁהוּא מְוֻקְדָּם הָנִי רַק דִּיבּוּר בְּעֵלְמָא מְקַרֵי וְאֵמַר כְּמוֹ שְׂכ' הַרְשָׁבָ"א שֶׁמֶט וְאִז אִף תְּפִיסָה לֹא מִהֵנִי וְעֵינֵינוּ שֶׁמֶט בְּמָה שֶׁכַּתֵּב אֵאמ"ו ז"ל לְדַחוּת רְאִיוֹת הַתְּוֹמִים מִדְּבָרֵי תוֹס' הַנ"ל דִּישׁ לּוֹמַר כְּמוֹ שְׂכ' הַרְשָׁבָ"א דְּלֹא חֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא בְּזִה רַק שֶׁמֶט בְּגִיטִין דְּאִחְזוּקֵי אֵינְשׁ בְּגִזְלָנָא לֹא מְחֻזְקִינוּ וְכֵינֵן שֶׁהַבְּעַל מְכַר הַפִּירוֹת לְלִקְוֹחוֹת הָנִי כְּאוֹמַר אִז שֶׁהֵם שְׁלוֹ וְשֶׁעֲדִינֵינוּ לֹא גִירְשָׁה אִם פֶּן רְגִלִים לְדָבָר שֶׁבְּכּוֹנֵן הַקָּדִים הַזְּמַן בְּהַגֵּט וְשֶׁעֲשֵׂה קַנּוּנְיָא וְאִף דְּעַל כְּרַחֵף עֲשֵׂה מַעֲשֵׂה רְשָׁע מ"מ מְחֻזְקִינוּ דְּאַחַר כֶּף עֲשֵׂה שְׂלֵא כְּהוֹגֵן וּמְחֻזְקִינוּ דְּבַעַת שְׁמֵכֵר הַפִּירוֹת עֲדִינֵינוּ לֹא גִירְשָׁה וּמוֹקְמִינוּ אוֹתוֹ עַל חֻזְקַת כְּשָׁרוֹת וְאַחַר כֶּף אֵיחְרַע חֻזְקַתוֹ לַעֲשׂוֹת קַנּוּנְיָא מִה שְׁאֵין פֶּן בְּשֵׁנֵי בַע"ח מְאַחַר דְּלִיכָא רִיעוּתָא לֹא חֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא וּמִיִּישָׁב בְּזִה גַם פֶּן דְּמִהָר"ם אֶלְשִׁיף ז"ל (ס"ב ס"ב) בְּנִידוּנוֹ שֶׁמֶט דְּחֲשָׁשׁ לְקַנּוּנְיָא אֵינוּ חוֹלֵק עַל תְּשׁוּבַת מְהָר"ם לּוּבְלִין דְּסוּבְרַב בְּכ"י מְוֻקְדָּם דְּקוּדָם לְמַע"פ בְּעֵדִים הַמְּאֻחָר כְּמ"ש הַש"ף (ס"ב ס"ב) דְּשֶׁמֶט בְּנִידוּן דְּמִהָר"ם אֶלְשִׁיף הָנִי כְּהוֹדָה מְוֻקְדָּם שְׂלֵא מְכַר בְּהַחֲזָרָה כֵּינֵן דְּהַשְׁפִּין הַבֵּית לְלוֹי לְכַף אֵיחְרַע וְחֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא וְדוּמָה לְדְבָרֵי תוֹס' גִּיטִין הַנ"ל וְדְבָרָיו גְּבוּנִים לְמֵאֵד דְּהָא הַתְּוֹמִים בְּעַצְמוֹ כ' שֶׁמֶט לְסַלֵּק רְאִיוֹת הַש"ף מִתְּשׁוּבַת הַרְשָׁבָ"א כֵּינֵן דִּישׁ חֻזְקָה כֹּל מִה שֶׁבִּיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ וְזֶה בְּכ"י לְהוֹדוֹת דְּהַחֲצִי מְנַכְסִיו אֵינוּ שְׁלוֹ אֵיחְרַע הַכ"י שֶׁהוּא נֶגֶד חֻזְקָה מִה שְׁאֵין פֶּן בְּסַתֵּם כְּת"י שְׁחֵיב מֵאֵן יֵימַר דְּחֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא.

וְאִם פֶּן מְמִילָא שׁוּב לִיכָא רְאִיָּה מִדְּבָרֵי תוֹס' דְּגַם פֶּן הוּא נֶגֶד חֻזְקָה דְּלֹא מְחֻזְקִינוּ לֵאֵינְשׁ שְׁיִמְכּוֹר דְּבָר שְׁאֵינוּ שְׁלוֹ וּבִיּוֹמֵר דְּהוּא נֶגֶד חֻזְקַת א"א אִף דְּהוּא גְרוּשָׁה לְפָנֵינוּ מ"מ מְחֻזְקִינוּ דְּבַעַת שְׁמֵכֵר הַפִּירוֹת הִיָּתָה עֲדִינֵינוּ אִשְׁתֵּי אִישׁ: עוֹד יֵשׁ לּוֹמַר דְּמִדְּבָרֵי תוֹס' אֵינוּ רְאִיָּה לְחוּשׁ לְקַנּוּנְיָא לְמ"ש בַּח"ר בְּאוּרְוָה בְּדִינֵי שְׁבֵת (ס"ב ל"א) דְּבְכָל מְקוּם שְׁאֵנוּ דְּנִין עַל הַפֶּרֶט הַמְּקַרְהָ אֲשֶׁר יִקְרָה רְאוּי לְמִיזַל בְּתַר רַבָּא כְּחַק הַתּוֹרָה אִף דְּנִמְצָא מִיעוּט חַק הַתּוֹרָה לְמִיזַל בְּתַר רַבָּא אֲבָל חֲכוּ"ל חֲשָׁשׁוֹ עַל דְּבָר הַהוּא וְטַבַּע לְמַתְּנָן אִף הַמִּיעוּט דְּבְכָל עוֹלָם וּבְזַמְנֵים טוֹבָא יִקְרָה אִף דְּבָר מְמִיעוּט עֵי"ש וְה"נ דְּכּוֹנְתִיָּה דַּעַת הַסּוּבְרִים דְּהַכ"י מְוֻקְדָּם קוּדָם וְאֵינוּ חוֹשְׁשִׁין עַל קַנּוּנְיָא כֹּל זְמַן דְּלִיכָא רִיעוּתָא לְפָנֵינוּ לְאַחְזוּקֵי בְּרִישִׁיעָא דְּעֲשׂוֹ קַנּוּנְיָא אֲבָל חֲכוּ"ל דְּתַקְנוּ זְמַן בְּגִיטִין חֲשָׁשׁוֹ עַל פְּסִידָא דְּאִשָּׁה שְׁיֻכַּל לְהַנְדָּמֵן הַמְּקַרְהָ בְּזַמַּן מִן הַזְּמַנִּים וְאִישׁ וְאִשָּׁה שְׁיִעֲשׂוּ קַנּוּנְיָא דִּישׁ הַמִּיעוּט גַּם פֶּן בְּעוֹלָם שְׁיִעֲשׂוּ שְׂלֵא כְּהוֹגֵן בְּזַמַּן מִן הַזְּמַנִּים לְכֵן פְּסִלוֹ כ' בְּכ"י שְׂלֵא יַעֲשׂוּ קַנּוּנְיָא וְהוֹצֵרְכוּ לְחוּשׁ שְׂלֵא תוֹצִיא הַפִּירוֹת מְלִקְוֹחוֹת וְאִם פֶּן תְּפִסִּיד הָאִשָּׁה בְּלֹא זְמַן וְאִם נְכַתֵּב הַזְּמַן וְאֵנוּ דְּנִין עַל הַפֶּרֶט יֵשׁ לּוֹמַר דְּלֹא חֵיִישֵׁינוּ לְקַנּוּנְיָא.

ולכאורה יש להעיר בדברי תוס' גיטין ה"ל ל' למה לא אמרינו קרקע בתזקת בעלים עומדת כמבואר ב"מ (דף ק"י) במלנה אומר חמש ולנה אומר שלש דגם לענון פירות אמרינו קרקע בתזקת בעלים עומדת והכא נמי פינו דיש ספק אם מכר הבעל הפירות קודם דנתגרשה או אח"כ נימא לאוקמי הקרקע בתזקת האשה אולם זה אינו דוקא שם דומה להא דר"נ דאמר אף הכא בסוף החודש קרקע בתזקת בעלים עומדת דאזלינו בתר שעת לידת הספק וכינו דהספק נולד בתחילת החודש ואם הנה בא המשפיר בתחילת החודש אמרינו קרקע בתזקת בעלי עומדת לכן אף בכא בסוף החודש חייב השוכר לשלם.

אבל פאן עכשיו לנו הספק אימתי בא הגט לידה ואם היתה מראה הגט מיד להעדים או לב"ד מיד אחר הנתינה לא הוי שום ספק בדבר פינו דידענו מאותו יום וזמן הפתוב בהגט בינה ורקעכשיו שלא ידענו מתי בא הגט לידה אין מוציאין הפירות דמוקמינו האשה על תזקת אשת איש ואמרינו דאחר כף נתגרשה: שוב ראיתי בספר מקור מים חיים שהעיר בזה והעלה דבאמת מצד הדין הנה לנו לאוקמי הקרקע בתזקת בעלים כמבואר ב"ב (דף קנ"ח) גבי נפל הבית עליו ועל האשה דנכסים בתזקת יורשי אשה רק דמ"מ אינו מוציא מהלקוחות דהוי כמו מלתא דעביד' לגלויי כמו מס' ב"מ שם והכא נמי עבידא לגלויי מתי בא הגט לידה או ע"י עדי מסירה או באופנים אחרים והאריה בזה.

ולענ"ד להוציא מיד הלקוחות וחות כשלא תפסה מצד קרקע בתזקת בעלים עומדת א"ד כלל לנידון דשטר שכ' בו שגין סתמא ונפל הבית עליו ועל האשה דכאן אין הספק נולד על הקרקע רק על הפירות אזלינו בתר המוחזק פינו דמקודם לא הי' שום ספק בדבר לדעת אימתי נתגרשה ובכא בסוף החודש אזלינו בתר שעת לידת הספק והספק נולד מתחלת החודש ובכא בתחלה היינו מוקמינו קרקע בתזקת בעלי' לכף גם עכשיו פולה למשפיר אבל פאן נולד הספק אחר שהחזיק הלוקח במקחו לכף אזלינו בתר המוחזק.

אף בזה שפיר קאמר דהא דמהני תפיסת האשה ומזה למד הקצוה"ח (סי' ס"ט) דאף בכ"י מוקדם אף אם ניהוש לקנוניא ואינו גובה נגד מלנה על פה בעדי' מ"מ תפיסה מהני ובנתיבות שם כתב דאין בזה שום סברא ומדחיק את עצמו לפרש דברי תוס' גיטין בדרה"ק רחוק.

ולמה"ל אינו ראי' דבגט הוי כמלתא דעבידא לגלויי דאין מוציאין מן המוחזק ולכף מהני תפיסת האשה מה שאין פן בכ"י אם ניהוש לקנוניא לא הוי מלתא דעבידא לגלויי יש לומר דאף תפיסה לא מהני והדברים ראויים למי שאמרם ובה מיןשב נמי דברי תוס' גיטין (דף י"ז) דכתבו דתקנו זמן בגט שחרור דאי לא הוי בו זמן פועמים שהנה מוכר עבדו ואחר כף כותב לו ג"ש בלא זמן ויאמר העבד להלוקח שיביא ראיה שהשטר מכר שלו קודם לשחרור והעבד מוחזק בעצמו וכבר עמדו על זה האחרונים למה לא מוקמינו העבד על חזקתו דמעיקרא עיין ספר בני יעקב (דף פ"ח) ובשמחת יו"ט מגאון עולם מהרי"ט אלגאזי ז"ל (סי' כ"ה) ולהנ"ל אתי שפיר דליחוש לקנוניא שלא יכתוב כלל גט שחרור לשחררו לא חיישינו ובנדאי מסר לו פדינא בפני עדי מסירה וכן אם נותן גט שחרור בתתימת העדים בלא זמן הוי מלתא דעבידא לגלויי ומנהני תפיסת העבד כמו דמהני בקרקע וכן בכתב בכתב ידו גם פן יש לומר דלא חיישינו שלא יגרשה כלל רק מסור לה הכ"י בלא עדי מסירה בשביל לקנוניא לתפוס מן הלקוחות הפירות זה לא

תְּחִישִׁינוּ דְּלֹא יִקְלַקְלַהּ רַק שְׂיִגְרָשָׁה בְּאֵמֶת אַחַר הַמְּכִירָה וַיִּמְסֹר לָהּ בְּפָנַי עֲדֵי מְסִירָה וְאִזּוּ מְהֵרָה תִּפְסָה כִּינּוּן דְּהוּי מִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי ע"י הַעֲדֵי מְסִירָה.

אָדָּה מַה שְׂכִי בְּשֵׁם בְּסִפְרֵי הַנְּ"ל דְּגַם בְּכ"י הוּי מִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי לֹא נִהִירָא כְּלָל וְדַבְרֵי תוּס' מְיֻנְשָׁבִים דְּבִגֵּט הוּי מִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי שְׁפִיר עַל יְדֵי עֲדֵי מְסִירָה דְּלֹא חָשׂוּד לְקַלְקֵלָה שְׂיִמְסֹר בִּינְדָה כ"י בְּלֹא עֲדִים מַה שְׂאִין כֵּן בְּמִמּוֹן בְּכ"י יֵשׁ לֹמֵר שְׁפִיר כִּינּוּן דְּתִישִׁינוּ לְקִנּוּיָא מְסֹר לֹו בֵּינוּ לְבֵינוּ וְלֹא הוּי עֵבִידָא לְגִלּוּי כְּלָל וְל"מ תִּפְסָה: אָדָּה מ"מ יֵשׁ לְגַמְגָּם בְּזָה לְמַה שְׂכִי הַש"ך (ס"י ש"י"ז ס"ק ח') מְשֵׁם הַרִיטְב"א ב"מ דְּהָא דְמַהֲנֵי תִפְסָה בְּמִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי הוּא דְנוּקָא הֵיכָא דְתַפְס קֶצֶת בְּרִשׁוֹת דְּלֹא עֵיפֵב עֲלִיו הַלְוָה כְּשֹׁאֲכַל יוֹתֵר מִב' שָׁנִים וְהוּי לִיָּה כְּמֵאן דְתַפְס בְּרִשׁוֹת שְׂאִין מוֹצִיאִין מִמְּנֹו וְאִפ"ה אִם חִזּוּר וְהוֹצִיא מִמְּנֹו גַם כֵּן א"מ מִמְּנֹו אֲבָל בְּתַפְס לְגַמְרֵי שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת אֲפִילוּ בְּמִלְתָּא דְעֵבִידֵי לְגִלּוּי מִפְקִינוּ מִנִּיהָ אִם כֵּן בְּהַחֲשֵׁשׁ דְתַתְּפוּס הַפִּירוֹת מְלַקּוּחוֹת לֹא שְׂיִיךְ לְחוּשׁ שְׂתַתְּפוּס בְּרִשׁוֹת דְּזָה וְדָאֵי לֹא נִיָּתֵן לְהֵאמֵר שְׂיִפְסֹלוּ בְּשָׁבִיל חֲשֵׁשׁ תִּפְסָה בְּרִשׁוֹת רַק בְּתִפְסָה שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת וּבְזָה לֹא מְהֵרָה אֲרָ בְּמִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי.

וְאוּלַי יֵשׁ לֹמֵר דְּנוּקָא שְׂכִי הוּאִיל דְהַשְׁטֵר מְסִייעוּ לְהַלְוָה דְכְּתִיב בּוֹ שְׁנִין סְתָמָא וְסְתָמָא הוּא שְׁנִים כְּמוֹ שְׂפִתְב שְׂכִי הַב"ח וְהַדו"פ וְהַנ"י ב"מ שְׂכִי בְּפ' הַמְקַבֵּל לְכָךְ צְרִיךְ עוֹד לְטַעַם דְּהוּי קֶצֶת כְּתַפְס בְּרִשׁוֹת כִּינּוּן שְׂהַנִּיחוּ לָוָה לְמַלְוָה לְאַכּוֹל הַפִּירוֹת שְׂל שְׁנָה שְׁלִישִׁית אִיִּתְרַע לִיָּה סְהַדוּתִיָּה דְשְׁטֵרָא וְהוּי קֶצֶת כְּתַפְס בְּרִשׁוֹת אֲבָל בְּלֹא הֵכִי לֹא מִפְקִינוּ בְּמִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי אֲרָ בְּתַפְס שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת וְכֵן מְבֹאֵר מַד' רַמְב"ן בְּש"מ ב"מ (ד"ו) וְנ"י שְׂכִי וְרִשְׁב"א רִישׁ (פ"ב) דְכְּתוּבוֹת דְּבְּמִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי לְעוֹלָם לֹא מִפְקִינוּ מְרִשׁוֹת הַתּוֹפְס אֲרָ בְּתַפְס שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת וּמִדְּמֹו לְהֵאֵי דְכָרַק הַמְקַבֵּל וְעַל כֵּן אֲרָ דְהַתָּם הוּי כְּתַפְס בְּרִשׁוֹת הִיא מְשׁוּם דְנָגַד רִיעוּתָא דְשְׁטֵרָא מְסִייעוּ צְרִיךְ לְזָה הַרִיטְב"א דְהוּי קֶצֶת כְּתַפְס בְּרִשׁוֹת.

אוּלָּם בְּרִיטְב"א ב"מ שְׂכִי מְבֹאֵר דְבְּכָל מְקוֹם אֲרָ דְעֵבִידָא לְגִלּוּי לֹא מְהֵרָה כְּשֹׁתְפָס שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת אֲבָל דַּעַת רַמְב"ן וְרִשְׁב"א וְהַנ"י דְמַהֲנֵי אֲרָ שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת כְּלָל וְהַש"ך שְׂהַעֲתִיק (ס"י ש"י"ז) דְבְּרֵי הַרִיטְב"א בְּלִי חוֹלֵק הוּא מְשׁוּם דִּישׁ לֹמֵר דְכְּנֻנְתּוֹ דְנוּקָא עַל נִידוֹן דְשְׁנִין סְתָמָא דְבְּזָה יֵשׁ לֹמֵר דְגַם הַרְמְב"ן מוֹדָה דְהוּא דְנוּקָא בְּתַפְס קֶצֶת בְּרִשׁוֹת אֲבָל בְּכ"מ מְהֵרָה אֲרָ בְּתַפְס שְׂלֵא בְּרִשׁוֹת וְא"ש דְבְּרֵי תוּס' הַנְּ"ל דְתַפְסָה מְהֵרָה הוּאִיל דְהוּי מִלְתָּא דְעֵבִידָא לְגִלּוּי וְכֵן בְּעֶבֶד דְמוֹחֲזֵק בְּעֶצְמוֹ כְּשֵׁשׁ בִּידוֹ שְׂיִחְרוּר שְׂאִין בּוֹ זְמַן: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּכ"י מְקֻדָּם וְשְׁטֵר מְאֻחָר אוּ מְלֻוָּה עַל פֶּה מְאֻחָר בְּעֲדִים לְמַה לֹא נֵאמַר בְּרֵי וְשְׂמָא בְּרֵי עֲדִיף כִּינּוּן דָּאִין שְׁנִיָּהֶם מְוַחֲזָקִין קִי"ל דְבְּרֵי וְשְׂמָא בְּרֵי עֲדִיף כְּמ"ש הַרְמְב"ן ב"ב (דף ל"ד) וְרִיטְב"א רִישׁ ב"מ וְכִינּוּן דְזָה טוֹעֵן בְּרֵי וְזָה טוֹעֵן וְשְׂמָא נִימָא בְּרֵי עֲדִיף דְהוּי כְּמוֹ שְׂאִין שְׁנִיָּהֶם מְוַחֲזָקִין בְּשְׂלָמָא בְּדַבְרֵי תוּס' רִישׁ גִּיטִין דְשְׂכִי הוּא נָגַד לְוַחֲזָק שְׁקֻנָּה הַפִּירוֹת מְהַבְעֵל וְטוֹעֲנִין לְלוֹקַח כְּמוֹ טַעֲנוֹת בְּרֵי כְּמוֹ דְטוֹעֲנִין עֶבֶר יוֹרְשִׁים כָּל מַה דְאֵבִיָּהֶן מְצִי לְמִיטְעֵן וְהוּי כְּמוֹ טַעֲנוֹת בְּרֵי כְּמוֹ שְׂכִי הָרָא"ש (רִישׁ פ"ב) דְכְּתוּבוֹת אֲבָל נָגַד בְּעַל חוֹב לֹא מְצִינוּ דְטוֹעֲנִין עֶבֶרוּ כָּל מַה שְׂהַלְוָה יְכוֹל לְמִיטְעֵן וּמְבֹאֵר בְּרָא"ש בְּתַשׁוּבָה (כְּלָל צ"ט ס"י ז') דְדוּקָא לְיוֹרֵשׁ טוֹעֲנִין דְיוֹרֵשׁ כְּרַעְיָה דְאֵבִיָּהֶן וְהוּא מְוַחֲזָק בְּנִכְסִים וְטוֹעֲנִין לִיָּה אֲבָל בְּעַל חוֹב קִי"ל מְכָאן וְלְהַבָּא גוֹבָה וְהוּא בָּא לְהוֹצִיא וְאִינוּ יְכוֹל לְהוֹצִיא אֲלֵא בְּטַעֲנָה בְּרוּרָה וְדָאִית וְלֹא טוֹעֲנִין לִיָּה.

וכ"כ דטוענין ללוקח פנין דכבר זכה בקנינו אף שא"ב ולא הוה חזק עדיין מ"מ הוי כמו טענת ברי ולכך חששו לפסיקא דאשה דלא תוכל ליקח הפירות ולהוציא מיד הלוקחות אף אם עדיין אינו מוחזקין אבל בבעל חוב שפא לגבות מהלנה נדאי דלא טוענין בעד המאןחר טענת ברי ואם פו גימא ברי ושפא ברי עדיף ובתשובה המינסת (סי' כ"ב) ה"ל דכ' בבאו פולן בבת אחת לגבות מב"ח ולא הוי ביהו אלא כדי שטר אחד אפטר הנה לומר דמלנה בשטר המאןחר קודם שאין לבעל פתב יד עדים ממש שקדם אבל אם קדם זה וגבה איה נוציא ממון מספק ואם יש ספק בזמן על התובע לברר שהוא קדם ויקשה למה לא גימא בו"ש ברי עדיף.

ויש לומר לדעת התוס' וכן דעת הרשב"א ב"ק (רפ"ה) דר"ה ור"י דסברו ברי ושפא ברי עדיף הוא דוקא בברי טוב והשפא גרועה דהנה לו למידע אבל בברי גרוע ושפא טוב היכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינו ברי עדיף הכא נמי לדין דאף היכא דאין שניהם מוחזקין אמרינו ברי ושפא ברי עדיף הוא דוקא בברי טוב ושפא גרוע היכא דהו"ל למידע אבל היכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינו ברי עדיף והכא נמי לא הוי ליה לבעל השטר או המלנה על פה בעדים למידע אם יש לו לאיזה בעל חוב כ"י מוקדם.

ולדעת הרמב"ן דסובר דר"ה ור"י דברי ושפא ברי עדיף אף בלא הוי למידע כמבואר בבעה"ת יש לומר באמת דברי ושפא היכא דאין שניהם מוחזקין ברי עדיף נגד שפא אף בלא הו' ליה למידע וידוע דתשובה המינסת הוא לרשב"א ז"ל ולכך דן רק פשהחזיק בו וכבר זכה מחמת שטרן וירד לביתו ומספק אל תוציאנו מביתו.

ולכאורה שם בגידון דרשב"א דמשמע שהלנה הגבהו ומכר הבית לנכרי ונכרי מכרו אחר כך לישאל הוי כמו לוקח דכבר זכה בהבית והבעל השטר פא לגבות חובו אף שהוא מאןחר מפני שפא הכ"י לא הנה אמת אם פו הוי כמו לוקח עכ"פ דיכול לסלק בזווי אם פו הספק הוא רק על הדמים ועל הדמים הוי הלוקח מוחזק.

אולם דן שם בכ"מ אם פכר גבה ובע"ח מאןחר אם נאמר מה שגבה לא גבה אינו יכול לסלק בזווי כמבוא' בדברי תוס' פתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת [ובקצוה"ח (סי' ק"ז ס"ק ה')] מסתפק בזה אם בע"ח מאןחר יכול לסלק למוקדם במעות והדברים מבוארים בתוס' ה"ל] ולכן כ' דבספק אין מוציאין: וראיתי לאא"ז מורי ורבי ז"ל בדברי משפט (סי' מ"ח) שדן דהיכא דיש עדים לבעל הכ"י המוקדם למלנה על פה מאןחר בעדים והעדים של בעל המוקדם לא ידעו הזמן דבנה אמרינו ברי ושפא ברי עדיף פנין דינענין נדאי דהלנה חייב רק היכא דלית ליה להמוקדם עדים פלל דלא ידענו פלל אם חייב לו אמרינו אין ספק מוציא מידי נדאי פנין דזה יש לו נדאי שעבוד אף שהוא מאית' ולמוקדם לא ידענו אם יש לו פלל שעבוד אבל היכא דיש לו שעבוד בנדאי רק הספק מי המוקדם בזה אמרינו ברי ושפא ברי עדיף ולמה שכ' דהיכא דלא הוי ליה למידע והברי גרוע והשפא טוב לא אמרינו בנה ברי ושפא ברי עדיף אף היכא דאין שניהם מוחזקין מלבד לדעת רמב"ן דסובר דר"ה ור"י דבו"ש ברי עדיף הוא אף בלא הוי לי' למידע יש מקום לומר דהיכא דאין שניהם מוחזקין גם פו דבו"ש ברי עדיף הוא אף בלא הוי ליה למידע.

וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני ג"מ ונ"ח (סוף סי' ג') שם כ' על דברי מר אביו ז"ל בד"מ ה"ל דדבר זה אינו דמאחר דיש להמאןחר זמן ידוע בעדים וזה שפא בכ"י

אין לו זמן ידוע דהא חיישינן לקנוניא דומה להא דכתובות (דף צ"ד) דנותן לנה שיש בו זמן ובש"מ שם פתוב לפרש אפילו אהד שטר הלואה וכ' בו ה' ניסן וללוקח שטר מוכר כ' בו ניסן סתם גובה המלנה דהערקע בכתובת בעלים עומדת וה' בניסן עדיף טפי הכא נמי פאן פיון דחיישינן לקנוניא הוי הכ"י פאין בו זמן ולמלנה על פה יש לו זמן ינתן לו ומוקמינן על החזקה של"ה נשתעבד לנה עד אחר כף עיין שם בדבריו ואני הצעיר אומר שדבר זה תליא במחלוקת אם כי הרא"ה ז"ל הביא דבר זה בשם הרב מהר"ש ז"ל מ"מ יש לומר דמהאי טעמא לחוד ל"ה דן להוציא מיד הלוקח פיון דכבר איתרע החזקת מרא קמא שפא בשטר מוכר ובנדאי קנה וקשה לומר להחזיק בשעבודו דבעל חוב שהוא בה' ניסן ולומר דמכר הלנה אחר כף פיון דסוף סוף יצא הערקע מרשו' הלנה ואנו דנין רק על השעבוד אם חל של המלנה בה' ניסן על הערקע הזאת נימא לאוקמי על החזקה שערקע הזאת לא נשתעבד להמלנה שכבר היתה אז מכורה וגם פיון דהלוקח הוא מוחזק בערקע דבנדאי זכה בגוף הערקע ויכול לסלק בזווי נימא המוציא מחבירו עליו הראיה.

אולם בש"מ שם הביא דברי תלמידי ר"י ז"ל הטעם פיון דזכות שלו מפורש בהשטר שלו וזכות של האחר אינו מפורש ידו על התחונה אי נמי פיון שלא נכתב בהשטר הזמן הוחזק בו ריעותא ומוכחא מלתא מפני שהזמן היה בסוף חודש שלא רצה שיכתוב שם היום עיין שם ליש לומר דלכף נמי שטר הלואה שכ' בו זמן מפורש עדיף טפי מהלוקח שיש בידו שטר מוכר בסתם ניסן דהוי פאין בו זמן וניכר הריעותא ומוכח דהיה סוף ניסן אבל אם יש בידו כתב יד בזמן מפורש דליכא שום ריעותא רק אנו חיישינן לקנוניא שפיר יש לומר דזה דוקא כשלא ידענו משום הלואה אז אין ספק מוציא מידי ודאי ומלנה על פה בעדים קודם לגבות אבל אם ידענו על ידי עדים דהיה הלואה רק דאינם זוכרים זמן ההלואה פיון דהוא גם כן ודאי שוב אמרינן בו"ש פרי עדיף ולא מחזקינן בשביל החזקה דלא נשתעבד מעיקרא פיון דיש עדים דנשתעבד וגם הלנה מודה יש לומר פרי ושפא פרי עדיף הואיל דאין שניהם מוחזקין וכמו שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט שם ועי' במ"ש לעיל באורף מזה (סי' י"ז): סי' כב הא דגובה מב"ח בשטר מוקדם מבואר בש"ע דוקא כשלא הקדימו העדים זמנו בכונה אבל אם הקדימוהו בכונה שהרי העדים פסולים שחתמו בשקר וא"ג אפילו מב"ח ודין זה הוכיחו בתוס' דהקשו למה ליה לרל"ק לאוקמי מתניתין דשטרות המוקדמים פסולים כר"מ דקניס תפ"ל דהעדים פסולים לכף כתבו דאמרו שטעו.

וראיתי בספר ש"מ דכ' דיש לומר במקדמים שנתתם אחר זמן הלואה למאן דסבירא ליה שיעבדא דאורייתא ומה"ת אף מלנה על פה גובה מלקוחות רק חז"ל חששו לפסידא דלקוחות פיון דלית ליה קלא לא עברו עדים אלא על איסור דרבנן ובעבירה דרבנן לא מיפסלי רק אם עברו משום חימוד ממון ולא מיפסלי במקדמים כה"ג.

והדברים מתמיהין והברור דאף בכי האי גוונא אינו גובה אף מב"ח דמפסלי העדים מן התורה דכיון דחז"ל הפקיעו השיעבוד במלנה על פה ולא נשתעבדו הנכסים עד שיכתוב השטר ודאי דהוי עבירה דאורייתא דעברו על ל"ת ברעף עד שקר ואטו אם העידו עדים על הוצאת ממון מחבירו מה שחייב מן התורה רק מדרבנן פטור לטענתו של הנתבע והעדים העידו בשקר לחייבו אף מדרבנן נאמר דאינו עובר על לאו דלא תענה מה"ת זה

נדאי לא נהירא דסוף פל סוף פיון דחז"ל פטרוהו והוא מעיד עד שקר עובר מן התורה על לא תענה והקא נמי פיון דחז"ל הפקיעו השעבוד כשלוה בעל פה ועיקר הקננו והשעבוד עושה השטר בין אם נאמר דעל ידי השטר חל השעבוד בין אם נאמר כשכותב שטר ויוצא הקול חל השעבוד על ידי הכסף בין כה ובין כה פיון דנפקע השעבוד ולא חל אז משעת הלואה כשכתבו אחר כה השטר עברו על לא תענה מן התורה ונפסלין וביותר למה שכתבו כמה אחרונים פיון דהפקיעו חז"ל השעבוד במלנה על פה שוב לא סמך דעתו של המלנה על זה פיון דיודע שיכול למכור ולא יגבה ודומה למטלטלין.

ועיין כמה שכתבתי לעיל (סי' א') ובדברי משפט ודברי חיים (סי' ל"ט) אם כן פיון דליכא סמיכת דעת לא חל כלל השעבוד אף מן התורה פיון דסוף סוף בלא שטר לא יגבה מלקוחות וכשכתבו או חתמו אחר כה השטר ועושים שעבוד לטרון מלקוחות שלא כדיון נדאי עברו על ל"ת ונפסלין העדי' וז"פ ועיין מה שכ' לעיל בדיני עדות (סי' א') דאף דבד"מ ל"ב דו"ח מ"מ נפסלו העדים מה"ת אם העידו בשקר: וכן נמי לדעת הרמב"ם הא דעדי שטר מהני וכמו שנהקרה עדותן בב"ד הוא אינו מן התורה רק מדרבנן מ"מ נראה דנפסלין מן התורה פיון דעדותן מהני לענין ממון שיניף בהו לאו דלא תענה עד שקר ואף למה שכ' לעיל דיני עדות משם ס' יראים שהניח בצ"ע אם האנהרה שלא להעיד שקר הוא דוקא בב"ד ואם העידו בשקר חוץ לב"ד אף במקום דמועיל עדותן יש לומר דאינו עובר בלאו דלא תענה יש לומר דוקא במקום דיכול לחזור מעדותו שהעיד חוץ לב"ד אבל בעדים החתומים על השטר דעשאן חכז"ל כנהקרה עדותן בב"ד בשעת החתימה וכשמסרן אחר כה לבע"ד דשוב אינו יכולין לחזור יש לומר דעוברין על לאו דל"ת עד שקר ונפסלין מן התורה וראיתי בקצוה"ח (סי' נ"ב) דפשיטא ליה לדעת רמב"ם דשטר בעדים ל"מ מן התורה דבעינן בפיהם לא יתכן ללקות משום דמהני מדברי סופרים ומה דפשיטא ליה צ"ע טובא לדעתי הענייה וכן משמע מדברי המ"מ (פרק כ"ג) ממלנה דע"ד הרמב"ם שם דסובר דשטר מוקדם גובה מב"ח ורק מטעם גזירה שמה יטרון מלקוחות מזמן ראשון קנסו אותו שלא יטרון אף מזמן שני הביא דברי רמב"ן ורשב"א דאיירי במקום דלא נפסלו העדים דאם הקדימו בלא אונס נפשות פסולין הן ואין ע"ז תורת שטר פלל ואין פאן עדות ומשמע מדבריו דכ' זאת על דעת הרמב"ם ולדעת רמב"ם דכל שטרות המה מועילים רק מדרבנן לא הי' צריף לזה פיון דלא עברו על ל"ת מן התורה ואם עברו רק על איסור דרבנן לא נפסלו רק ביש בו חימוד ממון אלא נדאי דסובר פיון דתקנו חכז"ל דעדותן שבשטר מהני ונעשה כמי שנהקרה עדותן בב"ד באם חתמו בשקר עוברים על ל"ת מה"ת ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דהעיר עכשיו דלא יש סמוכין ועדים דנפסלו בעבירה דאורייתא שהעידו עליהן בב"ד מהראוי לומר דלא נפסלו אלא מדרבנן פיון דליכא קבלת עדות בפני ב"ד מןמחין ואם כן כמו במקדש לפני עדים פסולי דרבנן מקודשת מה"ת וצריכה גט כמו כן ראוי לחוש להצריכה גט האידנא אף אם קדשה בפני פסולי עדות מה"ת וכ' פיון דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן אף לקבל גרים ואם קידש אשה הני קדושי תורה ואין קידושין של אחר תופסין בה וצ"ל בדבר גדול כזה דיש פח לעקור ד"ת אף בקום ונעשה.

ולדבריו למה לא נאמר כמו כן פיון דתקנו חכז"ל דעדות שבשטר מהני עדותן והני כנהקרה עדותן בב"ד ממילא נפסלין כמו אם עברו מה"ת על ל"ת: אף דברי קצוה"ח

הנ"ל שפכתב לעקור ד"ת בדבר גדול יש פח ביד חכמים ולכך א"ח לקדושי אחר שקדשה הגר לא ידעתי מה צריף לזה הא י"ל מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקדושיין וכבר כ' הנ"י סנהדרין הא דמפני נע"ד מהני עדים אף בלא דרישה וחקירה ולא צריף זמן בגט מן התורה שהיא מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש וכו' למקדש בשטר שלא בעינן זמן הוא מהאי טעמא ועיין מה שכ' בתומים (סי' ל"ד ס"ק ט') וה"נ בגר וכן במקדש בפני פסולי עדות מן התורה דא"ח לקדושיין הוא מהאי טעמא דאף המקדש בפסולי עדות דרבנן דעת הרי"ף דל"מ מה"ט והחולקים דחוששיין לקדושיין הוא משום דלא מצינו דהאלימו חכז"ל לדבריהם והא ראיה דבעי הכרזה וקודם הכרזה לא פסלי להו.

ובפסולי עדות מן התורה לא מצינו דיהיה צריף הכרזה ולכך אין חוששיין לקדושיין. וגם כבר אמרתי דיש לומר למה שכ' הפנ"י דהמקדש בלא עדים אין חוששיין לקדושיין הוא משום דאין קדושיין לחצאין לענין כל עניני אישות לכך צריף עדים וכיון דחכז"ל נתנו דין פיסול על אותן העדים שהעידו עליהן שעברו על איסור תורה שגפסלין על ידם אם היו מן מחזין אף דהאידנא לית לו מן מחזין פיון דשליחותייהו דקמאי עבדינן נתנו עליהן בקבלת עדותן פסול תורה פיון דאם היו מן מחזין ידענו שגם פן היו מעידין עדות זאת לפסול אותן ולא נוכל לדון אחר כך על אשה המתקדשת לתת לה כל דיני אשת איש המסתערף לכך אין חוששיין לקדושיין מה שאין פן בעדים שעברו על איסור דרבנן פיון דמן התורה לעולם נשארו בכשרותם אף דיש לומר דלא תהיה נידוני' אחר כך לכל עניני אשת איש מ"מ פיון דמן התורה פשרים הם הכריחו חכז"ל לחוש לדברי תורה לדעת הפוסקים דחוששו לקדושיין.

ועוד יש להאריך בזה ואכ"מ. ואם פן אינו ראיה כל כך לומר דעברו מן התורה על לא תענה פשהעידו בדבר המסוייב רק מדרבנן ומ"מ מצד הסברא נראה דגפסלין גם בזה מן התורה פיון דכל נאמנות של העדים הוא שלא יעברו על לא תענה אם נאמר דמה"ת לא גפסלין חיישינן למשקר.

וכן נמי ראיה מוכרחת מקושית התוס' וכל הראשונים דכ' דהעדים שחתמו על שטר מוקדם בכוננה דהם פסולין מה"ת אף דמה"ת בעינן דרישה וחקירה נאחת מן שבע חקירות הוא לידע באיזה שעה ולא מצינו בשום שטר חקירה דשעות ולהדיא מבואר במתניתין נכתב ביום ונחתם בליילה פסול הא ביום ונחתם ביום או בליילה ונחתם ביום שלא חריו הוא פשר ומד"ת לא מהני אם חסר אחת מחקירות רק מדרבנן מפני תיקון דנע"ד לא בעי במזון דרישה וחקירה ואם נאמר דהיכא דהעדות לא מהני מדין תורה רק מדרבנן אינו גפסלין מה"ת רק מדרבנן הא בפסולי דרבנן בעינן שיעבור בחימוד ממזון אלא נדאי דגפסלין מה"ת פיון דעדותן מועיל עברו מן התורה על הלאו דלא תענה וכן בנדאי פשוט היכא דהעידו בשקר לחייבו במה שפטור מדרבנן נדאי נראה דעברו על ל"ת ונגפסלין מה"ת: ולכאורה יש להביא ראיה דאין גפסלין מה"ת מהא דמבואר בגדולי תרומה המובא בש"ף (סי' נ"ב) בשטר שיש בו ריבית דרבנן ונקלל עם הקרן דלכ"ע גבו בו ממשעבדי דלדע' תוס' לא גזרו קרן אטו ריבית אלא בדאורייתא ולדעת הרמב"ן לא יפסלו העדים פיון דלא עברי אדאורייתא וכנראה מספים הש"ף דלדבריו ואמאי לא נימא פיון דעדים

חתמו על שקר דהלנה חייב סף פנה להמלנה דבאמת אינו חייב פיון דאסרו חכו"ל ואם כן יהיה פסולין מדאורייתא אלא ודאי דדעתם פיון דמה"ת אין כאן שקר לא נפסלו ע"י זה ועיין במל"מ (פ"ד) ממלנה שכ' משם הר"י אשקאפה ז"ל דפסול העדים הוא משום דהוי עבירה בענין עדות עצמו והוי כמו עדים שהעידו שקר דהם פסולין לעדות ומשיג עליו דשם העיד שקר והוא רע לשמים ורע לבריות אבל ברבית אף דכללו הקרן עם הרבית הא נעשה ברצון הלנה עיין שם ולכאורה הא מ"מ פיון דאסרו חכו"ל הרבית הוי כמעידין על שקר.

אולם באמת דברי המל"מ נכונים דכיון דכתבו בציונה הלנה לכלול הקרן עם הרבית מ"מ שקר לא הוי אף דאסרה התורה לקבל מ"מ כפר העלה המל"מ (פ"ח) ממלנה דכל רבית הוי חיוב על הלנה ומוטל עליו רק המלנה אינו רשאי לקבלו ואם כן אף דאינו רשאי מ"מ לא העידו שקר דהתורה לא אמרה שלא יחול החיוב רק באמת נתחייב הלנה רק דאסור לקבלו ומ"מ בשקר לא העידו בכתמתם על השטר.

ואף למה שכתבתי בהגהותי בדברי חיים חיו"ד (סי' ל"ד) משם המרי"ט שכתב אף דברבית נתחייב הלנה מ"מ פיון דאסורא רבע עליה ואסור ליקח אף רבית דרבנן נפקע חיובו אף מדאורייתא מטעם הפקר כמו בנודר הנאה מפירותיו דכל הקודם זכה כ"כ ברבית הלנה זוכה בחיובו עיין שם בדבריו ובמ"ש שם ליישב פנה הא דמבואר יו"ד (סי' קס"א) באם לקח רבית אחר שהלנה צונח עליו מוציאין מדין גזל אף דבגזל דבריהם קיי"ל דאין מוציאין מידו מ"מ ברבית דרבנן פיון דחו"ל אסרו נפקע אף החיוב מדאורייתא מטעם יאוש והפקר פיון דאסור לו ליקח נזכה הלנה מצד הפקר ומה"ט בנידון דמל"מ באחד תובע להבירו ד' זוז והודה שחייב לו וסלק חובו בחפץ שנתן לו תמורת החוב ואחר כך נתברר שטעה דדן המל"מ דחייב להחזיר לו גוף החפץ ואינו יכול לסלקו בדמים וכתב דאינו דומה לדברי הש"ס ב"מ (דף ס"ה) בנתן גלימא ברבית דמה"ד אינו חייב להחזיר רק הדמים משום דשם זכה במה דשקל דנתחייב לו רק החיוב עליו להחזיר הדמים מה שאין כן בפשתברר שלא הי' החיוב מעולם כל מה שנתן הי' בטעות חייב להחזיר גוף החפץ דז"א דהא משמע בש"ס אף כשנפקע החיוב מצד יאוש גם כן אינו חייב להחזיר גוף החפץ ועוד יש לדון פנה אכ"מ ויבואר אפי"ה במ"א עכ"פ פיון דהחיוב נפקע מצד איסור שאסרו חז"ל לקבל אם כן נימא דהוי כמעידין בשקר דחייב הלנה לפרוע כך וכך לשלם פיון דתיקף ומיד נפקע החיוב אבל באמת זה אינו דמ"מ פיון שכ' בצונאת הלנה דמחייב באמת נתחייב ועדיין לא רצה לזכות בהחיוב ושפיר יכול לחייב את עצמו ואינם כמעידין בשקר ואף דמשעבד נכסיו גם כן מ"מ אף דיכול לטרון מלקוחות שלא כדין פיון דאסור לו ליקח בכל זאת אינם עושים שום שקר בעדותו פיון דבאמת חייב והעדים מוציאין הקול והי' להן להזהר ולכן שפיר יש לומר דאף לדעת רמב"ן לא מיפסלו פיון דלא עברו אדאורייתא כמו שכתב הג"ת והש"ף: וקצת יש להעיר לדעת הרמב"ם דעדות שבשטר הוא מדברי סופרים למה מה"ד מוקדם פשר לגבות בו מזמן שני הא מצינו דלא תקנו חז"ל תיקנתם במקום איסור כגון בפעוטות דמקחון מקח וממכרם ממכר מתקנת חז"ל מ"מ הוא רק במקום דהתירא ולא במקום איסור כמבואר בתשובת הר"ן וברמ"א (סי' רל"ה) והכא נמי לא יועיל עדות בשטר פיון דכתבו באיסור דהוי אנוסים מחמת נפשות.



אולם לאו בְּכָל מְקוֹם מְצִינוּ זֹאת לְבַטֵּל קִנְיָן דְּרַבְּנָן הַנְּעֵשֶׂה בְּאִסּוּר כְּאִשְׁרֵי יְבוֹאֵר אִי"ה בְּדִינֵי מו"מ גַּם דִּישׁ לומ' פִּינּוֹן דְּמִן דְּהִדִּין דְּשַׁעְבּוּדָא דְּאוּרִינְתָא אַף מְלִנְהָ עַל פֶּה גּוֹבָה מְנַכְסֵי מְשֻׁנְעָבְדִים רַק חֲכָמִים הִפְקִיעוּ מִטַּעַם דְּלִית לֵי קָלָא וּמִשּׁוּם פְּסִידָא דְּלִקְוֹחוֹת וְכֵאן יֵשׁ לוֹ קוֹל אַף דִּישׁ לומר כְּמוֹ שֶׁכ' לְעִיל דְּשִׁטְר עוֹשֶׂה הַשַּׁעְבּוּד אַחַר שֶׁתִּקְנֵנו דְּמְלִנְהָ עַל פֶּה אִינוּ גּוֹבָה מְנַכְסִים מְשֻׁנְעָבְדֵי וְכֵמוֹ שֶׁפִּתְבַּח הַנְּתִיבוֹת (ס' ס"ו) מ"מ בְּכַה"ג לָא מְבַטְלִינּוּ הַשִּׁטְר פִּינּוֹן דְּמַפְקֵי לְקָלָא.

בְּרַם יֵשׁ לְהַבִּין מַה מוֹעִיל הַשִּׁטְר אַף מִן הַתּוֹרָה פִּינּוֹן דְּלִהְסוּבְרִים דְּעַדֵי שִׁטְר לָא הוּי מִפִּי כְּתָבָם מִן הַתּוֹרָה הוּא דְּנַעֲשֶׂה כְּתִיקוֹן הַשִּׁטְר וּמִדַּעַת הַמְתַּחֲזֵיב וְהוּי מִפִּי כְּתָבוֹ וְהַעֲדִים הֵם שְׁלוּחֵי דְּהַמְתַּחֲזֵיב אִם פֶּן כְּשֶׁהִיוּ אָנוּסִים בְּדָבָר לְכַתּוּב מִדַּעַת הַמְתַּחֲזֵיב בְּהַקְדַּמַת הַזְּמַן מִהַלְנָאָה אַף דְּלֵא שְׁיִיךְ לומר בְּזֶה אֵין שְׁלִי לְדַבֵּר עֲבִירָה שְׁיִתְבַּטֵּל הַמַּעֲשֶׂה לְגַמְרֵי דְּלֵא יִתְקַן בְּזֶה הָאִסּוּר מַה שֶׁנַּעֲשֶׂה בְּאִוְנָס מִן הַלְנָה וּמְלָנָה.

וְעֵינֵינוּ נו"ב תְּנִינָא חֲלָק או"ח (ס' קל"ד) וְכֵן בְּשִׁטְר שְׁיֵשׁ בּוֹ רַבִּית הַמְלָנָה וְהַלְנָה עֲבָרוּ מִשְׁעַת שְׁיָמָה וְלֵא נְתוּסָף אִסּוּר בְּשִׁטְר וְהַעֲדִים אָנוּסִים בְּדָבָר מ"מ הֵיכֵן מְצִינוּ דִּיהֵנִי שְׁלִיחוֹת בְּאִוְנָס כְּשֶׁהַשְּׁלִיחַ אִינוּ רוֹצֶה לַעֲשׂוֹת הַדָּבָר וּמִוְכַרְח בְּאִוְנָס נְפֻשׁוֹת לַעֲשׂוֹת שְׁלֵא בְּרַצוֹנוֹ וּמַעֲשֶׂה הַנְּעֵשֶׂה בְּאִוְנָס אֵין לוֹ קִיוּם וְדוּמָה לְתַלוּהוּ וְיָהִיב דְּלֵא מְהֵנִי כ"כ אִם אָנוּסוּהוּ לַעֲשׂוֹ דָּבָר בְּשְׁלִיחוֹתוֹ מְנִינֵינוּ לְנוֹ דְּמַהֲנֵי.

וְרֵאִיתִי בְּסִפְר קוֹל אֱלִיהוּ (ח"ב אה"ע ס' ל"א) דְּנִשְׁאָל ע"ד שְׁלִיחַ בְּאִוְנָס שֶׁאָנוּסוּהוּ לְהִיּוֹת שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה בְּנֵט מַהוּ דִּינוֹ וְהִבִּיא דְּנִסְתַּמַּק בְּדָבָר זֶה וְהוּא הַעֲלָה לְדָבָר פְּשוּט דְּכִינּוֹן דְּהַדָּבָר תְּלוּי בְּרַצוֹנוֹ שְׁלֵא שְׁלִיחַ כָּל שֶׁאָנוּסוּהוּ לְהִיּוֹת שְׁלִיחַ אִינוּ אֱלֵא מְפָנִי אָנוּס וּל"מ.

אִוְלָם מְצִאתִי בְּתַשׁוּבַת פְּנ"י הַנְּדַפֵּס מִחֲדָשׁ (ח"ב ס' פ"ה) שֶׁכ' דְּאָפְשֵׁר לוֹ בְּאִוְנָסוּהוּ לְהִיּוֹת שְׁלִיחַ הוּי שְׁלִיחַ וְלִכְאוּרָה יֵשׁ רְאָיָה מְהֵא דְּקִי"ל חֲצַר דְּגַבְרָא מִשּׁוּם שְׁלִיחוֹת אִיתְרַבְּאִי וְאִם אֵין שְׁלִיחוֹת בְּעַל פְּרָחוֹ אִם פֶּן הֵיכָא הוּי חֲצַר שְׁלִיחַ הָא חֲצַר הוּי בְּעַל פְּרָחוֹ כְּדָא מְרִינּוּ פ"א דב"מ דְּחֲצַר דְּבַעַל פְּרָחוֹ מוֹתִיב יֵשׁ שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה ש"מ שְׁלִיחוֹת בְּעַל פְּרָחוֹ הוּי שְׁלִיחַ וְרֵאָיָה זֹו יֵשׁ לְדַחוֹת בְּקַל דְּהָא חֲצַר אֵין לוֹ דַּעַת בְּזֶה גְּלִי קָרָא דְּמַהֲנֵי אַף בְּעַל פְּרָחוֹ אֲבָל אָדָם דִּישׁ לוֹ דַּעַת אִם אָנוּסוּהוּ בְּדָבָר שֶׁאִינוּ רוֹצֶה לַעֲשׂוֹת וּמוְכַרְח לַעֲשׂוֹת עַדִּינוּ הֵיכֵן מְצִינוּ מַעֲשֶׂה הַנְּעֵשֶׂה בְּאִוְנָס וְהַכְרַח שְׁיִהְיָה לוֹ קִיוּם.

וְעֵינֵינוּ שֶׁם בְּסִפְר קוֹל אֱלִיהוּ דְּהַרְגִישׁ לְהַבִּיא רְאָיָה מִחֲצַר דְּפְרִיף הַש"ס וְאִי ס"ד דְּחֲצַר מִשּׁוּם שְׁלִיחוֹת אִם פֶּן מְצִינוּ שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה וְאִם אִיתָא דְּשְׁלִיחַ בְּעַל פְּרָחוֹ אִי אָפְשֵׁר לְהִיּוֹת הֵנָּה לֵי לְהַקְשׁוֹת וְאִי חֲצַר מִשּׁוּם שְׁלִיחוֹת מְצִינוּ שְׁלִיחַ בְּעַל פְּרָחוֹ כִּי הֵיכָא דְּחֲצַר הֵנָּה בְּעַל פְּרָחוֹ וְדָחֵי דָאִין הֵכִי גְּמִי הוּי מְצִי לְאִקְשׁוּיֵי הֵכִי רַק פִּינּוֹן דְּלֵא אֲשַׁפְּחוּן מִתְּנִיתִין אוֹ בְּרִינְתָא מְפֻנְרֶשֶׁת דְּלִיכָא שְׁלִיחַ בְּעַל פְּרָחוֹ לָא פְּרִיף לִיה וּבְאִמַּת בְּלָאוֹ הֵכִי אִינוּ רְאָיָה דְּזֶה וְדָאִי דְּגְלִי קָרָא דְּחֲצַר יֵשׁ לוֹ תּוֹרַת שְׁלִיחוֹת אַף אִם שְׁלִיחַ בַּע"כ לָא מְהֵנִי הֵינּוּ אָדָם דִּישׁ לוֹ דַּעַת וְדָבָר שְׁעוֹשֶׂה בְּהַכְרַח בְּלִי דַּעַתוֹ אֵין לוֹ קִיוּם מַה שֶׁאִין פֶּן חֲצַר דָּאִין לוֹ דַּעַת נַעֲשֶׂה כְּשְׁלוּחוֹ רַק פְּרִיף הָא עכ"פ אֵין שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה אַף בְּאָדָם הַמְתַּרְצָה לְזֶה סְבַר דְּחֲצַר גַּם פֶּן מְהֵרָאוּי שְׁלֵא יוֹעִיל וּמִשְׁנֵי דְּכִינּוֹן דְּבַעַל פְּרָחוֹ מוֹתִיב בּוֹ יֵשׁ שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה וְהֵינּוּ פִּינּוֹן דְּחֲצָרוֹ הוּא וְקִנְיָן כְּסָפוֹ וְיִכּוֹל לַעֲשׂוֹת בּוֹ כָּל מַה שֶׁרוֹצֶה גְּלִי רַחֲמָנָא דְּמַהֲנֵי אֲבָל אָדָם שְׁהוּא בַר דַּעַת וְאֵין לוֹ עֲלִיו כְּלוּם.

מניין לנו שיכול להכריחו שיעשה מעשה בשליחותו ושיהני המעשה ובין אם נאמר דחונק שליחות הוא שמוסר המשלח פחו להשליח או שהשליח מוסר פחו וידו להמשלח אין חונק למעשה הזאת רק אם נעשה ברצון גמור אבל באונס יש לומר דאין קיום למעשיו ומ"מ באנסוהו מחמת נפשות להקדים הזמן פיו דעכ"פ ברצון העדים לכתוב שטר וברצונם נעשו שלוחין והאונס הי' רק על הקדמת הזמן לכה מהני עכ"פ להיות שטר מזמן שני אם לא משום גזירה לדעת הש"ע שהיא שיטת רש"י ורי"ף ורמב"ם אינו גובה ממשעבדי והוא שיטת המחבר ולדעת תוס' ורא"ש וסייעתם פסול לגמרי ואין לו דין שטר: ולדעת המחבר כתב הש"ך (ס"ק י') דכשפא לב"ד לתפוע ללנה גובה בו מיד מב"ח וקורעין השטר או שפוטבין לו פס"ד על הלנה וממילא טורף אף ממשעבדי מיום שנכתב הפס"ד אבל אין מוסרין לו השטר שגיבה מהלנה וכן מבואר בפרישה דאף אם הב"ד יכתבו על השטר דלא למגביה ביה ממשעבדי רק פוטבין פס"ד ומצי לגבות מלוקח שקנה אחר הפס"ד ומסתימת דברי הש"ך משמע דאף אם השטר הוא תוה זמן כשפא לב"ד קורעין להשטר וכותבין לו פס"ד.

אולם לא נראה פן מתישבת רשפ"א (ח"ג סי' ח') דכתב ומ"מ אף לגבות מב"ח לא משהינן ליה בידו דמלנה כו' אלא דכי מפיך ליה מגבינן ליה וקורעין לשטר ואי לא מטא זמניה אפטר דב"ד קורעין לו את השטר וכותבין לו שטר אחר מפני' לגבות בו מב"ח וכאותו שאמרו פרק ג"פ ואם נפסוק לומר שאין ב"ד פוטבין לו מ"מ פיון שיש לחוש לטרופת הלקוחות שמענו שאין מניחין את השטר בידו ומקנתו לא נתפרש' לנו עכ"ל נרא' מדבריו דאין הב"ד מאלים פחו לתת לו פס"ד שירויח שמזמן הפרעון ישמעבדו נכסיו מאז רק או שפוטבין לו שטר אחר מפני' לגבות בו מב"ח או תקנה אחרת אולם אם בא בזמנו לתפוע להלנה בזה פיון דחייב לשלם לו מיד ודאי פוטבין לו אף פס"ד כמו"ש הפרישה והש"ך: והנה ד' הרה"ה דעדים בעצמם נאמנים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו היינו על הזמן לא חתמנו ולא הוי על הזמן פנחקה עדותן בב"ד וכתוב בתנאים (ס"ק ז') אם פן לא שייך בזה הנזמה וכ' דהא דדעתו בפ"ג מיבמות דלכה לא הוי שטר מפי כתבם דבשליחותיה דלנה ומפי כתבו הוא והרמב"ן הקשה עליו בהא דאמרינן שם אי לא דכירי העדים זמן שטר קידושין זימנא דחזי בכתבא ומסדהי מה בכך ימסרו השטר לב"ד וכתב פיון דעל זמן השטר לא נחקה עדותן פלל ועל זה יש לומר לא חתמנו וטעינו אף דבד"מ כ"ז דלא אמרו טעינו מוציאין ממון מתקנתא דרבנן מ"מ לקטול נפש ודאי דאין סומכין על זמן הנזכר בשטר קידושין ועל חזקה אם לא יעידו בעל פה על הזמן והביא פן מדברי בעל העיטור עיי"ש בדבריו ולדבריהם דעל הזמן לא הוי פנחקה עדותן הא דטורף מלקוחות הוא רק תקנתא דרבנן והדבר קשה מאד איה מצינו תקנה הזאת ועיינתי בדברי בעל העיטור וכתב וז"ל דעדים החתומים על השטר כמו שנחקה עדותן בב"ד מד"ת בלא קיום ומדברבנן בקיום וה"מ בעיקר השטר והא דיבמות דבעינן דדכירי דוקא אזמן הוא דקאמרינן כו' נהי דבסתמא פשר ולא מצי למיפסליה משום מוקדם דכיון דאיתחזק לא מחזקינן ריעותא כו' מיהו אצטרכינן לברורי זמנא אפומא דסהדי דשטרא כגון דאיפא סהדי אחרני דפסלי ליה בעינן דדכירי ואי לא דכירי מפי כתבם הוא דסהדי גופייהו אי מקדמי או מאחרי זמנא מהימנינן להו ולא אמרי' נחקרו עדותן בב"ד וה"נ אי דייקינן בהני סהדי ואמרו מוקדם הוא מהימני ולא קטלינן

לה השתא נמי לא קטלינו והביא דברי ירושלמי דיכולין לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו והיבא דאיכא ערעור לא אמרינו אפולה מילתא קא מסהיד אלא אוקים ממונא בְּחֻזְקַת מְרִיזָה וְהֶאֱרִיף שָׁם עוֹד עכ"פ לא ראינו בדבריו שיאמר דמתקנתא דרבנן מוציאין ממון כ"ז דלא אמרו שלא חתמי על הזמן ואדרבה כתב דכינון דאיסתחוק לא מתזיקינו ריעותא רק בדאיכא סהדי אחרני דפסלי ליה וגם פתב מי דייקינו בהני סהדי ואמרו מוקדם הוא מהימני ולא קטלינו לה השתא נמי לא קטלינו.

מדבריו נראה דסמכינו לגבי ממון להוציא בחזקה הזאת כ"ז דליכא ערעור מן התורה ולא חיישינו על מוקדם אף דאם מעצמם יאמרו דלא חתמו על הזמן לא הוי פחוזרין ומגידין. ובאמת היא שיטה חדשה וקשה אם נאמר דלא קטלינו על סמך הזמן אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו זמן בגיטין לר' יוחנן דאמר משום בת אחותו הא אף אם נכתב בהגט הזמן יאמר הבעל שהוא מאןח' והעדים לא חתמו על הזמן ואם כן פיון דחתימת העדים לא הוי פנחקה עדותן בב"ד על הזמן יוכל תמיד לחפות ויאמרו שפבר נתגרשה ויהיה צריך להביא העדים לפני ב"ד שיעידו שבזמנו כתבהו אם כן למה צריך פלל להזמן פיון שהוא ללא תועלת ואף לאחר הזמן אם יש ערעור צריך שיעידו העדים בפני ב"ד על הזמן אם כן אף בלא זמן נמי נוכל להביא העדים לפני ב"ד ואין לומר פיון דהצריכו חכמים לכתוב הזמן יקפידו העדים ודייקו גם על הזמן ואז גם הזמן הוי כמו שפחקה עדותן בב"ד דאם כן גם גבי שטר קידושין נימא כף פיון דתקנו לכתוב זמן יקפידו וידייקו שפיר והזמן יהיה פנחקהו בב"ד אלא ודאי פיון דלאו אפולה מילתא מסהדי והעדים נאמנים לומר לעולם על הזמן לא חתמנו וצריך לחקור מהם שיעידו בב"ד אם בזמנו כתבהו ולא קטלינו עד שיעידו בב"ד ולכך אמרינו זימני דלא דכירי וחזו מכתבא ומסהדי והוי מפי כתבם אם כן בנט נמי לא קטלינו לה עד שיעידו בב"ד.

ואולי יש לומר דהא בלא"ה כתבו תוס' גיטין (דף י"ז) כשאין בו זמן הא דלא קטלינו לה אף דיש לומר אוקמה אחזקת אשת איש והשתא הוא דאיגרשה הוא משום דהרי גרושה לפנינו וחזקת פשרות שלא נבעלה כשהיא אשת איש ועיין שם בפנ"י דצריך לתרתי וכמו שכ' הר"ן וזה אתי שפיר כשלא יכתוב שום זמן בגט אבל אם נכתב זמן ואסתחוק דרק מזמנו הכתוב בהגט נתגרשה ולא מקודם בזה אף דהיא גרושה לפנינו נסמוך על חזקת אשת איש ומזמן הכתוב בהגט נתגרשה מה שאין כן בשטר קידושין דיש לה חזקת פנויה אם יאמרו ויערערו שיעדיין היתה פנויה כשזינתה יש חזקת פשרות לצרף ובהז לא נסמוך על מה דנתחזק השטר וצריכין העדים להגיד בעל פה על הזמן.

אף קשה דהא בש"ס יבמות אמרו לינחה גבי דינה מחקה ליה לינחה גבי דינה זימנין דבת אחותו היא ומחפה עליה ולמה צריך לומר דמחקה ליה הא פיון דסוף סוף לא קטלינו לה עד שיבאו העדים ויעידו על הזמן בב"ד פיון דלא אמרינו על הזמן פנחקה עדותן ולמה צריך למחוק הזמן ויש ליישב בדוחק: ומה שכתב התנאים דלדברי הבעה"מ והעיטור ע"כ דלא שייך פלל הזמה בשטר אף בכ' בו בזמנו כתבנוהו פיון דנאמנים לומר דלא חתמו על הזמן.

ולכאורה יש מקום לומר אף דלדעת בעה"מ והעיטור נאמנים העדים לומר ע"ז לא חתמנו ולענן קטלא צריכין העדים להעיד על הזמן מ"מ פיון דבאין העדים לפנינו מחזקינו

להשטר בְּחִזְקוֹתוֹ שֶׁבְּזַמְנוֹ נִכְתַּב וּמוֹצֵיאֵינּוּ מִמּוֹן יְהִי מֵאִינְיָ טַע' שְׁיִהְיֶה אוֹ פִּינּוֹ דְאִתְחַזֵּק  
הַשְּׁטֵר אוֹ מִתְקַנְתָּא דְרַבְּנָן כַּמ"ש הַתּוֹמִים וְכִינּוֹ דְסִמְכִינּוּ לְהוֹצִיא מִמּוֹן אִם אִתְּמוּ שׁוֹב אֵין  
הַעֲדִים נְאֻמִּים לוֹמֵר שְׁלֵא חֲתַמוּ עַל הַזְּמַן דְּכִינּוֹ דְבַהּזֵמ' הָאִתְרוּנִי נְאֻמִּי שׁוֹב אֵין  
הָרַאשׁוּנִי נְאֻמִּים לוֹמֵר שְׁלֵא חֲתַמוּ עַל הַזְּמַן דְּהוּי נֹוֹגְעִים בְּדָבָר לְהַצִּיל עֲצָמָם מִהַזְּמָה  
וְשׁוֹב פִּינּוֹ דְאִתְחַזֵּק עַל יְדֵי הַשְּׁטֵר וְנִתְקַבַּל עֲדוּתָן אַף עַל הַזְּמַן עֲבָדִינוּ בְּהוּ דִין הַזְּמָה.

אוּלָם מִד' הַבַּעַה"ע נִרְאָה פְּמִבְּנָא' דְלֵא כֵן הוּא דְכַתְּב בְּאוֹתוֹ קַבְּלַת עֲדוּת דְעַדֵי קִיּוּם וְדִינֵי  
קִיּוּם לֹא יִהְיוּ קְרוֹבִים זֶה לְזֶה דְהָא שְׁיִיכָא הַזְּמָה בְּעַדֵי קִיּוּם אִם אָמְרוּ בְּפִנְיֵנו חֲתַמוּ בְּיוֹם  
פְּלוּנִי וְהוֹזְמוּ אֵלּוּ מְשַׁלְמִין עַל פִּי אֵלּוּ וְלֹא הַזְּכִיר פְּלַל דְצָרִיךְ שְׁלֵא יִהְיוּ הַדִּינִים קְרוֹבִים  
לְעַדֵי הַשְּׁטֵר מְבַנְאָר דְסוֹבֵר דְעַל עַדֵי הַשְּׁטֵר דְלֵא שְׁיִיךְ הַזְּמָה רַק עַל עַדֵי הַקִּיּוּם אִם אָמְרוּ  
בְּפִנְיֵנו חֲתַמוּ בְּיוֹם פְּלוּנִי אֲבָל עַל עַדֵי הַשְּׁטֵר לֹא אֵיכְפַת לָן דְלֵא שְׁיִיךְ בְּהוּ הַזְּמָה מִטַּעַם  
דְלֵא הוּי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן עַל הַזְּמַן.

אוּלָם אַחַר כֵּן פְּתַב הַבַּעַה"ע וְז"ל כְּתַב גְּאוֹן וְהוּ"ד אִם קְרוֹב לְעַדֵי שְׁטֵר וּמִשְׁמַע דְסוֹבֵר  
דְּהַדִּינֵין אוֹ הַעֲדִים שְׁל קִיּוּם לֹא יִהְיוּ קְרוֹבִים לְעַדֵי הַשְּׁטֵר וַיֵּשׁ לוֹמֵר דְכַוְנַנְתּוּ בְּדָרְךְ אַחַר  
וְאֵין לְהַאֲרִיךְ בְּזֶה: וְשְׁטֵר מְוַקְדָּם דְפָסוּל וְאֵינוּ גּוֹבֵה מִמְשַׁעֲבָדֵי אַף מִזְּמַן שְׁנֵי כ' הַשְּׁ"ךְ  
(ס' מ"ג ס"ק י"א) אִם הַמְלִנָה בְּעֲצָמוֹ כְּתַב עֲלֵיו קוֹדֵם שְׁנִירָאָה בַב"ד שְׁלֵא נִיתָן לְטָרוּף  
אַלָּא מִזְּמַן הַזֶּה פֶּשֶׁר וְעֵינּוּ בְּנִתִּיבוֹת דְאֵיכָא ג"כ עֲדִים שְׁרָאוּ בְּיָדוֹ מִזְּמַן שְׁנֵי עֵינּוּ שָׁם.

וּבְזֶה יֵשׁ לִינִישְׁב קוֹשְׁיַת מְהַרְש"א ב"מ (דף ז') לְשִׁיטַת תּוֹס' שָׁם (דף י"ג) דְעֵיקָר הַחֲשָׁשׁ  
דכ' לְלוֹת וְלֹא לְזֶה הֵינּוּ וְעַתָּה רוֹצֵה לְלוֹת אִם כֵּן שָׁם בְּמִצָּא פְתוּבָה דְהַקְשׁוּ לִיחֻוּשׁ שְׁמָא  
כְּתַב בְּנִיטָן וְלֹא נִשָּׂא עַד תְּשַׁרֵי שָׁם פִּינּוֹ דְכָבֵר נִשָּׂאָה לְמָה חֵינִישֵׁין וַיֵּשׁ לוֹמֵר דְגַם הַתּוֹס'  
מוֹדוֹ דְאָף דְלָנָה כְּבָר יֵשׁ לוֹמֵר פִּינּוֹ דְנִפְלֵ אִיתְרַע דְלֵא נִזְהַר לְשַׁמְרוּ פִּינּוֹ דְהוּי מְוַקְדָּם וְכַמוֹ  
שכ' רש"י רַק בְּשְׁטֵר הַלְנָאָה אִם נִאֲמַר דְכָבֵר הַלְנָה וְקַבַּל הַשְּׁטֵר סְבָרוּ תּוֹס' דְמַה"ת לְנוּ  
לוֹמֵר דְאִיתְרַע מִשׁוּם דְלֵא נִזְהַר לְשַׁמְרוּ הָא הַשְּׁטֵר הוּא לוֹ לְמַלְנָה לְתוֹעֲלַת דִּיכּוֹל לִילֵךְ  
עַם הַשְּׁטֵר לב"ד וְיִכְתְּבוּ עַל הַשְּׁטֵר דְהוּא מְוַקְדָּם וְיִכְשֵׁר הַשְּׁטֵר לְטָרוּף מְלִקוּחוֹת וְלִמָּה  
לוֹ לְהַשְׁלִיכוֹ פִּינּוֹ שְׁפִידוֹ לְהַכְשִׁירוֹ אֲלֵא וְדַאי דְרַק מְקַרְה וְנִפְיֵל' מֵאִיזָה סִיבָה נִפְל מִמְנוּ  
לְכַף פְּתַבוּ לְחֻוּשׁ דְלֵא לְזֶה כָּלֵל.

אַבְל בְּכַתְּבָא שְׁפִיר יֵשׁ לְחֻוּשׁ דְהַפְקִירָה לְהַשְׁלִיכָה בְּשַׁבִּיל דְהוּא מְוַקְדָּם וְאֵי דְהִנָּה לָהּ  
לְתוֹעֲלַת לְהַכְשִׁירוֹ ע"י עֲדִים לְזֶה א"צ לְשַׁמְרוֹר דְאָף כְּשִׁיאֲבַד הַשְּׁטֵר מִמְנָה תִּתְבַּע הַבַּעַל  
לב"ד וְיִצְטָרְךְ לְכַתּוֹב לָהּ כְּתוּבָה אַחֲרַת שְׁלֵא תִהְיֶה קִלָּה בְּעֵינֵינוּ לְהוֹצִיאָה: ס' כג שְׁטֵרֵי  
חֹב הַמְאֻחָרִים פְּשָׁרִים וּבַמְד"א שְׁכַתּוּב בּוֹ דְאִקְנָה וּבַל"כ דְאִקְנָה פְּסוּלִים אִם לֹא מְפוֹרְשׁ  
בְּשְׁטֵר דְמְאֻחָר הוּא כֵן כ' בַּש"ע (ס' מ"ג ס"ב) וְהַרְמַב"ם (פכ"ג מְמַלְנָה) סַתֵּם וְלֹא  
חִילַק בֵּין כ' דְאִקְנָה אוֹ לֹא וְתַמָּה הַמ"מ הָא בַּש"ס ב"ב (דף קנ"ז) פְּרִיךְ וַאֲס"ד דְאִקְנֵי  
לֹא מְשַׁתְּעֲבִיד מְאֻחָרִין אִמְאֵי פְּשָׁרִים דְאִקְנֵי הוּא הָרִי בְּלֵא כ' בּוֹ דְאִקְנֵי פְּסוּלִים וְלְכַאוּרָה  
יֵשׁ לוֹמֵר דְהִנָּה הַרְמַב"ן וְהַרְשֵׁב"א מְחֻלְקִין אִם יָכוֹל לְחַזֵּר מִשְׁעַבּוּד דְאִקְנֵי דְלֵא עַדִיךְ  
לְדִידוֹן שְׁעַבּוּד מְקַנְנֵן לר"מ דְסוֹבֵר אָדָם מְקַנְנָה דְבָר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְקוֹדֵם שְׁבָא לְעוֹלָם  
יָכוֹל לְחַזֵּר כְּמוֹ כֵן לְדִידוֹן בְּשַׁעֲבּוּד וְכַמְבֻנְאָר מְחֻלְקוֹת הַפּוֹסְקִים (ס' קי"ב) וּבַש"ךְ שָׁם  
הוֹכִיחַ דְאֵינוּ יָכוֹל לְחַזֵּר מִמָּה דְהוֹכִיחַ הַש"ס מְמַאֻחָרִין דְכְּשָׁרִים עַל פְּרָחָךְ דְדְאִקְנֵי  
מְשַׁתְּעֲבִיד וְיִקְשָׁה דַמ"מ נְחֻוּשׁ דְלָמָּא הַדָּר בִּי וְיִטְרוּף מְלִקוּחוֹת שְׁאֵל פְּדִין וּבְתוֹמִים הַקְשָׁה

אם נִיחֹשׁ לְדַלְמָא הֵדֵר בֵּיה אִם פֻּן לְמִ"ד בְּלוּה וְלוּה וְחִזֵּר וְקִנְה לְבַתְרָא מִשְׁתַּעְבַּד וּפְיִרְשׁ רִשְׁבִּי"ם דְּהֵדֵר בֵּיה מְקַמָּא וְיִקְשָׁה מִשְׁט"ח מְאֻחְרִין אַמְאֵי כְּשֵׁרִין וּי"ל לִמ"ש נ"י פ' א"נ דְּלִר"מ שְׁעֵבֻד עֲדִיף מְקַנְנֵן וְאִינוּ יָכוּל לְחַזֵּר אִם פֻּן יֵשׁ לוֹמֵר ה"מ ר"מ הוּא דְּאִינוּ יָכוּל לְחַזֵּר אֲבָל מְעִיקְרָא שְׂבָא הַש"ס לְהוֹכִיחַ מְאֻחְרִין דְּכְשֵׁרִין דְּדַאֲקֵי מִשְׁתַּעְבַּד וּלְדַעַת הַרְשֵׁב"א דִּיכֹוּל לְחַזֵּר יִקְשָׁה אַמְאֵי כְּשֵׁר אַף אִם דְּאֲקֵי מִשְׁתַּעְבַּד וְא"ש הוֹכַחַת הַש"ף וְעֵינֵן מ"ש בְּדַבְרֵי חַיִּים דִּינֵי גַב"ח (ס' ט"ז) וּבְהִגָּהוּמֵי שְׁם בְּאֻרְהַ בְּזָה: וּלְדַעַת הַש"ף דְּחִיָּשִׁינֵן עַל חֲזָרָה יֵשׁ לִיִּשְׁבַּב דַּעַת הַמְרַדְכֵי פִי"נ הַמּוֹבָא בְּרַמ"א (ס' ר"ט ס"ד) אִם אָמַר שְׂיִקְנָה דְּבָר שְׂלָא בָּא לְעוֹלָם כְּשִׂיָּהֵי בְּעוֹלָם קִנְה אַעפ"י שְׁעַכְשָׁיו אִינוּ בְּעוֹלָם וְקִשָּׁה אִם כֵּן מָה הַקְשָׁה הַש"ס מְאֻחְרִין דְּכְשֵׁרִין הָא דְּאֲקֵי הוּא הָא בְּמְאֻחְרֵי אִינוּ חַל הַשְׁעֵבֻד רַק אַחַר כֶּף כְּשֵׂבָא הַזְּמַן אִם כֵּן מִשְׁעֵבַד לְכְשִׂיבָא לְעוֹלָם וְכַבֵּר עֲמַד עַל זָה שְׁם בַּקְצוּה"ח וְלָמָּה שֵׁכ"י"ל דְּהַמְרַדְכֵי שְׁם סוֹבֵר כְּשִׂיטַת הַרְמַב"ן דַּא"י לְחַזֵּר מְדַאֲקֵי דָּאִם יָכוּל לְחַזֵּר יִקְשָׁה מְאֻחְרִין אַמְאֵי כְּשֵׁרִים כְּהוֹכַחַת הַש"ף.

וְהִנֵּה הַמְקַנָּה קִידוּשִׁין (דף ס"ג) כְּתִב לְפָרֵשׁ דַּעַת הַזֹּאת שְׁבַמְרַדְכֵי וְרַמ"א דְּהֵינֵנוּ שְׁנַתֵּן לוֹ שְׁטֵר וְאָמַר שְׂיִזְנָפָה בּוֹ לְאַחַר שְׂיִבָּא לְעוֹלָם וְהַשְׁטֵר קֵיִים בְּיָדוֹ אַחַר כֶּף לְכָף זָכָה אַף דְּאִמְרָה הִיָּה קוֹדֵם שְׂבָא לְעוֹלָם אִינוּ בְּזָה פְלוּם פִּינֵן דְּלֵא חִזֵּר עַד שְׂבָא לְעוֹלָם אֲמַרִּינֵן דְּמִסְתַּמָּא נִיחָא לִיה וְזָכָה בּוֹ הַזּוֹכָה מִיָּד כְּשֵׂבָא לְעוֹלָם אַף דְּלֵא יָדַע הַמּוֹכֵר בְּתַפְיִסְתּוֹ עֵי"ש וְלִפִּי זָה יֵשׁ לוֹמֵר דְּהַש"ס הוֹכִיחַ מְאֻחְרִין דְּדַאֲקֵי מִשְׁתַּעְבַּד וּמִמִּילָא אִינוּ יָכוּל לְחַזֵּר אוֹ מְשׁוּם דְּהוּי מְפִי נְעִילַת דְּלַת דְּלֵא תִקְנֵנוּ שְׂלָא יָכוּל לְחַזֵּר אוֹ שְׁעֵבֻד עֲדִיף מְמַכֵּר וּכְדַעַת רַמְב"ן וְלְכָף מְאֻחְרִין כְּשֵׁרִין אַף דְּבְמְאֻחְרִין שְׁמִשְׁעֵבַד לְכְשִׂיבָאוּ לְעוֹלָם מְהֵי אַף לְרַבְּנֵן פִּינֵן דְּלֵא חַל רַק אַחַר כֶּף מ"מ אִם לְרַבְּנֵן שְׁעֵבֻד לֵא עֲדִיף מְקַנְנֵן אִם כֵּן הִיָּה יָכוּל לְחַזֵּר וְיִקְשָׁה מְאֻחְרִין אַמְאֵי כְּשֵׁרִין נִיחֹשׁ דְּלָמָּא הֵדֵר בִּי הַלוּה וְיִטְרוּף מְלִקוּחוֹת שְׂלָא פְדִין וּמְשַׁנֵּי ה"מ ר"מ וְלִר"מ שְׁעֵבֻד עֲדִיף מְקַנְנֵן וְא"י לְחַזֵּר כְּמוֹ שֵׁכ" הַנ"י פ' אִיזְהוּ נְשָׁף.

וּלְפִי"ז יֵשׁ לוֹמֵר דְּהַרְמַב"ם סוֹבֵר מִמָּה דְּקָאֵמַר הַש"ס בְּלוּה וְלוּה דִּיחְלוֹקוּ ע"כ שְׂהוּא מִטַעַם חֲזָרָה כְּמוֹ שֵׁכ" הַמְרַדְכֵי סוּף פְּרַק מִי שְׁמַת וְעַל פְּרַחָף הָא דְּמְאֻחְרִין כְּשֵׁרִין אַף בְּכַתוּב בּוֹ דְּאֲקֵי צְרִיף לוֹמֵר דְּלֵא חִיָּשִׁינֵן עַל חֲזָרָה וְכְמוֹ שֵׁכ" שְׁם בְּתוּמִים.

אִם כֵּן שׁוּב מִמִּילָא לֵא צְרִיף פְּלַלְלֵדְאֲקֵי פִינֵן דְּלֵא מִתְחִיל הַשְׁעֵבֻד רַק אַחַר כֶּף וּמְהֵי אַף בְּכָל קִנְיָן כְּדַעַת הִי"א שְׂבַרְמ"א הַנ"ל וְכְמוֹ שְׂבַיָּאֵר הַדְּבָרִים בִּס' הַמְקַנָּה הַנ"ל וְהַש"ס מִתְחִילָה הִיָּה סִבֵּר דַּאִי דְּאֲקֵי מִשְׁתַּעְבַּד אִינוּ יָכוּל לְחַזֵּר רְצָה שְׁפִיר לְמַפְשֵׁט מְאֻחְרִין דְּכְשֵׁרִין דְּמִשְׁתַּעְבַּד דָּאִם לֵא כֵּן נִיחֹשׁ עַל חֲזָרָה וּמְדַחֵי ה"מ ר"מ דְּלִדִּיָּה שְׁעֵבֻד עֲדִיף וְאִינוּ יָכוּל לְחַזֵּר אֲבָל אַחֲרֵי שְׁשִׁמְעֵנוּ מַר"ה דְּסוֹבֵר יִחְלוֹקוּ בְּלוּה וְלוּה וְאַחַר כֶּף קִנְה וְהוּא מִטַעַם דִּיכֹוּל לְחַזֵּר וְר"ה סוֹבֵר כַּר"מ דְּאָדָם מְקַנָּה דְּבָר שְׂלָא בָּא לְעוֹלָם כְּמִבְּנוֹאֵר פ' א"נ וְעַל פְּרַחָף לְדִיָּה שְׁעֵבֻד לֵא עֲדִיף מְקַנְנֵן אִם כֵּן יִקְשָׁה לְדִיָּה מְאֻחְרִין אַמְאֵי כְּשֵׁרִין נִיחֹשׁ דְּלָמָּא הֵדֵר בֵּיה וְעַל פְּרַחָף לְמִסְקָנָא דְּלֵא חִיָּשִׁינֵן עַל חֲזָרָה אִם כֵּן מִמִּילָא ה"ב בְּמְאֻחְרֵי דְּמִשְׁעֵבַד לְדַאֲקֵי פִינֵן דְּהוּי כְּאֹמֵר לְכְשִׂיבָא לְעוֹלָם פִּינֵן דְּלֵא חַל הַשְׁעֵבֻד רַק אַחַר כֶּף וְכְמוֹ שֵׁכ" הַקְצוּה"ח לְהַקְשׁוֹת עַל הַמְרַדְכֵי כֵּן יֵשׁ לוֹמֵר ע"ד פְּלוּל: וּבִטו"ז מוֹבָא תִירוּץ נְכוּן עַל דְּבָרֵי הַרְמַב"ם דְּשְׁטֵר מְאֻחְרֵי הוּי כְּאֵלוֹ הַקְנָה בְּפִירוּשׁ לְשְׁעֵבַד

הנכסים שיקנה אחר כך וילקח אחר זמנו מה שאין בן פשכתב הזמן של עכשיו לא שיעבד לו אלא נכסים שיש לו עתה וכל שטר מאוחר הוי דאקני בפירוש ונשתעבד לדין דדאקני יכול לשעבד.

וכנראה מדבריו יתכן זה דוקא פשאיתרו העדים מדעת הלנה דאז שפיר הוי כמשעבד בפירוש אבל פשאיתרו שלא מדעת הלנה מניין לנו לומר דהתרצה הלנה לזה שישתעבדו אף הנכסים שיקנה אחר כך כיון דדאקני לאו ט"ס הוא.

אולם בספר בני יעקב (דף כ' ע"ד) ראיתי שהאריף גם בן לתרץ דברי רמב"ם על דרך זה והוסיף דאף אם כתבו העדים השטר מאוחר בלא דעת הלנה והמלנה גם בן פשר דמסתמא אמרינן דניחא ליה טפי בשעבוד דאקני דספיקא הוא אם יקנה וימכור ממה שישתעבד לו מעכשיו עיין שם ויש לגמגם בזה הא העדים המה כשלוחים של הלנה וצריף שיקתבו ויחתמו בציווי של הלנה וכאלו הוי מפי כתבו ובזה נגמר השעבוד וכיצד יכתבו בדבר שלא נצטוו מן הלנה ואף אם ניחא ליה ללנה אם כתבו שלא מדעתו היעלה על הדעת שלא יהיה הלנה יכול לבטל אחר כך השטר אם כשיודע לו ימחה בדבר דהא אף בזכות גמור יכול למחות אם בן פשימחה אחר כך ויאמר דלא ניחא ליה לשעבד הדאקני יתבטל השטר לגמרי דהוי פשינוי בשליחותו וזה לא ניתן להאמר דסתמא קתני מאוחרין פשריו.

וגם אף בזכות אם אינו מזכה לו דבר רק מוציא ממנו יש סברא לומר דלא מהני כמו"ש בקצוה"ח (סי' רמ"ג) להוכיח מדברי רשב"א גדרים (דף ל"ו) ואף שכתבתי בכמה מקומות בד"ח ובח"ר וילמעלה (סי' י"ג) להוכיח דזכיה מהני אף פשאינו זוכה בשום דבר מ"מ פאן מניין לנו לומר דהוי זכות גמור דניחא ליה ללנה לשעבד אף הדאקני למען ירויח שיעבד הנכסים עד זמן האיחור לכן נראה דשלא מדעת הלנה לא מהני: סי' כד כתב הב"י מדברי בעה"ת משמע שהמוציא על חבירו שטר מאוחר עד דמטא זמניה לא טריף ובש"ף (סי' ק"ה) הקשה למה הנצרך לכתוב בשם בעה"ת הא ש"ס ערוף הוא בע"ז (דף ט') וכמוכא בב"י.

והנה הב"י הביא מקודם דברי הר"ן גיטין (פ"ב) דכתב דלדעת הסוברים דאינה מתגרשת בגט מאוחר אלא מזמנו של גט ואילף אפשר לומר דהוא הדין לכל שטר הקנאה שאינו לראיה אלא השטר בעצמו מקנה שאם הוא מאוחר שלא קנה הלוקח או מקבל מתנה עד זמן השטר דהוי ליה פאלו התנה הנותן בכך וכ' ודעת הראב"ד דמשעת פתיכה מתגרש' ועל זה הביא משמעות דברי בעה"ת ומבואר דדעתו דלדעת הראב"ד דמתגרשת מייד הוא הדין בקנין חל מייד ויקשה הא מוכח מש"ס דע"ז דמאוחר לא טריף עד דמטא זמניה.

וצריף לומר דהתם יש לומר בשטר ראיה איירי והעדים מוציאים הקול עד זמן הפתוב בו מה שאין בן בשטר הקנאה המעשה קיים מעכשיו וכן כתב בעל קצוה"ח בספר אבני מלואים (ח"ב סי' קכ"ז) אולם דבר זה לומר דהעדים אין מוציאים הקול עד הזמן הפתוב בו לא מצאתי מבוא' וגם הדבר נר לומר בן דאם בן אם מתו העדים בטרם שבא זמן הפתוב בהשטר יהיה פסול השטר וזה לא ניתן להאמר וגם אם בן הנה לחז"ל לפסול שטר מאוחר דלקמא ימותו העדים עד זמן השט' ולא יוציאו הקול ויטרון מלקוחות שלא פדין אלא ודאי דהעדים מוציאים הקול מייד והטעם דלא טריף עד הזמן הפתוב בהשטר

הוא כמו שפכתב שם רש"י במס' ע"ז דמחל לו השעבוד קרקעות עד אותו זמן אבל הקול מוציאין מיד ועיין באו"ת (סי' קי"ב ס"ק א') רק על פירוש הא דאחרוהו הוא לתועלת דלא יטרון מלקוחות עד אותו הזמן דמחול לו השעבוד דאם לא פן לאיזה תכלית אחרוהו.

ובאמת אם אחרוהו העדים שלא מדעת המלנה יש לומר דטרורף אף מאותו לקוחות שקנו עד זמן הפתוב בהשטר פינו דלא מחל לו השעבוד וקול מוציאין העדים מיד ועיין ש"ך (ס"ק כ"ד) דבאחרוהו שלמ"ד המלנה ודאי השטר כשר דהאיך יעלה על הדעת לפסול השטר שנכתב למלנה מפני שאחרוהו וגרעו פחו ומשמע דעכ"פ אף אם נתברר בבירור דאחרוהו שלמ"ד המלנה גרעו פחו ואינו טורף רק מזמן הפתוב בהשטר.

וצ"ל דהטעם פינו דחז"ל עקרו השעבוד במלנה על פה אף דשעבודא דאורייתא שוב השטר עושה עיקר הקנין להשתעבד וכמו שפכר פתבו פן האחרונים ונתבאר לעיל וכינו דלא חל השעבוד רק ע"י השטר לא נשתעבדו הנכסים אף דקול מוציאין העדים מיד יותר ממה שנכתב בהשטר עכ"פ עיקר הטעם דאינו טורף עד דמטא זמניה הוא משום דנמחל השעבוד עד אותו זמן דאם לא כן לאיזה תועלת אחרוהו אבל בשטר קנין הנה מקום לומר פינו דמכר או נתן השתא הקנה לו גופו מהיום ופרי מאותו זמן ולכך אחרוהו אבל הגוף קנה מהיום וא"י לחזור ולכך הוכיח הר"ן ז"ל מדברי ר"י בתוס' גיטין שם דכתב דבגט מאוחר אינה מתגרשת עד הזמן וע"כ הטעם משום דאינו מוכח מתוך הגט פן נמי בשטר קנין לא מהני לקנות רק מזמן הפתוב בשטר וגרע מאין בו זמן כלל דשם משבא לידה מוכח מתוכו מה שאין פן במאוחר ועיין ב"ש (סי' קמ"ז) ובבית מאיר שם בחוץ בכתב אחר התורף לא הוי פסול רק מדברבן אם בשעת נתינה אמר הרי את מותרת לכל אדם פינו דביטל בדיבורו ועדי מסירה פרתה הוי דברים אלו הפתוב בתוכו פלא הנה וכשר מדינא.

ולכאורה מדכתבו תוס' דאינו ראוי לגרש בגט מאוחר ולא מפסיד פירות לא משמע פן דכתבו דל"א דבעל מפסיד פירות משעת פתיבה או משעת חתימה אלא בגט הראוי לגרש בו מעתה אבל בגט מאוחר פינו דאין ראוי לגרש בו מעתה לא מפסיד פירות ואם כשר ע"י ביטל בדיבורו על ידי עדי מסירה הא ראוי לגרש בו אולם יש לומר דנכתב ביום לר"ש ראוי לגרש בסתם על ידי עדי מסירה וחזינו דנתן עיניו לגרש אף דרוצה לחתום הא הנה יכול לעשות ביומו רק מקרה הנה שלא חתמו לכך שוב אין לו פירות אבל במאוחר הרי חזינו דאינו רוצה לגרש עד הזמן אף דבידו לגרש בו ולפרש על ידי העדי מסירה ולבטל זמן הפתוב מ"מ אינו מפסיד הפירות ומזה למד הר"ן פינו דחזינו דגרדו חז"ל לסוף דעת בני אדם כשמאחרין הזמן דאין רצונם שיחול עד אותו הזמן בשטר קנין נמי אמרינו פן וכתב הר"ן ואפשר פינו דבקנין תליא גם בדעת הקונה גם פן נימא מדלא אמר בפירוש דעתו שיקנה מעכשיו מה שאין פן בשטר מאוחר בהלואה ליפא למתלי סיבת האחור בשום דבר רק דמחל השעבוד עד אותו זמן וז"ב ופשוט שוב ראיתי בריטב"א גיטין שם דכתב פכל דברי הר"ן וסיים מיהו אם פתב בו מעכשיו הו"ל כמעכשיו ולזמן פלוני דגופא מעכשיו ופירות לאותו זמן עיי"ש ומבואר דכל הספק בסתם מאוחר שלא פתב בו מעכשיו הוא משום דיש מקום לומר דכוננתו דהוי פאלו התנה

וגופא מעכשיו וכמו שפתי או דכוננתו הנה לאחר גוף המתנה ועיניו שם פריטב"א דכתב פמו שכ' הר"ן ואפשר לומר שהוא הדין בכל שטרי הקנאה כו' והני ליה פאלו אמר ליה לא תקנה עד זמן פלוני ואם תקנה לאחר ביני וביני אין ללוקח או למקבל מתנה פלום עכ"ל ובודאי שהוא הדין דהנה יכול לומר נ"מ אם חוזר בו ביני וביני או דמת בנתיים דאינו יכול להוציא מן היורשין: והנה אם נאמר דאינו חל השעבוד עד שיגיע הזמן יש לעיין אם המלנה יכול למכור השטר בטרם שיבא הזמן דיש לומר דהני דבר שלא בא לעולם דעדיין לא נשתעבדו הנכסים ואף דיש שעבוד הגוף מ"מ שעבוד הגוף אינו יכול למכור רק השעבוד נכסי וזה לא נשתעבד עדיין ותליא בזה אם מחוסר זמן הני דבר שלא בא לעולם או לא פמבואר באורח דבר זה במל"מ (פ"ו) מאישות ולדידן תליא במחלוקת הפוסקים יו"ד (סי' ש"ה) בפודה את בנו הבכור תוך ל' ונתאפלו המעות אם בנו פדוי לאחר ל' ונדעת רבינו ב"י המחבר שם לפסוק פרב דבאמר לאחר ל' יהי בנו פדוי בכסף זה מהני אף בנתאפלו המעות אף דאין בידו לפדות עכשיו ונדעת הרמ"א שם דאין בנו פדוי כשמואל פיון דאין בידו לפדות תוך ל' והכא נמי דכונתיה פיון דעכשיו אין לו למלנה שום שעבוד נכסי רק מן אותו זמן שנתאחר השטר הני כמוכר דבר שלא בא לעולם וגם אף אם מחוסר זמן לא הני דבר שלא בא לעולם מ"מ אם מוכר השטר מהשתא לא מהני עד שיאמר שמוכר לו השעבוד לכשיבא הזמן פמו לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ צריך דוקא שיאמר לכשיבא לעולם פמבואר בר"ן גדרים (דף פ"ו) וברא"ש ב"מ (דף ט"ז) וברשב"א קידושין (דף נ"ו) והוא הדין לדידן דאין אדם מקנה דשלב"ע רק במחוסר זמן יכול להקנות ולמכור מ"מ צריך שיאמר לכשיגיע הזמן ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' רי"א ס"ק ד') ובמה שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכיר' (סי' ל"ה) ובמה שפתי בעניי שם בהגהה.

והכא נמי עכ"פ צריך שיאמר קני לה היא וכל שעבודה דאית בה לכשיגיע הזמן אכל אם מקנה מעכשיו לא מהני. ועיין בדברי משפט (סי' ס"ו ס"ק ב') דכתב לדון דאף דקיי"ל דאקני משתעבד אם כתב בהשטר דאקני מ"מ כשמוכר המלנה השטר חוב לאחר ואחר כך קנה הלנה נכסים ומכרן אין לוקח השטר חוב טורף הנכסים דאף דאקני משתעבד להמלנה משום דשעבוד עדיף מ"מ אינו חל עד שיקנה ואינו יכול למכור דשלב"ע.

ולכאורה יקשה אם פן אמאי מאוחר פשר אף אם כתב בו דאקני מ"מ אף דיכול למכור שטר חוב אין הלוקח השט"ח זוכה בשעבוד דאקני ויטרון מן הלוקחות שלא פדין דלגבי דאקני לא מהני המכירה וכיון דנתאחר הזמן של השטר לא ידונו לשדה שקנה קודם לכן לדאקני ויטרון שלא פדין.

אולם למ"ש דגם גוף השעבוד אינו יכול למכור רק אם אמר לכשיגיע זמנו של שט' אתי שפיר דצריך לכתוב פן בשטר של פתיבה ומסירה דאותיות נקנו בהם שמוכר לכשיגיע זמן ממילא נדע דהנה מאוחר: אף יש לומר דאף אם כותב בסתם שמוכר לו שטר חוב שזמנו בתשרי והוא מוכר באייר מ"מ פשר אף אם אין בו זמן בשטר של פתיבה שיקנה בו השטר ואף אם לא כתב בו לכשיגיע הזמן שיקנה די אם אמר לו שיקנה בשטר זה שטרו שבידו על זמן תשרי ומ"מ לא חיישינן על זה שיטרון הלוקח השטר חוב שלא פדין פיון דאם לא הנה קונה הלוקח השטר חוב הנה גובה בו המלנה



דכינן דכתב בשטר חוב דאיקני הנה גובה בו אם פן לא יפסידו הלקוחות בזה כלל דמה איכפת להו ללקוחות אם המלנה הנה גובה מאתם הדאיקני או הלוקח השטר חוב דעל פרחף לא תישינו רק היכא דיטרון מלקוחות שלא פדין ויפסידו במה שמאחרים השטר אבל אם לא יפסידו בזה דאף אם הנה בינד המלנה הי' גובה מהם רק דהלוקח השטר חוב יטרון שלא פדין לא איכפת לן בזה: סי' כה פתב בש"ע (מ"ג סכ"ג) בשני בעלי חובות באחד יש זמן מבנרר ובהשני זמן סתם פשבאין לגבות ואין ב"ח רק פדי חוב א' נותנין לזה שיש לו זמן מבנרר והשני אינו יכול לטרון מלקוחות דיאמרו הנחנו לה מקום לגבות פי זמנה קודם עד אם יכתבו הרשאה וכ' בתנאים ע"ז דלהסוברים דבשטר שאין בו זמן פיון דאינו מוכח מתוכו אפילו ראו עדים שטרו בינדו מ"מ אף מזמן שראו אינו טורף ממשעבדי כמבואר לעיל (ס"א) אם פן א"י הלקוחות לומר הנחנו לה מקום לגבות דעד שזמנו מבנרר מחל לו שיעבודו והוי רק כמלנה על פה.

ובנתיבות פתב דלהסוברים דמלנה על פה מוקדם קודם למלנה בשטר מאוחר יכולין הלקוחות לומר פיון דהנחנו לה מקום לגבות מב"ח וידענו דאת קודם למי שזמנו מבנרר ושמענו הקול ואף דמחלת השעבוד מן משועבדים ודינה כמלנה על פה מ"מ הנחנו לה מקום לגבות מב"ח דאת קודם ואת דאפסדת נפשך שלא פתבת זמן בשטר.

ובאמת לפי דבריו אינו ראיה מדברי הרא"ה כתובות שהביא בתנאים דכתב וקא בשטר אקנייתה אבל בשטר הלואה סתמא לא אתיא דאין השעבוד חל אלא מזמן המוכח מתוכו ואפילו הנה עדים דהוא בר אחד בניסן ראוי לטירפא מן אייר ואילך פיון דאין השעבוד חל רק מאייר.

דיש לומר דהרא"ה אגיל לשיטתו דסובר ר"פ מי שהי' נשוי דמלנה בשטר מאוחר קודם למלנה על פה מוקדם אם פן לא יוכלו הלקוחות לומר הנחנו לה מקום לגבות דאף מב"ח יש קדימה להמלן' בשטר שזמנו מבנרר אף אם באמת דין מלנה על פה יש לי מקודם אבל אם מלנה על פה קודם יש לומר דיכולין הלקוחות לומר הנחנו לה מקום לגבות מן ב"ח פיון דאת קודם: אף באמת יש לומר דהא מבואר בסמ"ע (סי' ק"ד ס"ק ג') דאף דמלנה על פה מוקדם קודם למלנה בשטר מאוחר היינו אם באו ביחד לגבות לכתיקה אז יש לו דין קדימה אבל אם קדם המאוחר וגבה אז מה שגבה גבה ועיין שם סמ"ע (ס"ק ל"א) ובאמת פן נראה מסברא דבזה לא גרע מלוקח פיון שפבר גבה ועיין שם בתנאים דעשה סמוכין לדברי הסמ"ע ואם פן יכול ממילא המלנה בשטר שיש לו זמן ניסן סתמא לומר לו ינהה דאני קודם מ"מ פיון שאין לשטר שלי דין שטר עד אייר ועד אייר אני רק מלנה על פה פיון שמי שיש לו זמן מבנרר קדם וגבה ומה שגבה גבה שוב אני בא לגבות בכח המלנה בשטר שנעשה מאייר ואילך.

ואין לומר דהא יש להקשות אמאי בלא"ה אינו יכול לגבות מן הלקוחות זה שיש לו בשטרון בשטרו ניסן סתמא הא אף אם הוא קודם הוי פאשתדוף בני חרי דגובה ממשעבדי כמבואר (סי' קי"א) וה"נ פיון דכ' בשטרו ניסן סתם וא"י לברר לכן אינו יכול לגבות מבני חרי והוי פאשתדוף.

אף זה אינו דכינן דהוא גרם לנפשו ופשע במה שכתב בשטרו סתם לכן אינו גובה מלקוחות ואם פן אף בזה פשבאמר דלא מתחיל השעבוד רק מאייר ואילך ועד אייר הוי

מלנה על פה מ"מ יאמרו הלקוחות את אפסידת אנפשה במה שלא כתבת זמן מבנר ובפשיעתה קדם המאנחר לגבות מהבני חרי.

אולם באמת ז"א דוקא אם נאמר דהוי מלנה בשטר פשמברר מתי בא לידו אז חל השעבוד אף לגבות משדה הזאת של בני חרי אם ימכור אותם אז שפיר יכולין הלקוחות לומר הנחנו מקום לגבות פנין דעדיין השעבוד שלה קנים ומה לנו בזה שאת גרמת בפשיעתה דלא כתבת זמן מבנר בשטר ובשביל זה מדחי אותה המאנחר וקדם וגבה מ"מ אנחנו אומרים עדיין שעבודה לפניה וכלפי שמיא גליא דשעבודה קנים על השדה הזאת ובאם תברר בעדים שראו אצלה השטר מקודם היית גובה וטורף גם עכשיו מן המאנחר דמה שקדם וגבה לא מהני דלא עדיף מלוקח אבל אם נאמר דעד אייר מחל השעבוד ולא הוי רק מלנה על פה ומן אייר ואילך נעשה מלנה בשטר אז אף דמלנה על פה קדם למלנה בשטר מאנחר מ"מ לא נוכל לחייבו בשביל דלא כתב זמן מבנר ואף דבפשיעותו אשתדף מ"מ לא בשביל זה נוכל להפסיד לו שעבודו מאייר ואילך פנין דאחר שגבה המאנחר הוי פלוקח ונפקע השעבוד מן השדה הזאת יכול לטרוף מלקוחות מאייר ואילך.

שוב ראיתי בס' תפארת שמואל מהגאון מהרש"ק ז"ל שהקשה באמת למה לא הוי פאשתדוף וכ' מתחילה לתרץ הואיל דהוי על ידי פשיעותו ושוב כתב דדוקא היכא דבנדאי אישתדוף בני חרי אז גבה ממשעבדי אבל הכא מקרי ספק אישתדוף דשמא זמנו באחד בניסן ונתנו להמאנחר הבני חרי שלא פדין ואע"ג דאינו יכול להוציא ממנו מ"מ לא מקרי אשתדוף בני חרי פנין דלאו משום נדאי הוא אלא מספק ויכול לומר הרי בני חרי לפניה הם בעין עכ"ד וזה כמו שכ' דעדיין יש לגבות מן המאנחר וזה דוקא אם יש תורת שטר על זה שיש לו ניסן סתם אבל אם עד אייר לא הוי רק מלנה על פה אף דיש לו דין קדימה אם היה מברר מ"מ לא נוכל להפסיד שעבודו מאייר ואילך פנין דהמאנחר קדם וגבה ואינו יכול להוציא ממנו אף אם יתברר דזמנו קודם וז"ב לענ"ד ועיי"מ ש בספר ד"מ (סי' קי"ט): סי' כו אם חתמו עדים למטה על נייר חלק ואחר כך כתבו למעלה מחתימתן את השטר מבואר מדברי תוס' ורשב"א גיטין (דף ד') דשטר לאו פלום הוא פנין דבשעה שחתמו לא העידו על שום דבר ואין החתימה חוזר ונניעור אחר שכתבו השטר: והנה תוס' ורשב"א לא כתבו טעם הדבר.

ולכאורה יש לומר לשיטת הרי"ף (פ"ג) דיבמות דלא הוי הגדות עדות בשטר עד דנפיק מת"י המלנה וכל זמן דהשטר הוא תחת יד סהדי דאי בעו כבשי' לשטר לא נגמר הגדה ומה"ט פסק בש"ע (סי' מ"ו סל"ה) בהתם עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דאחרים יכולין להעיד על כ"י דהוא דוקא פשהשטר יוצא מת"י אחר אבל אם יוצא מתחת יד העדים לא ועיין שם בתומים מה שתמה על זה דהא הראב"ד והרמב"ן כתבו דדוקא בשטר קידושין דאינו ראוי לתת לבעל דין הוי מפי כתבם מה שאין כן בשטר שראוי ליתן לבעל דין אף שהוא תחת יד העדים הוי כפקדון ומ"מ תיכף הוי פנחקה עדותו בב"ד.

ובנתיבות שם מחלק בזה לדעת הרי"ף בין שטר קנין לשטר ראיה דבשטר הקנאה נגמר עדותו מיד וכל הרואה השטר אף שהוא ביד העדים נתברר לו הקנין שהיה והוי כמעיד ראיתי עדים שנתק' בב"ד אבל בשטר שאין בו קנין דלא הוי שטר עד שנמסר ליד המלנה

וְכַל זְמַן שֶׁהוּא בְּיַד הָעֵדִים אֵינָה מוֹכַח מֵתוֹכּוֹ כִּי שְׂלֵא נִמְסַר לַיָּד הַבַּע"ד וְאִזּוּ נִגְמַר עֵדוּתוֹ עַיִי"ש בְּדִבְרָיו אִם כֵּן יֵשׁ לוֹמַר נִמְי אִם חֲתָמוּ מִקְּוֹדֵם מ"מ אִם פְּתָבוּ אַחֵר כִּפֵּי הַשְּׁטָר מִלְמַעְלָה כִּינּוּ דְגַמַר עֵדוּתוֹ שִׁיְהִיָּה כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד הוּא כְּשָׂבָא לַיָּד הַמְלִיָּה בַּשְּׁטָר דְּלָאוּ הַקְּנָאָה וְכִינּוּ דְקוֹדֵם שֶׁהוֹצִיאוּ הַשְּׁטָר מִתְּיָמָתוֹ נִתְבָּרַר חֲתִימָתוֹ עַל מַה שֶׁהֵעִידוּ וְעִיקַר גְּמַר הַגְּדָה שִׁיְהִיָּה חֲתִימָתוֹ כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד הוּא רַק בְּעֵת שֶׁמוֹצִיִּי אֵין הַשְּׁטָר מִתַּחַת יָדָם מָה לִי אִם פְּתָבוּ וְאִתְּ"פ חֲתָמוּ אוֹ שֶׁחֲתָמוּ מִקְּוֹדֵם שֶׁפְּתָבוּ [וּקְצַת יֵשׁ לְדַקְדָּק עַל דְּבָרֵי הַנְּתִיבוֹת דִּהָא לְדַעַת הָרִי"ף גַּם בַּשְּׁטָר הַקְּנָאָה בְּעֵינֵינוּ דְּנִקְא דְמִטָּא לַיָּדוּ וְעֵינֵינוּ מַה שֶׁפְּתָבְתִּי לְעִיל (ס' י') בְּמַחְלֻקַּת הַרְמַב"ן וְהָרִא"ש בְּדַעַת הָרִי"ף עַכ"פ גַּם כֵּן אֵינוּ מוֹכַח גַּם מֵתוֹדֵי הַשְּׁטָר הַקְּנָאָה שֶׁכָּבַר זָכָה הַלְלוּהָ עַד דְּמִטָּא לַיָּדוּ] וְאִם כֵּן יֵשׁ לוֹמַר דִּהַתּוֹס' לְשִׁיטְתָם דְּסִבְרוּ דְמִשְׁעַת חֲתִימָה הָיוּ כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד לְכֹף בְּעֵינֵינוּ שִׁיכְתָבוּ מִקְּוֹדֵם הַשְּׁטָר נִחְתִּימָתוֹ הָיוּ אַחֵר כִּפֵּי פְּהַגְדָה בְּפָנֵי ב"ד אֲבָל לְדַעַת הָרִי"ף דְּנִגְמַר הַגְּדָה כְּשֶׁהוֹצִיאוּ הָעֵדִים הַשְּׁטָר מִתְּיָמָתוֹ יֵשׁ לוֹמַר דְּאֵין לְחַלְקֵם אִם פְּתָבוּ מִקְּוֹדֵם אוֹ שֶׁחֲתָמוּ שְׁמוֹתָם קוֹדֵם הַפְּתִיבָה: אִף יֵשׁ לוֹמַר דַּמ"מ אִף דְּלֹא הָיוּ נִגְמַר עֵדוּתוֹ עַד שֶׁמוֹצִיִּי אֵין הַשְּׁטָר מִיָּדָם מ"מ נִגְמַר לְמַפְרַע הָעֵדוּת מִשְׁעַת חֲתִימָה וְאִף דְּנִמְשָׁף הַדְּבָר עַד שֶׁיִּצְאָ הַשְּׁטָר מִתְּיָמָתוֹ מ"מ הַכֹּל הוֹלֵךְ אַחֵר הַתְּחִלָּה הֵינּוּ הַחֲתִימָה וְאִם חֲתָמוּ קוֹדֵם הַפְּתִיבָה אִזּוּ לֹא הָיוּ כָּלֵל כְּפַהַגְדָה כִּינּוּ דְלֹא חֲתָמוּ רַק עַל נִייר חֲלָק וְכַל זְמַן שֶׁלֹּא נִכְתָּב שׁוּם דְּבָר ל"ה הַגְּדָת הָעֵדוּתוֹ לְכֹף אֵינוּ חוֹזֵר וְנִייעוֹר הַחֲתִימָה מִמִּילָא כִּינּוּ דְאִזּוּ לֹא עָשׂוּ שׁוּם מַעֲשֶׂה וְהָיוּ רַק מִמִּילָא כְּאֵלוֹ נַעֲשֶׂה חֲתִימָתָם לְהַגְדָה בְּזָה לֹא עָבְרוּ עַל לֹא תַעֲנֶה אִם נַעֲשֶׂה בְּשִׁקָר לְכֹן ל"ה כְּפַהַגְדָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד וְכֵן לְמָה שְׁכִ'הַנְּתִיבוֹת (ס' כ"ח) בְּאִנְרָף לְבָאָר לְחַלְקֵם בֵּין שְׁטָר רִאִיָּה לְשְׁטָר קִנְיָן דְּבַשְּׁטָר קִנְיָן דְּלֹא מְסַדִּי הָעֵדִי חֲתִימָה אֲגַמַר הַדְּבָר וְעֵדוּתוֹ אֵינוּ רַק שֶׁנִּכְתָּב בְּצִוּוֵי הַמַּתְחַיֵּיב וְעֵדוּתוֹ כְּזֶה אֲפִילוֹ אוֹמַר אֲמַרִי כְּשֶׁר וְגַם עַד מִפִּי עַד כְּשֶׁר וְלֹא בְּעֵי הַגְּדָה בַּב"ד וְלֹא בְּעֵי מַפְיָהֶם וְכְשֶׁר מִפִּי כְּתָבָם וְעִיקַר עֵדוּתוֹ עַל גְּמַר הַדְּבָר הוּא רַק כְּשָׂבָא הַשְּׁטָר מִיָּד הַלְלוּהָ לְהַמְלִיָּה וּמִהֵנִי כְּשֶׁהַשְּׁטָר בְּיַד הַמְלִיָּה מְטַעַם דְּאֵנּוּ סִהְדִי וְכִינּוּ דַע"ז לֹא בְּעֵי תוֹרַת עֵדוּת וְהַגְּדָה בַּב"ד וּמִהֵנִי אִף עַד מִפִּי עַד דְּנִכְתָּב בְּצִוּוֵי הַמַּתְחַיֵּיב מֵאֵי אֵיכְפַת לָן אִם נִכְתָּב קוֹדֵם הַחֲתִימָה אוֹ אַחֵר הַחֲתִימָה נִכְתָּב לְמַעְלָה בִּידְעֵת הָעֵדִים עַל הַנִּייר הַחֲלָק שֶׁחֲתָמוּ לְמַטָּה.

אוּלָם ז"א דִּהָא מ"מ אִף דְּכְשֶׁר מִן הַתּוֹרָה אִף מִפִּי כְּתָבָם וְאִף בְּהַגִּידוֹ שְׂלֵא בַּב"ד כִּינּוּ דְלֹא הֵעִידוּ עַל גְּמַר הַדְּבָר עַל כְּרַחֲמֵי צָרִיף לוֹמַר דְּמִדְּרַבְּנֵינוּ הָיוּ כְּפַהַגְדָה עֵדוּתוֹ בַּב"ד וְכֵאלוֹ נִתְקַבַּל עֵדוּתוֹ דְאִם לֹא כֵּן הִיָּה מִהֲרָאוּי לוֹמַר אִם בָּאוּ שְׁנֵי עֵדִים וְהֵעִידוּ עַלִּיהֶן דְּאֵנוֹסִים הָיוּ וְכַדוּמָה שִׁיְהִיוּ הָאֲחֵרוֹנִים נְאֻמִּינוּ לְגַמְרֵי דִּהָא לֹא נִתְקַבַּל עֵדוּתוֹ בַּב"ד שִׁיְהִיָּה לְהֵם דִּין תְּרֵי נֶגְדַת תְּרֵי כְּמוֹ בְּכָל הַפְּתוּשׁוֹ הָעֵדִים דְּשֵׁם הָאֲחֵרוֹנִים אֵינָם נְאֻמִּינוּ יוֹתֵר מִן הָרִאשׁוֹנִים דְּאֵזְלִינוּ בְּתַר תְּחִילַת הָעֵדוּתוֹ וְאִזּוּ לֹא הָיוּ נוֹגְעִין בְּדְבָר וְהָיוּ כְּאֵלוֹ הֵעִידוּ שְׂכַל מִי שִׁיאֵמַר הִפּוּף מְדַבְּרִיהֶם מַעִיד בְּשִׁקָר וְשִׁיְיָף לוֹמַר מָה חֲזִית דְּסִמְכִי אֲהֵנִי סְמוּף אֲהֵנִי וְכֵמוֹ שֶׁבִּיאָר הַגְּאוֹן מו"ה ח"י ז"ל וַיְבַאָר לְקַמֵּן אִי"ה מְזָה.

וְזֶה אֲתִי שְׁפִיר אִם הָרִאשׁוֹנִים הֵעִידוּ בַּב"ד וְנִתְקַבַּל דְּבָרֵיהֶם אִזּוּ הָיוּ תו"ת אֲבָל אִם נִאֵמַר דְּמַה דְּעֵדִים הַחֲתוּמִים עַל הַשְּׁטָר עִיקַר עֵדוּתוֹ עַל שֶׁנִּכְתָּב בְּצִוּוֵי הַמַּתְחַיֵּיב וְכַזֶּה כְּשֶׁר אִף מִפִּי כְּתָבָם וְאִף חוּץ לַב"ד אִם כֵּן נִאֵמַר דִּהָאֲחֵרוֹנִים שֶׁמְכַחֲשִׁין בְּזָה הָיוּ כְּמַעֲדִין עַל גּוֹפֵן שְׂכַל הָעֵדִים דְּעָבְרוּ בְּמַעֲשֵׂיהֶם כִּינּוּ דְחֲתִימָתוֹ לֹא הָיוּ אִזּוּ כְּפַהַגְדָה בַּב"ד וְלִהְדִּיא מְבוֹאָר

ש"ס פתובות (דף י"ט) דבכ"י יוצא ממ"א אם פאו שנים והעידו עליהן דאנוסים היו דהוי תרי ותרי ואמאי לא יהי האחרונים נאמנים אלא נדאי דעכ"פ מדרבנן נעשה בכל שטרות חתימתן פנקקה עדותן בב"ד וכאלו נתקבל עדותן בב"ד דנכתב בצווי המתחייב ומטעם חזקה דעדים לא יחתמו בשקר ולכך צריף שיחתמו אחר שפבר נכתב השטר דאז הוי פנתקבל עדותן בב"ד דנכתב ונחתם בצווי המתחייב אבל אם חתמו על נייר חלק דחתמתו לא הוי אז פנתקבל על שום דבר אינו חוזר וניעור חתימתו להיות פנקקה עדותן פשפתבו אח"כ השטר: ולפי"ז יש לומר דזה דוקא בשטר דבעינן תורת שטר ע"ז שיעש' פתיקון חכמים ואז לא הוי מפי פתבם יתיה הטעם איה שיהי' או מפני שהוא פתיקון השטר או משום דכתב מדעת המתחייב והוי מפי פתבו או משום דשטר שחתמוהו ביומו דהיה אורחיה להכי כמו שכ' רש"י גיטין (דף ע"א ע"א) בזה צריף דוקא שיהיה פתיקונו אבל בכתב ידו דהמתחייב אם חתם את עצמו המתחייב בנייר חלק ואחר כך נכתב עליו הפרטי החיוב פיון דהוא רק מצד הודאת בעל דין פמאה עדים מהראוי לומר דמהי'.

וראיתי בקצהו"ח (סי' מ"ה) שיהביא דברי תוס' גיטין ה"ל ויהביא גם פן דברי הב"ח בתשובה בחתמו על נייר חלק דאין החתימה חו"נ וכ' ויראה דהוא הדין בכ"י פהאי גוונא שחתם ואחר פן כתב עליו שדי קנויה לה לא מהני ולא פלוס דאין חתימה גומרת הן חתימת עדים הן חת"י אלא אחר פתיבה והא דמהני בשטר שכ' אני פב"פ לויתי ממה מנה אף דשמו נחתם תחילה התם פל השטר הי' כ"י ול"ב חתימת שמו פמבואר (סי' ס"ט) וכתב שמה ראיה ברורה דלא בעי חתימת שמו דיש פוסקים דבעינן חתימת שמו אם פן היכא מהני האי שטרא הא החתימה קדמה לכתיבה.

ולא אדע מניין לו זה הא עכ"פ מודה דלהסוברים דבעינן חתימת שמו מהני אף קודם לכתיבה והנה פוסקים לאו קטלי קני באגמא הן דהביא אותם הבעה"ת ובעל העיטור מייחס דעה זאת לרש"י ז"ל ר"פ הנושא.

אם פן אף דקיי"ל דכ"י שלו מהני אף בלא חתימה מניין לו לומר דלא מהני החתימה שחתם קודם הפתיבה פיון דלענין הודאת בעל דין לא בעי תורת שטר וכשר מפי פתבו ועיין מה שפכתתי לעיל דיני עדות (סי' מ"ח) דאף דהודאת בעל דין פמאה עדים פתב רש"י ז"ל קידושין (דף ס"ה) דילפינן מדכתב פי הוא זה ולחד תירוץ תוס' גיטין (דף ע"א) אמירה הוא דוקא בפא ואם פן הקא נמי פתיב אשר יאמר פי הוא זה מ"מ סוגין דעלמא דמהני פל הודאות וחיובין מצד הודאתו בשטר בכתיבה בעלמא עיין שם שיהבאתי מדברי מכילתא פ' יתרו.

ואם פן פיון דכשר מפי פתבו ולא בעי תיקון השטר פלל מניין לנו לומר דאם חתם שמו קודם שנכתב ההודאה דלא מהני אם מוסר לו אחר כך הכ"י ויוצא מת"י. וראיתי בתשובת הב"ח (סי' מ"ה) דנשאל על ע"א שהיה נחויז לדרכו וחתם שמו על חלק למטה ואחר כך כ' הסופר שטר למעלה מחתימת העד ואחר כך חתם עד השני וכתב מדברי תוס' ה"ל וכתב הטעם דשטר דגלי קרא דכשר דכתיב ואקח את ספר המקנה בעינן דלכתוב הסופר תחילה ואחר כך יחתמו עדים וכדכתיב שדות בפסר יקנו וכתב בפסר

וְחָתוּם וְהָעֵד עֲדִים וְעַד הַחֲתוּם עַל גִּיּוֹר חֶלֶק לִית בִּי מְשִׁשָּׁא עֵינַי שָׁם הָרִי דְעֵיקָר הַטַּעַם דְּכֹף הוּא תִיקוֹן הַשְּׁטָר וְכָתוּב וְחָתוּם.

וְאִם כֵּן מִנִּיּוֹן לֹמַר דְּכֹתֵב פְּתַב יָדוֹ הִינְנוּ אִם חוֹתֵם תְּחִילָה קוֹדֵם הַפְּתִיבָה דְּלֹא מְהַי דְּזֵה הוּא עֲנִינְךָ אַחֵר מִצַּד הוֹדָאָת בְּעַל דִּין וְאַף לְדַעַת הַב"ח הַמּוֹבָא בְּש"ף (ס"ו מ"ב) דְּפּוֹסֵל בְּכ"י אַחֵר בְּעַדִי חֲתִימָה בְּשֵׁטֶר קִנְיָן בְּדָבָר שֶׁיִּכּוֹל לְהַזְדַּיֵּיף פִּינּוֹן דְּאִינוּ יָכוֹל לְעַמּוֹד לְיָמִים רַבִּים אֲלֵא לְפִי שְׁעָה פִּינּוֹן דִּיכּוֹל לְהַזְדַּיֵּיף אִינוּ מוֹכַח מִתּוֹכּוֹ וְהוֹדָאָת נּוֹתֵן לֹא מְהַי וְכִמוֹ בְּנִתְּנָן גִּיּוֹר וְכָתֵב עָלָיו בְּכ"י אַחֵר וַא"ב עַדִי חֲתִימָה דְּלֹא מְהַי וְכִינּוֹן דִּיכּוֹל לְהַזְדַּיֵּיף הָוִי כַּא"ב עַדִי חֲתִימָה וְכֹאשֶׁר הָאָרִיף בְּזֵה בַקְצוּה"ח (ס"ו מ"ב) הִינְנוּ דְּהוּ' פְּמוֹסֵר לּוֹ חֶרֶס וְכִמְצַחֵק וְאִין תּוֹרַת שְׁטָר עָלָיו אֲבָל כְּשֶׁהוּא אִינוּ יָכוֹל לְהַזְדַּיֵּיף רַק שְׁחַתְּמוּ קוֹדֵם שְׁנֹכְתֵב הַכ"י מֵאַחֵר עָלָיו לְמָה לֹא יִהְיֶה חוֹזֵר וְנִיְעוֹר הַחֲתִימָה שֶׁל הַמְתַּחֲסִיב עַל מַה שֶׁכ' לְמַעְלָה וְכִשְׁמוֹסֵר בִּינוּ לְבִינוּ מְהָרְאוּי דְּמְהַי מִצַּד הוֹדָאָת בְּעַל דִּין בְּזֵה אֵף שְׁאִין עַדִי חֲתוּמִים עָלָיו פִּינּוֹן דְּמוֹכַח מִתּוֹף הַשְּׁטָר דְּנִתְּחִיב וְלֹא בְּעֵינַי בְּזֵה תּוֹרַת שְׁטָר וְכָתוּב בְּסִפֵּר וְחָתוּם.

וְגַם אֲנִי הָוִי עַדִי מְסִירָה פִּינּוֹן שֶׁהַשְּׁטָר יוֹצֵא מִת"י וְכֹא מִיַּד הַמְתַּחֲסִיב וּמְהָרְאוּי דְּמְהַי הֵן לְקִנְיָנוּ הֵן לְרֵאזָה וְצ"ע בְּזֵה: וְעֵינַי לְעֵיל (ס"ו ל"ט ס"ג) דְּאִין פּוֹתְבִין שְׁטָר לְמַלְנָה עַד שְׁיָהָא לְנָה עֲמוֹ אֲפִילוּ אִם אָמַר פְּתַבוּ וְחֲתַמוּ וְיִהְיֶה בְּיַדְכֶם לְכַשְׁיָבָא הַלְנָה אִין שׁוּמְעִין לּוֹ וּבְש"ף שָׁם מְשֵׁם הַמ"מ דְּאוּלִי מְעָרִים הוּא וּבְתַנּוּמִים שָׁם הַקְּשָׁה הָא פִּינּוֹן דְּלֹא צְוֹנָה הַלְנָה הָוִי מִפִּי פְתַבְּם וְהוֹכִיחַ מְזֵה דְּכָל שְׁנֹכְתֵב בְּנוֹסַח הַשְּׁטָר כְּשֶׁר וּבְנִתְּיָבוֹת שָׁם כ' פִּינּוֹן דְּלֹא נִגְמַר עַדוֹתָן רַק כְּשֶׁמְצָנָה הַלְנָה לְמִסּוֹר וְהַרְגִּישׁ מִדִּין זֵה כְּשֶׁחֲתַמוּ עַל גִּיּוֹר חֶלֶק וְאַח"כּ פְּתַבוּ דְּפִסְלוּ גְדַחֵק שָׁם לְחֶלֶק דְּכַשְׁפְּתַבוּ בְּלֹא צְוִי הַלְנָה אֵף דְּהוּא שְׁקָר עַכְשָׁיו נִגְמַר עַדוֹתָן לְמַפְרַע כְּשֶׁאוּמַר הַלְנָה אַחֵר כֹּף תְּנּוּ מַה שְׁאִין כֵּן כְּשֶׁחֲתַמוּ עַל גִּיּוֹר חֶלֶק אִין כְּאֵן הַגְּדָה כָּלֵל וַיֵּשׁ לְגַמְגָם טוֹבָא בְּזֵה לְמָה שֶׁכ' לְעֵיל אוּלָם לְדָבָרִי הַב"ח דְּעֵיקָר הַטַּעַם דְּפּוֹסֵל בְּכַתְּבוּ אַחֵר הַחֲתִימָה הוּא מְשׁוּם דְּכַתִּיב וְכָתוּב בְּסִפֵּר וְחָתוּם וְהָעֵד עֲדִים א"ש בְּפִשְׁטוּת דְּכֹף הוּא גְזִירַת הַכְּתוּב מַה שְׁאִין כֵּן כְּשֶׁפְּתַבוּ וְחֲתַמוּ ע"ד אִם יִצְוֶה הַלְנָה יִמְסְרוּ הַשְּׁטָר כְּשֶׁר מִן הַדִּין דְּחו"נ לְעֵשׂוֹת שְׁטָר מְעַלְיָא אִם לֹא מְטַעַם חֲשֵׁשׁ עֲרָמָה וְעֵינַי רַמ"ה ב"ב פֶּרֶק ג'פ" (אוֹת ז) דְּכָתֵב דְּאֵף ע"א לִית לִיָּה רְשׁוּת לְחֲתוּם וְשִׁשְׁאָר בְּיָדוֹ דְּעַדִי הַחֲתוּמִין עַל הַשְּׁטָר כְּמוֹ שְׁנַחֲקָרָה וְחִיָּשִׁינּוּ דְּלִמָּא נָפַל מִנְיָה עֵינַי שָׁם דַּכ' דְּלֹא מִיבְעִיָּא תְּרִי דְּלֹא דְּהָא לֹא אֲפָשֶׁר דְּנִקְטִי לִיָּה תְּרַנְיָהוּ וְכִי נִקְט לִיָּה חַד מִנְיָהוּ נִפְק שְׁטָרָא לְבַר מְרְשׁוּתָיָה וְכִמָּאן דְּמִסְרָה לְמַלְנָה דְּמִי אֲלֵא אֲפִילוּ הִיכָא דְּחַתְּמוּ עָלֶיהָ חַד סְהָדָא וְנִקְט לִיָּה בְּיָדוֹ סַד"א שְׁפִיר דְּמִי קַמ"ל דְּלִית לִיָּה רְשׁוּתָא לְמַעְבַּד הַכִּין דְּעַדִים הַחֲתוּמִין עַל הַשְּׁטָר נַעֲשׂוּ כְּמוֹ שְׁנַחֲקָרָה עַדוֹתָן בְּב"ד וְחִיָּשִׁינּוּ דְּלִמָּא נָפַל מִנִּי עֵינַי שָׁם עוֹד וְאִם כֵּן יֵשׁ לֹמַר הָא דְּאַשְׁמוּעֵינּוּ דְּאִין פּוֹתְבִין לְמַלְנָה הוּא אֵף הִיכָא דְּצְוֹנָה הַלְנָה לְעַד אֲחַד שְׁיַחֲתוּם וְשִׁיאֲמַר לְחַבְרִיּוֹ גַם כֵּן שְׁיַחֲתוּם דְּאִז אִם חוֹתֵם הַשְּׁנִי וּמֵאֲמִין לְדָבָרִי הָעֵד הָרֵאשׁוֹן כְּשֶׁבָּא אַחֵר כֹּף הַלְנָה וּמְצוּנָה לְמִסּוֹר לְמַלְנָה לֹא הָוִי מִפִּי פְתַבוּ פִּינּוֹן דְּאַתְבָּרַר לּוֹ אַחֵר כֹּף שְׁשִׁפִיר חַתְּמוּ בְּצוּוִי הַלְנָה אוּלָם אֲסוּר לְמִיְעַבַּד הַכִּי מְטַעַם דְּחִיָּשִׁינּוּ דְּלִמָּא נָפַל מִמְּנוּ וְיָבֵא לִיד הַמַּלְנָה וְכָל זְמַן דְּלֹא אֲתַבָּרַר לִיָּה דְּצוּנָה הַלְנָה כֵּן עוֹשֶׂה שְׁלֵא כַּדִּין.

וּמִנְיָשׁב גְּוַשְׁיַת הַתַּנּוּמִי דְּכֵן יֵשׁ לֹמַר גַּם כֵּן פְּנוּנַת הַמ"מ דְּאֲסוּר מְשׁוּם עֲרָמָה לְעֵשׂוֹת כֵּן אֵף הִיכָא דְּאִם יִתְבָּרַר לּוֹ שְׁצוּנָה הַלְנָה שְׁיַחֲתוּם וְאִז לֹא הָוִי מִפִּי פְתַבוּ. וְלְמָה שֶׁכ' אִינוּ

ראיה מדברי רמ"ה ש"ל דאף בכתומת עד אַחַד הוּי כְּמוֹ שְׁנַחֲקֶרֶה וּדְלָא כְּדַבְרֵי רִיב"ש  
הַמוּבָא בְּרַמ"א (ס' מ"ו) בְּסוּפּוֹ וּבִבְנוֹאֵר לְקַמְן אַי"ה: עוֹד כְּתַב שֵׁם הַב"ח לְדוֹן אִם הָעֵד  
נִפְסָל בְּזַה פִּינּוֹן שְׁנַתְּנִי מְכַשׁוּל לְזַיְיָף לְחֹבֶת אַחֲרִים וְאִף דְּהָעֵד הָרֵאשׁוֹן נִסְמָךְ עַל עַד הַשְּׁנִי  
שְׁלֵא יִחְתָּמוּ מ"מ נִתְּנָה מְכַשׁוּל פְּשִׁיזַיְיָף חֹבֶת אַחֲרִים וְיִתְּבַע בְּעַד אַחַד לְחַיְיבּוֹ שְׁבוּעָה  
וְשָׂמָא לֹא יִשְׁבַע וַיִּשְׁלַם וַיֵּשׁ לְפָנָסְלוֹ מִטַּעַם כָּל הַגּוֹרָם לְמָמוֹן כְּמָמוֹן דְּמִי דְלַעֲנִין פְּסוּל  
גְּבָרָא לֹא מִיפְסָל אֲלֵא אִם פֶּן הוּי לִיה חֹבֶת אַחֲרִים עַכ"פ וְכִינּוֹן דְּהִכָּא לֹא הוּי חֹבֶת אַחֲרִים  
עַכ"פ פִּינּוֹן שְׁיִכּוֹל לְפִטוֹר בְּשְׁבוּעָה אִין לְפָנָסְלוֹ וְאִף דִּיכּוֹל לְזַיְיָף וְלַעֲשׂוֹ שְׁטֵר עַל מִי  
שְׁהוּא חֲשׂוֹד לְשְׁבוּעָה מ"מ צָרִיף שְׁיִשְׁבַע שְׁפָנְגְּדוֹ.

וְלֹא אֲבִין כָּל דְּבָרֵי שֵׁם הָא אִם מִשְׁפַּחַת אֲנָפִן שְׁיִכּוֹל לְבֹא לִידֵי חֹבֶת אַחֲרִים לְהוֹצִיא  
מָמוֹן מ"מ פִּינּוֹן דְּהוּא לֹא עֲשֵׂה בְּיָדִים וְלֹא צְנָה לְהִזִּיק לְאַחֲרִים רַק שְׁחַתְּמֵם עַל נִייר חֶלֶק  
אִף שְׁעֲשֵׂה שְׁלֵא כַּהֲנִין מ"מ לֹא מִיפְסָל עַל יְדֵי זֶה וְאִף אִם שְׁנִינִים חֲתָמוּ עַל נִייר חֶלֶק  
וּמְסָרוּ בְּיַד הַסּוֹפֵר לֹא מִיפְסָל בְּשִׁבְלִי זֶה דְלֹא עֲבָרוּ עַל לָאו דְלֹא תַעֲנֶה פִּינּוֹן דְלֹא הָעֵידוּ  
בְּחַתִּימָתָן אִז עַל שׁוֹם דְּבָר וְאִף אִם זַיְיָף הַסּוֹפֵר וְכ' חֹבֶת אַחֲרִים וְהוֹצִיא מָמוֹן בְּשְׁטֵר זֶה  
אִינוֹ חַיִּיב לְשַׁלֵּם דְּזֶה לֹא הוּי רַק גְּרָמָא וְהַסּוֹפֵר הוּא הַמְזִיק וְהֵם פְּטוּרִין מִלְּשַׁלֵּם וּמַכ"ש  
כְּשֵׁלֵא נַעֲשֵׂה שׁוֹם דְּבָר בְּחַתִּימָתוֹ הַדְּבָרִים פְּשׁוּטִים דָּאִם יִחְזוֹר עַד הָרֵאשׁוֹן וַיַּעֲזֵד עֲדוּתוֹ  
בְּשְׁטֵר מְצֻטְרָף לְעַד הַשְּׁנִי וְנַעֲשֵׂה מְלִנָּה בְּשְׁטֵר וּכְמוֹ שֶׁכ' שֵׁם הַב"ח וְאִינוֹ דוֹמָה לְעֵדִים  
דְּהַקְדִּימוּ הַזְּמַן בְּכּוֹנְנָה דְּנִפְסָלִים דְּעֲשֵׂאוּהוּ שְׁטֵר בְּחַתִּימָתָם וְעֲבָרוּ עַל לָאו דְל"ת מַה שְׁאִין  
כֶּן כְּשִׁחְתָּמוּ עַל נִייר חֶלֶק וּמְסָרוּ בְּיַד אַחַד בְּפִקְדוֹן וְדָאִי דְלֹא נִפְסָלוּ בְּשִׁבְלִי זֶה: אִם הָעֵדִים  
צוּוּ לְאַחֲרִים שְׁיִחְתָּמוּ בְּעֵדִים מְבִנְאֵר בְּש"ע (ס' מ"ה ס"ה) דְלֹאוּ כְּלוּם הוּא וְעִינִין שֵׁם  
בב"י מִשֵּׁם הַתְּשַׁב"ץ וּבְש"ף (ס"ק ה') דְּהוּי כְּעַד מְפִי עַד דְּאִינוֹ כְּלוּם וּבְלָנָה הַמְתַּחַיִּיב  
עֲצָמוּ בַכ"י וְצְנָה לְאַחַר שְׁיִחְתָּמוּ שְׁמוֹ וְחַתְּמֵם כַּכ"פ צְנָה לְחַתְּמוֹ מְהֵנִי.

וְלִכְאוּרָה בְּכָל שְׁטֵר קִנְיָן דְּאִף אוֹמֵר אֲמָרִי כְּשֵׁר וְאִף עַד מְפִי עַד כְּשֵׁר וְאִף לֹא צָרִיף הַגְּדָה  
בְּפִנֵי ב"ד פִּינּוֹן דְּעֵדֵי חַתִּימָה לֹא מְעִידִין עַל גְּמַר הַדְּבָר וְעִיקָר הָעֵדוּת הוּא שְׁנַכְתַּב בְּצוּוֵי  
הַבַּע"ד וּכְמוֹ שְׁהָאֵרִיף בְּזַה הַנְּתִיבוֹת (ס' כ"ה) וְעִיקָר גְּמַר הָעֵדוּת הוּא כְּשֵׁר וְאִין הַשְּׁטֵר  
יּוֹצֵא מַת"י וְאִין סְהַדֵי עַל הַמְסִירָה אִם כֶּן לְמָה לֹא יִהְיֶה כְּשֵׁר בְּצוּוֵי הָעֵדִים לְחַתְּמוֹ אֵת  
הַשְּׁטֵר פִּינּוֹן דְּגַם עֵדִים הָרֵאשׁוֹנִים אִין מְעִידִין עַל גְּמַר דְּבָר רַק שְׁשִׁמְעוּ מִן הַבַּע"ד שְׁיִחְתָּמוּ  
וְאִף אִם שְׁמַעוּ מִן אַחֲרִים סְגִי וְאִף לְמֵאן דְּפּוֹסֵל בְּאוֹמֵר אֲמָרִי הוּא מִטַּעַם דְּמִינִי לֹא מִימְסָרֵן  
לְשַׁלִּיחַ וְלֹא מִטַּעַם עַד מְפִי עַד אִם כֶּן לְמָה אִין הָעֵדִים יְכוּלִין לְצוּוֹת לְאַחֲרֵי שְׁיִחְתָּמוּ  
אוֹתָם וְיִחְתָּמוּ עֲצָמָם שְׁכֶן צוּוֹ הָעֵדִים לְחַתְּמוֹ וְהָא דְבִגְט מְבִנְאֵר בְּהַגְהוֹת אֲשֵׁרִי גִיטִין (דף  
י"ט) דְּדַעַת רַבִּינוּ שְׁמַחָה דָּאִם הַסּוֹפֵר חוֹתֵם שְׁמוֹת הָעֵדִים כְּשֵׁר אֲפִילוּ לַר"מ דְּאָמַר וְכַתַּב  
קָאִי עַל עֵדֵי חַתִּימָה מ"מ אִם יֵאמְרוּ לְסוֹפֵר חַתוּם שְׁמִינוּ וְחַתְּמוּ כְּשֵׁר פִּינּוֹן דְּחוֹתְמִין לְפִנְיָנוּ  
וְהַבַּעַל נוֹתְנוּ לְאַשָׁה בְּפִנְיָנוּ כְּשֵׁר פִּינּוֹן דְלֹאוּ לְרֵאִיָּה קָאִי וְהָא"ז חוֹלֵק יֵשׁ לוֹמַר דְּשֵׁם עַכ"פ  
צָרִיף שְׁיִחְתָּמוּ לְשִׁמָּה לְכַף צָרִיף שְׁהֵם עֲצָמָם יִחְתָּמוּ וְאִף דְלַר"א וְכַתַּב קָאִי אֲפִתִּיבָה וְיִכּוֹל  
הַבַּעַל לְצוּת לְאַחַר שְׁיִכְתוּב וְכּוֹתַב לְשִׁמָּה הוּא פִּינּוֹן שְׁשִׁמְעַם מְפִי הַבַּעַל אוֹ דְאָמְרוּ לוֹ  
שְׁהַבַּעַל צְנָה שְׁיִכְתוּב לְשִׁמָּה וְהוּא בַעַל הַמַּעֲשֵׂה וְזֶה עוֹשֵׂה כְּמַצְנָתוֹ אֲבָל אִם מְצָנָה  
לְהָעֵדִים לְחַתְּמוֹ לְשִׁמָּה וּלְשֵׁם גִּירוּשִׁין אִם הֵם אִינָם עוֹשִׂין מַעֲשֵׂה הַחַתִּימָה כְּלָל רַק  
שְׁמַצְוִין לְאַחַר נְחַתוּם אֵת שְׁמוֹת וְזֶה הַחוֹתֵם אִינוֹ חוֹתֵם בְּצוּוֵי הַבַּעַל וְלֹא הוּי לְשִׁמָּה אֲבָל  
בְּשָׂאֵר שְׁטֵרוֹת דְלֹא בְּעֵי לְשִׁמָּה וְהָעֵדוּת שְׁשִׁמְעוּ מִהֶמְחַיִּיב שְׁהַתְּרָצוּ שְׁיַעֲשׂוּ שְׁטֵר קִנְיָן

וְשִׁיחָתְמוּ וְכִינּוּן דְּהוּא פְּשֵׁר אַף מִפִּי פְתָבָם וְהַגְדָּה חוּץ לִב"ד מֵאֵי אֵיכָפֶת לֵן אִם מְצוּוֹ לְאַחַר  
שִׁיחָתוֹם אֵת שְׁמוֹתֵיהֶם בְּשִׁלְיחוֹתָם: אַף פְּכָר פְּתַבְתִּי לְעִיל דְּהָא עֲכ"פ צְרִיכִין אָנוּ לְבֹא  
לְתִיקוּן חֲכוּ"ל דְּעֵדִים הַחֲתוּמִין עַל הַשְּׁטֵר הוּא כְּמוֹ שְׁנַחֲקָרָה עֲדוּתָן בִּב"ד וְחֲתִימַת הָעֵדִים  
יְהִיָּה לְתוֹעֵלַת פְּאֵלוּ נְתַקְבַּל דְּבִרְיָהֶם בְּפִנֵּי ב"ד לְכַף אִם אַחֲרֵים חוֹתְמִים שְׁמוֹתֵיהֶם וְאִינָם  
מְעִידִין עַל גּוּף הַדְּבָר רַק עַל הָעֵדִים הֵוִי כְּעַד מִפִּי עַד.

אוּלָּם אִם הִמְתַּחֲזִיב מְצוּהָ לְכַתּוּב וְלַחֲתוּן שְׁמוֹ שְׁפִיר מְהִנִּי וְכְמוֹ שֶׁכ' הַשְּׁ"ף. וּבִקְצוּהָ"ח כ'  
דְּאִין שְׁנִיף בְּזָה דִּין שְׁלִיחוֹת וְאִינוּ מְוַכְרָח וְכְמוֹ שֶׁכ' הַנְּתִיבוֹת דְּמוֹעִיל שְׁלִיחוֹת לְעֵשׂוֹת  
קִנְיָן.

וּמָה שְׁתַּמָּה הַנְּתִיבוֹת עַל הַשְּׁ"ף דְּמִנְיִין יְדוּעַ שֶׁהַדְּבָר אֵמֶת כֹּל שְׁאִין מִן הַשְּׁטֵר רְאָיָה לֹא  
שֵׁם שְׁטֵר עָלָיו וְאִין קִנְיָן בְּשְׁטֵר פְּזָה וְלֹא אֲדַע מָה שְׁתַּמָּה הָא לְהַדְיָא מְבֹאָר בַּתְּשַׁב"ץ  
(ס' קכ"ח) דְּמַכְשִׁיר אִם הָעֵד חוֹתֵם עַל הַפְּתִיבָה בְּמִצּוֹת הַחֲתוּן הִינְנוּ שְׁחוֹתֵם אֲנִי פְלוֹנִי  
בֶּן פְלוֹנִי חֲתַמְתִּי בְּמִצּוֹת הַחֲתוּן פְלוֹנִי וְכִינּוּן שְׁחַתְּמֵם בְּמִצּוֹתוֹ הָרִי הוּא עַד בְּדָבָר וְעִינּוּ  
בַּתְּשׁוּבַת רַשַׁב"ש (ס' תקס"ה) שְׁאִם הָעֵד לֹא הִזְכִּיר שְׁמוֹ אִין לוֹ תוֹרַת עַד וְאִם הִזְכִּיר  
שְׁמוֹ יֵשׁ לוֹ תוֹרַת עַד שְׁכָל עַד גַּם כֵּן אִינוּ חוֹתֵם אֲלָא בְּמִצּוֹת הַמְתַּחֲזִיב וְאִם נְתַקְיָיְמָה עֲדוּת  
הַחֲתוּם בְּשִׁבִיל הַחֲתוּן הֵוִה לִיָּה כְּעַד א' וְקָם לְשִׁבּוּעָה וְאִם נְתַקְיָיְמָה עֲדוּתוֹ שֶׁל אֶחָד מִן  
הָעֵדִים מְצַטְרֵף עִם הַחֲתוּם בְּשִׁבִיל הַחֲתוּן וּמוֹצִיא מְמוֹן עֵי"ש וְזָה ג"כ כְּפִנְתַּת הַשְּׁ"ף דְּאֶחָד  
חוֹתֵם בְּשִׁבִיל הַמְתַּחֲזִיב וְחוֹתֵם שְׁמוֹ ג"כ עַד עִם עוֹד א' עַל זָה דְּזָה מְהִנִּי מִן הַדִּין.

וּמ"ש הַקְצוּהָ"ח דְּרַק עַל הַפְּתִיבָה שְׁהִיא שְׁטֵר רְאָיָה בְּלִבָּד דְּאֶפְ"י לֹא כְּתַב לָהּ יֵשׁ לָהּ  
מְתַנַּאי ב"ד וְלִכְף מְהִנִּי מָה שְׁאִין כֵּן הִיכָא שְׁפָא לְהַתַּחֲזִיב אֵת עֲצָמוֹ הַמְעִינּוּ בַּתְּשַׁב"ץ  
יְרָאָה שְׁלֹא קָאִי עַל פְּתוּבָה דְּאוּרְיָיְתָא בְּלִבָּד רַק עַל חִיּוּבָיו וְגַם אַף בְּמָה דִּישׁ לָהּ מְתַנַּאי  
ב"ד פִּינּוּן דִּיכּוּלָּהּ לְמַפְנֵי הַפְּתוּבָה ע"כ דְּהֵוִי כְּמוֹ שְׁטֵר קִנְיָן וְכְמוֹ שֶׁכ' הַקְצוּהָ"ח בְּעֲצָמוֹ  
(ס' ס"ו) דְּכָל הַשְּׁטֵרוֹת מוֹסִיף חִיּוּב כְּשֵׁטֵר קִנְיָן דָּאִם לֹא כֵּן פִּיצַד יְכוּל לְמַפְנֵי וְעִינּוּ מָה  
שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל (ס' א').

וְעִינּוּ בַּתְּשׁוּבַת בְּעֵי חֵי"מ (ח"ב ס' מ"ז) שְׁהַסְפִּים גַּם כֵּן לְדַעַת הַשְּׁ"ף דִּיכּוּל אַחַר  
לְחַתוּם בְּעַד הַמְתַּחֲזִיב וְכ' דְּלְכְאוּרָה הַחֲתוּם בְּעַד הַלּוּהָ אִינוּ יְכוּל לְחַזּוֹר וְלַחֲתוּם בְּעַד כְּמוֹ  
שֶׁכ' הַתְּשַׁב"ץ בְּשֵׁם תְּשׁוּבָ' רַש"י ז"ל עַל פְּתוּבָה שְׁחַתְּמֵם עַד א' וְחַזּוֹר וְחַתְּמֵם בְּשִׁבִיל עַד  
הַשְּׁנִי שְׁפִסּוּלָהּ פִּינּוּן שְׁכָבֵר חֲתֵם בְּעַד הַלּוּהָ אִינוּ יְכוּל לְחַזּוֹר וְלַחֲתוּם בְּעַד אֲבָל הָא לִיתָא  
דְּשֵׁם פְּכָר תַּתָּם בַּתּוֹרַת עַד וְאִם יְחַתּוּם ג"כ בְּעַד הַב' כְּפִלָּה מְמוּנָא נְפִיק עַל פִּי עַד א'  
וְאֶפְּלוּ לֹא חֲתֵם אִינוּ יְכוּל לְחַתּוּם בְּעַד עַד אַחַר דְּהֵוִה עַד מִפִּי עַד אֲבָל כְּשִׁחַתְּמֵם בְּעַד  
הַמְתַּחֲזִיב דְּלִיכָא לְמִימַר הִכִּי אִין חֲשַׁשׁ אִם יְחַתּוּם אַח"כ עֲצָמוֹ לְעַד וּבְסִפּוֹר ע"ה כ' וְאִין  
נ"ל שְׁהִרִי לֹא הִכְשִׁיר הַתְּשַׁב"ץ אֲלָא מְשׁוּם פִּינּוּן דְּחַתְּמֵם עֲצָמוֹ בְּמִצּוֹתוֹ הָרִי עַד בְּדָבָר וְאִם  
כֵּן אִינוּ יְכוּל לְחַתּוּם בְּעַד אַחַר דְּהֵוִי כֹל הַמְמוֹן עַל פִּיו.

וְלֹא אֲדַע וְדָאִי גַם הַכְּנָה"ג מוֹדָה דַּא"י לְחַזּוֹר וְלַחֲתוּם רַק בְּעַד א' לְצַרְף עִם עוֹד עַד אַחַר  
רַק בְּמִקּוּם דְּנִהְגוּ שִׁיחָתוּם גַּם הַלּוּהָ בַח"י מְלִבָּד הַב' עֵדִים בְּזָה שְׁפִיר קָאֵמַר דִּיכּוּל הַחֲתוּם  
בְּעַדוֹ לְהִיּוֹת גַּם כֵּן עַד בְּדָבָר לְצַרְף עִם עוֹד עַד אַחַר פִּינּוּן דְּלֹא נְפִיק כְּפִלָּה מְמוּנָא עַפ"י  
רַק עַפ"י שְׁנֵי עֵדִים וְזָה פְּשׁוּט: וְעִינּוּ רַדְבָּ"ז (ח"ב ס' תק"ץ) דְּנִשְׁאֵל בְּשְׁטֵר שְׁחַתְּמֵם בּוֹ  
עַד א' וְהָעֵד הַשְּׁנִי צְנָה לְחַתּוּם וְב' עֵדִים מְעִידִים עַל זָה וְכַתְּבֵי דְלֹא מְהִנִּי דְּהֵוִי עַד מִפִּי עַד

וכתב ומ"מ אם יבואו שני העדים אשר העידו על אותו שצנה לחתום בפני ב"ד ויאמרו אנו מעידים שפלוני צנה לחתום חתימה זו נחקייים זה העד דהוי שפיר מפיהם ולא מפיי כתבם ולא הוי עד מפיי עד שהרי על החתימה הם מעידים עי"ש ולא אבין הדברים הא לדברי הרשב"א והתשב"ץ הוא אף אם העדי מעידים בפיהם דפלוני צנה לחתום לא מהני פיון דהם לא חתמו בעצמם ששמעו מפיי המתחייב ורק חתמו בשליחותו דהעד וזה לא מהני ונראה דדעתו דמהני שליחות לזה וצ"ע פיון דאינו מוכח מתוך השטר עד שיעידו העדים ואין להאריה: סי' כז פתב בש"ע (סי' מ"ה סי"ב) שטר שהיו עדי מרובי ונמצא א' קרוב או פסול ונהרי אין עדים קיימי' כדי לשאול אותם אם יש עדות ברורה שפולם ישבו לחתום הרי זה בטל כו' וזה לשון רמב"ם ודייק הב"י דאם העדים קיימים צריה לשאול אותם ונאמנים אף שכת"י יוצא ממקום אחר ולא חשיב חוזר ומגיד פיון שחתומים ביחד איתרע וכן פתב הסמ"ע.

אולם בתשובת רי"ף (סי' קפ"ב) כתוב אם העדים החתומים אמרו שנתפוננו שלשתן להעיד רואין אלו העדים יודעין יפה בעניני העדות ויודעין שהקרובים פסולים להדדי אין שומעין להם אלא אומרים בהם עדים החתומים על השטר נעשו כמו שנתקרה עדותן בב"ד וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואם אינו בקיאים בעדות שומעין להם הרי מבואר אף דחתומים ביחד ואיתרע אם הם בקיאי' בעדות אינו נאמנים שישבו יחד ונתפוננו להעיד ואמרנו פיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד: וראיתי בשער משפט שתמה הא בקבל עליו קרוב.

או פסול בין לעדות בין לדין אחר גמר דין אינו יכול לחזור וכשהעידו בב"ד הוי כגמר דין כמבואר (סי' כ"ב) ואם פן פיון דהלנה קבל עליו הקאו"פ ומיד פשתם הוי כנתקרה עדותן וכהעיד בפני ב"ד למה פסול השטר וליהני להכשרים שהלנה קבל עליו עדות הפסולים כמו דנאמנין דלמחזי אתו או שלא הפירו בקרובים לדעת הרי"ף ועוד אם עדים אחרים מעידים שישבו פולם לחתום הא לפי עדותם היו פולם כשרים.

ונראה ליישב פיון דעכ"פ עכשיו שזודע ע"י ב' עדים שישבו יחד שוב אינו מוכח מתוך השטר ואין פח בזה השטר פיון שצריה בירור מבחוצ על ידי העדים שקבל עליו הקרוב או פסול או על הכשרים החתומים בהשטר ועוד הא כל חילו ותוקף של השטר דכשר ולא הוי מפיי כתבם הוא דגלי הקרא דמהני אם נעשה פתיקון השטר וכמו שכתב רש"י גיטין (דף ע"א) דאורחין' בהכי וזה הפל בנעשה על פי כשרין להעיד לו על פי פסולין הפוסלין כל העדות ומבטל אף הכשרים על פי חק התורה לא ע"י קבלות פסולין דבזה לאו תורת שטר עליו: ואם נפסל על ידי חתימת הפסולים אם הכשרים זוכרים עדותן יכולין להעיד כמבואר שם בש"ע (סי"ג) והוא מדברי תשובת הרא"ש ודעת הלבוש והסמ"ע דהחתימה לא מקרי הגדה בב"ד וליכא רק ראיה לבד ולא מפסל כ"א השטר אבל בע"פ יכולין לחזור ולהגיד ודעת הש"ף דאם היו עמהם בשעת ראיה בטל לכ"ע דעדים החתומים על השטר כנתקרה עדותן בב"ד דמי ונהי תרתי ראיה והגדה ובנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' ע"ו) וקצוה"ח כתבו פיון דהעדים פסולין לאו תורת שטר עליו ולא הוי כהגדה.



אולם באמת לא נראה פן מדברי הפוסקים ובייחוד מבואר בדברי רמ"ה ב"ב (דף קס"ב) ונ"ל וקדין הוא דאי מתברר דהאי קרוב או פסול חתם ברישא ובתרי הכי חתמין פשרין בין מעילאי בין מתתאי אע"ג דחתמי זיה שלא בפני זיה פינון דחזיויה לחתימת ידיה בשטר ואצטרפו בהדיה כמאן דאסהידו בהדיה פחדא דמי וענש הכ' לנטפל לעובר עבירה כו' ולנטפל לפסול כפסול עיי"ש עוד הרי אף לדעת רמ"ה דל"ב ראו ביחד והגדה בלבד פוסלת כמבואר בדבריו שם ובטור (סי' ל"ו) ומ"מ בעינן עכ"פ הגדה תוך כדי דיבור כמבואר שם בדו"פ מ"מ שטר עדיף לעשות צירוף אף דלא ראו ביחד ולא חתמו ביחד וחתמתן על שטר אחד עושה הצירוף.

והוי כאלו הגידו תוכד"ד אף דחתם הפסול מתחילה חשיב חתימתו כאלו הגיד בפני ב"ד וכדעת הש"ך. ובאמת מסתימת דברי רמ"ה משמע אף אחר שהי' השטר ביד המלנה גם פן מצטרף וזה צ"ע.

גם משמע מדברי רמ"ה ואף דלא חתם מתחילה רק הפסול לבד והוי רק בעד א' מ"מ פוסל לד' רמ"א (סוף סי' מ"ו) דעד א' החתום בשטר לא אמרינן פגחקה עדותו בב"ד אם פן לא הוי פלל כהגדה בב"ד יש לומר דמה דחתום הקשר אחר פה בזה נתעורר הגדות הפסול וחשיב כאלו הגידו ביחד אולם בש"ך שם העלה דאף בעד א' בשטר אמרינן בי' פגחקה עדותו ויבואר אי"ה לקמן.

עכ"פ מבואר דגם לענין קרוב או פסול הוי החתימה כהגדה לבטל העדות וכשיטת הש"ך. ועיין מה שכ' מו"ז בדברי משפט לתרץ דברי תשובת הרא"ש על פי דעת רמב"ם דעדות שבשטר ל"ה רק מדברין ויכול המלנה לומר אי אפשי בתקנת חכמים ונתבטל השטר מעיקרא ומועיל שפיר הגדות הפשרים לחוד וקצת יש לומר אף לדעת החולקים על דעת רמב"ם וסוברי דעדות בשטר מועיל מה"ת ופגחקה עדותן בב"ד דמי מן התורה מ"מ למה שהעלה בנתיבות (סי' מ"ו ס"ק ט') דעכ"פ בעינן שיבא השטר לפני ב"ד וכל זמן שלא בא השטר בפני ב"ד מן התורה יכולין לחזור דלא הוי כהגדה ופגחקה בפני ב"ד עד שבא השטר לפני ב"ד ורק מתקנת חכמים מהני אף אם מתו או נפסלו העדים קודם שבא השטר לפני ב"ד.

אם פן יש לומר דקודם שבא השטר לב"ד בנמצא אחד מן החתומים קרוב או פסול יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים שיהיה פגחקה עדותן משעת חתימה בטרם שיבא השטר לב"ד ולכה מהני הגדות הפשרים שיגידו בעל פה.

אולם לקמן יתבאר בהוכחה דלא כמו שכתב הנתיבות בזה רק מדין תורה הוי פגחקה בשעת החתימה וגם דיש לומר פינון דנעשה פכר השטר ונתרצה לתקנות חכמים שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנות חכמים וע"כ נראה פן דאם לא פן אף להסוברים דשטר הוא מן התורה פגחקה עדותן בב"ד הא מ"מ לא עדיף מהגדה בעל פה ומן התורה צריך דרישה וחקירה ואחת מן השבע תקירות היא באיזה שעה ואנן לא כתבינן שעות וגזירת הפתוב הוא דצריך ז' תקירות גם בדיני ממונות רק מתקנתא דרבנן שלא תנעל דלת בפני לוויין לא צריך דרישה וחקירה בדיני ממונות ואם פן לכ"ע היה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים או פינון דכבר התרצה המלנה וצנה לחתום בשטר מהני ואינו יכול שוב לומר אי אפשי בתקנת חכמים וגם פינון דהוי חב לאחרים אינו יכול לומר אי אפשי

בתק"ח: סי' כח בש"ע (סי' מ"ו ס"א) או אָמְנָה הוא או פְּתַבְתִּי ללֹנֶת וְעַדִּינִן לֹא לְוִיתִי כו' ה"ז נֶאֱמַר וּפְיָרֵשׁ בְּב"י דְּטוֹעֵן מִמֶּנּוּ נָפַל וּמִצְאוֹ וְהִקְשׁוּ הָאֲחֵרוֹנִים מְדַבְּרֵי רַמְבַּ"ם (פי"ב) מְגִירוֹשִׁין וּש"ע אה"ע (סי' קנ"ב) בָּא הַבְּעַל וְעָרְעַר אִם אָמַר מִמֶּנִּי נָפַל וּמִצְאָה אֵינוֹ נֶאֱמַר שְׁהָרִי הוֹדָה לָהּ וְהָרִי הוּא יוֹצֵא מִת"י הָרִי דְלֹא חִיָּשִׁינָן לְנִפְיָה אִף שִׁישׁ לוֹ מִגּוֹ דְּמִזְוִיָּה וּבְנִתִּיבוֹת תִּירֵץ דְּבִגֵּט שִׁינָה חֲזָקָה כָּל מָה שֶׁבִּיָּד אָדָם הוּא שְׁלוֹ מָה שֶׁאֵין פֶּן בְּשֹׁטֵר דְּשָׁל לָנָה הוּא רַק טַעֲנוּתֵיהֶם הוּא עַל הַשְּׁעָבוֹד לֹא שִׁינָה חֲזָקָה זֶה וְכִמוֹ שֶׁפְּתַב הַש"ף (סי' מ"ז) וַיֵּשׁ לְגַמְגָם בְּזֶה דָּאֵם פֶּן פֶּשְׁאוֹמֵר עַל תְּנַאי נִתְּתִי וְעַדִּינִן לֹא נִתְקַיְּיִם הַתְּנַאי אוֹ פְּקֻדוֹן הָיָה דְּמִבְּוֹאָר שֶׁם דִּיתְקַיְּיִם בְּחוֹתְמֵי וְאִמְאֵי נֶאֱמַר לֹא פְּקֻדוֹן נִימָא גַם כֵּן חֲזָקָה כָּל מָה שֶׁבִּיָּד אָדָם הוּא שְׁלוֹ.

ובלח"מ שם ביאר דברי הרמב"ם דאייירי דאשה אינה יכולה להכחיש כגון שאומר על תנאי פתבתי או פקדון היינו שאחר פתב והפקידו. אולם ממה דסיים שם הרמב"ם ואם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים אבל פסלה עצמה מפהונה שהרי פסלה עצמה בהודאת פיה ועשתה עצמה פחתיקה של איסור משמע דאייירי דהאשה מכחישו בבירור ויקשה נימא חזקה כל מה שבביד אדם הוא שלו ולא יהיה נאמן לומר פקדון או תנאי אף במגו אלא ודאי כיון דמסייע חזקת אשת איש וכל זמן שלא נתקיים השטר הוי פקדון נאמן במגו ואם פן בטענת נפילה יהי גם כן נאמן.

ולכאורה יש לומר דהא הרמב"ם וש"ע פתבו ואם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים ולמה לא פתבו תצא והולד ממזר כמו שכתב הרמב"ם (פ"ז) וש"ע (סי' קמ"א סנ"ג) בשליח שהביא גט במקום שצריף לומר בפני נכתב אלא ודאי דיש לומר דשם בשליח הטעם דהוי הולד ממזר כיון דהבעל צונח מזווייף והאשה א"י וכמו שכתב המ"מ מובא שם בב"ש (ס"ק ס"ט) ובזה סובר הרמב"ם דמדאורייתא בעינן קיום דל"ש לא חצירף לזיניף והיינו בכל שטר יש לומר חזקה דלא חצירף להעזיז ולזיניף אבל פשהשליח מביא והבעל מכחיש חיישינן אבל היכא דהאשה מכחשת בברי ובזה מדאורייתא לא בעי קיום דעדים החתומים על השטר כמו שפסקה עדותן בב"ד לכף ל"ה הולד ממזר רק פשטוען נאמן במגו דמזווייף ובעינן קיום מדברבון: ולפי"ז יש לומר דלכף אינו נאמן כיון דעד עתה כל זמן שלא ערער הבעל היינו מחזיקין לה למגורשת דלא בעי קיום פשהיא עצמה מראה גיטה דלא תקלקלה עצמה וגם מתוך חוקר שהחמרת ומשום תקנת עגונות וכמו שכתב הב"ש שם ואם פן הוי מוחזקת למגורשת לכף דוקא אם טוען הבעל טענה דשכיח נאמן במגו אבל נפילה דיחיד דלא שכיח אינו נאמן הואיל דכבר הוחזקה למגורשת ואינו נאמן להוציאה מחזקתה מה שאין פן פאן כל זמן שלא נתקיים השטר הוי פתספא בעלמא לא מחזיקין להשטר כל זמן שלא נתקיים כיון דהצריכוהו חכמים קיום לכף נאמן במגו כיון דרק על ידי דבריו נתקיים השטר והוי הפה שאסר דעדיף מכל מגו דנאמן אף במקום חזקה וכמו שכתב הפנ"י פתובות (דף ח"י) מה שאין פן בגט בלעדי ערעורו לא הוי צריף כלל קיום ויהיה עתה נאמן במגו לא אמרינן פשטוען נפילה דיחיד.

ואף אם נאמר דגם בגט כל זמן שלא נתקיים הוי הולד ממזר וצריף קיום מדאורייתא וכמו שכ' הב"ש שם (ס"ק ס"ט) דאין חילוק בין טענת ברי לשמא ומה שכ' שם להוכיח מרמב"ם וש"ע (סי' קנ"ב) הנ"ל דאינה מגורשת משמע מדאורייתא יש להתבונן הא

מדכתב הרמב"ם שְׁהָרִי פְסָלָה עֲצָמָה בְּהוֹדָאת פִּיָּה וְעִשְׂתָּה עֲצָמָה חֲתִיכָה דְאִסּוּרָא מִשְׁמַע דְּבַלְעָדִי דְבָרִיָּה וּמִטַּעֲמֵם שׁוּי' נִפְשָׁה חֲתִיכָא דְאִסּוּרָא אַף מְדַאֲרֵיָּתָא לֹא הֵיִתָּה מְגוֹרְשָׁת.

ובש"ע השמיט סוף דברי רמב"ם וצריך לתת טעם בדבר עכ"פ יש לומר דמדאורייתא מגורשת על ידי ברי שלא נחזקה מ"מ יתיה איה שיהיה יש מקום לחלק כמו שפתי דעכ"פ עד עתה היינו מחזיקין אותה למגורשת ועתה בא לבטל חזקתה אינו נאמן במגו דנפל מה שאין פן פאן.

ועוד יש לומר דבאמת לנפילה דיחיד לא חיישינן רק בממון חיישינן לקנוניא דאחר מצא ונתן למלנה שיתבע ויתחלקו ביניהם מה שאין פן בגט לענין איסור לא חיישינן דאחר שפצא נתן לה לקלקלה ולהתיר אשת איש לעלמא דליתא בחזרה.

ויש לומר דזה פוננת המ"מ דכתב דיש חילוק בין ממון לאיסור וכמוכּוּן: ועיין ב"ש (סי' קמ"ב ס"ק ב') שפתי להסוברים כשטוען מזונף צריך קיום מדאורייתא אם פן אם בא הבעל ומערער שהגט מזונף מה מהני קיום של עד א' האומר בפ"נ ומחלק אם אתא הבעל מיז ומערער לא מהני אכל כשאינו מערער מיז בעת שאומר בפני נכתב אז הוי פאלו נתקיים על פי ב' עדים וכיון דכבר נתקיים לא משגיחינן ביה ובנתיבות פתי ליישב על פי זה דעת רבינו אביגדור שהביא הש"ך דסובר דוקא אם הוחזק השטר בב"ד ונעשה השטר בחזקת פשר מדאורייתא שוב אינו יכול להוציא מחזקתו אכל כשטוען מזונף מיז כשפא השטר לב"ד אז דעתו דבעינן הקיום מדין תורה.

אולם המעיין בדברי אור זרוע אשר זכינו לאורו בדפוס ושם מבואר בארץ תשובת רבינו בעל א"ז לר' אביגדור והוא תשובת אותו גדול שהביא במהרי"ק וכמו שפתי הש"ך שאותו תשוב' חזר אינה גדול והשיב לר' אביגדור כהן בעצמו וחקם עדיף מנביא שפן הוא לפנינו בא"ז שהוא רבו של מהר"מ ר"ב שהשיב פכל החזיון הזה לר"א בעצמו.

ומשם מבואר דהנידון היה שפא השטר בפני ב"ד ולא ידעו אם זה פתי ידם והמתקדשת לא הכחישם מיז ואחר כך חזרו העדים ואמרו שהשטר הוא פלסטר גמור עיין שם ועל זה דן ר"א דבטוען מזונף צריך קיום מדין תורה הרי אף דהוחזק מקודם השטר בב"ד גם פן כשיש הכחשה וטענת מזונף אחר כך צריך קיום מדין תורה ובעל הא"ז האריך שם הרבה דכשפא השט' לפני ב"ד אז אף אם באו אחר כך העדים ואמרו לא חתמנו א"נ מדאורייתא דהוי ככבר נחקרה עדותן בב"ד והוכיח מהך דגיטין דמשום עיגונא אקילו דסגי בחז אף אם אתא הבעל אחר כך ומערער וחזינו לדעתו דרבינו אביגדור דאף דבא השטר לפני ב"ד מקודם שהיה מערער בדבר ואם פן החזקנו השטר מדין תורה דנעשה בהכשר ובכל זה אם יש מערער אחר כך צריך קיום מה"ת.

ומה שכ' ר"א בהגהות מרדכי דהשתא מיהא לא אתי וליכא הכחש' קמן אכל היכא דאיכא הכחשה קמן אפילו מדאורייתא בעי קיום גמור ואי לא מקיימי' חספא בעלמא הוא פנונתו הוא דהא פל זמן דליכא מערער לא בעי מדאורייתא שום קיום וסמכינן על חזקה דלא חציר לזינף ומדרבנן בעינן קיום ומשום עיגונא אקילו דסגי בחז וכיון דהחזקנוה למגורשת שוב אף פי מערער הבעל אח"כ א"נ מה שאין פן בשטר קידושין דלא אקילו לקיים אף על ידי עד א' אם פן אף מדין תורה כשפא השטר בפני ב"ד וליכא מערער לא

בְּעֵי קִיּוּם מ"מ עֲכָשְׁוּ דְבַעֲיִנּוּ קִיּוּם לֹא הִחְזַקְנוּ אוֹתָהּ לֹא"א בְּבִירוֹר וְגַם פִּינּוּן שְׁהֶאֱשָׁה לֹא הֵיטָה בְּפָנָי ב"ד וְאוּלַי תִּכְחִישׁ וּתְעַרְעֵר לְכוּן עַכ"פ לֹא קִבְּלֵנוּ עֲדוּתָן בְּבִירוֹר גְּמוּר לְכֹף פְּשִׁמְכַחֲשָׁה וְאוֹמְרֵת שְׁמִזְנוּף הוּא הַשְּׁטֵר בְּעֵי קִיּוּם אִף מֵה"ת: וְדַעַת הָא"ז שֵׁם דָּאִף אִם הָעֵדִים בְּעֵצָמָם אוֹמְרִים לֹא חֲתַמְנוּ מ"מ אִם בָּא הַשְּׁטֵר לְפָנָי ב"ד וְאַחַר כֹּף בָּאוּ הָעֵדִים וְאָמְרוּ לֹא חֲתַמְנוּ אֶפְּלוּ אֵין כְּתִב יָדָם יוֹצֵא מִמ"א א"נ מִן הַתּוֹרָה פִּינּוּן שְׁבָא הַשְּׁטֵר לִב"ד קוֹדֵם וְהַשְּׁטֵר הַנִּיחַ דִּין זֶה בַּצ"ע וּבַתּוֹמִים תְּמַה עַל זֶה וְכִי גִרַע מִשְׁנֵי עֵדִים שְׁאָמְרוּ עַל אֶחָד שְׁעָשָׂה עֲבִירָה דְנִתְּנָה הַתּוֹרָה נְאֻמָּנוֹת לָהֶם וּבְזֶה נִמְי כְּשֶׁהַעִידוּ שְׁאֵין זֶה חֲתִימָתָם וְהַמְלָה זִינְיָ לְמָה לֹא יִהְיוּ נְאֻמָּנִים.

וְיֵשׁ לוֹמֵר בְּטַעְמוֹ דְּכִינּוּן דְּכִשְׁנֵרָאָה הַשְּׁטֵר בִּב"ד וְדָנוּ הַב"ד לְשְׁטֵר מְעֵלִיא מְטַעַם דְּלֹא חֲצִיף לְזִינְיָ הָוִי פְּאָנּוּ סִהְדֵי דְשְׁטֵרָא מְעֵלִיא הוּא וְהָרִי בְּשָׁנִים הַחֲתוּמִים עַל הַשְּׁטֵרוּמָתוּ וּבָאוּ שָׁנִים אַחֲרִים וְאָמְרוּ דְאַנוּסִים הָיוּ אִם כ"י יוֹצֵא מִמ"א הוּא תְּרִי נֶגֶד תְּרִי וְהַטַּעַם פִּינּוּן דְּעַד שְׁלֹא בָּאוּ הָעֵדִים הִלְלוּ הֵינּוּ מַחְזִיקִין לְשְׁטֵר מְעֵלִיא דְמִסְתַּמָּא לֹא הָיוּ אֲנוּסִים וְהָוִי כְּאֵלוּ הַעִידוּ בְּפִירוּשׁ דְּלֹא הָיוּ אֲנוּסִים וְהָוִי תו"ת פִּן נְמִי מִן הַתּוֹרָה פִּינּוּן דְּנִרְאָה הַשְּׁטֵר בִּב"ד וְהֵינּוּ דְנִין לְשְׁטֵר מְעֵלִיא מְטַעַם דְּאָנּוּ סִהְדֵי דְלֹא זִינְיָ הָוִי כְּחוֹזְרִין וּמַגִּידִין וְאִף דְלִדְבְּרֵיהֶם לֹא הִגִּידוּ כָּל מ"מ א"ד לְמַעֲדִין עַל חֲבִירוֹ שְׁעֵבֵר עֲבִירָה דָּאֵין מְעִידִין עַל עֵצָמָן שׁוּם דְּבָר רַק עַל חֲבִירוֹ מֵה שְׁאֵין כּוּן בְּזֶה דְעִיקָר עֲדוּתָן עַל עֵצָמָן שְׁזֶה אֵינוּ חֲתִימָתָן רַק מִמִּילָא נְשַׁמַּע מִדְּבְרֵיהֶם שְׁהוּא זִינְיָ אֶבְל עִיקָר עֲדוּתָן עַל עֵצָמָן וְכִינּוּן דְּבִלָּא דְבְּרֵיהֶם מַחְזִיקִין לְשְׁטֵר מְעֵלִיא לְכֹף מֵה"ת א"נ: בְּרַם יֵשׁ לְהַבִּין דְּבְּרִיו פִּינּוּן דְּמוּדָה דָּאִם בָּאוּ הָעֵדִים וְהַעִידוּ קוֹדֵם שְׁבָא הַשְּׁטֵר לִב"ד שְׁאֵין זֶה כְּתִב יָדָם דְּנְאֻמָּנִים וְלֹא חִיִּישִׁין לְשְׁטֵר כָּל רַק פִּינּוּן שְׁבָא הַשְּׁטֵר מִקוֹדֵם לְכוּן לִב"ד וְהִחְזַקְנוּ לְשְׁטֵר מְעֵלִיא וּכְמוֹ שְׁכ' שֵׁם וְנ"ל הַלְכֹף אֶתְבְּרֵר לָן דְּכָל תְּרִי וְחֲתִימ' אֲגִיטָא אוּ אֲשְׁטֵרָא דְמִמוּנָא אוּ דְקִדּוּשִׁין וְהוּבָא הַשְּׁטֵר לִב"ד אֶפְּלוּ הָאִי מְעַרְעֵר צְנוּחַ וְאָמַר לְהַד"מ לֹא מִשְׁגִּיחִין בִּיהַ מְדִין תּוֹרָה וְאֶפְּלִי אָמְרִי סִהְדֵי לֹא חֲתַמְנוּ לֹא מְהִימְנֵי הַלְכֹף הָא דְאֶתִּינּוּ עֲלָה הוּאִיל וְהוּבָא שְׁטֵר קִדּוּשִׁין לְפָנֵיכֶם וְחֲתִימוּ תְּרִי וּקְרֵאתֶם אוֹתָם הָרִי הַחֲזִיק שְׁטֵר קִדּוּשִׁין לְפָנֵיכֶם שְׁאֵתֶם ב"ד וְהָאִי דְקֵאָמְרוּ שְׁאֵין זֶה חֲתִימָתָם לֹא מִשְׁגִּיחִין בְּהוּ וּבְעֵי גִיטָא דְאוּרִיָּתָא עַכ"ל וְאֵמַאי הָא אִף שְׁהַחֲזִיק הַשְּׁטֵר קִדּוּשִׁין מ"מ לֹא הִחְזַקְנוּ אוֹתוֹ לְשְׁטֵר בְּרוּר בְּלֹא קִיּוּם דְּמִדְּרַבְּנָן בְּעֵינּוּ עַכ"פ קִיּוּם וּבְנֻדָּאִי אִם קִדְּשָׁה אַחַר חִיִּישִׁין לְקִדּוּשִׁין שְׁל הַשְּׁנֵי אִם כּוּן פִּינּוּן דְּלֹא אֶתְחַזַּק לְדְבָר בְּרוּר לְמָה לֹא יִהְיוּ נְאֻמָּנִים לוֹמֵר לֹא חֲתַמְנוּ וְגַם הָא מְבוֹאֵר מִדְּבְּרִיו דְּכָל זְמַן שְׁלֹא בָּא לְפָנָי הַב"ד אִף שְׁרָאוּ אַחֲרֵים תַּחַת יָדוֹ הַשְּׁטֵר מ"מ כ"ז שְׁלֹא הַחֲזִיק בְּפָנָי ב"ד נְאֻמָּנִים לוֹמֵר לֹא חֲתַמְנוּ אִם כּוּן פִּינּוּן דְּכ"ז שְׁלֹא הִגִּיעַ הַשְּׁטֵר לְפָנָי ב"ד ע"כ דְּלֹא נִגְמַר הַהֲגָדָה וְאִף מֵה"ת נְאֻמָּנִים לוֹמֵר לֹא חֲתַמְנוּ וְכִינּוּן דְּצָרִיף שְׁבִיבָא לְפָנָי ב"ד הָא אָנּוּ לָאוּ ב"ד אָנּוּ רַק הַדִּיוּטוֹת רַק מְטַעַם שְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקִמְאֵי עֲבָדִין וְלָרוּב הִרְאִשׁוּנִים לֹא הָוִי רַק מִדְּרַבְּנָן וְכִינּוּן דְּמִדְּרַבְּנָן בְּעֵי קִיּוּם לְמָה לֹא יִהְיוּ נְאֻמָּנִים לוֹמֵר לֹא חֲתַמְנוּ פִּינּוּן דְּהָוִי מִן הַתּוֹרָה כְּאֵלוּ הֵיטָה חוּץ לִב"ד וְלֹא הַחֲזִיק הַשְּׁטֵר עֲדִין וְגַם כְּשֶׁבָּא לְפָנָי ב"ד מִדְּרַבְּנָן בְּעֵינּוּ עַכ"פ קִיּוּם אִם כּוּן לְמָה לֹא יִהְיוּ נְאֻמָּנִים לוֹמֵר לֹא חֲתַמְנוּ.

וְכַנְרָאָה מִדְּבְּרֵי הָא"ז הָא דְאָמְרִין עֵדִים הַחֲתוּמִים עַל הַשְּׁטֵר נַעֲשָׂה כְּמוֹ שְׁנַחֲקֵר' עֲדוּתָן בִּב"ד מִדְּאוּרִיָּתָא זֹאת הַחֲזִיקָה תְּלוּיָהּ בְּקִרְיַת הַשְּׁטֵר בִּב"ד וְכוּן מְבוֹאֵר בְּמַהֲרַשְׁד"ם אה"ע (סי' א') בְּתִשְׁבֵּת רַבּוֹ הַגָּאוֹן מוֹהַר"י טַאִיטְצֵק ז"ל שְׁכֹן דַּעַת הָא"ז.

ואם כן פנין דמן התורה לא הוי פגחקה עד שפא לב"ד נאנן לאו ב"ד אנו רק שליחותייהו דקמאי ומן התורה הוי פלא פא לפני ב"ד ומדרבנן צריה קיום למה לא יהיו נאמנים לומר לא חתמנו אף דכל סברתו שם דאם אמרו לא חתמנו טרם שפא לב"ד הוי ההגדה בכתב אחר פה פחוזר ומגיד דכל זמן שלא פא לפני הב"ד לא הוי ההגדה ואם כן פנין דעכ"פ מדרבנן שליחותייהו יהו דקמאי עבדינו והוי פאלו נחקרה עדותן בב"ד כשפא השטר לפני ב"ד שוב באמרם לא חתמנו אחר פה הוי פחוזר ומגיד מ"מ צריה להבין פנין דהם אמרו דצריה קיום למה יחשב ההגדה בטרם שיתקנים השטר שיהיו פחוזרין ומגידין כשואמרים לא חתמנו.

ויש לומר למה שכ' לעיל דיני דיני' פמה פעמים להוכיח דמה דאנו עבדינו שליחותייהו דקמאי מהני לכל ענינים כמו אם הוי בפני סמוכין והכא נמי לענין זה: והגאון מהר"י טאיטצק ז"ל שם וכן מובא בדברי ריבות (סי' קפ"ו) האריה להשיג על זה מטעמים אחרים והביא ראיה מירושלמי (פ"ב דכתובות) שם מובא תוספתא עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר כו' משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבין דינו אינם נאמנים רשב"ל אמר עשו העדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד הן אומרים אינו כתב דינו ואחרים אומרים כתב דינו הוא זה תני ר"ח לא מעלין ולא מורידין וזה קאי שם על כל הדינים בתוספתא וקאי נמי על טומאה וטהרה איסור והיתר ואעפ"כ דוקא אם יש אחרים שאומרים כתב דינו אבל בלעדי עדותן של אחרים הוי נאמנים ואמאי הא לענין איסור נוקמי על דין תורה וכיון שיצא השטר בפני ב"ד לא יהיו נאמנים לומר אחר פה אין זה כתב דינו אלא נדאי אף מדין תורה נאמנים לומר לא חתמנו וזה לא קשה כל פה דיש לומר דהירושלמי איירי בדיני ממונות דוקא בזה וכיון דצריה לקיים עכ"פ מדרבנן נדאי נאמנים לומר לא חתמנו: ויש להבין בדברי הש"ך (דבס"ק ט') הניח דין זה בצ"ע אם נאמנים לומר לא חתמנו ובדין דירושלמי הנ"ל הביא (ס"ק י"ב) וכתב דדוקא כשאין אחד מעיד על חבירו שאין זה כתב דינו אבל אם עדי השטר כל א' מעיד על חבירו שאינו כתב ידו הוי לי' תרי ותרי וקשה דלהך צד דמדין תורה אינו נאמנין לומר לא חתמנו אם כן אף דחקמים הצריכו קיום מ"מ כשנתקנים בדין ע"י עדים אחרים בזה יש לדון כמו מן התורה דאינו נאמן.

ויש לומר למה שכתב הש"ך (ס"ק ל"ב) בטעמא דרמב"ם דצריה שיזכרו העדים גוף הענין דלא להוי מפי כתבם וכתב דאף להסוכרים דעדות בשטר מהני מדין תורה מ"מ בעינן שיזכרו ממה שכ' בשטר ופלי בנתיבות דאף דיקשה מדין תורה מה חילוק בין אם מתו העדים או אם הם לפנינו ואינם זוכרין וכתב דכמו לר"ת דמתיר בראוי להגיד בפיו ד יכול לשלוח עדותו בכתב לב"ד דמ"מ בעינן שייבא הכתב לפני ב"ד וקודם שפא לפני ב"ד יכולין לחזור ולהגיד וכמו שכתב הרמ"א בתשוב' אם כן בשטר מניין לנו דהוי פהגדה בב"ד וכנחקרה עדותן בשעת חתימה דלמא בעינן דוקא שייבא השטר ואז יהיה ההגדה בפני ב"ד וקרא דלמען יעמדו ימים רבים דמוכח דאף במתו העדים גם כן מהני יש לומר דאיירי בנתקנים באמת [ובאמת פה פירש"י בירמיה ואת הגלוי דהוא הקיום וכמו כן בתרגום] ולזה סובר הש"ך דבאמת מדין תורה פה הוא דצריה שייבא השטר לפני ב"ד והא דכל שטר הוי פגחקה מעת חתימה הוא רק תקנות חכמים שפא ימותו עדי'

קודם שִׁיבֹא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד לְכוּ לֹא מְכַשְׁרִין רַק בְּמַתּוֹ אֲבָל בְּאֵם הֵם לִפְנֵינוּ בְּעֵינוּ שְׂוִיָּקְלוּ לְהַגִּיד וְשִׂינְפְּרוּ.

ולפי"ז יש לומר דעֲתָה שְׁצָרֶיהָ קִיּוּם ב"ד לֹא הָיוּ הַגְּדָה כֹּל זְמַן שֶׁלֹּא נָדַע אִם הוּא פְּתַב יָדָם דְּקוֹדֵם קִיּוּם לֹא יִדְעֵנוּ כִּלְלֵל אִם יֵשׁ פְּאֵן הַגְּדָה אִם כֵּן הֵיכָא שְׂבָא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד וְאֶמְרוּ אִין זֶה פְּתַב יָדֵינוּ נְאֻמָּנִים אֲפֵי דְמְכַחֲשִׁין אַחַר כֶּה תְּרֵי וְאֶמְרוּ פְּתַב יָדָם הוּא זֶה מ"מ הָיוּ תְּרֵי נֶגְדַת תְּרֵי אִם הָיָה הַגְּדָה פִּינוּ דְלֹא הִפִּירוּ וְלֹא יָדְעוּ הַב"ד כְּשֶׁבָא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵיהֶם אִז לֹא חֲשִׁיב פְּהַגְּדָה לְכֶה הָיוּ תְּרֵי נֶגְדַת תְּרֵי.

וְהָא בְּשׁוֹרְף שֹׁטֶרוֹ אוּ מִי שְׁנַמְחַק שֹׁטֶרוֹ כּוֹתְבִין לוֹ אַחַר אֲפֵי דְעֵדִין לֹא הָיוּ הַגְּדָה בְּפִנֵי ב"ד דְלֹא נִרְאָה הַשֹּׁטֶר בְּפִנֵי ב"ד וְעֵינֵי רִשְׁבָּ"א ב"ק דִּישׁ סוֹבְרִים דְּבִאֲמַת בְּעֵינוּ שֶׁהַשֹּׁטֶר כְּבָר נִתְקַיֵּם בְּפִנֵי ב"ד אֲבָל דַּעַת כֹּל הַפּוֹסְקִים אִינוּ כֵּן הָרִי דְלֹא בְּעֵינוּ הַגְּדָה בְּפִנֵי ב"ד וְיֵשׁ לֹמֵר דְּזֶה הוּא גַם כֵּן מִתְקַנַּת חֲכָמִים כְּמוֹ בְּמַתּוֹ הָעֵדִים דְּחֲשְׁבִינוּ כְּאֵלּוּ הַגִּידוּ כְּבָר כַּב"ד בְּשַׁעַת חֲתִימָה כֵּן נִמְי בְּזֶה אֲבָל מִדִּין תּוֹרָה כֹּל זְמַן שֶׁלֹּא בָּא הַשֹּׁטֶר בְּפִנֵי ב"ד לֹא הָיוּ כְּנֻחָקְרָה וְכֵן נִרְאָה דַּעַת הַב"ד וְכִינוּ דְּבְעֵינוּ הַגְּדָה בְּפִנֵי ב"ד וְיֵמָּה שְׂבָא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד חֲשִׁיב פְּהַגְּדָה שְׁפִיר ל"ה הַגְּדָה כֹּל זְמַן שֶׁלֹּא נִתְקַיֵּם וְיִכּוּלִין לְחַזֵּר וּבִאֲמַת הָיָה נִרְאָה דְּקוֹדֵם שְׂבָא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד הָיוּ יְכוּלִין הָעֵדִים לְחַזֵּר קוֹדֵם שְׁנִרְאָה הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד כְּמוֹ דַּעַת ר"ת בְּשׁוֹלְחִין כְּתָבָם לַב"ד דְּנִגְמַר הַהַגְּדָה רַק כְּשֶׁבָא הַפְּתַב לִפְנֵי ב"ד וְיִכּוּלִין לְחַזֵּר קוֹדֵם לְכוּ וְיֵשׁ לֹמֵר אֲפֵי בְּכַתְבֵי יָדָם יוֹצֵא מִמ"א מ"מ קוֹדֵם שְׂבָא הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד יְהִיוּ נְאֻמָּנִים לְבַטֵּל הַשֹּׁטֶר וְאוּלַי זֶה נִמְי הָיוּ תְּקַנַּת חֲכָמִים שְׁנִגְמַר הַהַגְּדָה פִּינוּ דְּמַהֲנִי אִם מַתּוֹ אֲבָל לֹמֵר אִין זֶה פְּתַב יָדֵינוּ נְאֻמָּנִים שְׁפִיר כֹּל זְמַן דְלֹא נִתְקַיֵּם וְאֲתִי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַשֹּׁטֶר דְּהָיוּ תְּרֵי וְתְּרֵי פִּינוּ דְּקוֹדֵם שְׁנִתְקַיֵּם אֶמְרוּ אִין זֶה כ"י וְהָיוּ תו"ת: וְכֵּן מִן־שֶׁבָא הָא דְקָשָׁה לְמָה שְׂכ' הַר"ן כְּתוּבֹת לְהוֹכִיחַ הָא דְקַתְנִי בְּבִרְיֵיתָא דְב' חֲתוּמִים עַל הַשֹּׁטֶר וּמַתּוֹ וְכו' מְדַקְתְּנִי הָרִי אֵלּוּ נְאֻמָּנִים בְּאִין כ"י יוֹצֵא מִמ"א הוּא אֲפֵי לְקַרְוַע הַשֹּׁטֶר וְעֵינֵי (סְעִיף ל"ז) וְסִמ"ע שָׁם (ס"ק צ') אִם כֵּן בְּמַתְּנִיתִין נִמְי דְּקַתְנִי הָרִי אֵלּוּ נְאֻמָּנִים וּמִשְׁמַע דְּקַרְעֵינוּ לְהַשֹּׁטֶר וְאֲמַאי הָא אֵלּוּ יְקַיֵּמְנוּ שׁוּב לֹא יְהִיוּ נְאֻמָּנִים דִּיהִיו חוֹזְרִין וּמַגִּידִין מַה שְּׂאִין כֵּן בְּבִרְיֵיתָא דְאַף אִם יְקַיֵּמְנוּ גַם כֵּן לֹא יִגְבֶּה דְלֹא הָיוּ רַק כְּתְרֵי וְתְּרֵי הוֹאִיל דְּשָׁנִים אַחֲרֵים אוֹמְרִים קִטְשִׁים הָיוּ וּבְמַתְּנִיתִין לֹא נִקְרַע דָּאִם יִתְקַיֵּם הַשֹּׁטֶר יִגְבֶּה כּוּ וְלְמָה שְׂכ' אֲתִי שְׁפִיר פִּינוּ דְכָל זְמַן שֶׁלֹּא נִתְקַיֵּם הַשֹּׁטֶר לֹא חֲשִׁיב עֵדִין הַגְּדָה אִם כֵּן נְאֻמָּנִים אִז לֹמֵר אֲנוֹסִים לְפִסְלוֹ הַשֹּׁטֶר דְכָל זְמַן שֶׁלֹּא נִתְקַיֵּם לֹא הָיוּ הַגְּדָה בַּב"ד אֲפֵי שְׁנִרְאָה הַשֹּׁטֶר בַּב"ד וְיִכּוּלִין לְחַזֵּר וְלִהְגִיד וְשׁוּב כְּשֶׁנִּתְקַיֵּם הָיוּ כְּחוֹזְרִין וּמַגִּידִין לְהִיכָף שֶׁהַשֹּׁטֶר יְהִיָּה כְּשֶׁר וְעֵינֵי בַש"מ כְּתוּבֹת בְּמַתְּנִיתִין (דף ח"י) שְׂכַתְבָּא לְקַיֵּם הַשֹּׁטֶר נִפְל זֶה הַהִפְרָשׁ וְאֶמְרוּ פְּתַב יָדֵינוּ כו' פִּינוּ שְׂכַתְבָּא נִפְסַל הַשֹּׁטֶר וְאִתְרַעַאי לִפְנֵי ב"ד שׁוּב אִין לוֹ תְּקַנָּה אֲפֵי עַל גַּב דְּשׁוּב נִמְצָא כְּתַב יָדָם יוֹצֵא מִמ"א וּבְנִתְיָבוֹת (ס"ק כ"א) כ' מְשָׁם הַש"מ דְּכַתְבָּא בְּבִרְיֵיתָא הַטַּעַם דְלֹא קָרְעֵנוּ מִשׁוּם דְּכִינוּ דְלֹא נִחְקַר' עֵדוּתָא נְאֻמָּנִין מִטַּעַם עֵדוּתָא וְאִם כֵּן אֲפֵשֶׁר בְּעֵדִים עֲצָמָן קָרְעֵנוּ לִיָּה וְלֹא אֲדַע כְּנֻחָתוֹ מַה שְׂכ' בְּלִשׁוֹן אֲפֵשֶׁר הָא מְבֹאָר כֵּן לְדִינָא בַש"מ בְּמַתְּנִיתִין פִּינוּ דְנִפְסַל הַשֹּׁטֶר לִפְנֵי ב"ד שׁוּב אִין לוֹ תְּקַנָּה וְאוּלַי ט"ס הוּא בְּדְבָרֵינוּ דְבַש"מ בְּבִרְיֵיתָא דְמַתּוֹ הָעֵדִים הַחֲתוּמִין וּבָאוּ ב' מִהַשׁוּק דְּקַתְנִי הָרִי אֵלּוּ נְאֻמָּנִין כ' בְּפִירוּשׁ וְקָרְעֵנוּ לִיָּה וְכ' הַטַּעַם דְאַף דְאִינוּ נְאֻמָּנִין רַק מִשׁוּם מַגִּד דְאִי בְּעוּ לֹא מְקַיֵּמוּ מ"מ כֹּל שְׁנֵי עֵדִים נְאֻמָּנִים הֵם לְכָל עֵדוּתָא אֲלָא הֵיכָא דְכ"י יִמְמ"א אִינוּ נְאֻמָּנִין

ומגבי ביה היכא דתפס משום דהוי ליה תרי ותרי אבל כל שעה דלא נתקיימו עדים  
שבשטר ולא נגמרה עדותן נאמנים ב' עדים להכחישו עיין שם ומזה דן בעדים עצמן  
קרעונו ליה.

וקצת משמע דיש נ"מ בין הטעם דש"מ לטעם הרשב"א המובא שם ובכ"ן ובש"ף (ס"ק  
צ"ט) דלקה קרעונו ולא חיישינו דלמאמשכח אחר כף עדים ומקנים ליה פיון דאף אם  
מקנים ליה לא נפק' מידי ספק דאפתי הוי ליה תרי ותרי לרבוני בספיקי לא מוקמינו ליה  
לשטרא אם פן במתניתן לא קרעונו פיון דאם משכח אחר כף עדים ומקנים ליה יהיו  
החתומים פחוזרין ומגידין ויגבה בשטרו אף מ"מ יש לומר פיון דכל זמן שלא נתקנים  
נתקבל עדותן אז אף אם יתקנים יהיו רק פתרי ותרי לכף קתני אינו נאמניו אבל לעולם  
יש לומר כל זמן דלא נקרע השטר אם תפס ונתקנים אחר כף מהני תפיסה.

גם יש להסתפק לדברי הרשב"א לרבוני בספיקי לא מוקמינו ליה לשטר אפשר דזה  
דוקא אם עדיין לא תפס ועומד רק שפא לגבות בהשטר ובאו שנים מן השוק ואמרו כתב  
ידם אבל כו' בזה נאמניו לגמרי אף לקרוע השטר פיון דאף אם יקנים השטר אחר כף  
לא יגבה בו ורק לענין לרבות בספיקי שיועיל תפיס' לא מוקמינו לשטרא אבל אם המלנה  
כבר תפס ועומד אפשר דאין מוציאין מידו דדלמא יקיימונו ולדברי הש"מ דנאמנים לגמרי  
אלו השנים משום דלא נגמרה עדותן פשלא נתקנים יש לומר דמוציאין ולמה שכ' דאח'  
שנראה השטר בב"ד לא הוי הגדה כלל אחי שפיר בעדים עצמן שאמרו כתב ידנו  
ואנוסים היינו דאינו נאמניו לגמרי ואף אם תפס ועומד מ"מ אף אם יתקנים אחר כף הוי  
פחוזרין ומגידין להיפך אף יש להתבונן למה שכ' דכל זמן דלא בא לפני הב"ד ל"ה  
פנחקה עדותן אם פן אם שלא בשעת הקיום רק אינהו מנפשטיהו באו לב"ד למימר  
עלה דהא שטרא כתב ידנו אבל אנוסין היינו באו להחזיקו בפסול נאמר דשוב לא יועיל  
בו קיום כלל פיון דהעידו קודם שפא השטר לב"ד ולא כן מבואר שם בש"מ רק אם שוב  
נכיר אנו מעצמנו החתימות לא יועילו דבריהם כלל ומקיימין השטר.

ברם יש לומר דזה הוא מתקנת חכמים כמו שכתבתי לעיל: ולפי"ז יש ליישב קצת הא  
דהקשה הקצוה"ח ע"ד הרמב"ם דסובר דבעינו שיזכרו העדים מדברי תוספתא מס' גיטין  
העדי' שאמרו כתב ידנו הוא אבל אין אנוחנו מכירין לא את האיש ולא את האשה הוי  
קיום ואמאי הא אין זוכרין הענין ולמה שכ' דכל טעמו של הרמב"ם הוא משום דכל זמן  
שלא בא השטר לפני ב"ד לא הוי פהגדה בפני ב"ד רק כשפא לב"ד אז נגמרה ההגדה  
לכף בעינו שיזכרו ורק אם מתו העדים מהני מתקנות חכמים אם פן יש לומר דזה דוקא  
היכא דבעינו הגדה בפני ב"ד אבל במה דלא בעינו הגדה כלל בפני ב"ד כגון באיסור הוי  
הגדה בשעת חתימה פיון דמהני הגדה גם חוץ לב"ד לא בעינו שיזכרו עוד בשעת הבאת  
שטר לפני ב"ד פיון דכבר הגידו.

ובכר האריה בנתיבות (סי' כ"ח) להוכיח דעדי חתימה גבי גט מעידין רק שנכתב בצווי  
הבעל וזה לא הוי על גמר הדבר ולא בעי הגדה בפני ב"ד ועד מפי עד מהני אם פן בזה  
הוי גמר הגדה בשעת חתימה לכף אף באינם זוכרים אחר כף מהני גם פן דהגדה כבר  
היה ונגמרה בשעת חתימה שנכתב על ידי צווי הבעל ולא בעינו בזה ב"ד.

אף יש להתעורר אם פן בשטר קנין נאמר דלא בעינו שזינפרו הענין בשעת ביאת השטר לב"ד פנין דכבר הגידו בשעת חתימתן שנכתב בצווי הבעל דין וזה היה מהני אף חוץ לב"ד וכמו שכתב שם (סי' כ"ח) בנתיבות ומדברי רמב"ם משמע דקאי אף על שטר קנין.

ובאמת מלשון הרמב"ם שכ' ולא ימצא בלבו זכרון כלל שזה לנה מזה מעולם וכן ואין אנו זוכרין שזה לנה מזה או מכר לו משמע דקאי על שטר ראיה דאי בשטר קנין למה צריך שזינפרו מהלואה או מכירה הא סגי שזינפרו בצווי המתחייב דהמה רק ע"ז עדים ועל המכירה אנו סהדי ועיין קצוה"ח ונתיבות (ס"ק יוד) אלא ודאי דאיירי בשט' ראיה ובה בצעין הגדתם על עיקר הענין ולכך הני מפי כתבם ולא הני הגדה עד שייבא לב"ד אבל בשטר קנין הואיל דלא הני עדים רק על מה שנכתב בצווי המתחייב וזה מהני גם כן מפי כתבם ולא בעי נמי הגדה בפני ב"ד וכמו שכ' הנתיבות (סי' כ"ח) אם פן לא בעינו שזינפרו בשעה שבא השטר לפני ב"ד [ומדברי הנתיבות (ס"ק י')] פאן לא משמע פן ודבריו סותרים קצת לדבריו (שפסי' כ"ח):] ובה נמי מיושב מה שהוכיח בקצוה"ח מתוספת' גיטין הנז' מדין תורה אינו נאמנין לומר אין זה כ"י מדקתני באמרו אין זה כתב ידו ואתרים אמרו כתב ידם הוא דמשמע אף שהראשונים מעידין כל א' על חברו ולמה שכ' אתי שפיר דדוקא בגט הואיל דעיקר הגדה לא הני רק שנכתב בצווי הבעל ובה מהני מפי כתבם והגדה חוץ לב"ד אם פן הני הגדה מכבר והני חוזרין ומגידין אבל בשטר ראיה דבעינו הגדה על גוף הענין ובה לא מהני הגדה חוץ לב"ד וגם מפי כתבם לא מהני ובעינו לגמור ההגדה שייבא השטר לב"ד לכך פל זמן שלא נתקיים לא הני הגדה בהבאת השטר לפני ב"ד ויכולין לומר אין זה כתב ידו ואף שפאו אחר פה עדים ואמרו כתב ידם הוא הני תרי ותרי הואיל דקודם הגמר הגדה אמרים אין זה כתב ידו ובעת שהאחרים מעידין שזה כתב ידם אם נאמר דיהיו נאמנים היינו שמעידין דאז שבא השטר לפני ב"ד העידו החתומים על השטר במה שהב"ד ראו השטר דזה נחשב הגדה והמה אמרו קודם לכן דאין זה כתב ידם ואין לומר אם פן נאמר דאף תרי ותרי לא הני רק הראשונים יהיו נאמנים פנין שקודם שנגמר ההגדה בפני ב"ד העידו שאין זה כתב ידם ואחר פה במה שנחזיק להגדה על ידי השטר על ידי האחרונים שאמרו כתב ידם הוא שוב יהיה פחזר ומגיד הראשונים זה אינו פנין שהאחרים אמרו שפכר נגמר ההגדה בב"ד על ידי הבאת השטר לפני ב"ד רק שהב"ד לא ידעו מזה בשביל שלא הני קיום על חתימתם אבל עכשיו שפאו אחרים והעידו שכתב ידם הוא נחשב ההגדה למפרע לכך הני תרי ותרי דהני פמו אלו פאו שני עדים להעיד על שני עדים שהעידו בפני ב"ד והמה מכחישין דהני כתרי ותרי.

אבל מ"מ גם הראשונים יכלו לומר אין זה כתב ידו הואיל דלפי דבריהם לא הני הגדה כלל פנין דעכ"פ בלעדי האחרונים לא הני ידענו מההגדה מה שאין פן מן התורה נגמר ההגדה בהבאת השטר שפיר שוב א"י לומר א"ז כתב ידו כדמשמע נמי מתוספתא וכמו שכ' הקצוה"ח: אף באמת יש לומר מתוספתא אינו ראיה דז"ל התוספתא פיצד אמרו נתקיים בחותמיו עדים שאמרו כתב ידו זה פשר אבל אין אנו מכירין לא את האיש ולא את האשה פשר אין כתב ידו זה אבל אחרים מעידין בהן שהוא כ"י או שהי' יממ"א



כְּשֶׁר וּמְפָרֵשׁ הַקְצוּה"ח כִּינּוּן שְׁאֲמָרוּ אֵין אָנוּ מְכִירִין וְאֵין זוֹכְרִין כָּלֵל מֵה שְׁיֵשׁ בְּגֵט אַפ"ה  
כְּשֶׁר.

וְיֵשׁ לוֹמֵר כִּינּוּן דְּאֵין כּוֹתְבִין אֶלְא אִם כֵּן מְכִירִין אֵינָם וְנֶאֱמָנִים לְשׁוֹנֵי נִפְשֵׁיהוּ לְרִשְׁעִים  
וְשִׁעְשׂוּ שְׁלֵא כְּהוֹנֵן אוֹ יֵשׁ לוֹמֵר כִּינּוּן דְּבִשְׁעַת הַסְּפָנָה כּוֹתְבִין אַף עַפ"י שְׁאֵין מְכִירִין וְכִשֶׁר  
בְּדִיעֵבֵד אִם חֲתָמוּ בְּלֵא הַפָּרָה כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּח"מ אַה"ע (ס"י ק"כ) אִם כֵּן יֵשׁ לוֹמֵר דְּאֵין  
מְעִידִין כ"א ע"ח כ"י הוּא זֶה דְּלַעוֹלָם מְעִידִין עַל גּוֹף הַדְּבָר כְּמוֹ עַל מְנָה שְׁבִשְׁטָר כֵּן נִמְי  
בְּגֵט כְּשִׁאֲמָרוּ כְּתִב יְדִינוּ הוּא זֶה מְעִידִין שְׁכַתְּבוּ בְּצוּוֹי הַבְּעַל וְכִשֶׁר בְּדִיעֵבֵד.

וּמִמִּילָא יֵשׁ לוֹמֵר דְּגַם בְּסִיפָא אֵין כְּתִב יְדִינוּ זֶה אֵינְרִי כְּשִׁאֲרִין אֶחָד מְעִיד עַל חֲבִירוֹ כְּמוֹ  
שְׁמִפְרֵשׁ הַרִיטְב"א דְּבָרֵי יְרוּשָׁלַיִם וְלִכְפֹּה מְהַנִּי אִם אַחֲרִים מְעִידִין עַל כְּתִב יָדָם וְלֵא הָוִי  
תָּרִי נִגְד תָּרִי רַק תָּרִי לְגַבֵּי חַד.

וּבְלֵא"ה יֵשׁ לוֹמֵר מְדַלָּא קְתָנִי בְּתוֹסְפָתָא אֵין זֶה כְּתִב יְדִינוּ כְּמוֹ שֶׁהוּא בִירוּשָׁלַיִם כְּתוּבָת  
הַנְּז"ל רַק קְתָנִי אֵין כְּתִב יְדִינוּ זֶה הַפִּירוּשׁ הוּא שְׁאֵין הָעֵדִי לְפָנֵינוּ לְשִׁאוּל אוֹתָם וְהֵינּוּ  
דְּקְתָנִי אֵין כְּתִב יְדִינוּ זֶה שְׁאֵין כְּאֵן הָעֵדִי שְׁיִאֲמָרוּ כְּתִב יְדִינוּ הוּא אֶבֶל אַחֲרִים מְעִידִין עַל  
כְּתִב יָדָם אוֹ שֶׁהִי כְּתִב יָדָם יוֹצֵא מ"א מְקָרִי נְתַקְנִים בְּחוֹתְמֵיו שׁוּב רְאִיתִי ב"ס חֲסָדִי  
דוּד שְׁמִפְרֵשׁ כֵּן דְּבָרֵי הַתּוֹסְפָתָא אוֹלָם לֹא הִרְגִישׁ כָּלֵל דִּישׁ לוֹמֵר אַף אִם בְּאַמַּת מְעִידִין  
דְּאֵין זֶה כְּתִב יָדָם רַק שְׁכַל אֶחָד אֵינוּ מְעִיד עַל חֲבִירוֹ הָוִי כְּתָרִי נִגְד חַד.

[וְלִדְעַת ר' אַבִּיגְדוֹר דְּכִשְׁטוּעַן מְזוּנָף בְּעֵינֵי קִיּוּם מִן הַתּוֹרָה וְשֵׁם קָאֵי עַל הַמְתַּנִּיתִין אִם  
יֵשׁ עוֹרְרִין יְתַקְנִי בְּחוֹתְמֵיו הָא דְּמַהֲנִי קִיּוּם כְּשִׁכְתִּב יָדָם יוֹצֵא מ"א שֶׁהוּא קִיּוּם גְּרוּעַ  
עַל יְדֵי דִימוֹי סוֹבֵר דְּמַהֲנִי קִיּוּם עַל יְדֵי דִימוֹי אַף אִם צָרִיף קִיּוּם מִן הַתּוֹרָה].

עכ"פ מְדַבְּרֵי תּוֹסְפָתָא אֵינוּ רְאִיָה לְדְבָרֵי הַרְמַב"ם דְּבַעֲיָנָן שְׁיִזְכְּרוּ עֲדוּתָן. וּמִלְבַד זֶה כְּבָר  
כְּתִב הַא"ז בְּתַשׁוּבָה הַנְּז' דְּלֵא אֲשַׁכְּחֵן דְּאִית לְהוּ לְבַה"ג וְלַרְמַב"ם הָאֵי סְבָרָא אֶלְא  
בְּמִוּנָא אֶבֶל בְּאִיסוּרָא לֹא וְאֵף דְּלֵא אֶתְבָּרַר טַעַם הַדְּבָר וְכֵן בְּתַשׁוּבַת מְהַר"ם אֶלְשִׁיף  
(ס"י מ') תָּמָה עַל זֶה וְכִתְב דְּאִיפְכָא מְסַתְּבָרָא דְּבְמִוּנָא ל"ע לֹא בְּעֵינֵי דְּרִישָׁה וְחִקְרָה  
וּבְעֵדִי קִידוּשִׁין דְּצָרִיף חִקְרָה לְהָוִי כְּמוֹ שְׁנַחֲקָרָה עֲדוּתָן ב"ד וְהָאֵרִיף בְּזַה עֵי"ש וְכֵן  
בְּיָם שֶׁל שְׁלֵמָה מ"ס כְּתוּבָת (פ"ב ס"י כ"ד) כ' דְּלֵא נִרְאָה לְחַלֵּק שְׁהָרִי הַרְמַב"ם כְּתִב קַל  
הוּא שְׁהַקְלִיּוּ בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת וַאֲפִי"ה כְּתִב שְׁאִם אֵין זוֹכְרִין כָּלֵל שְׁאֲסוּר לְהַעֲיֵד כ"ש  
בְּאִיסוּרִין מ"מ בְּגֵט שְׁכַבֵּר נִישְׁאָת וְנַעֲשֶׂה מַעֲשֶׂה וְלֹא חִיּוּשִׁין לְזִיוָף וְדָאֵי יֵשׁ לוֹמֵר כִּינּוּן  
דְּאֶתְחַזֵּק לְמַגְוָרְשֵׁת לֹא מְהַנִּי אַחַר כֹּף מֵה שְׁאֵינָם זוֹכְרִין וְאֵינוּ רְאִיָה מִתּוֹסְפָתָא.

אוֹלָם דְּעַת הַא"ז שֵׁם בְּנִידוֹן הַנְּשִׂאֵל דְּהוֹצִיא הַשְּׁטָר בְּפָנֵי ב"ד וְלֹא נַעֲשֶׂה מַעֲשֶׂה עֲדִינּוּ  
וְאֵעַפ"כ כְּתִב הַא"ז כִּינּוּן דְּבָא לְפָנֵי ב"ד וְהַמְעַרְעֵר צוּחַס דְּדַעְתוֹ בְּאִיסוּר' לֹא בְּעֵינֵי שְׁיִזְכְּרוּ  
אֵינוּ מוּבֵן הַטַּעַם וְאוּלַי דְּרַק לְהוֹצִיא מְמוֹן נֶאֱמָנִי שְׁאֵינָם זוֹכְרִין וְלֹא לְעַנְנֵי אִיסוּר.

וּבְלֵא"ה לְשׁוֹן הַא"ז שֵׁם קָשִׁים ש"כ וְז"ל אִם כֵּן הָא דְּאֶתִּינּוּ עֲלָה אֶפִּילוּ הָיוּ אוֹמְרִים  
חֲתָמְנוּ אֶבֶל לֹא רְאִינוּ שְׁקִידְשָׁה הָיוּ נֶאֱמָנִים לוֹמֵר שְׁלֵא רְאוּ הַקִּידוּשִׁין כ"ש הַשְּׁתָא דְּאֲמָרוּ  
שְׁאֵין זֶה חֲתִימָתָן דְּמְהִימְנֵי אִם לֹא נֶאֱמַר דְּהוּא גְּרַע טְפִי דְּהָא חֲזִינּוּ לְהוּ דְּחֲתוּמֵי וְאֲמָרוּ  
לֹא חֲתָמְנוּ אֶבֶל הֵתָם לֹא יְדַעֲיָן אִם רְאוּ הַמְלָנָה אוֹ הַמְכָר עכ"ל וְאֵינוּ מוּבֵן הָא אִם אֲמָרוּ

חתמנו אבל לא ראינו שקדשה ודאי דלא הוי נאמנים דהא משונוי נפשייהו לרשעים והוי כמו אנוסים מחמת קמון דאינם נאמנים אף באין כתב ידם יוצא ממ"א וצ"ע.

עכ"פ אף דאינו ראיה מדברי תוספתא מ"מ מבואר דדעת הא"ז דמן התורה לא הוי עדותן שבשטר עד שיבא השטר לפני ב"ד. אף מה שכ' הנתיבות בכוננת הש"ף דלכל הפוסקים לא הוי שטר מדין תורה עד שיבא לפני ב"ד אם פי גם מדברי הא"ז מבואר פן וכמו שפתי מ"מ מדברי תוס' ורא"ש יבמות (דף ל"א) מבואר להיפך דלדבריהם צריף שיזכרו אז בשעה שבא השטר לפני ב"ד מן התורה ותוס' שם ד"ה דחזו הקשה הר"י ו"ל מב"ק גבי טורף שטרותיו ואי דאיפא סהדי דידיעין לכתבו שטרא אחרניא ואמאי הא הוי מפ"כ ותיגרין הר"י דגם שם ביבמות בשטר קידושין אם היו מעידים שפך ראו בשטר עבדי שפיר דהוי פאלו מעידים ראינו עדות שנתקבל בב"ד דעדים החתומים על השטר כמו שנתקרה אבל חיישינן שמא לא יעידו שפך ראו בהשטר אלא שמא יעידו על המעשה עצמו פאלו הם זוכרים והם אין זוכרין אלא ע"פ הכתב ואם נאמר דמן התורה לא הוי כנתקרה עד שיבא השטר לפני ב"ד ושיהיו זוכרין אז גוף העדות אם פן אף דבדיני קמונות מתקנת חכמים מהני מ"מ לענין דיני נפשות לדונה על ידי השטר לאשת איש ולהרוג אותה כשיזינתה הוי מפי כתבם ולא נגמר ההגדה עד שיבא השטר לפני ב"ד.

ואף לדעת ר"ת דיקול לשלוח כתב לב"ד מ"מ בדיני נפשות דעת רמ"א בתשובה דלא מהני כמו שהבאתי לעיל דיני עדות (סי' ט') וכמו כן שטר לא יהיה מועיל עד שיבא לב"ד וגם שיזכרו אז עדותן ולמה כתב הר"י דאם מעידין שפך ראו בשטר דמהני.

אלא ודאי דשטר ענין אחר ואף שלא בא לב"ד הוי הגדה ואין צריף שיזכרו אחר פך אף מן התורה וננין על פיו דיני נפשות וענין שם ברא"ש שכתב דדברי ר"י בתוס' נראה עיקר ומבואר דלא כמו שכ' בנתיבות אולם למה שכ' דהיכא דכבר נעשה מעשה על פי עדותן ואתחזק הדבר נתקיים הדבר אף שלא בא השטר לב"ד אינו ראיה כ"כ מדברי תוס' ורא"ש: וקרמ"א כתב באה"ע (סי' מ"ב) מצאו כתב בשטר פלוני קודש פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שאין השטר מקוים אין לחוש לקידושין ותמה הש"ף הא עדים החתומים על השטר מדאורייתא לא צריף קיום ויש לומר דקרמ"א איירי דלא בא עדיין לב"ד וסבירא ליה דכל זמן שלא בא לפני ב"ד לא מהני אף מדאורייתא ובקצוה"ח כתב דכוננת הרמ"א במצאו בשוק והאשה צוחת מזוהר וכיון דלא ידענו מי כתב ל"ש לא חציף לזינף וכמו שכ' הש"ף בכיון הירושלמי במצאו כתב בשטר פלוני מת דרק משום עיגונא מתירין להנשא.

אולם באמת הפוסקים כתבו גם בהך דירושלמי דהוא משום דמן התורה לא בעינן קיום וענין רמב"ן סוף יבמות וב"ש (סי' י"ז ס"ק כ"ח) הרי אף דלא ידענו מי כתב וחתם לא בעינן מן התורה קיום ויש לומר הטעם דלא חציף אינש לזינף ומירמת דיתברר הזינף ולא יתקיים דבריו וכבר כתבו יש ממחברים בהא דעבידא לגלויי דלא משקרי אינשי הוא אף דלא יתיירא שלא יתפוס לשקרן רק הטעם דדבריו לא יועיל ואינו עושה דברים בטילין ויש לומר דהכא נמי לא חציף לזינף דבר שלא יתקיים [ובמ"א הבאתי ראיה להיפך דבמלתא דעבידא לאיגלויי הטעם הוא שלא יתפוס לשקרן מדברי רמב"ן ב"ב (דף קל"ד) דכת' אבל בעל מחיים לא איכפת ליה לאחר מיתה דידיה מאי תימא לי' זו

הוא שאומרים יכול החי להכחיש את החי ואין מכחיש את המת הרי דרך מטעם שלא תפוס לשקרן הוא דמהימן ואכ"מ בזה] ועוד לדבריו דכוננת הרמ"א בכה"ג דצריף קיום מדאורייתא יש אופנים דלא מהני אף הקיום כמו על ידי דימוי ולמה סתם כל זמן שלא נתקיים משמע דמהני כל גונוי דקיום.

ובב"ש שם פתב דבנדאי אם הם מודים דנתקדשה הוי קידושין אלא איגרי דאחד מהם אמר מזונף ולכאורה יש לומר למה שכ' הטעם דמן התורה לא חציף לזיניף היינו דלא יעיז לתפוע בשקר אם פן בתרנייהו מודים אדרבה גרע אף מדברי הראשונים דכתבו דלא טענינו עבור לקוחות מזונף דל"ש מבואר דגם אף במודה לא חציף לזיניף וכן מהא דמצאו פתב מת פלוני דלא שייף הסברא הנ"ל דלא יעיז לתפוע בשקר ואעפ"כ ל"ח מדאורייתא לזיניף וכתב על פתח מטעם דמן התורה לא חשדינו לשום אדם דיזיניף אם פן נדאי קשה על הרמ"א הנ"ל.

ויש לומר דטעמו דסובר אף במקנים הואיל דלא נעשה מדעת המתחייב לא הוי רק חשש קידושין מדרבנן דמפיהם ולא מפי פתבם פתיב רק מדרבנן חשש הרמ"א בנתקיים לדעת הרשב"א בתשובה אבל בלא נתקיים הם אמרו והם אמרו דלא יועיל כלל בלא קיום: והיא דהוציאה שטר חתום בעדים שנתקדשה לפלוני והבעל מכחיש הנה נראה לכאורה פינו דמן התורה אין צריף קיום א"כ אף דאינו נאמניו מדרבנן כל זמן שלא נתקיים השטר מ"מ כופין את הבעל לגרשה בגט פינו דמן התורה הוי בירור דכן הוא שנתקדשה לי רק מדרבנן צריף קיום ומ"מ אסורה לעלמא אף בלא טעם דשני' נפשה חתיכה דאיסורא אולם מדברי רשב"א מס' קידושין (דף ס"ה ע"א) מבואר דאעפ"כ אין כופין רק מבקשין דהא פתב שם בהא דאמר רב ואם נתן גט מעצמו כופין אותו ליתן פתובה דאיגרי בדכתב לה פתובה ואף באתרא דמקדשי נהדר פתבי פתובה אלא שלא מצאה לקיימו וכינון שנתן גט מעצמו הוחזק כפרן על הפתובה וכמו שנתקיימה הוא דהא מדינא קיום לא ליבעי.

ויקשה פינו דמדינ' לא ליבעי קיום אף בצונח מזונף אמאי קתני מבקשין מהראוי לכוף אותו ליתן גט פינו דמדין תורה הוי שטר מעליא ועל פתח נתקדשה מדיש תחת ידה פתובה אלא נדאי פינו דעכ"פ מדרבנן השטר חספא בעלמא הוא כל זמן שלא נתקיים אין כופין אותו ליתן גט ואף דמ"מ נראה דאסור בקרובותיה פינו דמדין תורה שטר פתובה שתח' ידה אין צריף קיום הרי מוכח דנתקדשה מ"מ אין כופין פינו דהוא מכחיש ומומר לא הנה דברים מעולם והשטר מזונף ואת גרמת לעצמה וצ"ע בזה: והנה הש"ף העלה להלכה דאף בצונח שהוא מזונף לא בעי קיום מן התורה דדעת ר' אביגדור ז"ל הוא דעת יחיד אולם מצאתי חבר לדעתו בתשובת רמ"ה (סי' רצ"ג) דכתב דכשפא להוציא מלקוחות ויתומים או שלא בפניו דלא קרא עליו ערער צריף אף מה"ת קיום וכן המבי"ט (ח"ג סי' ק"ל) האריף לבאר דאם טוען שהוא מזונף הוי פחרס מה"ת כל זמן שלא נתקיים.

והב"ש אה"ע (סי' קמ"א) הביא ראי' מגט דכתב הרמב"ם וטור וש"ע במביא גט בא"י במקום דאין צריף לומר בפני נכתב אם בא הבעל וערער וטוען שהוא מזונף אם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל תצא והנלד ממזר ובנתיבות כ' דאם לא נודעו העדים כלל

גיכר זיפו לב"ד פיון דעיק' הטעם דאין צריה קיום מן התורה הוא משום דהוי מקילתא דעביד' לגלוי ומירתת לזינה ובכה"ג לא מירתת פיון שאינו ידוע מקומן של עדים ומן הסתם לא חזישיון לזיוף כה"ג דירא פן ישאלו על מקומן של עדים ואם יאמר שאינו יודע גיכר זיפו לב"ד דהרוצה לשקר ירחיק עדותו לכה שפשמערער ולא נודעו העדים קלל היינו מקומם בזה צריה קיום מה"ת.

ולא משמע פן מן הפוסקים וגם אף במקצאו פתוב כ' הראשונים דמה"ת אין צריה קיום. וגם א"כ לא מירתת לזינה חתימת ידי עדים שפכר מתו אף אם נודעים בשמותם ובמקומ' מ"מ פיון שידוע שפכר מתו לא מירתת הכי נימא דגם בזה בעי קיום מן התורה.

גם הא בדברי הרמב"ם (פ"ז ה"ז) מגירושין כ' ואם אין השליח עומד בשעת פתיב' לא ינתן לה אא"כ נתקיים בחותמיו ואם לא נתקיים ונתן לה ה"ז פסול עד שיתקיים ואם בא הבעל וערע' ולא נתקיים אינה מגורשת מבואר דצריה קיום מן התורה ושם לא פתב ולא נודעו עדיו קלל מבואר אף אם גיכרים מי המה עדיו במקומם ובשמותיהם רק חתימתם לא נתקיים גם פן אינו גט מן התורה.

וכן (פ"ו ה"ז) פתב דאם הביא הפסול מן התורה אם לא נתקיים אינו גט משמע אף דלא חסר רק הקיום בלבד גם פן אינו גט מן התורה הרי דצריה קיום מה"ת פשיש ערעור אף אם ידענו מן העדים החתומים רק שלא נתקיים פתב ידם.

וביותר יקשה על בעל האור זרוע שהוא בעל התשובה שבמהרי"ק ה"ל שהצריה דמד"ת אף בצונח ומערער א"צ קיום ובריש גיטין העתיק דברי הרמב"ם ה"ל דאם בא וערער ולא נתקיים אינה מגורשת: ולכאורה אפשר לומר למה שכ' המ"מ דכיון דהוא טוען ברי והיא שמא מוקמינו על חזקת אשת איש ויש לומר פנונתו דאף בדיני ממונות דאף בטוען מזוהר לא משגחינו בי' מה"ת פיון דהוא נגד חזקה דלא חציף לזינה והבע"ד אינו בגדר עד ובגט פיון שהוא איסורין ע"א נאמן פל שאינו מעיד נגד החזקה ואם פן אם עד א' אומר שהוא מזוהר יש לומר דנאמן מן התורה ואף דאחזוק להסירא על ידי הגט מ"מ פכר כ' הגהות מרדכי קידושין היכא דלדברי העד ל"ה החזקה מעולם ובטעות ה"ה נאמן אם פן אם מערער הבעל חוששין לערעורו מטעם עדות רק אם היא מכחישתו עד א' בהכחשה לאו פלום הוא אבל פשהיא אינה מכחישתו נאמן מטעם ע"א בצירוף חזקת אשת איש.

אולם ממה דכתב הרמב"ם (פי"ב) דאף באשה עצמה המביאה גטה ולא נתקיים דאם בא הבעל וטוען מזוהר תצא אע"ג דהיא מכחישתו הרי דלאו בתורת עד אתינו על ערעורו וגם הא מבואר בש"ס גיטין (דף ט') בערער חד דאינו חייב מטעם דאין ערעור פחות מב' רק בערעור דבעל הרי דערער של עד א' לא מהני לעולם ועל פרוה מטעם דמעיד נגד החזקה דמדין תורה לא חציף לזינה ואינו נאמן בתורת עדות וחקמים לא חששו על קיום דמשום עיגונא הנחו על דין תורה אם פן למה בערער הבעל הוי פסול דאורייתא פנ"ל: וי"ל דהא דאין דבר שבערנה פחות משנים ועדים הצריכים לזה בקדושין אף בשניהם מודים פכר כ' הפנ"י קידושין דעיקר הטעם הוא משום דאין קדושין לחצאין וכיון שהית' מוחזקת לפנוי' ועכשיו תתחזק לא"א אין בלח לאסרה אכ"ע רק אם ידענו בבירור שהיא א"א והבא עליה חייב מיתה וכתבתי די"ל דכן הוא גם פן הטעם בגט דצריה ב' עדים

שִׁיפָאָה מְחֻזְקָת אִשָּׁת אִישׁ וְאִם נִשְׂאָת לְכֹהֵן אַחֵר מִיַּת בַּעַל דְּחִיב מְלָקוֹת וְכֵן אַף בְּחַיֵּי בַּעֲלָהּ הַמְּגֻרָשׁ אִם נִשְׂאָת לְכֹהֵן חִיב מְלָקוֹ וְלֹא מִיַּתָּה וְצָרִיךְ שְׂתַחַחְזֵק לְמַגְנֵרְשָׁת לְכָל דְּבָר וְכִמוֹ דְּאִין קִידוּשֵׁין לְחֻצְאִין כֵּן נִמְי אִין גִּירוּשֵׁין לְחֻצְאִין וְלֹא הוּי מְגֻנֵרְשָׁת רַק אִם הוּא נִדְעָה לְכָל וְלְכָל דְּבָר שֶׁהִיא בְּחֻזְקָת מְגֻנֵרְשָׁת וְעֵינֵין נְתִיבוֹת הַמְשַׁפֵּט (ס"ו ל"ו) דְּלֹא נְחִית לְזֶה הַטַּעַם רַק לְגַבֵּי קִידוּשֵׁין וְלֹא לְגַבֵּי גִירוּשֵׁין וְלֹא יִדְעָתִי לְמָה וְכִבֵּר כְּתַבְתִּי לְעִיל דִּינֵי עֲדוֹת (ס"ו ל') דְּזֶה פְּנוּנַת הַרְמַב"ם (פ"א ה"ג) מְגִירוּשֵׁין שְׂפָתָב וּמְנִינֵין שְׂיַתְנִנְהָ לֵּה בְּפָנֵי עֲדִים הָרִי אֹמֵר עַל פִּי שְׁנַיִם כו' וְאִי אֶפְשֶׁר שְׂתַהֲיָה זֶה עֲרֻנָּה הַיּוֹם וְהִבָּא עֲלֶיהָ בְּמִיתַת ב"ד וְלִמְחַר תַּהֲיָה מְוַתֶּרֶת בְּלֹא עֲדִים וְעֵינֵין שֶׁם בַּלַּח"מ וְהַפְּנוּנָה כַּנ"ל אַף דְּשְׁנֵיהֶם מוֹדִים בְּדָבָר מ"מ דְּבָר הַחֵב לְאַחֲרִים וּנ"מ לְכָל הָעוֹלָם אִינוּ מְתַקְּיִים בְּשַׁעֲתָא אִם לֹא הוּי בְּפָנֵי עֲדִים וְעֵינֵין חִידוּשֵׁי רַמְבַּ"ן קִידוּשֵׁין (דף ס"ה) דְּמְבַנְאָר גַּם כֵּן פְּסֻכְרַת הַפְּנ"י וְהַאֲרַכְתִּי שֶׁם בְּזֶה וְהָא דְמַהֲנֵי עֲדִים הַחֲתוּמִים עַל הַשְּׁטָר וְעַל הַגֵּט הוּא מְשׁוּם דְּאֲנִן סְהַדֵּי דְנִקְתָּב בְּצוּוֵי הַבַּעַל וּבָא לִיָּדָה מִיַּד הַבַּעַל וְאֲנִן עֲדֵי מְסִירָה אֲנִן.

וּלְפִי"ד זֶה אֲתִי שְׁפִיר מַד"ת דְּאֵלֶם הַחֻזְקָה דְּלֹא חֻצְיָה לְזִינְיָה וְאִין צָרִיךְ שׁוּם קִיּוּם שְׁפִיר הוּי כְּמַתְגַּרְשָׁת בְּפָנֵי עֲדִים כֵּינֵן דְּהַגֵּט יוֹצֵא מִתַּחַת יָדָה חֲתוּם בְּשְׁנֵי עֲדִים אֲבָל הַשְׂתָּא אַחֲרֵי דְנִתְקַלְקְלוּ הַדּוֹרוֹת וְחָשׁוּ חֲזו"ל עַל זִיּוּף וְכָל זְמַן שְׂאִינוּ מְתַקְּיִים אִין הַשְּׁטָר מוֹעִיל כְּלוּם שְׁפִיר אַף בְּגֵט אִם לֹא נְתַקְּיִים כֵּינֵן דְּהוּי לְנוּ סְפַק אִם יִתְבַּרַר חֲתִימַת הָעֲדִים לְקִיּוּמָם הוּי סְפַק מְגֻנֵרְשָׁי אַף מִן הַתּוֹרָה כֵּינֵן דְּאִינוּ רְאִיָּה בְּרוּרָה מִמָּה שְׂיִוִּצָא הַגֵּט מִת"י דְּעֲדִינֵין לֹא יִדְעֵנוּ אִם בָּא לִיָּדָה מִיַּד בַּעֲלָהּ וְאִם נִתְקַדְּשָׁה לְאַחֵר וְאַחֵר כֵּן מַת בַּעֲלָהּ הָרִאשׁוֹן אִין מְמִיתִין הַבָּא עֲלֶיהָ דְּלֹא יִדְעֵנוּ אִם אִין הַגֵּט מְזוּנָה וְכֵן אִם נִשְׂאָת לְכֹהֵן אִינְהָ לֹאֲהָ וְכֵינֵן דְּלֹא הוּי בִּירוּר הַדְּבָר לְכָל הָעוֹלָם שְׁפִיר לֹא הוּי אַף מִן הַתּוֹרָה מְגֻנֵרְשָׁת.

וְיֵשׁ לֹאֲמַר שְׁזֶה טַעְמָא דְתְּשׁוּבַת רַבִּינוּ חֲנַנְיָא ז"ל הַמוּבָא בְּתְּשׁוּבַת רַשְׁבָּ"א (ס"ו אָלְף קס"ו) דְּהַמְּגֻרָשׁ בְּפָנֵי פְּסוּלֵי עֲדוֹת מְדַרְבְּנֵן לְאַחֵר הַכְּרֻזָּה שְׂאִין חוֹשְׁשֵׁין לְעֲדוֹת פְּסוּלֵי דְרַבְּנָן בְּגִירוּשֵׁין כְּלָל הֵינְנוּ כֵּינֵן דַּעַכ"פ אִינְהָ גְרוּשָׁה לְכָל דְּבָר וְאִין גִּירוּשֵׁין לְחֻצְאִין וְאִף דְּזַעַת הַרְשָׁב"א שֶׁם לֹא כֵן הוּא רַק חוֹשְׁשֵׁין לְגִירוּשֵׁין כְּמוֹ בְּמַקְדָּשׁ בְּפָנֵי פְּסוּלֵי עֲדוֹת דְרַבְּנָן הֵינְנוּ מְשׁוּם כֵּינֵן דְּמִן הַתּוֹרָה הֵם כְּשֶׁרִין לְכָל עֲדוֹת וְהִי נִגְמַר הַגִּירוּשֵׁין לְכָל דְּבָר אַף לְלִקּוֹת עַל יְדוֹ לֹא מְתַנִּין רַבְּנָן לְעַקּוֹר דְּבָר מִן הַתּוֹרָה וְאִף דְּהַשְׂתָּא דְּחָשׁוּ חֲזו"ל דְּמִשְׁקָרֵי מ"מ הַנִּיחוּ עַל דִּין תּוֹרָה וְכֵינֵן דְּמִן הַתּוֹרָה מְחֻזְקִינֵן לְלֹא מְשַׁקְרֵי אֲזִלִּין לְחוּמְרָא בְּתַר דְּאוֹרְיִיתָא דְּהִי מְהַנֵּי הַקִּידוּשֵׁין וְהַגִּירוּשֵׁין לְכָל עַנְיָנִים וְעֵינֵין בְּתְּשׁוּבַת רַבִּינוּ עַקִּיבָא אִיגָר ז"ל (ס"ו ק"ג) בְּמָה שְׁנו"נ בְּזֶה עִם הַגָּאוֹן בַּעַל בֵּית מֵאִיר אִם מַה"ת מְטַעַם חֻזְקַת כְּשָׁרוֹת מוֹקְמִינֵן אוֹתָם עַל הַחֻזְקָה עֵי"ש עַכ"פ כֵּינֵן דְּמִן הַתּוֹרָה יֵשׁ לָהֶם חֻזְקַת כְּשָׁרוֹת אֲזִלִּין בְּתַר דְּאוֹרְיִיתָא לְחוּמְרָא וּמִן הַתּוֹרָה נִתְבַּרַר עֲדוּתָן מַה שְׂהַעִידוּ בְּפָנֵינוּ.

מִשָּׂא"כ בְּהוֹצֵאָה גֵּט וְלֹא נְתַקְּיִים חֲתִימַת יְדֵי עֲדִים וְהַבַּעַל טוֹעֵן מְזוּנָה אַף דְּמִן הַתּוֹרָה לֹא הֵיָה לְנוּ שׁוּם סְפַק וְלֹא הוּי צָרִיךְ קִיּוּם מְטַעַם חֻזְקָה דְּלֹא חֻצְיָה אִינְשׁ לְזִינְיָה וּבְגֵט אַף מְדַרְבְּנֵן מְשׁוּם עַגּוּבָא הַנִּיחוּ עַל דִּין תּוֹרָה וְאִף אִם בָּא עַד א' וּמְעַרְעֵר וְאוֹמֵר שֶׁהוּא מְזוּנָה לֹא מְשַׁגְּיחִינֵן בֵּיהָ דְּאִין עַרְעוּר פְּחוֹת מְשָׁנִים וּמְשִׁיאִין אוֹתָהּ לְכַתְּחִיל' מְטַעַם דְּאִשָּׁה דִּיִּקְאָ וּמִינְסָבָא כְּמִבְּנָאָר בְּרַשְׁבָּ"א גִיטִין (דף ט') לְכֵן הִחְמִירוּ עֲלֶיהָ בְּסוּפָה דְּאִם בָּא הַבַּעַל וּמְעַרְעֵר תַּצָּא וְהַגֵּלְד סְפַק מְזוּר כָּל זְמַן שְׂלֹא נְתַקְּיִים דִּישׁ לְבַעַל גַּם חֻזְקָה דְּלֹא חֻשִׁיד

לקלקלה ויש ספק בגוף הגט אם מוחזקת לגרושה לכל ענינים וכיון דחזו חז"ל דיש  
מיעוט דחשידי לזיניף החמירו לחיוב אף מן התורה פשיש ערעו דבעל לכו אף הסוברים  
דלגבי ממון אף אם צונח מזניף לא פעי קיום מה"ת מ"מ לגבי גט השתא הוי ס' מה"ת:  
סי' כט ואם בנפרע שלא בפניו טענינו מזניף האריכו בתוס' ריש גיטין ובכתובות בשיטת  
הר"י ובכל ראשוני' שם דיש לומר גם כן דטענינו בעדו דלמא מזניף הוא רק בגט  
דמותרת להנשא משום עגונא וכתב שם הרא"ש דאף דלהוציא ממון מלקוחות ויתומים  
חיישינו לזיופא מ"מ לענין פרעון פתובה נחתנו לנכסיו דכיון דשריא להנשא גביא נמי  
פתובה מב"ח דמספר פתובה נלמוד לכשתנשא לאחר תטלי מה שכתוב לכי וכו' כ' הטור  
אה"ע (סי' קמ"א) והש"ע פתב פן מבלי חולק.

ותמהני שהרי מבואר שם דדעת רש"ב"א וריטב"א אינו פן רק אף מב"ח אינה גובה  
דכתבו (דף ט') על מה שדקדק הר"י מדקתני המביא גט בא"י דאין צריף לומר בפ"נ  
וכיון דתנשא בגט אף שלא נתקיים מוכח דלא חיישינו לזיוף רק כשטועו הלנה דאינו  
ראיה דשאני הקא דלא מגבי מניה דבעל מידי אלא אפקועי ממונא ושמא בהפקעת ממון  
לא מצריכינו ליה לקיומי שטרין אלא אם בא בטענת פרי והמוציא שובר על שטרין  
דיתמי אע"ג דלא נתקיים בחותמיו לא מגבינו ביה בשטר אכל הנפרע שלא בפניו או  
מלקוחות ויורשים צריף קיום הרי מבואר דלא מגבינו לה הפתובה דאם לא פן הוי  
הוצאות ממון ולתרוץ זה הא דמתירין לה להנשא לאו משום עגונא הוא רק דאנו לא  
חיישינו הואיל דאשה לאו ממונא דבעל וגם אנו לא עבדינו כלל מעשה רק היא נשאת  
ואנו לא נערער עליה אכל להוציא ממון בב"ד בשטר שאינו מקוים לא וכן מבואר שם  
בריש"ב"א וכתב דאף בנשאת בגט שאמר השליח בפני נכתב מגבינו לה פתובה משום  
דמספר פתובה נלמוד לכשתנשא לאחר מ"מ כשנשאת בגט שאינו מקוים אעפ"י שאין  
ב"ד מכריחין לצאת לא קרינו ביה לכשתנשאי לאחר דהא אינה נשאת בדין בגט זה פיון  
שאינה מקוים עיי"ש: ולכאורה צריף להבין הא הב"ד אומרים שרשאי להנשא יהי  
מאיזה טעם שיהיה משמע דאף לכתחילה מורין לה שתנשא אם פן אמאי לא קרינו ביה  
לכשתנשאי לאחר ומצאתי בתשובת רש"ב"א (ח"א סי' אלף קע"א) דנשאל על זה למה  
פתב בחידושי דאינה גובת פתובה ולמה לא קרינו ביה לכשתנשאי לאחר והשיב  
דדעתו שאין למדין מספר פתובה לכל שהיא נשאת אלא דוקא לנשאת לחלוטין רוצה  
לומר מי שאין מעפבין ערעור בנשואיה של ספק פגון במת בעלי דבזה התנאי קיים  
לחלוטין שהרי נשאת פאלו ידענו בבירור שמת הבעל פי לולי שדקדקה וידעה פן בבירור  
לא הוה נשאת דאם בא הבעל אינה יכולה להכחישו ולכוף מגבינו לה ונלמד מספר פתובה  
אכל זו דמביא גט בא"י ולא אמר בפני נכתב ובפ"נ אין היתר נשואיה חלוט שהרי אם  
בא בעל וערע' אוסרין אותה מספק עד שיתקיים גיטה וכל כ"ב אינו קורא בה  
לכשתנשאי לאחר עיין שם עוד באורף ועל פתחה הפנונה דשם מתוה חומר שהחמרת  
עליה בסופה דאם בא הבעל תצא מזה ומזה דייק' וכיון דדייקא וידעה דמת נתברר הדבר  
אכל במביא גיטה דהבעל חי אף דאנו מתירין לה להנשא מטעם דלא הוי הוצאות ממון  
ומדין תורה לא חיישינו לזיוף מ"מ פיון דמדרבנן חשו לזיופא ואי אתי בעל ומערער  
משגיחינו ביה לא הוי בבירור גמור ולא קרינו ביה לכשתנשאי לאחר דזה הוי כתנאי עד  
שנשאת בבירור גמור עכ"פ מבואר דדעתם דלא פדעת הרא"ש והטור וצריף עיון על

סתימת הש"ע והאחרונים דלכאורה נראה דמספק אין מוציאין ממון ולא מגבינו לה פתובה: עוד פתב שם (סי' קמ"א ס"ק ס"ז) בב"ש דאם השליח מביא גט מותרת לינשא אפילו אין מפירין התתימות אפי' מאן דמחמיר (סי' קמ"ב) כשהיא בעצמה מביאה גט שאין מקוים מ"מ כשהשליח מביא מודה דמותרת להנשא ועיין נו"ב תננינא אה"ע (סי' קל"ו) דנסבה הרבה בטעם הדבר ותמהני הא המעיין בריב"ש (סי' שפ"ה) יראה דדין אשה ושלוח שנוין רק אם אין עדים מצויין לקיימו דאז השליח צריך שיאמר בפני נכתב פן גם האשה צריכה לקיימו לדעת הרמב"ד המובא (סי' קמ"ב) ובמקום דעדים מצויין לקיימו דאז אין השליח צריך לומר בפני נכתב אז גם לגבי אשה שאומרת נתגרשתי וגט בידי אין צריך קיום כל זמן שאין הבעל מערער עיין שם ודלא כב"ש וכדבריו משמע ברשב"א גיטין (דף ט') ושם כ' דהיכא דעדים מצויין לקיימו שינה אשה דיקא ומנסבא: והיכא דהביא הגט ומסר לה ואחר כך שמענו דמת הבעל נראה אף דלא צריכין להקיל משום עגונא פיו דידענו דכבר מת הבעל מ"מ פיו שפכר התירוה להנשא ונתחזק הדבר דמגורשת היא יש לומר דלא טענינו עבור היתומים שפא מזונות הוא הגט ולא נתגרשה כלל ויש לה רק דין אלמנה וכל הנ"מ לבין גרושה לאלמנה לא דנינו אותה רק לגרושה פיו דכבר החזקנו אותה למגורשת וראיתי בתשובת ר"י באסן (סי' קכ"ט) הביא משם הרב מהר"ח אבולאפי' ז"ל שכ' על הא דהקשה המהריב"ל בתוס' ריש גיטין דמאי נ"מ אם טענינו ליתמא מזונות או לא פיו דסוף סוף לא גבינו בהו שטרך וכתב דנ"מ היכא דליכא משום עגונא פגון שמת ובאין יורשי הבעל לירש מפח הבעל את אשתו לא טענינו להו מזונות עכ"ד ועל פירוש דמתה היא קודם שמת הבעל דאם מת הוא קודם לכן אין היורשין שלו יורשין והיינו על פירוש דאחר כך נודע שמת הוא וליכא נ"מ והיינו שמינתה לשליח לקבלה או שהיא בעצמה הביאה גיטה שנתגרשה קודם לכן ואחר כך נתברר שמת הבעל אחר כך וליכא נ"מ להתירה לשוק פיו דבין כך ובין כך מותרת בזה טענינו ליתמי שפא מזונות הוא ואם מתה היא אחר כך ובאין יורשי הבעל לירש אותה מפח הבעל היינו שמתה קודם שמת הבעל ורק דנין אם מגורשת היתה ממנו או לא וכיון דכבר הנה בידיה הגט והיתה מותרת להנשא כבר נתחזקה לגרושה למה ירשו יורשי הבעל.

וגם יש לדון דלא טענינו עבור יתמי רק להחזיק ולא להוציא ואולי פיו דהיו הנכסים בחזקת יורשי הבעל הוי כמו להחזיק כמו שהיינו מוחזקין וטענינו עבור יתומים וצ"ע בזה: והנה בדברי תוס' ריש גיטין דכתבו להוכיח דטענינו להו מזונות דאם לא פן כ"א יכתוב שטר מכר או מתנה ויחתום עדים ויגבה שלא בפניו מיתומים ומלקוחות דהשתא אין שינה לומר פרעתי קשה לכאורה הא אף בשטר מכר ומתנה נאמר דנטעון דחזר וקנה ממנו והיה נאמן במגו דמזונות וכמו דטענינו פרעתי במגו דמזונות אף אם לא טענינו להו מזונות מ"מ פיו דמאביהו ומזהמוכר לא היה יכול לגבות בלא קיום דהיה נאמן לומר פרעתי במגו דמזונות אף אם עבור יתומים ולקוחות לא טענינו מזונות מ"מ אמרינו מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכן יורשין פרעיה דאבוהו וטענינו כל מה דהמוכר ומורישיהו היה יכול לטעון פן נמי נטעון דחזר ולקח ממנו והיה נאמן אביהו במגו דמזונות כמבואר בתוס' פתובות (דף ק"ט) בעשאה סימן לאחר דאם השטר אינו מקוים דנאמן חזרתי ולקחתי במגו דמזונות ואף דלא טענינו ליתמי מזונות הוא מ"מ חזרתי ולקחתי טענינו כמו דאביהו היה נאמן במגו דמזונות ואם פן ליכא הוכחה משטר מכר דמ"מ טענינו

להו שְׁחֹר אַבְיָהוֹן וְלִקְחָהּ דְּאַבְיָהוֹן הָיָה נֶאֱמָר בְּמִגּוֹ דְּמִזְנוּיָהּ שׁוֹב מְצֵאתִי בְּחִידוּשֵׁי מַהֲרִי"ט  
כְּתוּבוֹת (דָּף צ"ב) דְּעֵמֶד עַל זֶה דְּאַפְתִּי לִיכָא הוֹכְחָה דְּאַף בְּשֵׁטֶר מְכָר טְעֵנִין חֹזֵר וְלִקְחָהּ  
שְׁהִיָּה נֶאֱמָר בְּמִגּוֹ דְּמִזְנוּיָהּ וְכַתְּבֵי לְתַרְצֵי דְּאַפְתִּי אִיכָא לְמִיחַשׁ שְׁאִין לֵה אָדָם מוֹרִיד לְתוֹךְ  
שְׁדֵהוּ בְּאַרְיִסוֹת וּשְׁכִירִים שְׁאֵם יָמוֹת יִזְיִפוּ שְׁטֵר וְאִז לֹא טְעֵנִין לֵהוּ חֹזֵר וְלִקְחָהּ לְהוֹצִיא  
מִיָּדוֹ דְּהוֹאִיל וְהַמְּכָר אֵמֶת לֹא אֶמְרִינּוּ מִגּוֹ לְהוֹצִיא וְכִי טְעֵנִין לִיתְמִי דְּנֹקָא לְהַחְזִיק מֵה  
שְׁבִידָם עַכ"ד וְאִינוּ מוּבָן לְכַאוּרָה דְּהָא אַבְיָהוֹן הָיָה נֶאֱמָר לְוֹמֵר שְׁחֹר וְלִקְחָהּ מִמְּנוּ בְּמִגּוֹ  
דְּמִזְנוּיָהּ וּל"ה לְהוֹצִיא אוֹ מִטַּעַם דְּבִקְרָקָע אֶמְרִינּוּ בְּמִגּוֹ לְהוֹצִיא כְּמוֹ שְׁהוֹכִיחַ בְּקִצּוֹה"ח  
(ס' פ"ב) מֵהֵךְ דְּעֵשְׂאוֹ סִמְן לְאַחַר דָּאֵם טַעֵן וְאֶמְרֵי חֹזְרֵי וְלִקְחָתִי דְּנֶאֱמָר בְּמִגּוֹ דְּמִזְנוּיָהּ  
אֵע"ג דְּאִינוּ מְחַזְקִי כָּלֵל בְּקְרָקָע וְחֻזְקָת מְרָא קָמָא לֹא שְׁיָהּ דְּהָא כְּבָר יִצְאָה מְחֻזְקָת מְרָא  
קָמָא בְּהוֹדְאָתוֹ שְׁעֵשְׂאוֹ סִמְן לְאַחַר וּבכ"ז נֶאֱמָר בְּמִגּוֹ מְשׁוּם דְּבִקְרָקָע מְהִי מִגּוֹ אֶף  
לְהוֹצִיא וְכֵן טְעֵנִין שְׁם עֲבוּר יְתוּמִים ג"כ כֶּף דְּחֹזֵר וְלִקְחָהּ אֶף אִם לֹא טְעֵנִין מִזְנוּיָהּ ע"כ  
דְּמִחְזִיקִין לְהַשְׁטֵר לְאַמְתָּ וְהוֹדְאָתוֹ אֵמֶת רַק שְׁחֹר וְלִקְחָהּ מִמְּנוּ שְׁהִיָּה אַבְיָהוֹן נֶאֱמָר בְּמִגּוֹ  
דְּמִזְנוּיָהּ וְאֶף שְׁהִלָּה יוֹשֵׁב בְּקְרָקָע כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ שְׁם מ"מ מוֹצִיאִין מִמְּנוּ וְלָמָּה אִם יוֹשֵׁב  
בְּאַרְיִסוֹת אוֹ בְּשְׁכִירוֹת וְיֵשׁ לוֹ שְׁטֵר שְׁאִינוּ מְקַוִּים לֹא נִטְעוֹן עֲבוּרָם שְׁחֹר וְלִקְחָהּ כְּמוֹ  
דְּאַבְיָהוֹן הָיָה נֶאֱמָר: אוֹלָם בְּאַמְתָּ הַדְּבָר צָרִיף טַעַם אִמְאִי טְעֵנִין עֲבוּר הַיְתוּמִים שְׁם בְּעֵשְׂאוֹ  
סִמְן לְאַחַר לְהוֹצִיא כִּינּוּ דְּלֹא טְעֵנִין מִזְנוּיָהּ וּמְחֻזְקִינּוּ לְהַשְׁטֵר שְׁאִינוּ מִזְנוּיָהּ וְהִנּוּ הוֹדְאָה  
שְׁהוּא שְׁלוֹ וְעַכ"פ יֵשׁ חֻזְקָת מְרָא קָמָא לְזֶה שְׁיִושֵׁב בְּהַקְרָקָע דְּנִתְבָּרַר מִפְּתֵי הוֹדְאָתוֹ שְׁל  
בְּעָלִים שְׁמְכָרוּ לוֹ וְהִיכֵן מְצִינוּ דְּטְעֵנִין עֲבוּר יְתוּמִים לְהוֹצִיא וְעִינֵי כְּנַה"ג (ס' קמ"ו ס"ק  
מ"ג) שְׁהִבִּיא מְשֵׁם מְהָר"ם אֶלְשִׁיף (ס' צ"ג) דְּהָא דְּטוֹעֵנִין לְלוֹקֵחַ הוּא דְּנֹקָא כְּשֶׁהִלּוֹקֵחַ  
מְחֻזְקִי בְּקְרָקָע וְהַמְּעַרְעֵר בְּחוּץ אֲבָל הִיכָא שְׁהַמְעַרְעֵר דֵּר בְּבֵית וְאַחַר כָּא מְבַחוּץ וְאֶמְר  
שְׁרוּצָה לְהַחְזִיק בְּבֵיתוֹ שְׁיִושֵׁב בּוֹ מִפְּתֵי שְׁקִנְיָה מְפִלוּנִי שְׁרָאָהוּ מְשַׁתְּמֵשׁ בּוֹ ג' שְׁנִים שְׁמָא  
הוּא קְנָאוֹ מְמָה וּבַעַה"ב אוֹמֵר לֹא מְכַרְתִּי וְלֹא נִתְתִּי לוֹ וְדָאִי דְּאַלֵּם וְדָאִי שְׁל בַעַה"ב  
מֵהַשְׁמָא שְׁל הַבָּא מְחוּץ וְעִי"ש בְּכַנָּה"ג וְה"נ דְּכֻוֹנֵת' כִּינּוּ דְּמָה שְׁהִיָּה שְׁלוֹ מְקוֹדֵם כְּבָר  
אִתְרַע ע"י הוֹדְאָתוֹ בְּמָה דְּעֵשְׂאוֹ סִמְן לְאַחַר דְּחֻזְרֵי דל"מ שׁוּם טְעֵנָה וְאַמְתָּל' עַל זֶה וְאֶף  
דְּהִבִּיא עֲדִים שְׁהוּא שְׁלוֹ וְאִין בִּיד זֶה שְׁיִושֵׁב בְּהַקְרָקָע רָאָה שְׁקִנְיָה מ"מ מוֹצִיאִין אֶף מִיָּדוֹ  
וְעַל כְּרַחֲךָ דְּזֶה הוֹדְאָה גְּמוּרָה שְׁרִירָא וְקִיָּמָא דְּלִקְחָהּ מִמְּנוּ וְאִם לֹא טְעֵנִין לֵהוּ מִזְנוּיָהּ  
מְחֻזְקִינּוּ לְהַשְׁטֵר שְׁעֵשְׂאוֹ סִמְן לְאַמְתָּ לָמָּה טְעֵנִין עֲבוּר הַיְתוּמִים דְּחֹזֵר וְלִקְחָהּ לְהוֹצִיא  
מִיָּד הַמְּחֻזְקִי.

שׁוֹב רְאִיתִי בְּמַהֲרִי"ט שְׁם (דָּף ק"ט) דְּהַקְשָׁה דְּר' יוֹחָנָן מֵאִי קמ"ל פְּשִׁיטָא כָּל שְׁלֹא  
נִתְקַיֵּים הַשְׁטֵר חֻזְפָּה בְּעֵלְמָא הוּא וּמְצִי לְמִטְעוֹן כָּל מֵאִי דְּבַעֵי וְכַתְּבֵי דְּאַשְׁמוּעֵינּוּ דְּלֹא  
תִּימָא כִּינּוּ שְׁהוֹדָה בְּקְרָקָע שְׁהִיא שְׁלוֹ וּבָא לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ הִנּוּ מִגּוֹ לְהוֹצִיא אֲשְׁמוּעֵינּוּ ר"י  
כִּינּוּ שְׁאִין זֶה שְׁטֵר גְּמוּר אֲלֵא הוֹכְחָה בְּעֵלְמָא אֲדַרְבָּה מוֹקְמִינּוּ אֶרְעָא בְּחֻזְקָת מְרָא קָמָא  
דְּהוּי כְּמוֹ שְׁטַעֵנוּ בְּעַל פֶּה שְׁדָה זֹו מְכַרְתָּ לִי וְהוּא אוֹמֵר חֹזְרֵי וְלִקְחָתִי מְמָה דְּמִהִימֵן  
וְלֹא מְקַרִי מִגּוֹ לְהוֹצִיא הוּא מְשׁוּם דְּאַדְרָבָה מוֹקְמִינּוּ אֶרְעָא בְּחֻזְקָת מְרָא קָמָא הוֹאִיל דְּאִין  
בִּיד הַמְּחֻזְקִי שׁוּם שְׁטֵר רַק הוֹכְחָה בְּעֵלְמָא וְעַל כְּרַחֲךָ דְּסוּבֵר אֶף דְּלִפִּי הוֹדְאָתוֹ אִתְרַע  
הַחֻזְקָת מְרָא קָמָא וְהוֹכְחָה זֹו הוֹכְחָה גְּמוּרָה הִיא מ"מ כִּינּוּ דְּלִיכָא רַק הוֹכְחָה מוֹקְמִינּוּ עַל  
חֻזְק' מְרָא קָמָא אֲבָל הִיכָא דְּלֹא מְסִיָּעוּ חֻזְקָת מְרָא קָמָא לֹא אֶמְרִינּוּ מִגּוֹ לְהוֹצִיא אֶף  
בְּקְרָקָע וְדָלֵא כְּמוֹ שְׁכַתְּבֵי הַקְצוּה"ח הַנְּ"ל וּבְשִׁבִיל זֶה טְעֵנִין ג"כ עֲבוּר יְתוּמִים אֶף דְּלֹא



טענינו מזונף מ"מ נגד הוכחה טענינו שפא חזר וילקחה אכל אם יש ביד המחזיק שטר אף שאינו מקנים אם לא טענינו מזונף לא הוי טענינו חזר וילקחה מיד המחזיק להוציא בעדיין צריף עיון בזה.

ועיין בחידושי חמדת שלמה (ח"ב) פתובות שם דכ' דשם בעובדא דאפוטרופס דלא הוי מהני מה דעשאו סימן רק על תלם אחד ואין ראיה על חזקתו רק על תלם אחד והוא מחזיק בכל השדה חזינו שחזקתו הוא שלא פדין אמרינו מגו להוציא.

ולפי זה אם היה טוען על תלם אחד שחזר וילקחה וזה לא הוי מחזיק רק תלם אחד או שטוען על כל השדה שחזר וילקח לא הוי נאמן במגו וגם לא היינו טוענין עבור היתומים דמזונף לא טענינו שם כמו שכתב הרא"ש שם פיון דהמוכר והלוק' לא מערערין וחזר וילקחה לא טענינו להוציא וכן משמע קצת מדברי הטור ורמ"א (סי' קמ"ז) ודברי מהרי"ט לעולם טענינו פיון דל"ה רק הוכחה מוקמינו על מר"ק וצ"ע בזה: וראיתי בכנה"ג (סי' ק"מ אות י"ב) שם הביא דברי תשובת רשפ"א במכירת הפרם ויש תרי נגד תרי דהיה המכר על תנאי דכיון שלדברי פולם הלוקח פדין ירד קרקע בחזקת הלוקח שהוא עתה בידו עומד והביא דעת מהר"א ששון שהוא דוקא אם הלוקח מוחזק עכשיו וגמגם על זה ושוב הביא דבריו דלאו דוקא אם הספק נפל בעת הקניה צריף שיהיה הלוקח מוחזק אלא שאפילו בשעת הקניה אין שום ספק אלא שאחר כך טען המוכר חזרתי וילקחתי אם הקונה אינו מוחזק בבית מוקמינו ארעא בחזקת מרא קמא וכ' וגם זה אינו נוח לי דכיון דנמכר לחלוטין בלי שום תנאי אלא שרוצה לזכות עכשיו מטעם חזרתי וילקחתי הרי לא נפל הספק אלא בהיותו ביד הקונה וכיון שכן למה נאמר דהמוכר ראשון שפכר יצא מרשותיה נקרא מרא קמא ולא הקונה פיון דלדברי פולם מכרה לו המוכר לחלוטין.

ובתשובת בעי חיי (חח"מ ח"א סי' פ"ח) כתב ואעפ"י שפקפקתי עליו בכנה"ג לא לענין מעשה פקפקתי עליו אלא לענין הלכה עכ"ד ונדונו שם הוא אם טענינו עבור יתומים היושבים בהבית מפח אביהן אף שיש ביד המערער שטר קנין דלמא חזר וילקח' והדברים מבוארים בדברי מהרי"ט הנ"ל דדעתו דאם הלוקח יושב בקרקע דאז לא טענינו עבורם ואם המוכר יושב בהבית אף דליכ' שום ספק על קנין הראשון ובנדאי יצא מן המוכר ממרא קמא מ"מ אם הוא בידו טענינו חזרתי וילקחתי ואם הלוקח יושב בו לא טענינו להוציא והא דבעשה סימן לאחר טענינו ע"כ פיון דשם טענינו אף להוציא מרשות המחזיק הוא משום דלא הוי רק הוכחה במה שיצא מחזקת מרא קמא וכמו שכתב מהרי"ט דמהאי טעמא לא הוי מגו להוציא.

ולסברת הח"ש דרק במחזיק בכל השדה ולא יש לו ברור רק על תלם אחד וחזקתו חזינו דהוא שלא פדין אמרינו מגו להוציא עדיין יקשה אם עכ"פ לו יהיה דחזקתו שיושב לא הוי להוציא מ"מ על תלם זה פיון דמזונף לא טענינו רק חזרתי וילקחתי דאביהן היה נאמן מטעם דלא הוי להוציא טענינו גם כן עבור יתומים אף דלא הוי להחזיק פיון דנדאי יצא ממרא קמא מ"מ טענינו ומזה ראיה לדברי הכנה"ג.

ועיין מהרשד"ם ח"מ (סי' רצ"ג) דלא טענינו עבור יתמי המשפיר להוציא הבית מיד השוכר הבאתיו לעיל דיני דינינים (סי' מ"א) ושם הארכתי בדברי רשפ"א הנז': סי' ל

אם אמרו העדים אנוסים היינו מחמת ממון דאינו נאמנין אף באין כתב ידם יוצא ממקום אחר דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמנין לבטל השטר מ"מ לגבי דידהו נאמנים וחיובים לשלם ללנה ההפסד שבא לו מפת חתימתם כמבואר (סי' מ"ו סל"ז) ויש להתבונן למה שכ' הש"ך (סי' שפ"ח ס"ק כ"ב) באונס ממון פשאנסוהו להראות ממון חבירו דדעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה דפטור ויכול לומר קים לי פנותיהו אם פו הקא נמי לא הוי רק גרמי ואף דעשו מעשה וחתמוהו בשקר מ"מ פינו דהוי באונס מהראוי לפטור אותו.

וראיתי שהרגיש בזה בספר שער משפט (ס"ק י"ט) ובספר הפלאה כתובות (דף ח"י) הקשה נוקי המתניתין אף באונס ממון ככה"ג וכו' דנדאי אף דפטורין מ"מ מןפסלו אם באונס ממון עברו על ל"ת וחתמו בשקר.

ועוד כתב פינו דעשו מעשה בחתימתו הוי ליה פנושא ונותן בידי דמודים הפוסקים הנ"ל דחיובין לשלם. ולדבריו אף באונס מחמת נפשות מ"מ בנו"נ בידי חיוב אף באונס ה"נ חיובין העדים לשלם: אף ביש"ש ב"ק פ' הגזל פשיטא ליה דעדים שחתמו בשקר מחמת אונס נפשות אע"ג דהמרדכי והג"א נסתפקו אי חיוב לשלם דהוי מציל עצמו בממון חבירו לא מסתבר אלא כל דינא דגרמי פטור כל שהוא אנוס דאונס רחמנא פטריה ולא מתחיב אלא פנושא ונותן בידי משום דזכה בו בהגבחתו והוי שלו לענין אחריות.

ואם פו לדבריו פנושא ונותן בידי אינו חיוב רק משום דזכה ביה בהגבחתו אבל במה דחתמו בשקר לא הוי בנו"נ בידי רק כגרמי ממילא להסוברים דאף באונס ממון פטור כגרמי הקא נמי אף באנוסים מחמת ממון יהיה הדין דפטורין מלשלם: ובספר מח"א דיני נ"מ(סי' ו') הקשה על המרש"ל מנרדף ששבר את הכלים דלא זכה בהגבחתו ואפי"ה חיוב לשלם ולא מןפטר משום דאנוס רחמנא פטריה וכתב לחלק דבגורם באונס פטור והא דאיתרבי אונס פרוצון הוא בעשה המזיק ההיזק בידיים.

אולם מדברי הים של שלמה שם מבואר דאין לחלק כלל בין מזיק בידיים לגרמי דכל דלא פמו שכ' אחרים שדינא דגרמי פטורין באונס מאחר דאינו חיוב אלא מדרבנן דליתא לדבריהם והיינו דסובר דאין לחלק בין מזיק בידיים לגרמי באונס.

ומ"מ מה שכ' המח"א להקשות על המרש"ל מנרדף ששבר את הכלים פבר הרגיש שם הים של שלמה בעצמו (סי' נ"ב) וכתב אף דבאונס נפשות פטור ולא חיוב אלא פנושא ונותן בידי שזכה בו מ"מ בנרדף אף דלא שייך האי טעמא דזכה ביה אלא משום דאסור להציל עצמו בממון חבירו כתב וכי דייקית שפיר לא ק' דגבי אונס דהוי האונס אהאי ממונא הויקא משום הכי אי לא נושא ונותן בידי פטור ולא קרי מציל עצמו בממון חבירו אלא פנושא ונותן בידי אבל הקא שאונס הנפש שהוא אינו מחמת הכלים אלא שבירת הכלים הן סיבה להצלה והוי כמציל עצמו בממון חבירו עיין שם בדבריו אם פו ממילא יש לומר להנה הסוברי דאף באונס ממון פטור אם הוי האונס אהאי ממונא פמו דאנסוהו לחתום על השטר מהראוי שיהיה פטור: ברם יש לומר למה שכ' שם המח"א משם רמב"ן לחלק בין גרמי שהוא על ידי מעשה פגון שורף שטרותיו של חבירו בזה אין חילוק בין אונס לרוצח ובגורם שאין בו מעשה יש חילוק בין אונס לרוצח ולכך במעיד שקר מחמת אונס פטור [ומה שכ' המח"א לדעת תוס' ורא"ש דהיקא דקם דינא דיבור חשיב כמעשה

וסתים אף לרפנו דלית להו דינא דגרמי כמו שכ' תוס' ב"ק (נ"ד ק) וממיל' בהעידו באונס לזפות את הסתים תיבים לשלם זה אינו מוכח דהא על ידי עדותן אפתי לא מתחייב ולא נפטר רק הב"ד פוסקין על ידי עדותן ולא הוי רק גרמי.

ומה שהקשה שם דאם בגורם פטור פשה הוא באונס מסנהדרין (נ"ד ע"ו) דקאמר מצמצם בנזקיה חייב מק"ו ומה רוצח שלא עשה בו שוגג ואונס פרצון חייב בו את המצמצא נזקין שעשה בו שוגג כמזיד ואונס פרצון אין דין שחייב בהן את המצמצם וקשה הא מצמצם גרמא חשוב כמו שכ' המפרשים ואם איתא דכל גרמא על ידי אונס פטור מאי ק"ו איפא דהא דאתרבי אונס פרצון היינו נוקא באדם המזיק אבל בדינא דגרמי לא הוי אונס פרצון.

לא הבנתי דבריו הא שם הסוגיא רצה למילף לחייבו מק"ו דרוצח ולא מטעם גרמא רק מטעם גזירת הכתוב ואז הוי כמעשה בידיים ולמסקנא דגזה"כ דברוצח הוא דחייב מצמצם בנזקין לא חייב עכ"פ חייב מדינא דגרמי ועיין שם חידושי הר"ן דמאן דפטר מצמצם לית דיני ממונות דינא דגרמי ולדידן דדינן דינא דגרמי פשיטא דחייב מצמצם ומשום הכי חייב ברוצח ומאן דפטר מייתי מקרא דרוצח הוא למעוטי מצמצם ולדידיה הוא הדין בכל דיני ממונות דינא דגרמי פטור ולא קיי"ל פנותיה.

ואי לא מיעוט' היינו דינן דינא דגרמי לחייבו מק"ו דבכל נזקין חייב אונס פרצון ואחר דגלי קרא שלא לחייב בנזקין מצמצם רק מטעם דינא דגרמי מחלקי הפוסקים מצד הסברא בין מזיק בידיים דחייב אף באונס לגרמי דפטור באונס.

וברא"ש שם כתב דהלכתא פרבינא דמחייב משום דדמי לדינא דגרמי פי עצמו עושה ההיזק למזון חבריו שמצמצם בהמתו וברי הזיקא פי ודאי תמות ונהיזק מתחיל מיד והולך ונזק וקשה אם כן לדברי רבינא דמחייב ומאן דפטר שניהם מודים דאין דינן דינא דגרמי פי מאן דמחייב הוא מק"ו דדן במצמצם ומאן דפטר הוא ממאי דאיתמעט מקרא אם כן לכ"ע אינו חייב מצד גרמי אולם באמת עיקר מאי דפליגי במצמצם אם חייב בנזקין הוא רבינא דמחייב מק"ו הוא מטעם דהוי כמזיק בידיים ונ"מ דאפ"ל באונס מתחייב כמו בכל מזיק בידיים ומאן דפטר ממעוטיא דקרא לית ליה לחייבו מטעם גרמי ולדידן דדינן דינא דגרמי שפיר כתב הרא"ש דהלכתא פרבינא דמחייב משום דדמי לדינא דגרמי והיינו לא כמו שדן הוא מק"ו דאם הנה חייב מטעם דהוי מזיק ממש ואז ה' באמת חייב אף באונס כמו בכל נזקין רק מטעם דינא דגרמי ובאמת באונס פטור ובלאו הכי יש לומר דמאן דמחייב דן הק"ו מה רוצח דלא עשה אונס פרצון אף פשעושה בידיים חייב מצמצם נזקין שעשה בהן אונס פרצון היינו היכא דעבד בידיים כמו"ש רש"י שם אין דין שחייב בהן את המצמצם אבל לעולם בשאר גרמי פשעושה באונס יש לומר דפטור] אבל בחותם באונס בשקר שטר דבזה פיון דנעשה שטר והוי כמו שנוקרה עדותן בב"ד להכניס כל נכסיו של הלנה בשיעבודן ביד המלנה יש לו' לכ"ע חייב דהוי כמזיק בידיים דעל ידו נברא ההיזק ולכן חייבין לשלם לכ"ע.

ובאמת צריף להבין דעתם של הראשונים המוכח בש"ף (סי' שפ"ח) הנ"ל דבאונס מזון פטור מתשלומין היכן מצינו כזאת שיהיה אסור מן התורה ומלשלם יהיה פטור הגם דמצינו בגרמא דפטור מדיני אדם וסתיב דיניי שמים אף דגרמא הוא גם כן אסור מן

התורה וכמו שבארתי לעיל דיני עדות (סי' ל"ג) אם משום ואהבת לרעה כמו שכ' שם משם הרמ"ה ב"ב ויש"ש ב"ק או כמו שהוכחתי שם מדכתוב בתוה"ק וצנה הפהו ופנו את הבית ואסור מהתורה לגרום הדיקא ולמה יהיה פטור מלשלם ע"כ צריף לומר דכף קבלו חכז"ל בגרמא דדינו בתשלומין מסור אף לשמים ולא לב"ד של מטה אבל בגרמי להפוסקי דחייב מה"ת למה פשיש לו אונס ממון יהיה פטור והא שלא לעבד על ל"ת חייב לבזבז כל ממון ודחוק לומר דלא הוי אלא עשה לכן אינו חייב לאבד ע"ז ממון מה שאין פן שלא לעבד על לא תעשה והי' א"ש באנוסים היינו מחמת ממון דחייבין לשלם פנין דאסור לעשות פן פדי שלא יעבד על לא תענה וכיון דהתורה חייבו שלא לעבד אף באונס ממון לכן חייב ממילא לשלם דלא נוכל לומר אונס רחמנא פטריה מולנערה לא תעשה דבר פנין דהתורה לא פטריה באונס ממון ממילא לא הוי באונס וחייב לשלם מה שאין פן שם במוסר אם היה אונס ממון פנין דאינו מחויב לאבד ממון אונס רחמנא פטריה.

דכבר יש דעת כמה גדולים דבענבר בקום ועשה מחויב לבזבז ממון ועיין מה שכתבתי בזה לעיל דיני דינינים (סי' י"ט). ויש לומר דהסוברים דליכא חיוב תשלומין באונס ממון סוברים דאף אסור לא יש דאף דחייב לשמור גופו שלא להזיק לחבירו מ"מ אם אנסוהו לאבד ממון אם לא יראהו ממון חבירו פנין דבא על ממון חבירו בזה אינו חייב לאבד ממון כמו דאינו חייב להציל ממון של חבירו היכא דיש לו פסידא דכבר הזהירה התורה אפס כי לא יהיה בך אביון הוי זהיר אמה שלא תהי' אביון ואינו חייב לבזבז ממון פדי שלא יפסיד ממון חבירו פנין דהאונס בא עליו על ממון של חבירו וזה אחי שפיר שם מה שאין פן שייכתן ויחתום על שטר אף שבא האונס על ממון חבירו מ"מ אסור לו לעבד על לאו דלא תענה ברעה עד שקר: עוד כתב שם בס' הפלאה להקשות להפוסקים דחייב לשלם אף במזיק באונס מחמת נפשות כמו בנדרף ששכר פלים אם פן הוי נוגעים בעדותן כמה שאמרו אנוסים היינו דיצטרכו לישבע היסת פשייתחייב הלנה לשלם וכתב דבשביל זה לא הוי נוגעים דהא שבועת אמת הוא והקשה על הטוש"ע (סי' קכ"א ס"ו) דלמה יצטרף חרם יהי' השליח נאמן שנתן במגו דלא נתן עיין שם וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני העו"ש (סי' ה') לדון פנין דאם לא יאמרו אנוסים מחמת נפשות פשייתקבל עדותן אינו יכול הבעל דין שוב להשביעם ואינו יכול להשביע לעדים שהעידו בשקר ועיין שם ובמה שכתבתי לעיל דיני עדות (סי' ז') בטעם הדבר ובמה שהבאתי שם דברי הגתיות (סי' כ"ח): וקצת יש להבין בדברי תוס' כתובות שם דהקשו הא קסבר רבא דפלגינן דיבורא אם פן נהימנו דאנוסים היו אבל לא מחמת ממון אלא מחמת נפשות ותיקצו פנין דקיום שטרות דרבנן לא פ"ד פדי לפסול השטר ועיין מה שכתבתי לעיל דיני עדות (סי' מ"א) בבבאור דברי תוס' ומה קשיא להו תפ"ל פנין דלגבי נפשייהו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ונאמנים דהיו אנוסים מחמת ממון וחייבין לשלם להלנה אם יגבה המלנה ואם פן אינו דומה לפלוני רבעני לרצוני דשם ליכא שום נ"מ בזה ומקבלין עדותו דפלוני רבע או לאחר או לו ושללא לרצונו אבל פנין דמקבלין לגבי עצמן עדותן שהיו אנוסין מחמת ממון מניין להו לומר דגם בכה"ג פלגינן דיבורא.

וע"כ צריף לומר פנין דתוס' וכל הראשונים עמדו על קושיא הזאת ותירצו בתיורצים שונים ואין אחד מהם פותר לומר דבכה"ג לא פ"ד ס"ל בפשיטות פנין דהא דהודעת בעל דין הוא כמאה עדים אינו מטעם בירור הדברים דהא אם חב לאחרים אינו נאמן אינו גורע הודעתו שלא לומר לדבר הנוגע לעדות על אחר למפלג דבורא.

והנה לכאורה נראה מדברי תוס' דאם העדים באו לקיים השטר באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואמרו כתב ידנו הוא זה אבל אנוסים היינו בסתם ולא סייעו דבריהם אין מוציאין ממון בהשטר אם מתו או שיקלו ולא נוכל לשאול אותם אם מחמת ממון או מחמת נפשות דכף הי' קושיתם דלא נקבל דבריהם שהיו אנוסי' מחמת ממון רק פאלו העידו סתם אנוסים היינו וג"כ ל"ה מגבינן ביה דאמרינן דלמא היו אנוסים מחמת נפשות וכן מבואר בדברי הרא"ה שם שכ' בקושיא הנ"ל דנימא פ"ד דהא אלו אתו ואמרו כתב ידנו הוא זה אבל אנוסים היינו ולא מפרשי אי מחמת ממון אי מחמת נפשות הא נדאי מסתמא מספיקא לא גבי' בהו השתא נמי לא נהמנינהו במאי דקאמרי מחמת ממון ותהוי כמאן דקאמרי אנוסין היינו סתמא.

ועיי"ש בהרא"ה דמתרץ דבחד עדות לא אמרי' פ"ד עיין שם בנזעם דבריו ולפי"ז נשאר הדין היכא דאמרו סתם כתב ידנו הוא ואנוסים היינו אין מוציאין ממון מספיקא: אולם לתירוץ התוס' פנין דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דבור' כדי לכסול השטר יש להסתפק בדבריהם דיש לומר דוקא כשאמרו מחמת ממון לא פלגינן דבור' לומר שהיה מחמת נפשות פנין דמן התורה השט' לא צריף שום קיום וא"נ להיות חוזרין מהגדתן רק הואיל דמדרבנן צריף קיום אין זה קיום כשאמרו מחמת נפשות אבל כשאמרו מחמת ממון אינם נאמנים ונשאר השטר מקוים בדבורם כתב ידנו הוא זה אבל כשלא סייעו דבריהם ואמרו סתם אנוסין היינו יש לומר מספיקא אין מוציאין ממון ונשאר בספק אם מחמת ממון פוננתם או מחמת נפשות.

ויש צד לומר פנין דמן התורה אין צריף קיום ואינו נאמן אף לומר מחמת נפשות כשלא סייעו דבריהם ואמרו סתם אנוסין היינו מוקמינן השטר על חזקתו ומוציאין ממון כל זמן דלא פירשו דהיו אנוסין מחמת נפשות.

וכן לתירוץ שמתרצו התוס' דאנוס מחמת נפשות לא שכיח יש לומר גם כן כל זמן דלא פירשו דבריהם דהיו אנוסין מחמת נפשות תלינן בדבריהם דכוננתם הנה מחמת ממון ולא הוו נאמנים דהוי חוזרין ומגידין ונשאר השטר פשר: אף בריטב"א שם כתב תירוץ התוס' דאנוס מחמת נפשות לא שכיחא ואית ליה קלא על הרוב ואית לן למימר דנדאי לא הוי בהא מודה פלל וכתב ומיהו פל שאמרו כתב ידנו אבל אנוסים היינו והלכו להם ולא פירשו מסתבר' דאית לן לפרושי מחמת נפשות בעו למימר דכל ישאל בחזקת פשרים הם ולא תלינן רשעת בעדים שחתמו מחמת ממון וכן דעת מורי הרב הלוי ז"ל עכ"ל.

ולא אדע לכונן הדברים הא בדברי מורו הלוי ז"ל הוא הרא"ה ז"ל מבואר להדיא דסתמא רק מספיקא לא גבי' ביה ואם כן לדבריו מהני תפיסת הבעל השטר ולא מבטלינן השטר לגמרי כל זמן דלא פירשו דבריהם דכוננתם הוא אנוסין מחמת נפשות.

וילדע' הריטב"א אית לן לפרושי דמסתמא מחמת נפשות ולא תלינן רשעת בעדים שחתמו מחמת ממונ ונתבטל השטר לגמרי ואף תפיסה לא מהני. וקצת יש לומר דעכ"פ הוי פדין מרומה דבעינן דו"ס וכבר הבאתי בדברי חיים מה שכ' מהרי"ק משם תשובת הרא"ש ז"ל דאף דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מ"מ היכא דהוא דין מרומה וצריף דרישה נחקרה לא הוי פנחקה והמהרי"ק הקשה ממתניתין דעדים שאמרו דהוי גם פן דין מרומה הואיל דהעדים מכחישים את השטר ומ"מ אין חוזרין ומגידין וכבר ישב זאת המח"א דיני עדות (סי' ד') דדוקא היכא דהדין מרומה בלא חוזרין אבל היכא דליכא שום אמתלא רק עפ"י עדים דחוזרין ומגידין אינם יכולין לחזור פיו דכתב ידם יוצא ממ"א ואני הקשתי שם מברייתא דכתובות שם היכא דכתב ידם יוצא ממקום אחר ומתו ושנים אחרים מעידין דאנוסים היו דהוי תרי ותרי ובתרי ותרי הוי לעולם דין מרומה כמבואר בב"ש אה"ע ואו"ת (סי' ל') אם פן למה מהני תפיסה הא לא הוי השטר כמו שנחקרה.

וצריף לומר פיו דכתב ידם יוצא ממקום אחר וכבר נתקבל עדותן בשעה שחתמו ואז לא הוי הדין מרומה שוב מחזקין לסהדי דשטרא שיועיל תפיסה עיין שם בדברי דיני הלואה (סי' ו') ולפי זה יש לומר דזה דוקא היכא דכתב ידם יוצא ממקום אחר אבל באין פתב ידם יוצא ממקום אחר ועדים אמרו כ"י הוא זה אבל אנוסין היינו ולא פירשו הדברים לדעת אם מחמת ממונ או מחמת נפשות עכ"פ הוי הדין מרומה וצריף דרישה נחקרה ולא מהני אף תפיסת המלנה.

וכדעת הריטב"א וילדינא פיו דלדעת הרא"ה לא מגבינן ביה רק מספיקא ומהני תפיסה וכבר העלו האחרונים דאף היכא דהספק הוא לדינא אם מהני תפיסה יכול התופס לומר קים לי ומהני תפיסתו יש לומר דאין מוציאין מידי דמלנה אם תפס וצריף עיין פי גם אולי פנונת הרא"ה ז"ל דלא מגבינן מספיקא היינו דלא הוי קיום פלל וכמו שכ' הריטב"א: והנה התוס' וכל הראשונים במס' כתובות שהקשו דנימא באמרין אנוסים היינו מחמת נפשות פלגינן דיבורן לא הנפירו הקוש' רק ע"ז וצריף לדעת למה לא הקשו גם פן כזאת על עדים שאמרו אמנה הנה דברינו דאינו נאמנין אף באכ"י יממ"א פיו דעולה הוא אעולה לא חתמו דאינם נאמנים להרשיע את עצמם ואם נימא פלגינן דיבורן דאמת הוא דהנה אמנה רק שהעדים לא ידעו מזה בשעה שחתמו אלא שאחר כך הודו בפניהם שאמנה היו דבריהם דנאמנים כמבואר בחידושי הרא"ה דאף בכ"י יממ"א נאמנים הן באמנה הן במודעה הן בתנאי בכה"ג וכמו"ש הריטב"א פיו שחתמו פדין ואחר כך נודע להם דהא לא עקרו סהדותיהו פלל והוי פאלו אמרו שחזר ומחלו וכן העלה הש"ך (ס"ק י"ד) ודלא כהב"ח.

אם פן יקשה דנימא פלגינן דיבורן כשאמרו אמנה הנה דברינו וידעו מזה יהיו נאמנים שהנה אמנה רק הם לא ידעו. וראיתי בבעל המאור ב"ב פרק חזקת הבתים שהקשה באמת הקוש' דנימ' פלגינן דיבורן על אנוסין היינו ועל אמנה הנה דברינו דא"נ משום דעולה הוא ואעולה לא חתמו ועיין שם תירוץ משום דעיקר סהדותיהו הוא על פתב ידם וכיון דנתקיים השטר אמרינן ביה פיו שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עיין שם אולם לדעת תוס' דכתבו הואיל דקיום שטרות דרבנן לא אמרינן פלגינן דיבורן וקשה למה

באמנה לא נימא פלגינן דיבורן ויהיו נאמנין דהיו אמנה והו לא ידעו דבזה נאמנין אף בכתב ידם יוצא ממ"א דהוי פאומר שמחל.

ומצאתי שפכר עמד ע"ז מר דו"ח הגאון מ' מנחם זצ"ל בחידושי שפסוף ספר דברי משפט. וכן לתירוץ התוס' דאונס מחמת נפשו' לא שכיח וכמו שפתיח הריטב"א דהוי ליה קלא יקשה עכ"פ מאמנה ואינה: ונראה דדעת כל הראשונים דבאמנה ומודעא ותנאי לא שנייה לומר פלגינן דיבורן דעד פאן לא אמרינן פלגינן דיבורה רק היכא דגוף העדות נוכל לקיים בכל פרטיו רק תוספת הדברי' הגורעים פח עדותן כמו בפלוני רבעני והרגתיו דאין שום נפ"מ למי רבע ומי הרגו לכה מסלקין דברים האלה וגורעים דבריהם האלה לקבל עיקר עדותן וכן באומרים פתיח ידעו ונאנוסים היינו דבזה פשאומרים אנוסים שפיר הקשו פיון דעדויתם שהשטר נכתב באונס נקבל זאת מהם בתורת עדות והוי פאלו לא פירשו דבריהם באיזה אונס וכמו"ש הרא"ה ז"ל וע"ז מתרצו כ"א מהראשונים ז"ל כפי דרכו מה שאין פן פשט פשמעדין שהיה אמנה בידעיתם ולא התחיל השטר וכן במודעא דלפי דבריהם הם יודעין שלא הוי התחל' להשט' וכיון דהוא עולה אינו נאמן דאין אדם משום עצמו רשע ולא נוכל לומר פלגינן דיבורא ונחזיק דהיה אמנה רק הם לא ידעו דזה הוא עדות אחרת שנודע להם אחר כה והוי כמו שהשטר הוא פרוע או שמחל שנודע להם אחר כה מפיהם והם נאמנים רק מצד הודא' בעל דין וזה עדות אחרת דהא היכא דחב לאחרים אינו נאמן המלנה לבטל השטר וגם אף היכא דאינו חב לאחרים עיקר נאמנותו הוא רק מהשתא ולא למפרע ובזה לא מצינו דפל"ד דעדים שנקבל עדותן על ענין אחר מה שלא העידו פלל פשיש נ"מ בעיקר העדות.

וכן נמי אם יאמרו שפתיחו שטר ומסרהו להלנה ואחר כה ראו שהלנה מסרהו להמלנה באמנה נאמנים פיון דלא עשו עולה מ"מ פשאמרו שהם מסרוהו להמלנה באמנה א"נ ולא פלגינן דיבורן שהלנה מסרוהו להמלנה דזה עדות אחרת הוא ונ"מ לכמה דברים אם יתנו אחר כה אמתלא לדבריהם בשביל מה שאמרו לפני עדים שנמסר השטר באמנה יהיה קיום להשטר מה שאין פן אם הם העידו שהם בעצמם מסרוהו להמלנה באמנה ועוד יש למצוא נ"מ טובא בין עדות הזאת שהם מסרוהו לבין עדות שהלנה מסרהו והם שני עדות ענינים נפרדים ובכה"ג לא פלגינן דיבורא ועיין מ"ש לעיל דיני עדות (סי' מ"ב) פדמות סברא הזאת כנלע"ד: סי' לא היכא דאין פתיח ידם יוצא ממקום אחר ואמרו פתיח ידעו ותוף פדי דיבור אמרו אנוסין היינו מחמת נפשות דלכ"ע נאמנים וכבר פתיחתי לעיל משם הש"מ דנאמני' לגמרי ואף אם יתקיים אח"כ השטר לא מהני ראיתי בכנה"ג מהד"ב הגהות הטור (אות ז) שפתיח ז"ל ודוקא שאינם מכחישינן את המלנה אלא שאמרו מלנה על פה היתה ואנס אותנו וכתבנו בשטר נאמנים לבטל פח השטר לגבי לקוחות לפי שאין דברי השטר מכחיש את דבריהם אלו אבל אם מכחישים את המלנה מעיקר פשאומרים שלא הוי שם מלנה מעיקרא אלא באונס פתיחו שהיה שם מלנה אינם נאמנים ולא בטל שטרא לגבי המלנה עצמה אבל אם עדים אחרים אמרו פתיח ידם הוא זה אבל אנוסים היו בטל שטרא לגמרי ואפילו תפס מפקינו מניה הראב"ד ז"ל בתשובה הובא בתשובת רשב"א מכ"י (סי' קי"ח) עכ"ל והדברים אינם מובנים פלל הא פל זמן דלא נתקיים השטר אינו יכול לגבות אף מן הלנה ולמה לא יהיו נאמנים לומר דהיו אנוסים אף על גוף הלנה וכן משמע מפל דברי הפוסקים דבאין פתיח ידם יוצא ממקום אחר

נאמנים לגמרי בכל דבר לפסול השטר ושללא יגבה אף מן הלנה ועיין בלשון הר"י הלוי ז"ל בש"מ דכ' דאנוסים מחמת ממון אינו נאמנין אף דהעדים האלו מעידין כי שטר זה מזויף הוא וכי ראובן זה אינו חייב לשמעון כלום ולפי שגראה מאותה שעה פי רשעים הם ואינם נאמנים לפסול את עצמן גם א"נ להפסיד לשמעון אותו ממון עכ"ל ומבואר מדבריו אף אם אמרו שלא הוי הלואה כלל מ"מ נאמנים באין כתב ידם יוצא ממקום אחר אם אינם רשעים דאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות.

גם מה שכ' דעדים אחרים נאמנים דבטל שטרא לגמרי ואם תפס מפקינן מיניה לא הבנתי למה באם כתב ידם יוצא ממ"א ודאי הוי כתרי ותרי פינן דבלא עדים הללו לא הוי מחזקינן לאונס פן נמי אף דהעידו דהיו אנוסים הוי תרי ותרי ואם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר והעידו דכתב ידם היה אבל אנוסים היו גם על הלואה ודאי דנאמנים ואף עדי השטר נאמנים לבטל הלואה לגמרי וצ"ע להבין הדברים: ועיין מה שפתי בידברי חיים דיני הלואה (סי' ו') דבש"ע (סי' ז') השמיט היכא דמתו החתומים על השטר ובאו אחרים ואמרו כתב ידם הוא זה אבל קטנים היו או פסולין לא הזכיר כשאמרו אנוסים היו והבאתי משם ספר עטרת פז שעל הרא"ש דכתב דוקא באומרים קטנים היו או קרובים בזה היכא דכ"י יוצא ממקום אחר הוי תרי ותרי אבל באומרים אנוסים היו דאומרי' שלא הוי הלואה לא הוי כתרי ותרי אבל מדברי תוס' וכל הראשונים' מבואר רק בכל ענין דליכא פסול הגוף הוי כתרי ותרי דהא אף הם עצמם אינם נאמנים לבטל השטר כשכתב ידם יוצא ממקו' אחר פינן דאנו מחזיקין להשטר בחזקת פשר ושללא היו אנוסים הוי פחוז' ומגיד דאנו סהדי דלא היו אנוסים לכן אף אם אחרים אומרי' דהיו אנוסים הוי כתרי ותרי ובש"מ פתובות (דף ד') כ' בלשון הר"י הלוי ז"ל דקושית הש"ס ומגבינן ביה תרי ותרי ניהו קאי רק על אנוסים היו שמעידין שהעדות לא הוי אמת ומבואר דאף בזה הוי כתרי ותרי וכן מבואר בתשובת רשב"א (ח"ב סי' כ"ה) דאם העידו עדים שמתו אונס המתחייב כתבה אפ"ה פינן דבלא העדת עדי' לא הוי אומרי' פן אם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין אלו שבאין לפסול את השטר נאמנים והוי כתרי ותרי עיין שם.

ושם הבאתי דברי ריטב"א דאם העידו אנוסים היו מחמת ממון הוי כמעידין בפסול הגוף ואין עדותן של עדי שטר כלום להכשיר את עצמן כי ב' עדים פוסלין לרבוא אולם מדברי תוס' והרא"ה פתובות שם משמ' להיפך דדוקא אם מעידין על פסול הגוף שלא מחמת שטר זה אז עדים נאמנין לפסול אף לרבוא אבל היכא דמעידין רק בפסול הגוף מחמת עדות הקדום הוי כתרי ותרי ובארתי הטעם עפ"י דברי הגאון מהרח"י ז"ל בטעם הדבר דהזמה הוי חידוש אף דמעידין על גופן של העדים אי לאו דחזית לן רחמנא דכתראי מהימני לא הי' לנו פח להאמין לאחרונים יותר מלראשונים אף דאין הראשונים' יכולין לומר להאחרונים שקר העדתם עלינו דנוגעין בעדותן יש לומר אטו אנן בתר השתא אזלינן בגניעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ודאי לא אבל הדבר ברור שאם העידו שנים על דבר מהדברים ואחר שהעידו נעשו נוגעים בעדות עצמם שאין נגיעה זו פוסלת למפרע והכא נמי פינן דבשעה שהעידו לא היו נוגעין בעדותן כלל ובאותה שעה שהעידו הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ולכך שייך לומר מאי חזית דסמכית אכתראי סמוך אקמאי דהעידו מעיק' דראו ואז כשהעידו עדיין לא היו נוגעין כלל והכא נמי פינן דבשע' שחתמו הוי כנחקרו בב"ד והוי כהעידו בפני ב"ד שכתבו השטר ברצון הלנה ולא



באונס לכו אחר כף פשהעידו אחרים שהיו אנוסין שפיר הוי כתרי נגד תרי פיון דמעיקרא לא היו נוגעין והזמה שאני דחדיש הוא עכ"ד שם: ואח"כ ראיתי בספר ש"מ (סי' ל"ח) שמתמה על דעת הריטב"א דמ"ש מפל הכחשה דאמרינו מאי חזית והוי תרי ותרי והכא נמי למה נאמין לאחרונים יותר מלראשונים ונראה קצת לומר דדבר זה תליא בטעמא דמלתא דכל עדי שטר הוי פנחקה עדותן בב"ד ולא הוי מפי פתבם דלדעת בעל המאור עיקר הטעם הוא כל דנעשה מדע' המתחייב הוי מפי פתבו דבעל דבר.

והא דמתזיקין דנעשה השטר מדעת המתחייב הא גם זאת העידו העדים רק מפי פתבם וכבר ביאר בזה אאזמ"ו ו"ל בספר דברי משפט (סי' כ"ח) דהא דפסל רחמנא עדות מפי פתבם הוא לא משום דחשדינו למשקר אלא גזירת המלך הוא ולא פסל רחמנא אלא אם חתמו בלא צווי הלנה ואז אף דעדוהן אמת מ"מ פסול מגזירת הכתוב אבל אם לנה צויה לעדים לכתוב אף דלא ידענו רק מפי פתבם מ"מ לא חשדינו למשקר עיין שם בדבריו ובמה שכ' אאזמ"ו ו"ל דיני עדות (סי' א') אולם לדעתי הענייה עדיין אינו מוכן למה שכתב הרמב"ם הלכות וסה"ת דהא דהאמינה התורה לשני עדים הוא גם כן רק מחק התורה לא דאמרין דאינו משקרין רק מגזירת הכתוב וכיון דגזירת הכתוב הוא לדון רק מפיהם ולא מפי פתבם למה נאמין מפי פתבם דהלנה צויה להם לכתוב אף יש להסביר ביותר דע"ז שלא פתבו רק בצווי המתחייב יש חזקה על העדים שלא יכתבו מדעת עצמם וכיון דנכתב במצות המתחייב שוב הוי עדותן כמו שפנחקה בב"ד.

ואף אם באו שנים אחרים והעידו שהיו אנוסים מחמת נפשות מ"מ אינו נאמנין לגמרי פיון דבלא עדותן לא היינו אומרין כן אם פתב ידם יוצא ממקום אחר אין אלו שפאין לפסול את השטר נאמנין והוי כתרי נגד תרי דחזקה הזאת דעדים לא יחתמו בלא צווי הבעל דין אלא כעדים וכיון דהחזק השטר מקודם לכשר א"נ לגמרי לפסלו והוי כתרי ותרי אולם זה אתי שפיר אם אין אומרין על פסול הגוף של עדים ונשארים בכשרו' אז הוי כתרי ותרי אבל אם אומרין דכתבו בפסול דהיו אנוסין מחמת מומן והעידו על העדים דפסולין הן בזה שפיר האחרונים נאמנין לגמרי ואינו דומה לכ"מ אם מכחישין העדים האחרונים לראשונים שהעידו בשקר דשם אזלינן בטר מעיקרא ואז פיון דלא היו נוגעין בדבר העידו שכל מי שיכחיש אותן מעיד בשקר ואמרין שפיר מאי חזית להאמין להאחרונים יותר מלראשונים אבל כאן הא לא העידו הראשונים בפיהם עדותן שכתבו בצווי הבעל דין והמתחיי' רק ממילא בכת חזקה מתזיקין להשטר עד השתא דנכתב במצות המתחייב לכו האחרונים נאמנים יותר לומר דבשקר חתמו ונפסלו במעשיהם דעדים נאמנין נגד חזקה ומה שהם העידו דכתבו במצו' המתחייב אף דמהני לענין הוצאות מומן אף דהוי מפי פתבם מ"מ לענין לפסול האחרונים אינם נאמנים דהא לא העידו בפיהם וכיון דאחרונים נשארו כשר לגבי כל העולם בבירור ממילא נאמני' לפסול את הראשונים ונתבטל השטר לגמרי: אולם לשאר שיטות הראשונים דהנעשה פתיקון השטר בזה מהני עדותן אף מפי פתבם או כמו שכתב רש"י גיטין (דף ע"א) דרק לשלוח פתבם לב"ד פסול אבל שטר דנעשה ואורח' בהכי כשר ומנהי העדות שפלוני חייב לפלוני אף שהוא מפי פתב ממילא הוי פאלו העידו עדותן בעל פה שכל מי שיעיד אחר כף ויכחיש אותם מעיד בשקר דומה שפיר לכל מקום שהאחרונים מכחישין לראשונים לאמר שהעידו בשקר ושנפסלין דמ"מ אזלינן בטר מעיקרא ואז לא היו נוגעין

בעדותן והוי כתרי נגד תרי וה"נ אף דאמרו דהיו פסולין מחמת ממון וחתמו שלא כדין מ"מ אזלינן בתי מעיקרא וכשחתמו הוי כמעידין על אחרונים בזמן של"ה נוגעין בדבר והוי כתרי נגד תרי.

ולדינא אם תפס המלנה צריך עיון אם יכול לומר קים לי שלא פדעת הריטב"א ויש לומר פינו דהוי תרי נגד תרי ואף דמהני תפיסה הוא רק מספק ואם פן במעידין על פסול העדים דלדעת הריטב"א האחרונים נאמנין והוי כמו ספק ספיקא לסיועת הלנה ויש לומר דמוציאין מידו.

והנה הא דהיכ' דמתו העדים ושנים אומרים בפסול השטר וכתב ידם יוצא ממ"א דמבואר בש"ס דהוי תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ולא קרעינו להשטר כמבואר בפוסקים וש"ע פתב הסמ"ע (סי' ס"ג) דאף דשם היכא דיש עדים על המלנה דמהדר לזניף דאינו גובה בו ולא משהינן ליה בידיה אלא מוקמינן ליה ביד שלישי וכתב שם הטור דחיישינן דלמא מניית לנה וגבה בל' מיתמי בב"ד אחר וכתב הסמ"ע הא דבסי' (מ"ו) מניחין אותו השטר בידו הטעם פינו דמהני ביה תפיסה לא חששו אף אם יגבה בו בב"ד אחר דמה לי תפיסה ומה לי גבייה בב"ד אחר.

ולכאורה הא אפתי יש חשש דלמא יטרון מלקוחות בב"ד אחר אם לא יהיה ביד הלנה לשלם ובקרקע לא מהני תפיסה ואם פן יפסידו הלקוחות שלא כדין וצריך לומר פינו דעכ"פ הוי תרי נגד תרי והוי ספק וכינון דמהני תפיסה ולא חיישינן לזה להוציא ממנו השטר ולהניחו ביד שלישי כמו כן לא חיישינן אם יגבה קרקע מלקוחות.

אף יש לעיין הא מבואר (סי' מ"ג) בטור משם הר"י בשטר מוקדם דקנסינו אותו שלא יגבה ממשעבדי אף מזמן שני דשמא יבא לטרון מלקוחות שלא כדין מזמן הראשון וכתב ובמה יודע שהיה מוקדם אם כתב ידם יוצא ממ"א דאינם נאמנים העדים אלא אם פן מעידין עדים עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות ועל פרוה דהוי כתרי נגד תרי פינו דכתב ודם יוצא ממ"א הוי כאלו עדי השטר העידו מכבר דלא היו אנוסין וכן מבואר שם בתנאים (סוף ס"ק ז') בבבאור דברי הטו' שם דהוי כתרי ותרי ויקשה למה קנסו אותו שלא יגבה כלל מלקוחות הא אף אם יטרון מזמן הראשון גם פן לא הוי שלא כדין בבבאור פינו דהוי כתרי ותרי ובש"ף שם (ס"ק י') פתב דאין מוסרין לו השטר שיגבה בו מן הלנה מב"ח דיש לחוש שיגבה בו ממשעבדי מזמן ראשון ואמאי הא בכה"ג דהוי תרי ותרי לא חיישינן לזה ובתוס' ב"מ (דף ע"ב) פתבו גם פן דאיירי שיש עדים שמעידין עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות ובש"ס שם אמר ר"י אפילו תימא רבנן גזירה שמא יגבה מזמן ראשון עכ"פ חזינו דמטעם גזירה נפסל השטר לגמרי לגבי משעבדי אף דהוי תרי ותרי ולמה פאן משהינן השטר בידו ולא חיישינן שיגבה מלקוחות: ואולי יש לומר דכאן פינו דכבר מתו העדים והעדים אינם לפנינו ובתוס' פתובות (דף כ') הקשו אמאי לא מגבינן בשטרא הא קיי"ל כר"ה דזו באה בפני עצמה ומעידה וכ' משם הרשב"א דהכא לא מוקמינן להו אחזקה משום דאלו הוי קמן דלמא הוי מודו עיין שם.

ולכאורה יש להבין הא אפילו אם הוי קמן והוי מודים גם פן ל"ה נאמנין פינו דכתב ידם יוצא ממקום אחר אמרינן פינו שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והא דקאמר בש"ס דלמא אלו הוי קמן הוי מודה להו כפר' שם המר"ם שיף ז"ל ובש"מ דהוא לרונחא דמלתא.

אולם אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' ט"ו) כתב בבבאור דברי תוס' למה שכ' המחברים דבתרי ותרי פשיש הכחשה הוי פדין מרומה וצריף דרישה וחקירה אם המה בפנינו וממילא שפיר יכולין לחזור ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני הלואה (סי' ו') ולכך שפיר הוי בתרי ותרי ולא חיישינו פן יטרוף מלקוחות אם ישאר השטר בידו פנין דכבר הוחזק השטר לפנינו רק אמרינו אלו הוי העדים קמן הוי מודים והיו נאמנים פנין דעכ"פ הוי דין מרומה וצריף דרישה וחקירה.

מה שאין פן שם בשטר מוקדם איירי דאף העדים מודים והם בפנינו דהיו אנוסין מחמת נפשות בכה"ג לכ"ע נאמנים אף דכתב ידם יוצא ממקום אחר ושפיר גזרינו דלקא יטרוף מלקוחות מזמן הראשון.

אולם זה דוחק דאם פן גם שם במוקדם אם אין העדים לפנינו או שמתו הנה הדין דלא הוי קנסינו ליה שלא לגבות מזמן שני ולא משמע פן שם. וביותר קשה הא דעת הרא"ש שכתובות שם המובא ברמ"א (סי' מ"ו סל"ז) דאף אם העדים חיים וב' עדים אחרים באים לפוסלם ואמרו שפסולין הם מכשירין השטר ולא קרעינו ליה ולא מגבינו ביה גכ' הרא"ש הטעם דהעדים החתומים על השטר אף על פי שאלו מעידים עליהן שהם פסולים הוי כאלו ב' אחרים מעידים עליהם שהם פשרים דהחזקה שהמלוה לא מחתים עדים פסולים על שטרם והו' חזקה חשובה כעדים ואם פן הכא נמי נאמר לגבי אנוסים מחמת נפשות דהוי בתרי ותרי ואמאי מבטלינו השטר לגמרי גבי מוקדם משום גזירה שפא יגבה מזמן הראשון.

אף בזה יש לומר למה שכ' שם בספר עטרת פז לפרש דברי הרא"ש דחזקה הזאת הוא רק היכא דהלוה מודה בהלוואה רק שטוען פרעתי אבל פשהלוה אינו מודה בהלוואה לא שייף לומר חזק' דהמלן' לא הניח לחתום עדים פסולים דלפי דברי עדים' שאמרו שהיו אנוסים מעולם לא הוי הלוואה אם פן במוקדם יש לומר אף דאיירי דאינו כופר בהלוואה מ"מ פנין דמעיד דהיו אנוסים על חתימת השטר ל"ש חזקה דהמלוה לא מחתים: היכא דעדי השטר אומרים כתב ידנו הוא ואחרים אומרים אין זה כתב ידם כתב הש"ף משם ר"י ויש מחולקים אם צריף קיום אחר וכתב הש"ף דהוי תרי ותרי ובתומים תמה על זה חזק' דברי"ר לא כתב דהוי תרי ותרי רק כ' אי צריף קיום או לא ועוד אי הוי תרי ותרי מה יועיל קיום אחר הא תרי כמאה ועוד הא אם הם יודעין בבירור דהוא כתב ידם יכולין לכתוב שטר אחר פנין דשטר זה נפל בו ריעותא הרי לא עשו שליחותן ולכן העלה דהמחלוקה בירושלמי הוא אם צריף לחזור ולחקור עדי השטר אולי אמרו תחילה בידמי אבל אם עמדו בדבריהם נאמנים יותר עדי השטר מאחרים.

ובנתיבות כתב דבהפכת החתימה בט"ע אזלינן בתר רוב דיעות וכמו שכתבו תוס' יבמות דדבר הנראה וידוע לכל עולם לא אמרינו תרי כמאה. ולא אבין שם ביבמות הוא דבר הידוע וניכר לכל העולם כמו שם דקאמר אתי גברא וקאי אבל לענין קיום השטר מה יועיל אם הרבה עדים יאמרו שזה כתב ידם ולדברי הש"ף דכתב אם צריף קיום אחר משמע איזה קיום שיהיה ועל זה תמה הא תרי כמאה.

וכן ברבינו ירוחם כתב אם נעשה כשטר שקרא עליו ערעור ויתקיים ב"ד משמע דצריף רק קיום כמו שטר שקרא עליו ערעור ולא יותר וגם דבר זה אם אזלינן בתר רוב דיעות

בקיום צ"ע מנ"ל ועיין נ"ב מהד"ק אה"ע (סי' ס"ה) דדוקא שם ביבמות פיון דמירע לחזקה דדייקא ומנסבא ומוקמינן על חזק' אשת איש וגם פיון שהב"ד וכ"ע מפירין עכ"פ הם חייבין להפריש מן האיסור שתצא ועיין מ"ש לעיל דיני דינינים (סי' י"א) ושם הבאתי דברי בה"ג דאפילו נגד כל ישראל אמרינן תרי כמאה ומוקמינן על החזקה והכא נמי פיון דתרי אמרו שאין זה כתב ידם מוקמינן המזמון על החזקה.

ודותק לחלק בדבר הצריך עדות מן התורה לשטר דכל הקיום הוא מדרבנן. ומה שכ' הנתיבות לתמוה על התנאים דאין יכולין לכתוב שטר אחר פיון שהם עצמן אומרינן שעשו שליחותן וכבר כתבו שטר ואמר פרע שטר והאי שטר וייפא הוא אין פאן תימא דאם הלנה אומר לא היו דברים מעולם שלא צוה לכתוב באותו זמן שטר אם פן כל האומר לא לויתי פאומר לא פרעתי וכיון שהם מפירין בבירור שזה כתב ידם והלנה רוצה לפוסלו יכולין לכתוב שטר אחר שפולן יפירו שהוא כתב ידם פי לדברייהם שינו אז כתבם ומצד זה אמרו אחרים שאין זה כתב ידם ולא עשו שליחותן לכתוב שטר שיעיל שיפירו אחרים חתימתן: ובספר ערף לחם ממהריק"ש ז"ל כתב וז"ל נראה לי שהעדים נאמנים שהרי יכולים לכתוב שטר אחר ולחתום בו ועוד שמא הטו את ידם ולא חתמו כמנהגם אבל אם העידו הב' שאחרי חתמו בפניהם אותם החתימות הרי זה כמו הזמה והשניים נאמנים.

ולא אבין למה יהיו השניים נאמנים כשאומרינן שאחרים חתמו בפניהם פיון שאלו אומרים כתב ידם הוא זה הא אף אם מתו אם כתב ידם יוצא ממקום אחר הני תרי ותרי ק"ו כשהן חיינ ומעידין על חתימתן שכתב ידם הוא זה להני כתרי נגד תרי והזמה חידוש הוא ולא מכחישין גוף המעשה ואף הזמה והכחשה לא הני דין הזמה לדעת רמב"ם וכאן אין פאן הזמה רק הכחשה על עדותן שהם מעידין שכתב ידם הוא והשניים אומרים שראו שאחרים חתמו אם פן לא הני יותר מן הכחשה והני כתרי ותרי ולא מיבעי אם אמרו כתב ידינו הוא שהם חתמו וזכרו שהם חתמו השטר הזה ודאי דהני כתרי ותרי דהני הכחשה בגוף המעשה אלא אפילו אם אינם אומרינן שזוכרין רק שפכירין שזה הוא חתימתן גם פן הני כתרי ותרי ודברי מהריק"ש ז"ל צ"ע ואפשר דכוננתו אם אינם מעידים רק שהם מפירין שזה כתב ידם דהשניים נאמנים פיון שמעידין שראו שאחרים חתמו אותם החתימות הני בבירור שזייפו כל כף שדומה ממש לכתובת ידם של העדים ומיישבין דברי העדים שלא יהנה הכחשה ואמרינן שפנונו לזייף כ"כ בטוב ודומה להעדים שזה ח"י וכמו שמצינו (סי' ס"ג) ביש עדים שמהדר לזייף שטרות דאינו גובה בשטר לדעת רמ"ה ור"ן ברמ"א שם לא מהני הכרת העדים לחתימתן ואף לדעת הרמב"ם וש"ע שם דמהני הכרת העדים שחתמו על השטר וכמו שכ' שם הש"ך דאין חיישינן לשמא זייף כל כף עד שהעדים בעצמן טועים דהעדים עצמן ודאי אינם טועים היינו שם דלא יש עדים על שטר זה שהוא מזויף אבל היכ' דיש עדים על הזיוף שאחרים חתמו יש לומר שעדי השטר שאמרו כתב ידינו הוא טועים הם דאף במשמעות רחוק יש להשוות עדים שלא יהיו כמחישין זה את זה כמבואר (סי' כ"ט): והנה לדברי התנאים שעדי השטר מקיימין לכ"ע אם נחקרו שנית ואמרו בבירור להעמיד דבריהם שזה כתב ידם נאמנים יותר מאחרים ומוציאין מזמן עינין בדבריו (סי' ו') מה שכ' בבבאור דברי ריר"ו והירושלמי דעיקר מחלוקת רב אסי דאמר כשטר שקרא עליו ערעור ונתקניים

בב"ד היינו שצריף עוד קיום בב"ד שיקניינים שנית ואם יאמרו שלא טעו ולא אמרו בדדמי השטר פשר ור"א אמר פלא נתקנים בב"ד היינו דאין צריף עוד קיום אחר דבלאו הכי השטר פשר ואמר ר' אילא טעמא דר' אלעזר פינו שהותקו העדים להיות חתומין בשטר כמו שנתקרה עדותן בב"ד בכל אופן ושוב אינו יכולין לחזור ואין צריף לתקור עוד וכמה מהדונסק בלשון הירושלמי שעיקר מחלקותן יהיה אם צריף לחוש על בדדמי או לא וגם ר' אלעזר דאמר לא נתקנים בב"ד ועל זה יאמר ר' אילא פינו שהותקו עדים להיות חתומין בשטר כמו שנתקרה עדותן הא ר"א אמר לא נתקנים.

ואפשר לפרש להיפך דר' מנא דאמר נעשה כשט' שנקרא עליו ערעור ואמר ר' אסי ונתקנים בב"ד היינו דאין צריף עוד שום קיום ור"א אמר שלא נתקנים ור' אילא אמר טעמא דר' אסי פינו שהותקו העדים כמו שנתקרה לכך אין צריף.

וגם יש לומר דמחלקותם הוא לדעת התוס' והרא"ש דאם שכחו ואינם זוכרין פלל שחתמו בשטר זה שצריף פל אחד להעיד על כתב יד חבירו שיהיה על פל חתימה שני עדים וכינון דשנים אחרים אומרים שאין זה כתב ידם יש לומר דצריף לתקור על עדותן אם מעיד פל א' על חבירו ודלמא אינם זוכרין פלל מהלואה.

ולדעת הרא"ה וריטב"א והש"ף לעולם אף אחר קיום שנית הוי תרי נגד תרי. ובנדאי להלכה דלהם שומעין ולעולם אין מוציאין ממונ.

וגם מה שהספיק הנהיבות דאזלינו בטר רוב דיעות ולדבריו אם חתמו הרבה עדים וכולם אמרו כתב ידנו הוא זה ואחרים אומרים אין זה כתב ידנו השטר פשר ולא נראה פן מדברי הריטב"א והרא"ה: וקצת קשה למה שכ' תוס' פתובות (דף ד') להקשות למה בעדו' החתומים על השטר ומתו ואחרים אמרו כתב ידם הוא אבל קטנים היו פסולי עדות אנוסים פשכתב ידם יוצא ממ"א לא מגבינו ביה בשטר הא קיי"ל כר"ה בב' פיתות עדים המכחישין זו את זו דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה וה"נ פינו דאין מכחישין שלא לנה אמאי לא מגבינו ביה בשטר ומתו ותיצו דשם מוקמינו פל אחת בחזקת פשרות אבל כאן לא פסלו להו פלל ואם פן בנידון זה דמכחישין את עדותן עדי השטר אמרו שכתב ידנו הוא והאחרים מכחישין עדותן נימא גם פן פינו דאין מכחישין לומר שלא לנה אמאי לא מגבינו ביה בשטר פקושית תוס' שם.

אולם באמת לא קשה דדוקא שם דעכ"פ מודים העדים שהשטר הוא כתב ידם וכינון דעדי השטר מעידין על הלואה ופלא היו אנוסים והשטר בחזקתו אף דעדי השטר אומרים שפסל מ"מ אינם מכחישים גוף ההלואה והלואה אומר שלא לנה הוי פאומר שלא פרע לכך הקשו שנקבל עדותן על הלואה מה שאין פן כאן דמכחישין מכל וכל שאין זה כתב ידם פלל והעדים אינם מעידין בפירוש שראו ההלואה לא נוכל לקבל מעדותן על כתב ידם שהיה הלואה.

ובאמת גם שם בקושית התוס' דקאי גם פן על אנוסים היו אף דהשטר מעיד שלנה ושאמר להם לחתום ולא אתכחשו על הלואה מ"מ אם לא נכתב בצנאות הלנה ממילא הוי מפי כתבם וכבר עמד על זה שם בספר בית יעקב וכ' דתוס' הקשו זאת להנה דס"ל פל שנקתב בלשון שטר אפילו לא נכתב בציווי הלנה לא הוי מפי כתבם וזה אתי שפיר

אם עכ"פ מודים שזה פתב ידם אבל פאן שמכחישין שאין זה פתב ידם פלל ודאי אין פאן לדבריהם עדות אף על הלואה.

ועוד יש לומר למה שכ' ה"ן פתובות שם בשם איפא מאן דאמר פינון שמתו העדים לא הוי פמעידין על גופן של העדים ותוס' סבירא להו דאף במתו אם אמרו עליהן שפסולין האחרונים נאמנים רק דאיירי דאמרו פסולי עדות היו אבל מ"מ פינון שמתו העדים סברו התוס' בקושיתם פינון דאינם מכחישין בגוף הלואה נקבל עדותן שעל השטר על גוף הלואה אבל פאן שהמה אומרים שאין זה פתב ידם ושמעידין בשקר נתבטל השטר וכל מה שנאמר בעדותן שזה פתב ידם ועיינו בהפלאה פתובות (דף כ"א) מה שכ' בישוב קושית תוס' ולקד הוי כתו"ת: סי' לב אם פתב ידם יוצא ממקום אחר פתוב בש"ע (סי' מ"ו) א"נ בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ מלומר בפנינו מסר מודעה ודעת הסמ"ע דלאו דוקא דבתנאי נאמנים כמו שפתב הש"ע (סי' פ"ב) דעדי השטר נאמנים לומר שנעשה על תנאי אפי' אם פתב ידם יוצא ממ"א והש"ך העלה דאינו נאמנין לומר שהי' על תנאי והניח דברי הש"ע בצ"ע.

ולענ"ד יש לומר בדעת המחבר שכ' בדקדוק גדול דכאן פתב אינו נאמנין בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ ממודעה וכל דברי הש"ע פאן הוא שבשעה שהעידו עדותן השניה יצאו לבטל השטר מעיקרא דעכשיו פבר נתבטל השט' מכל וכל כמו אנוסים היינו ומודעה פן נמי תנאי ולא ראינו שנתקני' ואף דבשעה שחתמו היה מקום שיתקני' השטר בקיום התנאי מ"מ עכשיו שלא נתקני' פבר נתבטל מעיקרא ואיירי בתנאי שפבר עבר הזמן וכבר נתבטל המעשה.

מה שאין פן לקמן (סי' פ"ב) פתב סתם שנעשה על תנאי ואיירי בתנאי שעדיין אפטר שיקני' המלוה התנאי ובאין לדון עכשיו שזה תובע ממונו בשטר שבדו והלוה טוען שיש לו עליו חיוב שיקני' התנאי ואינו חייב לפרוע עד שיקני' התנאי ואיירי שיש עדיין בידי המלוה לקני' התנאי בזה נאמנים ונפטר הלנה היינו פל זמן שלא יקני' התנאי.

וסברא הזאת לחלק בין תנאי שפבר עבר הזמן לתנאי שעדיין בידי המלוה לקני' ראיתי בתשובת הר"י מיגא"ש ז"ל (סי' קכ"ג) וז"ל שיש לנו בזה סברא חדשנו אותה במה שאמר התלמוד עדים שאמרו תנאי היו דברינו נאמנים והוא שדקדקנו בחזק העיון שזה המאמר הוא דוקא באין פתב ידם יממ"א אבל אם יוצא ממ"א אינם נאמני' ואנחנו סומכין על סברא זו שגראית לנו אם היות שלא ראינו מי שקדם מהמפךשי' ז"ל שיספור סברא זו ואינו מחלק בקאמר זה החילוק עכ"ז בזה התנאי פייחוד אפילו אם הי' פתב ידם יממ"א הוא תנאי קני' ועדותן בו עדות לפי שלא אמרנו אנחנו דהיכא דכ"י יממ"א אין שומעין להעדי' במה שאומרי' תנאי היו דברינו אלא אם היתה עדות' בתנאי עוקרת עדות הראשונה מעיקרא פאותו התנאי שהם מעידי' בו עתה דומיא דאמנה ומודעה וקטני' ופסולי עדות וכל המאמרי' שקדמו בענין זה אבל אם היה שבעת שהם מעידי' עדותם השני' אין עדותם הראשונה נעקרת מעיקרא בתנאי זה שבעת שהעידו לא קדם אז בבית למפור או להשפין לגוי פאופן שתהיה העדות של התנאי מבטלת המתנה מידי אבל הנה פאפטר שיתקני' התנאי ותהי' המתנה קיימת עדותן אף בכ"י יממ"א וכשיתפטר שראובן זה עבר על התנאי ומשכנו אצל גוי בטלה המתנה פפי מה שהעידו העדים עכ"ל

הטרחתי להעתיק כל לשונו כי הוא שיטה חדשה להכריע בין מחלוקת הגאונים ז"ל: ועיין בלשון ר"י מיגאש ז"ל בש"מ פתובות (ז"ר י"ט) דשם כתב דתנאי ומודעה בכ"י יוצא ממ"א א"נ וכשיטת הפוסקים שקבצם פעמיר גורנה הש"ף ז"ל (ס"ק קי"ז) דגם במודעה אינו נאמן פשכתב ידם יוצא ממ"א משום דלמעקר סהדותיהו קא אתו ומכי חתמו על השטר נעש' כמו שפסקה עדותן בב"ד.

ובל"ס שם קאי הר"י מיגאש ז"ל בתנאי שפכר אין סיפק ביז המלנה לקיים דעקרו לסהדותיהו מעיקרא וזה דומה למודעה דברינו אבל היכא דעיקר הדו"ד הוא אם מוטל עליו לקיים התנאי וכשמעידין עדות השניה עדיין סיפק ביזו לקיים התנאי בזה נאמנים אף בכ"י יממ"א.

וגירסתו הנה בש"ס דא"ל כי אתו לקמן לדינא אמרינן להו זילו קיימו תנאייכו וחותו לדינא ובש"מ שם משם ר' יונה ז"ל גרסו קיימו שטרניכו דסובר דא"נ כשכ"י יוצא ממ"א ולגירסתינו קיימו תנאייכו היינו דאף בכ"י יממ"א גם פן נאמנים רק אם פי אתו לדינא יש עדיין ביז המלנה לקיים התנאי דאז לא עקרו בהגדה השניה הגדה הראשונה אבל פשכבר עבר הזמן ולדברי הגדה השני' נתבטל השטר לגמרי בזה אינו נאמנין וכן כתב עוד הר"י מיגאש ז"ל (סי' קס"ז) דכל היכא דבעת שהעידו בתנאי אינם עוקרים עדותן מעיקרא ואינה בטלה לשעתא אעפ"י שתבטל לאחר זמן הם נאמנים בזה אף בכ"י יממ"א עיין שם בדבריו ואם פן יש להעמיס שפן הוא הכרעת המחבר מרן הב"י ז"ל (ובסי' מ"ו) קאי על תנאי שפכר נתבטל וכמו מודעה ופסולי עדות דעוקרים לשטר מעיקרא ובזה אף בתנאי פיון דאיגלאי למפרע שלא נתקיים התנאי עקרו בעדותן השניה לשטר לגמרי ואינו נאמנין ובי"ב (פ"ב) אף דבתחילה לענין טענת הלנה בליכא עדים כ' על תנאי שאומר הלנה אם אקיימנו אפטור וקיימתיו מ"מ בסוף דבריו שכתב ואם יש ללנה עדים דעדים עצמם נאמנין אף בכ"י יממ"א יש לומר הפנונה על תנאי שעדיין יש ביז המלנה לקיים או אם הלנה יקיימנו ואף שהוא דוחק לחלק בין השניים דבאין כ"י יוצא ממ"א נאמנים אף אם בדברי' דנתבטל השטר מיד ובכתב ידם יממ"א אינו נאמן רק דוקא בתנאי שאינם עוקרים עדותן מעיקרא ואינה בטילה לשעתא מ"מ יש לומר דמרן הב"י סמך את עצמו בזה על מה שכ' (סי' מ"ו): וראיתי בתנאים (ס"ק מ"ו) שהביא דברי רדב"ז [והוא ח"ג סי' תקח"י] שכתב דאם העידו דכבר עבר זמן המוגבל לקיום התנאי דתו אינו נאמנין פיון דמבטלין השטר לגמרי ואינו נאמנין בכ"י יממ"א וכו' עליו אבל אני לא מצאתי בשום מחבר לחלוק בכך ונהרי לפנינו דעת חזק מקמאי תלמידו של הר"ף ז"ל דסובר פן לחלק: עוד כתב התנאים שם למה שכ' הר"ן פתובות הא דאמנה אינו נאמנין דהוי עולה ובתנאי נאמנים וכתב דתנאי הוא תלוי בדעת המלנה ואם ירצה לקיים מוכרח לשלם ולכך ניתן לכתוב ומות' אבל באמנה אם לא ירצה הלנה ליקח ההלואה אין בשטר ממש וכת' לדון דאם התנאי תלוי בהלנה שאם יעשה כף יתחייב ואם לא יעשה לא יתחייב הוי כמו אמנה דביז הלנה שלא יתחייב אבל אם התנאי הנה על הלנה שאם יעשה כף שיפטור מחובו גם פן מותר דהא עכ"פ מתחיל' חל שעבודו של שטר קוד' שקיים תנאו וכן מוכח מדברי בעה"ת שכ' תנאי פזו דנאמנים וכן מבואר (סי' פ"ב) בטוש"ע שכ' טענות הלנה שהנה על תנאי שאם אקיימנו אפטור וקיימתיו ואח"כ כתב ואם יש ללנה עדים כו' ואפילו עדי השטר נאמנים.

אולם למ"ש לעיל ד"ש לומר בכתב ידם יוצא ממקום אחר הוא דוקא תנאי דאינו מבטל מהשתא השטר יש לומר דאיירי בתנאי שמוטל על המלוה ועיין שם בפ"ה (ס"ק ל"ג) דכתב דאיירי בתנאי שעל הלנה לקיים בקו"ע.

ובאמת אם דברי הר"ן יתנה בדקדוק דדוקא בתנאי שתלוי ביד המלוה לא הוי עולה הואיל דחל שעבודא דהשתא בע"כ של הלנה מה שאין פו בתנאי שתלוי ביד הלנה דהוי עולה לא אבין לחלק בין תנאי שהוא בקום ועשה לשב ואל תעשה ועיין בס' הפלא' פתובות שם פנראה מדבריו דס"ל דלדעת הר"ן בכל תנאי שתלוי בלנה הוי עולה ואינו נאמן והקשה מש"ע (סי' פ"ב) פנ"ל והדברים קשים לומר ולפרש דבתנאי שתלוי ביד הלנה דומה לאמנה: לכן מתוך הדוחק נ"ל לפרש דברי הר"ן באופן אחר דלאו דוקא נקט הר"ן בע"כ דלנה שהרי ביזו של מלנה לקיים תנאו ועיקר הסברא לחלק בין אמנה לתנאי הוא דבאמנה אף דכ"ה הר"ן לעיל דאיירי שמשעבד הלנה נכסיו לכשילנה מעכשיו מ"מ פיון דביד הלנה שלא לנה אם פו נתבטל מעיקרא השטר ולא הוי מתחיל שום שעבוד מה שאין פו בתנאי פיון שביד המלוה לקיים התנאי בע"כ דלנה ודאי לא הוי עולה דעכ"פ יש שעבוד אולם אף בתנאי שתלוי ביד הלנה מ"מ יש על ידי שטר זה חוב על הלנה דנתחייב לו רק שיכול לפטור את עצמו מחובו אם יקיים תנאו הו בתנאי שב ואל תעשה שלא יעבור הלנה ויתנה מוכרח להיות בשב ואל תעשה והו בתנאי קום ועשה יתנה הלנה מוכרח לקיים התנאי והוי התנאי כפרעון חוב שבזה יפקע שעבודו לכו פיון שאין התנאי בגוף ההלנא' והתנאי הוא פדבר אחר אבל החיוב הוא בבירור רק שיש ביד הלנו להפקיע חיובו בקיום התנאי אבל עכ"פ נשתעבד הלנה בחיוב ברור בשטר זה או לשלם או לקיים התנאי לכו לא הוי עולה ורשאי העד' לכתוב מה שאין פו באמנה לא יש למלוה על הלנה עדיון שום חיוב עליו רק אם ילנה ממנו לכך הוי עולה דאינו עושה שום חיוב מהשתא בבירור על הלנה: והנה דברי הר"ן אמורים לשיטתו דסובר דעדים נאמנים לומר תנאי אף בכ"י יממ"א והיינו דלא חשבינו לה לסהדותיהו שחותרין בשטר בסתם פאלו כתבו בפירוש שנעשה אותה מעשה בלי שום תנאי בזה אף דאם אינם לפינו להעיד על התנאי מוציאין מיד הלנה מ"מ רשאי לכתוב ולא הוי עולה פיון דעכ"פ עושה השטר השעבוד וחיוב על הלנה רק שיכול להפקיע חיובו בקיום התנאי ואינו דומה לאמנה ולקמן בהשגתו על דברי הרמב"ן דכ' להכריע דאינו נאמנין בכ"י יממ"א שפיר הקשה דאי לא מהימני משום דהו חוזרין ומגידין על פרחו דס"ל דחשבינו לה לסהדותיהו קמא פאלו כתבו בפירוש שנעשה בלי תנאי ואי הכי אפילו אין כ"י יממ"א ל"ל להימנינהו דהא משווי נפשיהו רשעים ולא דמי לאנוסים מחמ' נפשות דבכתב ידו יממ"א אינם נאמנים ובא"י יממ"א נאמני' דהתם נהי דהו חוזרין ומגידין מ"מ לא משווי נפשיהו רשעים אבל הכא אי קרית להו חוזרין ומגידין הא משווי נפשיהו רשעים אלא נדאי דאף בכ"י יממ"א לא חשבינו לחוזרין ומגידין דלא הוי עדו' הראשון פאלו נתפרש בו שלא יתנה בו תנאי לכך השתא מילתא אחריתי מסהדי ומיהמני אף בכ"י יוצא ממ"א ועולה לא הוי פמו אמנה משום דעכ"פ השטר הועיל מהשתא לחיוב או ממון או קיום התנאי.

ועפי"ז אינו מוכן דברי הש"ך (ס"ק ק"י) דמשיג על דברי הרמ"א דאם כ' בהשטר אנו סהדי מסהדינו דלא הוי שיוור בהשטר דאינו יכולין לומר תנאי דהוי חוזרין ומגידין והש"ך כ' אף דדעת רי"ר פו מ"מ הבעה"ת חולק וכתב דלכאורה באין פתב ידם יוצא



ממקום אחר למה לא יהיו נאמנים במגו ואין לומר פיון דמפנרש שלא הי' תנאי דמי לאמנה דמשוי נפשיהו רשעים דהא בתנאי שעבודא חל במקצת ולא דמילאמנה כמו שכ' הר"ן הא אדרבה מדברי הר"ן דמשיג על הרמב"ן מבואר דעיקר הטעם דתנאי הוי מלתא אחריתי ול"ה חוזרין ומגידין הואיל דמסתמא לא הוו כמעידין בפירוש דנעשה בלי שום תנאי ועל זה פוננתו אף דלא הוי כפתוב בפירוש מ"מ למה לא יהיה עולה כמו אמנה הואיל דשעבודו חגיל במקצת אינו דומה לאמנה אבל אם כתבו בפירוש שנעשה בלא תנאי לפי דבריהם שהיה בו תנאי דמי לאמנה וכמו שכ' הש"ך בסוף דבריו ולא ידעתי למה כ' ומ"מ לדינא צריף עיון הא הדברים מוכרחים לומר פן בדברי הר"ן: אף יש לומר דכוננת הש"ך למה שהעלה הוא פדעת הרמב"ן וסייעתו דבכתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמני העדים לומר תנאי היה דברינו דהו חוזרין ומגידין ועל פרח דס"ל אף דמסתמא הוי בלא תנאי מ"מ תנאי מילתא אחריתי וכשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים במגו אם אמרו תוכד"ד יהיה מאיזה טעם שיהיה צריף לחלק מאמנה לקב' יש לומר דס"ל דאף בכתב בפירוש בלי תנאי מ"מ לא משוי נפשיהו רשעים.

ובתומים כתב דבעה"ת אינו חולק על רבינו ירוחם רק היכא דכ' ביה דלא הוי שיוור וזה הוי כמו סתם והוי כמו מוקדם דנאמנים לומר ע"ז חתמנו ועל זה לא חתמנו ואמרין דלא דייקו לחתום על כל מה שנקתב ונאמנים באין כ"י יממ"א ובכ"י יממ"א אמרין חזקה דאפולה מלתא חתמו אבל אם כתוב בשטר ואנו סהדי מסהדינו דלא הוי שיוור בשטרא כמו שכתב הרמ"א הרי אמרו בפירוש דחתמו אפולי מלתא הוי כמו אם כתב ידם יוצא ממ"א דא"נ.

אולם בתשובת הרשב"א (ח"ד סי' רל"ו) מבואר להדיא אף בלא כתבו ואנו סהדי מסהדינו בלא שום תנאי ושיוור רק כתבו סתם בלא שום תנאי ושיוור בעולם ואין כ"י יממ"א דא"נ וכתב ויותר הוא זה משטר אמנה כי יותר אלו מכחישים לגמרי ומשימים עצמם רשעים ומעידין עדות שקר שפכר העידו שהי' דבריהם בלי שום תנאי ואם פן עכשיו שאמרו תנאי עדות שקר מעידים בעצמם עכ"ל וידוע דדעת הרשב"א הוא פדעת הסוברים דבכ"י יוצא ממ"א א"נ לומר תנאי רק באין כתב ידם יממ"א ומ"מ דעתו קשכתבו בשטר בלי שום תנאי ושיוור אינם נאמנים.

אף אם לא כתבו אנו מסהדינו על זה מ"מ הוי כחוזרין ומגידין פשאמרו תנאי היה בדבר. והנה לדעת הרמב"ן וסייעתו דבכ"י יממ"א א"נ נשאר קושיות הר"ן ו"ל דלמה לא הו חוזרין ומגידין ומ"ש תנאי ומ"ש אמנה ובספר הפלאה כ' דאם נאמר דתנאי מלתא אחריתי הוא ונאמנין אף בכתב ידם יממ"א לא הוי עולה דיכולין לכתוב וליתן ביד הלנה שהיה על תנאי ולא יבא מזה ריעותא אף אם כתב ידם יממ"א ולא גרע ממודעה דכ' הר"ן דניתן לכתוב ולמסור ביד המוכר.

ולא נראה פן דהא הר"ן כ' דבמודעה הוי פלא הגידו פיון שבידם לפסול הגנת המכר משעה ראשונה ולא דמי לאנוסין היינו מחמת נפשות והחילוק מבואר בש"מ שם משום דשטר מודעה ניתן לכתוב עכשיו וכדאמרין מודעה בפני שנים ואין צריף לומר כתבו וכיון דיכולין לכתוב אפילו מזמן הראשון כמאן דכתיבא דמיא ואתי שטרא ומרע לשטרא

מה שאין פן בתנאי לא ניתן לכתוב ואם יכתבו ללנה לאו תורת שטר עליו לבטל השטר שכתבו ולא הזכירו התנאי והוי מפי פתבם.

ויש לומר לדעת רמב"ן וסייעתו דאמנה נודע לכל שהוא עולה ותנאי אם אין הלנה מקפיד בדבר ואינו מצוה לכתוב התנאי ומאמין למלנה בזה ליפא איסור דתנאי מקלמא אחריתי הוא ועיין ש"מ ב"ב שפסוף ספר הרמ"ה (דף קנ"ד) שכ' דוקא באמנה אינם נאמנים אף במגו שהכל יודעים מן הדעת שזו להעיד על דברים שאינם אמת אבל לא מי שאינו יודע להזהר בכל הדקדוקים נעשה רשע דקיי"ל תנאי הנה דברינו נאמנים במקום מגו ואע"ג דודאי שלא פהוגן עשו כשהעידו על הלנאה או על המכר סתם ולא פירשו בשטר את התנאי שהיה בפניהם שהרי המלנה יגבה בו אעפ"י שלא נתקיים אם יצא כתב ידם ממ"א אינם נאמנים או מיייתי סהדי או אזלי למדה"י עיין שם ומבואר מדבריו דבאמת איסור יש על העדים שיחתמו סתם בשטר הנעשה על תנאי רק דלא נעשה רשע בזה שאין דבר זה ידוע לכל מן הדעת כמו אמנה: ובנתיבות פתוב לדינא דאם צוה הלנה לכתוב בשטר התנאי נאמנים לומר תנאי אף בכתב ידם ימ"א דדוקא באנוסים היינו דלא נתקן על זה שטר א"נ מה שאין פאן תנאי הוי כמו שובר וכשנכתב בצווי המלנה יש תורת שטר עליו וכינן דבידם לכתוב שטר קודם לזמן המכר ולכתוב בו שנעשה על תנאי וכינן שהתנאי ניתן לכתוב בהשטר ובידם לעשות הגדתו שבשטר שלא נזכר בו התנאי לחזור ומגיד לכף אף שלא כתבו לא הוי כחוזרין ומגידין ומיישב בזה דברי מהרש"ך ז"ל שרמז עליו הש"ך (ס"ק קי"ב) ושם כתב בעדים שהעידו שלא מכר כי אם ע"ד לעלות לא"י עדותן זה הוא בשטר לא מקרי חוזר ומגיד והמל"מ (פ"ג) מעדות תמה על זה דמה לנו אם עדותן בשטר או בעל פה כינן שקדם השטר הראשון שחתמו הם בעצמם ונעשה כמו שנתקרה כל שחתמו עצמם אחר כף ההיפך הוי חוזר ומגיד.

וכ' הוא כינן דהתנאי ניתן לכתוב בשטר לא הוי חוזר ומגיד עיין שם בדבריו ונאפילו אם המלנה לא אמר שיכתבו שטר בפני עצמם ולמסרו ללנה רק שאמר שיכתבו התנאי ולא הוי רק כאומר כתבו מ"מ כינן שהפתיבה הנה בצווי המלנה לא הוי מפי פתבם.

ולפי זה הנה מהראוי שיהיו נאמנים לגמרי ולא יהיה רק פתרי ותרי כמו במודעה וכן כתב להדיא הנתיבו' ליישב דעת הש"ע כינן דניתן לכתוב. ולא כן מבואר בדברי מהרש"ך שהעתיק דבריו ראיתי בספר פתי פהונה (ח"א סי' כ"א) ושם הנה הנידון שכ' בשטר שביד הלוקח בלי שום שיור ותנאי הן בעל פה והן בשטר והעדים נתנו פתוב וחתום בינד המוכר שטר מכר ונשאל מכר כי אם ע"ד לעלות וכתב אע"ג דבכתב בשטר בלי שום שיור ותנאי הןשוו הפוסקים שאינם נאמנים לומר תנאי מ"מ כינן שמה שמעידין שאמר בשעת מכר שלא מכר כי אם ע"ד לעלות זה הוא בשטר לא מקרי חוזר ומגיד אלא חשיב פתרי ותרי דעלמא וכל היכא דאיכא ב' פיתות המכחישו' אמרינן אוקי אחזקה הכי נמי הנה תרתי סהדי שטר דמכחישו אהדי אוקי שטרא בהדי שטרא וארע' בחזקת מרא קמא עכ"ד הרי מבואר דלא אתי עלה מטעם זה ואף לדבריו לא הוי רק פתרי נגד תרי: ומ"ש הנתיבות לדמות לדברי הר"ן גבי מודעה אין הנידון דומ' דשם בלתי באפשרות לעשות באופן אחר דלא יוכלו להזכיר שום דבר בהשטר וניתן לכתוב שמסר קודם לכן המודעה לכף נאמנים ולא הוי חוזר ומגיד וכמאן דכתוב דמי ואתי שטר ומרע

לְשֹׁטֵר מֵה שְׂאִין כִּן בְּתַנְאֵי דִיכּוֹלִין לְכַתּוּב בְּשֹׁטֵר אֶחָד וּכְשִׁפְתּוּבוּ וְלֹא הִזְפִּירוּ הִתְנַאֵי הָוֵי כְּחוֹזְרִין וּמַגִּידִין.

וּבְסִפּוֹר בְּתֵי כְּהוֹנָה שֵׁם כְּתוּב בְּאַרְנוֹכָה בְּדַעַת הַמְרַשׁ"ךְ דְּדוֹקָא כְּשִׁמְזִכִּירִין הָעֵדִים בְּעֵדוּתוֹן הָאֶחְרוּנָה עֵדוּת הָרֵאשׁוֹן הָוֵי חוֹזֵר וּמַגִּיד אֶבֶל כְּשִׂאִין מִזְפִּירִין עֵדוּת הָרֵאשׁוֹן בְּעֵדוּת הָאֶחְרוּן אַע"ג שֶׁהַשֹּׁטֵר הַשְּׂנִי הוּא מִזְמֵן מְאֻחָר לְזֵמֵן הָרֵאשׁוֹן מ"מ הָעֵדוּת הוּא עַל קַרְקַע אֶחָד וְלִית כְּאֵן חוֹזֵר וּמַגִּיד אֶלָּא ב' שְׁטֵרוֹת מְכַחֲשִׁין זֶה לְזֶה וְשֹׁטֵר הָרֵאשׁוֹן הוּא סַתְמ' אֶמְרִינָן מִמֵּנ"פ חֲד מִנְיָהּוּ מְזוּנְיָהּ הוּא אוֹ שְׁקֵר עֲנּוּ וְלֹא יִדְעֵנָא הִי מִנְיָהּוּ קוּשְׁטָא דְמִי לִב' כְּתוּת עֵדִים הַמְכַחֲשׁוֹת וְאוּקִי שְׁטֵרָא בְּהַדִּי שְׁטֵרָא וְאַרְעָא בְּחִזְקַת מְרִיָּה עכ"ד בְּאַרְנוֹכָה וְאִינוּ מוּכָן כִּינּוּן דְּחֲד מִנְיָהּוּ הוּא מְאֻחָר' אֶמְרִינָן הַשְּׂתָא הוּא דְאִתְרַעָא וּבּוֹדָאֵי אֲזֵלִינָן בְּתַר שְׁטֵר הַקּוּדָם רַק צְרִיף לֹאמֵר לִינִישׁב דְּבָרֵי הָעֵדִים דְּשִׁכְחוּ וְטַעוּ וְאִם כִּן לֹא הָוֵי כְּתָרִי וְתָרִי וְאַף אִם נֹאמֵר כִּינּוּן דְּבִשְׁטֵר הָרֵאשׁוֹן הָוֵי כְּפֹאֵלוּ מְעִידִין דְּלֹא הָוֵי תְנַאֵי אַף דְּלֹא שְׁיִיף לֹאמֵר בְּכַה"ג לְדְבָרֵיו דְּהָוֵי כְּחוֹזֵר וּמַגִּיד וְהָוֵי כְּתָרִי וְתָרִי אוּלָם כִּינּוּן דְּכַתְבַּב בְּשֹׁטֵר הָרֵאשׁוֹן כְּלִי שׁוּם שְׂוִיר וְתַנְאֵי בְּכַה"ג א"נ לְכּוֹלֵי עֲלָמָא לְהִיּוֹת חוֹזֵר וּמַגִּיד וְנִשְׂאָר דְּבָרֵי מֵהַרשׁ"ךְ כְּקוּשְׁיָא.

וְאִזְמִ"ו זצ"ל בְּדְבָרֵי מְשֻׁפֵּט (ס' כ"ט) הֵבִיא סְמוּכִין לְדְבָרֵי מֵהַרשׁ"ךְ ז"ל מְדְבָרֵי ש"מ ב"ב (דף מ"ט) דְּמְפָרֵשׁ ה"מ עַל פֶּה דְּלֹא אֶתִי עַל פֶּה וּמְרַעָא לְשֹׁטֵרָא אֶבֶל בְּשֹׁטֵרָא אֶתִי שְׁטֵרָא וּמְרַעָא לְשֹׁטֵרָא דְאִינוּ חוֹזֵר וּמַגִּיד לֹא גְמַרִינָן בְּשֹׁטֵר מְבַעַל פֶּה דְּשֹׁטֵר אֶלִימָא דְּלֹא צְרִיף ב"ד וְעַל כְּרַחֲמֵי לֹא אֶמְרִינָן דְאִינוּ חוֹזֵר וּמַגִּיד אֶלָּא שְׂאִין ב"ד גְּזַקְקִין לְקַבֵּל עֵדוּתוֹן לְסַתִּירַת מַה שֶּׁהָעֵדוּ וְאִין חוֹקְרִים לְבַטֵּל עֵדוּת הָרֵאשׁוֹנָה אֶבֶל הֵם שֶׁהָעֵדוּ מְאַלְיָהֶם שְׁלֹא בְּב"ד וְחַתְמוּ וּמְסֵרוּ וְנַעֲשֶׂה כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה עֵדוּתוֹן בְּב"ד כְּשִׂיבָא הַשֹּׁטֵר לְפָנֵי ב"ד אֶתִי עֵדוּת שֶׁנַּעֲשֶׂה כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה וּמְרַעַע עֵדוּת כִּינְצָא בָּהּ וְהָוֵי כְּשִׂנִּים אֶחְרִים שֶׁהָעֵדוּ אַחַר עֵדוּתוֹן שֶׁל אֵלוּ עכ"ל.

אוּלָם מ"מ לְדִינָא כֹּל הָרֵאשׁוֹנֵי חֲלָקוּ עַל זֶה וּבְרַשְׁבָּ"ם שֵׁם מְפָרֵשׁ דְּאֶתִי שְׁטֵרָא שֶׁנִּכְתַּב מְקוּדָם לְהַאֲשִׁקְלָתָא דְּבְתָרִיָּה. וְעֵינִין בְּתִשׁוּבַת הַר"י מִיגַאשׁ ז"ל (ס' קנ"ט) שֶׁכְּתַב לְהַדְיָא בְּב' שְׁטֵרוֹת שְׂיָצְאוּ בְּח"י וְאֶחָד מֵהֶם מְכַחֵשׁ לְחַבְרֵיו דְּעוֹשִׂין עַפ"י הַשֹּׁטֵר הָרֵאשׁוֹן דְּכִינּוּן שֶׁחַתְמוּ הָוֵי כְּמוֹ שֶׁנִּחְקְרָה וְא"י לְחֹזֵר וְאִם הָיוּ זְמַנִּים שְׁנוּיִן שְׁנִיָּהֶם בְּטִילִין מְפָנֵי שְׂאִין אֲנוּ יוֹדְעִין אֵיזָה מֵהֶם קָדָם וְכִן מְבֹאָר בְּתִשׁוּבַת הַר"י ז"ל וְעֵינִין ח"ס אה"ע (ס' ע"ה): וְעֵינִין תְּשׁוּבַת רַשְׁבָּ"א (ח"ג ס' י"ג) בְּשֹׁטֵר מְשֻׁפֵּטָא שֶׁכְּתוּב בּוֹ שְׁלֹא יִהְיֶה רְשׁוּת בְּיַד הַמְלִיָּה לְכּוּף אֶת הַלְוָה לְפָדוּת הַמְשֻׁכּוֹנָה וּמְסֵרוּ הַשֹּׁטֵר לְמַלְוָה וְלֹא הִרְגִישׁ בְּטַעוּת וּלְאַחַר זֶה מְצָא הַמְלִיָּה שְׁלֹא הִי בּוֹ זְמַן וְאָמַר לְעֵדִים אֵיךְ כְּתַבְתֶּם כִּן וְהִלָּא זְמַן הָיָה לִי עִם הַלְוָה בְּפָנֵיהֶם שְׂאוּכַל לְכוּפוֹ וְעֵדִים מוֹדִים שֶׁכִּן הָיָה אֶלָּא טַעוּת הוּא וְכִן מְצָאוּ כִּן בְּמִזְכָּרַת עֵדוּתוֹן שֶׁעַד אוֹתוֹ זְמַן אִינוּ יְכוּלִים לְכוּפוֹ אֶבֶל מִשָּׁם וְאֵילָף יִהְיֶה רְשׁוּת בְּיָדוֹ לְכוּפוֹ אִם יְכוּלִין לְכַתּוּב לוֹ שֹׁטֵר אַחַר לְפִי שֶׁכְּבָר עָשׂוּ שְׁלִיחוּתוֹן וְעוֹד שְׂאִינָן נְאֻמְנִין לְפִי שֶׁכְּתַב יָדָם יִמְמ"א וְאִם הַלְוָה כְּאֵן וּמְכַחֲשִׁין א"נ דֹּא"י לְחֹזֵר וּלְהָעִיד א"ד כִּינּוּן שְׂאֻמְרוּ שֶׁטַעוּ בְּכַף לֹא עָשׂוּ שְׁלִיחוּתוֹן וְהַשִּׁיב כֹּל שֶׁטַעוּ אַף שֶׁמְסֵרוּ בְּיַד הַמְלִיָּה לֹא עָשׂוּ שְׁלִיחוּתוֹן וְכ' וְאַפְּלוּ הַלְוָה בְּכָאן וְיָצָא שַׁעַר זֶה בְּב"ד וּמְכַחֵשׁ לְעֵדִים קְרוּב אֲנִי לֹאמֵר שֶׁהָעֵדִים נְאֻמְנִים אַעפ"י שְׁכ"י יִמְמ"א מְפָנֵי שְׂאִינוּ מְפֹרֵשׁ כְּאֵן שְׁלֹא יִהְיֶה רְשָׁאֵי לְכוּפוֹלְעוּלָם אֶלָּא סַתְמ' אֶמְרוּ וְהָעֵדִים

מְבָרְרִין הֵן וְלֹא עוֹקְרִין אֶת הַשֹּׁטֵר וְלֹא חוֹזְרִין בְּעֵדוּתָן כּו' וּכ' וּמ"מ אַף כְּשֶׁתִּמְצָא לּוֹמֵר שְׂאִינָם חוֹזְרִין וּמַגִּידִין וְאִם הָיָה הַלּוֹה בְּכֹאן וּמִכְחִישֵׁן א"נ ה"מ כְּשֶׁיִּצְא הַשֹּׁטֵר וְהוֹחֵק כּב"ד וְהַלּוֹה פּוֹפֵר בְּמָה שֶׁהָעֵדִים מְעִידִים עִכְשָׁיו לְפִי שֶׁהַב"ד מְסוֹפְקִין בְּדָבָר וְאִין רִשְׁאִין לְדוֹן מִן הַסֵּפֶק כְּנֶגֶד מָה שֶׁפְּתוּב בְּהַשֹּׁטֵר אָבֵל עַד שֶׁלֹּא יֵצֵא הַשֹּׁטֵר וְהוֹחֵק כּב"ד הָעֵדִים שְׂיֻדְעִים הָאֵמֶת וּמְכִירֵי בְּטֵעוּתָן וְשֶׁלֹּא עָשׂוּ שְׂלִיחוּתָן חוֹזְרִין וְכוּתְבִין וּמִתְקַנִּין טֵעוּתָן וְעוֹשִׂין עִכְשָׁיו שְׂלִיחוּתָן וְהִגַּע עֲצָמָה דֵּל שֶׁטָּרָא מְהֵכָא מִי לֹא מְסַהְדֵי הֵגִי סְהָדֵי בְּעַל פִּה שְׂתִּנְאֵי הָיָה בִּינֵיהֶם לְפִנְיָהֶם לְפִנְיָהֶם בְּזִמְנָא פְּלוּנֵי וּמְהִימְנִין לְהוּ כֹּל שֶׁלֹּא הוֹחֵק הַשֹּׁטֵר כּב"ד וְה"נ לֹא שְׂנָא עַכ"ל הֶעֱתִיקֵי דְבָרָיו שֶׁמְבֹאֵר דְּלֹא כְּשִׁיטַת מֵהֵרָש"ךְ ז"ל וּבְעַל בְּתֵי כְּהִנְיָה וְהִתְיַבּוּת הַנָּ"ל דְּלַעוּלָם כְּשֶׁהוֹחֵק הַשֹּׁטֵר כּב"ד שׁוּב אֵינָם חוֹזְרִים וּמַגִּידִין אַף אִם צָוָה הַמֵּתִסְיִיב לְכַתּוּב הַתְּנַאי בַּשֹּׁטֵר: וְהִכָּא דְּמִכְרָא בְּנִכְסֵי אָבִיו דְּצָרִיף שְׂיִהְיָה בֵּין עֲשָׂרִים שְׁנָה אִם הָעֵדִים אָמְרוּ אַחַר כֹּף דְּלֹא דִקְדָּקוּ אַחַר זֶה מְבֹאֵר מְש"ס ב"ב דְּאֵינָם נֶאֱמָנִים אִם כְּתִב יָדָם יוֹצֵא מ"מ אִם אִין כ"י יִמ"מ אִם מְבֹאֵר בְּר"מ אִם ב"ב שֶׁם וּבִש"מ דְּנֶאֱמָנִים כְּמוֹ בְּאִנְיָרִים קִטְנֵי הֵינְנוּ וְא"ד לְאֵמְנָה דְּלֹא נִימְתָן לְכַתּוּב וְהַפֵּל יוֹדְעִין דְּעוּלָה הוּא וְאֵעוּלָה לֹא חִתִּימֵי אָבֵל הֵכָא לֹא מִלְתָּא דִּינְדְעוּ כְּפִלֵי עֲלָמָא דְּאֵתִי מְנִיָּה פְּסִידָא הִיא דְּאִי מְעִיקָר הַדִּין לֹא עוּלָה דְּב"ד בְּתֵר עֵדִים דִּינִיקֵי וְכִי מְפִיק לִיהַ שֶׁטָּרָא מְצָרִיכִין לִיהַ סְהָדֵי דְּגָדוּל הֵגִי וְכִי קִי"ל הַף חִזְקָה דְּאִין חוֹתְמִין אֵלָא אִם כֹּן נַעֲשֶׂה בְּגָדוּל מְשׁוּם דְּעֵדִים גּוֹפְיָהוּ חִינְיָשִׁי לְב"ד טוֹעִין וּמ"מ אִטוּ כ"ע דִּינֵי גְמִירֵי וְנֶאֱמָנִים דְּלֹא הוּוּ יָדְעֵי דְּאִין מְעִשִׂין כְּלוּם אִי נְמִי דְּלֹא הוּוּ יָדְעֵי אִי קִטְן הֵגִי אוֹ לֹא וְסָבְרֵי דְּלֹא סְמִכֵי ב"ד עֲלֵינְהוּ עֵינֵן שֶׁם בְּר"מ אִם ב"ב פ' מִי שְׂמַת(ס' קל"ו) וּבִש"מ שֶׁם מְשִׁם רַבִּינוּ יוֹנָה וְזֶה דוּמָה מְמַשׁ לְתִנְאֵי הִי דְּבָרֵינוּ דְּבַכ"י יִמ"מ אִם א"נ וּבְאִין כ"י יִמ"מ אִם נֶאֱמָנִים דְּלֹא הֵגִי עוּלָה כְּמוֹ אֵמְנָה וְכְמִבְּאֵר שֶׁם בִּש"מ וְזֶה כְּדַעַת הַרְמָב"ן: וְעֵינֵן בְּר"ן פְּתוּבוֹת דְּהַקְשָׁה בְּהַף עוֹבְדָא דְּבַר שֶׁטָּיָא זְבִין נְכִסֵי דְּבַלִּית לִיהַ חִזְקָה דְּאֵבְהִתִּיָּה אֵמְרִינוּ כְּשֶׁהוּא שׁוֹטָה זְכוּ וְכְשֶׁהוּא שׁוֹטָה זְבִין הֵא חִזְקָה דְּאִין עֵדִים חוֹתְמִין עַל הַשֹּׁטֵר אֵלָא אִם כֹּן נַעֲשֶׂה בְּהַכְשֵׁר וְכַתְּב דָּאָם לְקַח בְּר שֶׁטָּיָא בַּשֹּׁטֵר ה"נ רַק אִם לְקַח בְּכֶסֶף אוֹ בְּחִזְקָה בְּפָנֵי עֵדִים וְאוֹתָן עֵדִים לֹא דִקְדָּקוּ אִם הִי אִז בְּרִיא אוֹ שׁוֹטָה שֶׁלֹּא הָיָה עֲלֵיהֶן לְדִקְדָּקָה.

וּבְרִיטְב"א שֶׁם מְתַרְץ דְּחִזְקָה עַל הָעֵדִים לֹא שְׂיָיָה רַק עַל הַמּוֹכֵר וְלֹא עַל הַלּוֹקֵחַ דְּבַלּוֹקֵחַ לֹא צָרִיף לְעֵדִים לִידַע אִם בְּר קִנְיָן הוּא דְּזִכְיָן לְאָדָם שֶׁלֹּא בְּפָנֵיו וְכוּתְבִין לוֹ שֶׁטֵר לְזִכּוּתוֹ שֶׁלֹּא בְּפָנֵיו וְאֵינָם מְכִירִים אִם הוּא קִטְן אוֹ גָּדוּל עֵינֵן שֶׁם וּבְר"מ א (ס' רל"ה ס' ג) כְּתוּב גַּם כֹּן אֵלָא אִם כֹּן הַמְּכָר נַעֲשֶׂה בְּגָדוּל מְשִׁמַּע גַּם כֹּן דְּעַל הַלּוֹקֵחַ אִין צָרִיף לְדִינֵיקָה.

אוּלָם בְּרִשְׁפ"ם ב"ב (דף קנ"ה) כְּתוּב לְהִדְיָא חִזְקָה אִין הָעֵדִים כּו' בְּגָדוּל נוֹתֵן וּמְקַבֵּל וְעֵדִים כְּלוּם גְּדוּלִים וְכְשָׂרִים מְשִׁמַּע דְּגַם עַל הַמְּקַבֵּל צָרִיכִין לִידַע אִם נַעֲשֶׂה בְּגָדוּל. וְלְכַאוּרָה קִשָּׁה עַל דְּבָרֵי הַר"ן מְב"ב שֶׁם בְּעוֹבְדָא דְּבָנֵי בְּרַק בְּמִכְרָא בְּנִכְסֵי אָבִיו וְעָרְעָרוּ בְּנֵי מְשִׁפְחָה לּוֹמֵר קִטְן הִי דְּקָאֵמֵר שֶׁם בִּש"ס אִי רִאָּיָה בְּקִיּוּם הַשֹּׁטֵר ל"ל לְבוֹדְקוֹ וּמְפָרְשֵׁי רַשְׁב"ם וְתוֹס' לְקִיּוּמֵי שֶׁטֵרִיָּהוּ וְחִזְקָה שְׂאִין עֵדִים חוֹתְמִים עַל הַשֹּׁטֵר אֵלָא אִם כֹּן נַעֲשֶׂה בְּגָדוּל.

וּמֵאִי פְּרִיף דְּלָמָּא שֶׁם לֹא הֵגִי הַקִּנְיָן בַּשֹּׁטֵר רַק בְּכֶסֶף אוֹ בְּחִזְקָה וּבִזָּה אִין עַל הָעֵדִים לְדִקְדָּקָה וּלְכֹף הַנְּצָרָה לְבוֹדְקוֹ כִּינֵן דְּלֹא שְׂיָיָה חִזְקָה בְּזָה. וְאֶפְשָׁר לּוֹמֵר דָּאָף דְּסִבְרַת הַר"ן

הוא דוקא בשטר דעדים החתומים על השטר כמו שנתקרה עדותן בב"ד צריכין לדייק מה שאין פו בקננו אחר הנעשה בפניהם פינו דעדיין לא הגידו בסתם עדותן אינם צריכין לדקדק מ"מ זה דוקא אם לא יחדו אותם לעדים אבל אם יחדו אותם לעדים שידעו להעיד פי זה מכר לזה החיוב עליהם לדעת מהות העדות אם נעשה בכשרות ובכרט בדיני ממונות דאין צריף דרישה בתקירה ויעידו אחר פה אף אם יהיה נשפח מהם הזמן ויעידו שנה מכר לזה צריכים לדעת אם יש קיום לעדותן בשעתן היינו אם נעשה בהכשר ובגדלות וכן משמע קצת בלשון הר"ן שכ' ואותן עדים אעפ"י שראו המקח לא דקדקו אם היה בריא או שוטה שלא היה עליהם לדקדק היינו פינו שלא נתמחדו לעדים להעיד בדבר אחר פה אבל אם נתמחדו שיהיו עדים אחר פה להעיד בדבר יש לומר דחייבין לדקדק בדבר ושייף חזקה.

ואם פו יש לומר שם בנדאי היה בחזקת קטן פינו שערערו אחר פה ובנדאי הי' הלוקח מייחד להעדים להעיד בדבר ושייף גם פו חזקה זו נעדיין צריף עיון בזה פי אולי יש לומר דהיה ידוע להש"ס שם דהמכר היה בשטר אבל בלא שטר פינו דעדיין לא הגידו עדותן ולא הוי פנחקה' אין על העדים לדקדק: ובהא דכתב המחבר דבמודעא נאמנים אף בכתב ידם יוצא ממ"א ובש"ף הביא חבל גדולי הראשונים דס"ל דא"נ וכן גם פו דעת הר"י הלוי ז"ל כמו שכ' לעיל וכן דעת רמ"ה ב"ב.

ובסמ"ע (ס"ק ק"ו) כ' על שטר הלואה או שטר מכר וברש"י פתובות כ' אם שטר מכר הוא ובס' הפלגה שם כ' דבהלואה לא משפחת מסירת מודעא דאם איירי שבאמת נתן מעות וכופהו על השטר וטוען הלנה שפרע קשה דמ"מ אינו יכול לטעון פרעתי דשייף לומר שטרף בידי מאי בעי נאי איירי שלא נתן מעות הוי תלי' ויהיב ולא בעי מסירת מודעא נאי במתנה דחייב את עצמו ובלא אונס לא שייף ניתן לכתוב בין לרש"י בין לר"ן לגבות בו מעות שנתן עיין שם עוד.

אולם בש"מ שם כ' משם לקוטי הגאונים מודע' דברינו שהודיע לנו המוכ' את אונסו אי נמי שהודיע הלנה שאנוס היה בעת שהעדנו עליו ומבואר דשייף מודעא אף בהלואה ולמאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא אם פו לא חל השעבוד לטרוןף מלקוחות רק על ידי השטר ובמסר מודעא דהלנה לו באמת הלואה בעל פה ועכשיו כופהו לכתוב לו שטר לא קנה השעבוד נכסים לטרוןף מלקוחות בשטר זה נאף אם שעבודא דאורייתא ושטר בעינו רק שיהיה קול להלואה מ"מ פבר פתבו פמה אחרונים דעכשיו פינון שהפקיעו חכז"ל דמלנה על פה אינו גובה מלקוחות וחייל השעבוד רק על יד השטר וממילא בעינו פל דין שטר ולא מהני לטרוןף מלקוחות על ידי שיש קול אם פו שפיר פשהוא באונס אינו יכול לטרוןף מלקוחות וניתן לכתוב בין לפירוש רש"י להצילו בין לפירוש הר"ן פמובן ועוד יש נ"מ טובא במודעא גם בהלואה: ועד אחד בשטר פתב הרמ"א (סוף סי' מ"ו) דיש אומרים דיכול לחזור בו והוא מדברי הריב"ש (סי' קכ"ז) ובש"ף תמה ע"ז פינון דקיי"ל דע"א בפתב זוקק לשבועה והו"ל פמעיד בעל פה והאיף יכול לחזור נאף הריב"ש לא פתב רק בדרף אפשר והעלה דאם כ' עדותו בלשון שטר בצואות בע"ד בעינו דלא הוי מפי פתבם אינו יכול לחזור בו.

ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ט"ז) דבאמת' דאינו חוזר ומגיד יש מגמגמים מניין לנו פיון דקרא אם לא יגיד איורי בשני עדים ולא בעד א' וכיון דבעד א' ליפא קרא מניין לנו וכתבתי דלדברי הריטב"א דלמדנו דאינו חוזר ומגיד מדכתיב יקום דבר ממילא בעד א' נמי פיון דכתיב לא יקום עד א' באיש לכל עון אבל קם הוא לשבועה קם בקיומו דאינו חוזר ומגיד ואם פן יש לומר דזה רק בע"פ אבל בשטר דלמדנו רל"ק דעדים הנתומי' על השטר כמו שנתקרה עדותן בב"ד יש לומר דוקא בב' עדים ולא בעד א' אע"ג דחייב שבועה לדעת הרמב"ם מ"מ יש לומר דחוזר ומגיד ובפרט לדעת' דרמב"ם עדות בשטר לא הוי רק מדרבנן יש לומר אף דגם על ידי עד א' בשטר חייב שבועה ואף הוי מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם אף דעדוהו לא הוי רק מדרבנן מ"מ פיון דנתתיו לנכסי אם אינו רוצה לישבע הוי מתשאי"ל ומשלם מ"מ יש לומר דיכול לחזור אם אינו מעיד בעל פה ודוקא אם פבר דנו הב"ד על פי השטר ופסקו לחייבו שוב אינו יכול לחזור אבל קודם שפסקו יכול לחזור מ"מ קשה לחלק בין עד א' לב' עדים פיון דהוי כמו שנתקרה עדותו בב"ד וכשר הוא מה"ת אינו יכול לחזור ועיין בריב"ש (סי' קצ"ג) שפתי להדיא דעד א' בשטר גם פן מהני והוי פנתקרה עדותו בב"ד וכתב אם פתיב ונתן לבקשות הבע"ד כ"ש דמהני דהו"ל כמו שנתקרה עדותו בב"ד פדאמרינו בשנים ומצטרף עם אחר בע"פ בגמרא דילן עיי"ש ואם פן מהיכי פתיי נימא דיכול לחזור ועל פרחו צריף לומר ולחלק דבעד א' בעינן שיבא השטר לב"ד וכל זמן שלא בא יכול לחזור וכמו שפתיב הנתיבות בדעת הרמ"א דגם שטר בעד א' לא הוי מפי פתיבו רק דלא הוי כמו שנתקרה בשעת חתימה ויכול לחזור קודם שבא השטר לפני ב"ד אבל אחר שפראה בב"ד אינו יכול לחזור ולפי זה נראה באם חתם עד שלא נעשה חתנו ואחר כף נעשה חתנו דאף דבשנים הדין הוא דאחרים מעידים על חתימתם אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו פמבואר (סעיף ל"ה) זה דוקא בב' עדים דהוי פנתקרה מיז מה שאין פן בשטר בעד א' אף דמחייב שבועה מ"מ פיון דלא הוי פנתקר' עדותו עד שיבא לב"ד ועכשיו שהוא חתנו פסול להעיד לו אינו מחייב שבועה: סי' לג פבר פתיב לעיל (סי' כ"ב) להעיר דאף לרוב הפוסקים דעדות בשטר פתיקון השטר הוא מה"ת ודלא פשיטת הרמב"ם מ"מ אם לא נכתב בו באיזה שעה חסר אחת מן השבע חקירות שהיא באיזה שעה ועל פרחו אינו מועיל עדותן מן התורה ולא עדיף מאם העידו בעל פה רק מדרבנן מפני נע"ד לא הצריכו דרישה וחקירה פן נמי עדות בשטר הנה צריף שיקתבו באיזה יום ובאיזה שעה רק כמו דעקרו הדרישה וחקירה בד"מ מפני נע"ד פן נמי בשטר לא הצריכו לכף פשר אף באין בו זמן ואף לא באיזה שעה ואף לדעת בעל המאור דס"ל דעדות בשטר לית בהו הזמה אף פכתב בו בזמנו פתבנוהו משום דהזמה חידוש הוא מ"מ פבר כ' הב"ח והש"ף (סי' ל"ח) דדבריו לאאמורים רק לעשות דין הזמה אבל לענין פסלות העדים מודה שהעדים פסולים [ומה שהקשה פתומים (סי' ל"ד סק"ט) דאם פן אמאי ס"ל להרנ"ה ז"ל דעדי קיום ודיינים יכולין להיות קרובים לעדי השטר פיון דכל הטעם דקרובים פסולין הוא שאם יתזמו יענשו על ידי קרובים פמבואר בירושלמי ובשטר לא שייף הזמה ואם נאמר דעכ"פ פסלו לעדות עדיין שייף הזמה על ידי קרובים פבר ביאר ע"נ אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ל"ח) דנדאי יכול להזימו בב"ד אחר וכבר פתיב הריטב"א מפות (דף י"ב) בהא דאין עד נעשה דיין אף דיכול להזימן בב"ד אחר מ"מ פיון דאין עדים נעשו זוממין עד דנגמר

הדין ויהיה הנזמה מחמת קרוביהן דגמרו הדין וזה דוקא לענין עונש אבל לענין פסלות העדים נפסלו אף קודם גמר דין כמו שכ' הריב"ש.

אם כן לא נפסלו דוקא על ידי קרוביהן עינין שם ולא היה צריך להביא מדברי הריב"ש שכן מבואר להדיא ברמב"ם (רפ"ד) מעדות בהזנמו קודם גמר דין נפסלו לכל עדות שבתורה. ואף דיש לומר הא מ"מ צריך שייעידו בתורת עדות לפני ב"ד מ"מ זה לא הוי כנענשו על ידי קרובים פנין דהם מעצמם גורמין להם פנין דאין צריך לזה גמר דין] וכיין דנפסלין אם מתזמו ודאי צריך שיהיה בשטר נכתב מן התורה באיזה שעה וכבר ביארתי לעיל דיני עדות (סי' א') דאף במקום דלא מקינים בהו דין הנזמה מ"מ בעינין מן התורה דרישה נחקירה דזה תנאי התורה להאמין להעדים שאינם משקרין באם מגבילים הזמן והמקום דאז לא ישקרו ומפחידים שלא יתפסו לשקרנים כמו שהבאתי שם מדברי רש"י ב"ק (דף ע"ה) ופירוש המשניות לרמב"ם סנהדרין.

ועל כרחוק הא דשטרות פשרין אף דלא כתבינן שעות הוא מטעם דעקרו חכז"ל הדיו"ח ועינין רמב"ם (פי"ז) ממלנה דשטר שאין בו זמן הוא כשר אעפ"י שעדות זו אי אפיה יכול להזימה שאין מדקדקין בד"מ בדרישה נחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין הרי מבואר דלכ"ע עדות בשטר הוא רק מדרבנן עכשיו פנין דליכא דיו"ח: ולכאורה צריך לעינין פנין דמדאורייתא עדים התומים על השטר כמו שנתקרה עדותן בב"ד הוא דוקא אם נתברר כל הזיין חקירות בשטר ואף דמפיהם ולא מפי כתבם פתיב מ"מ שטר מהני דגלי לן קרא דעדות בשטר מהני יהי מאיזה טעמים המבוארים בראשונים ועכשיו דאין כותבין בשטר שעות וכן בלא זמן ובלא מקום כשר אמאי מקילין כל כף בקיום שטרות דלא הוי רק מדרבנן וכמבואר בש"ס ופוסקים ומה"ט מקילין בקיום לכמה דברים וכן כשר מפי כתבם והכל הוא פנין דקיום שטרות דרבנן ואמאי הא מה"ט לא מהני כלל אף אם נתקיים חתימתם הואיל דלא הוי בו דרישה נחקירה הצריך לעדים רק פנין דרבנן עקרו מפני געילת דלת דלא צריך דרישה נחקירה ומקבלין עדותן וכיין דחכז"ל חששו לזיוף וצריך עכ"פ קיום נימא הם אמרו והם אמרו.

וצריך לומר דמ"מ פנין דחכז"ל עקרו הדרישה נחקיר' בדיני ממונות יש פח לעדות בשטר אף מה"ט דהוי כהגידו בעל פה אף דחסר דרישה נחקירה הראוי' מ"מ פנין דמן התורה לא חציה אינש לזינף נחזקה דאין אדם מישראל טורח לזינף ומשום חזקה זו אין צריך קיום מדאורייתא רק חכז"ל חששו לקיים השטר לכך מקילין בו אבל מ"מ לא הוי רק מדרבנן דמה"ט בעינין דיו"ח: ובזה יש לומר בפשיטות בדברי רמ"א (סי' מ"ב) באה"ע דכתב מצאו כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שאין השטר מקונים אין לחוש לקידושין ועינין שם בב"ש דאירי דאחד מהם אומר מזניף ובש"ף תמה הרבה בזה דמ"מ מדאורייתא לא מהני אף בטוען מזניף ואם כן למה לא נחוש לקידושין ועינין מה שכ' לעיל (סי' כ"ח) בזה ולמה שכ' יש לומר עוד פנין דלא נעש' דרישה נחקירה אף דכתב הרמ"א שם דעידי קידושין אין צריך דרישה נחקירה אם לא בדבר שיש בו רמאות מ"מ מן התורה צריך דרישה נחקירה דכתב משפט אחד יהיה לכם רק מדרבנן השוו לדיני ממונות וכיין דרבנן אמרו דצריך קיום להשטר אף דהקילו בקיום שטרות מ"מ כל זמן דלא נתקיים כלל אין לחוש לקידושין ובפרט למ"ש הב"ש שם דהיכא דהיא

מכחשת בעיניו דו"ח דהגוי קדין מרומה אם פו ודאי אתי שפיר דברי הרמ"א פיון דמן התורה אין פאן עדות בלא דרישה וחקירה אף אם מדברבנו חוששין אף בלא דרישה וחקירה מ"מ כל זמן שלא נתקנים אין חוששין כלל ובפרט בשטר הנמצא ועיין בקצוה"ח ובנתיבות ובמשוכב העלה דלכל הראשונים אף בשטר הנמצא לא צריך קיום אולם באו"ז (סי' תרצ"ו) מבואר דעתו דמן התורה צריך קיום בשטר הנמצא רק במצאו שמת פלוני הקילו ומשום עיגונא הקילו: ועיין בדב"ז (ח"ג סי' תרכ"ה) בנידון ב' שטרות היוצאין על אשה אחת שנתקדשה לראובן ולשמעון ביום אחד ולא פתוב בו שעות שיתברר למי נתקדשה תחילה והיא אומרת לראובן וכתב אם העדים הם שחתמו על הראשון והשני ודאי רשעים גינהו וסהדי שקרא הו פיון דידעו דנתקדשה לראובן תחילה האידו העידו דנתקדש' לשמעון ולא מבועי אם כתב ידם יוצא ממ"א אין להם שום נאמנות ולא שום מגו אלא אפילו אין כ"י יוצא ממ"א א"נ לומר לראובן נתקדשה תחילה במגו שהיו יכולין לומר אין זה כתב ידו פיון שחתמו שקר אינם נאמנים לומר לראובן נתקדשה תחילה וא"ת פיון דאין כתב ידם יממ"א מאן משווי ליה שטרא אינהו דאמרו כ"י ואם פו מודים הם שחתמו בשקר ואין אדם משים עצמו רשע ויהיו נאמנים עתה להעיד בו לראובן נתקדשה תחילה וי"ל דלא אמרינו הכי אלא היכא שהם בעצמם באים ואמרים העדנו או חתמנו שקר אבל בנדון דידן אינם מודים אלא מפני חקירותינו שראינו שתי העדיות מתחלפות שאם הנה הולך אחד מהם היתה נשאת לאחר שלא כדן והם שותקין וליכא למימר שעדיין לא נפסלו פיון שאין העולם יודעין שזה עדות שקר דאין לה אדם מישראל שאינו יודע שאין קידושין תופסין באשת איש ואם הם ב' פתי עדים שתיקו כשרות אלא דלא ידעו מי קדם ולא שאני לן בהא בין אם כתב ידם יממ"א או לא אלא הרי היא ספק מקודשת לשניהם ואם העדי' לפנינו שואלים ולאמנים אלו לומר שנתקדשה בפניהם בפוקר אעפ"י שלא נתברר מתוך השטר עיין שם.

ומבואר דסובר דבאין כתב ידם יוצא ממקום אחר מ"מ חיישינו לחומרא הואיל דמן התורה לא צריך קיום. ולכאור' מ"מ למה לא תהי' האשה נאמנת לומר למי נתקדשה תחילה פיון דאינו אלא לברר הדברים ודומה לאב האומר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתי ובה אחר ואמר אני קדשתי דנאמן וכתב הר"ן קידושין (דף ס"ג) הטעם אף דהגוי דבר שבפירושה מ"מ פיון דידענו דהיא אשת איש מ"מ פיון דמעמידה בחזקתה נאמן והכא נמי תהיה נאמנת לברר.

וצריך לומר אף דאין פאן נגד חזקה מ"מ אין דבר שבפירושה פחות משנים וגם שם אם האשה אומרת קדשתי את עצמי ואיני יודע למי אינו נאמן אחר לכונסה דחיישינו לקנוניא דהיא תחפה עליו כמבואר באה"ע (סי' ל"ז).

אולם מה שכ' דאם אותן עדים חתומין על שני שטרות דאינם נאמנים אף באין כתב ידם יוצא ממקום אחר לומר למי נתקדשה תחילה לא אבין למה פיון דלא ידענו מחתמתם על שטר שמעון רק מפיהם ואין אדם משים עצמו רשע ואינם נפסלין לכל העולם וכיון דנשארו כשרים למה אינם נאמנים לומר למי נתקדשה תחילה בפרט אם המתקדשת אמרה גם פו כף ודומה לכתב ידו הוא זה נאנוסים מחמת ממון דנאמנים על עדותן שהוא כתב ידם וא"נ לומר אנוסי' וכאן נמי פיון דהעידו על שטר דראובן דכ"י הוא ולו



נתקדשה בבוקר רק הוסיפו לומר דגם חתימתם על שטר של שמעון הוא כ"י והי' אחר כף וכל עדותן הזאת הוא על עצמן לומר שנפסלו לעדות אחר כף וכיון דאין כ"י יממ"א הוי עדות הזאת כמעידין על עצמן ואינם נאמנים וכיון דנשארו פשרים לכל עדות שבעולם למה לא יהיו נאמנים על עדותן של ראובן ואף דאמרו על שטר דראובן דכתב ידם הוא מ"מ בידם לומר דכתב יד של שמעון הוא מזניף ואין זה פתב ידם וזניף לדמות לכ"י של השטר הראשון דהא אין זה קיום המועיל משטר אחד ואם כן יהיו נאמנים דשמעון הי' האחרון.

ומה שכ' ה"דב"ז פיון שאינם מודים אלא עפ"י חקירותינו לא אדע לכיוון הדברים הא גם באומרים אנוסין היינו ובכ"מ דאמרינו אין אדם משים עצמו רשע הוא לאו דוקא אם באו מעצמן ובאנוסין היינו הוא גם כן אף אם לא באו מעצמן רק ע"י חקירותינו גם כן אין נפסלין מפי עצמן כמו שמבואר שם מכל דברי הראשונים: ומ"ש ה"דב"ז שעדות שקר מה שחתמו על שטר השני דאם הי' הולך אחד מהם היתה נישאת לאחר שלא כדין לא הוי צריף לזה לא מבעי לדעת התשב"ץ (ח"א סוף סי' א') דהיכא דהעד כ' בשטר אחד והעיד עדותו פעם ראשון ואחר כן פתב עדותו להיפוך בשטר אחר דנפסל אם כן היכא נמי אף דזה נדאי אם עד העיד בב"ד עדותו ואחר כף העיד חילוף הדברים באותו ב"ד נדאי דאינו נפסל דעדות השנייה לאו תורת עדות עליו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מ"מ כשמעיד עדות הראשון בשטר דהוי כנחקרה עדותו בב"ד והוציא מתחת ידו ואחר כף מעיד חילוף הדברים דהוי גם כן כמו שנחקרה עדותו בב"ד והב"ד השני אינו יודע איזה מהן קדם נדאי דנפסל ואף להמבואר בתשובת רשב"א (ת"א סי' רמ"ה) בעד א' שהעיד וחתם על הצנואה שמה שצוה בעלה שתקה אשתו ונעשה כמו שנחקרה עדותו בב"ד וכיון שהגיד שוב אינו יכול להגיד ואף דחתם אחר כף בשטר האחרון וכתב בו שאמרה כן נעשה אינו נפסל על ידי זה היינו שם דליכא נ"מ בזה.

אבל בנידון ד"דב"ז דחתם את עצמו על קידושין של השני אחר שנתקדשה לראשון בפניהם באותו יום זה נדאי עדות שקר הוא דעל ידי עדותן בשקר שנתקדשה ונאסרה על כל העולם מחמת קידושיו הוא בשקר ועל ידי זה נאסרה גם על הראשון פיון דלא יתברר קידושין של מי הי' קודם ול"ה צריף לזה דאם היתה הולך אחד היתה נישאת לאחר שלא כדין דבלא"ה עיקר חתימה השנייה הוא עדות שקר לאסרה על ידי זה לבעל הראשון שנתקדשה לו אולם בכל זה פיון דא"נ לומר על שטר השני כ"י הוא זה דאין אדם משים עצמו רשע מהראוי שיהיו נאמנים לברר למי נתקדשה תחילה.

ואולי יש לומר דס"ל פיון דגם האשה מודה דנתקדשה בפניהם גם פעם שנית באותו יום לשמעון ומן התורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן ולא צריף לקיום לכן אין אנו יכולין לקבל עדותן אף דלא נעשו רשעים על ידי עצמן וצ"ע: פיון דקיום שטרות הוא מדרבנן מקיימין השטר אף שלא בפני בעל דין ואף אם עומד וצווח מזניף הוא כמבואר בפוסקים וש"ע והרשב"א כ' הטעם פיון דלא על מנה שבשטר הם מעידין רק על חתימת העדים.

וְכַתֵּב בְּדַרְיָשָׁה לְהַקְשׁוֹת הָאֵם אִם עַדִּי הַשְּׁטֵר עֲצָמֵן מְקַיְיִמִים קִיִּי"ל פְּרַבְּנֵן דְּאַמְנָה קַמְסָהֲדִי וְחִרְצֵן פִּינֵן דְּסוּף סוּף אִין מְעִידִין עַכְשָׁיו עַל דְּבָר חֲדָשׁ אֲלֵא שְׂאוּמָרִים זֶה פְּתַב יְדִינוּ שְׂפִלוּנֵי לָנָה לְפִלוּנֵי וּבִשְׁעַת הַלְנָאָה הִנֵּה הַחֲתִימָה.

אוּלָם בִּשְׁמ"מ ב"ק (דָּף קי"ב) פְּתַב מִשָּׁם הַרמ"ה דְּהִיכָא דְּמְקַיְיִמִין עַל יְדֵי עַדִּי הַחֲתִימָה פִּינֵן דְּעַל מְנָה שְׂבִשְׁטֵר הֵן מְעִידִין אִין מְקַיְיִמִין אֲלֵא בְּפִנְיָהֶם וְכֵן פְּתַב הַתּוֹמִים מִשָּׁם סָפֵר בְּנֵי שְׂמוּאֵל דְּלִטְעָמָא דְּרִשְׁבִּי"א הֲדִין פִּן הוּא וְכַתֵּב דְּלֵא מְצִינוּ חִילּוּק זֶה בְּשׁוּם מְחַבֵּר וּלְפִנְיָנוּ דַּעַת גְּדוּל מְרַאשׁוֹנִים הַרמ"ה ז"ל דְּס"ל פִּן וְאַפְשָׁר דְּהַרמ"ה לְשִׁיטְתוֹ דְּסוּבֵר פְּשִׁטוּעֵן מְזוּנָף צָרִיף קִיּוֹם מְדַאוּרִייתָא כְּמוֹ שְׂהַבְּאֲתִי לְעִיל (סי' כ"ח) מִשָּׁמוּ בְּתִשׁוּבָה (סי' רצ"ג) [וְנִשְׁמַט שָׁם תִּיבּוֹת אֵלּוּ דְּהִיכָא דְּאִיפָא עֲרַעוּר מְדַאוּרִייתָא נְמִי צָרִיף לְקַיְיִם] וּבַכֵּה"ג דַּעַתוֹ דָּאֵם מְקַיְיִמִין ע"י עֲדִים הַחֲתוּמִים כְּמֵאן דְּמַסְהֲדִי הַשְּׁתָא עַל פֶּה דְּמִי דְּקִיִּי"ל עַל מְנָה שְׂבִשְׁעֵר הֵם מְעִידִין.

אַבְל אִם לִיפָא עֲרַעוּר דְּמַקּוּלֵי קִיּוֹם הוּא פִּינֵן דָּא"צ מַה"ת מוֹדָה דְּמְקַיְיִמִין שְׂלֵא בְּפִנְיָו אָף ע"י עַדִּיו שְׂל הַשְּׁטֵר: וְכ"י הַלְנָה הַעֲלָה הַשְּׁטֵר דְּחֲתִימַת יָד הַלְנָה לֹא שְׂיִיכֵי הֲנִי טַעְמֵי דְּדוּקָא שְׁטֵר דְּעֲדִים הַחֲתוּמִים כְּמוֹ שְׂנַחְקֵר' וְלֹא בְּכַתִּיבַת יָד הַלְנָה וְצָרִיף לְקַיְיִם דְּוִקָא בְּפִנְיָו וְהוֹכִיחַ פִּן מְדַבְּרֵי הַסַּמ"ע (סי' ל"ה) שְׂפַתֵּב אָף דְּבָקִיּוֹם שְׁטֵרוֹת נְאַמֵּן לְהַעִיד בְּגוּדְלוֹ מַה שְׂרָאָה בְּקַטְנוּתוֹ דְּוִקָא עַל עֲדוּתוֹ שְׂל אָבִיו דְּמֵן הַתּוֹרָה הֲנִי לִיהַ בְּנַחְקֵרָה אַבְל כְּשִׂאָחִיו אוֹ אָבִיו הֵן בַּע"ד שְׂהַתְּחַיְיְבוּ אֶת עֲצָמֵן בְּכַתֵּב יָדָם וְדָאִי אִין בְּנוֹ נְאַמֵּן לְהַעִיד עַל חֲתִימַת אָבִיו דְּהֲנִי לִיהַ בְּכַלְל לֹא יוֹמְתוֹ אַבּוֹת עַל בְּנִים פִּינֵן שְׂאִין חֲתִימַתּוֹ נִיכָר הֲנִי לִיהַ כְּמַעִיד עֲלָיו עַל פֶּה וְהַכ"י כְּמֵאן דְּלִיתֵי דְּמִי.

וּמוֹכַח דְּכַתֵּב יָד צָרִיף קִיּוֹם מַה"ת. וּבַקְצוּה"ח תַּמָּה עַל זֶה פִּינֵן דְּמֵן הַתּוֹרָה אִין צָרִיף קִיּוֹם מִטַּעַם דְּחֻזְקָה גְּדוּלָה דְּלֵא חֲצִיף לְזַיְיָף הַה"ד בְּכַתֵּב יָד הַלְנָה נְמִי וּמְדַבְּרֵי סַמ"ע (סי' ל"ה) אִינוּ רְאָיָה דָּשָׁם פִּינֵן דְּקָרוּב הוּא אִינוּ מְקַיְיִמִין עַל פִּיו אֲפִילוּ בְּדַבְּרָ שְׂהוּא מְדַרְבְּנֵן כְּמִבְּנָאָר (סְעִיף י"ט) וַיֵּשׁ לּוֹמ' דְּשִׁפִּיר הוֹכִיחַ הַשְּׁטֵר מְדַבְּרֵי הַסַּמ"ע הַנֶּ"ל דְּהָא (בְּסְעִיף י"ט) פְּתַב הַמְּחַבֵּר שְׂנֵי דִּיעוֹת וְכַתֵּב דְּבַעֲדֵי קִיּוֹם הַקְּרוּבִים לְמַלְנָה וְלָנָה וַיֵּשׁ מִי שְׂמַכְשִׁי וְהַסַּמ"ע פְּתַב בְּפִשְׁיטוֹת דְּפָסוּל לְקַיְיִם חֲתָם יָד אָבִיו אֲפִילוּ גְּדוּל אֲלֵא וְדָאִי דְּס"ל לְהַסַּמ"ע לְחַלֵּק בֵּין חֲתָם יָדוֹ לְקִיּוֹם עַדִּי הַשְּׁטֵר וַיֵּשׁ לּוֹמֵר הַטַּעַם דְּבִשְׂלָמָא לְקִיּוֹם חֲתִימַת יְדֵי עֲדִים אִינָם מְעִידִים כְּלוּם עַל בִּירוּר הַדְּבָר רַק עַל כְּתִיבַת יָדָם וְהַעֲדִים מְמִילָא אִם יַדְעוּנוּ שְׂהוּא פְּתַב יָדָם נְאַמְנִים אַבְל לֹא מִטַּעַם בִּירוּר הַדְּבָר דִּיכּוֹל לְהִיּוֹת שְׂהֵם מְשַׁקְרִים רַק גְּזוּרַת הַפְּתוּב וְחֻק הַתּוֹרָה לְקַיְיִם הַדְּבָר עַל פִּי ב' עֲדִים כְּמוֹ שְׂכ' הַרמב"ם ז"ל וּלְכָף אָף קְרוּבִים נְאַמְנִים לְקַיְיִם חֲתִימַת הַעֲדִים דְּאִינָם מְעִידִין עַל חִיּוּבוֹ דְּקְרוּבִיו רַק עַל חֲתִימַת יָד עֲדִים שְׂזָה חֲתִימַתָּם וְאִם בְּשַׁקֵּר אוֹ בְּאַמַּת עַל זֶה אִינָם מְעִידִין וּלְכָף אָף דְּמִמִּילָא נְפָסַק הֲדִין עַל פִּי הַקִּיּוֹם לֹא אִיכְפַת לֵן פִּינֵן דְּקִיּוֹם שְׁטֵרוֹת הוּא רַק מְדַרְבְּנֵן מַה שְׂאִין פִּן כְּשִׂבְּאֵנוּ לְקַיְיִם חֲתִימַת יָד הַפְּתוּבִיב דְּהוֹדְאָת בַּע"ד הוּא כְּמֵאָה עֲדִים וְעַדִּיף דְּמַה לְפָה שְׂפִן אִינוּ בְּהַכְחָשָׁה וּמְחַזְקִינֵן הַדְּבָרִים לְקוּשְׁטָא דְּמַלְתָּא בְּזָה אָף אִם מֵן הַתּוֹרָה לֹא צָרִיף קִיּוֹם מִטַּעַם דְּחֻזְקָה אֲלִימַתִּי הוּא דְּלֵא חֲצִיף אִינְשׁ לְזַיְיָף מ"מ פִּינֵן דְּמְדַרְבְּנֵן צָרִיף קִיּוֹם הֲנִי כְּמֵאן דְּלִיתִי וְהַעֲדִים הַמְעִידִין עַל קִיּוֹם חֲתִימַתּוֹ הֲנִי כְּמַעִיד דְּנִתְחַיְיִב בְּבִירוּר לְכֵן כ"ע מוֹדִים דְּקָרוּב פָּסוּל לְקַיְיִם הַחֲתִימָה.

וממילא מוכח דאין לקיים שלא בפניו אף דאין צריף קיום רק מדרבנן מ"מ פיו דכמאן דליתא דמי אם לא נתקיים והקיום על חתימתו הוי כמעיד עליו דנתחייב בבירור ואין חבין לאדם אלא בפניו ואף אם נאמר דמן התורה אין לחלק בין קיום העדים לקיום חתימת יד הלנה דחזקה אלימתי הוא דלא חציף לזניף וכמו שכ' הקצוה"ח.

ובאמת בתשובת רשב"א המיוחסת (סי' כ"ב) מסתפק קצת בזה וז"ל דאפשר לומר וקרוב בעיני דאפילו בחתם ידו אין אנו חוששין נזדיף בין בסוף בין בזמן ואפילו לטרוף ממשעבדי במלנה בשטר דאחזקי אינש בשקרא לחתן' בשטר לא מחזקינן דהא קיי"ל דקיום שטרות מדרבנן ומדאוריית' לא צריף כו' ולא חיישינן לומר שמה מזוניף הוא וכדאמרינן אחזקי אינשי ברשיעי ומזיפי ל"ח ומ"ש חת"י וכל מה שכתב ומ"ש שמות שני אנשים אם אנו חוששים לזה ואינו דומה לשטר אמנה דהתם דרובא דעלמא מקרו ואמרו אבל לחתום לא עבידי ודומה לזה קצת דר"פ חה"ב ואפילו יחלק בע"ד בין חתימת ידם לשטר בעדים אבל מ"מ כפר ירד זה לבתים כו' עכ"ל הרי אף דברור לו דאין לחלק בין שמות העדים לשמו דמתחייב ומ"מ כתב דיש לחלק.

ומ"מ זה דוקא לענין מן התורה דלא חיישינן לזניף אבל מדרבנן פיו דצריף קיום הוי כמאן דליתא ואין מקיימין שלא בפניו פיו דמעידין על עצם החיוב של המתחייב: אף הקצוה"ח העלה דאין לחלק כלל בין קיום דשטר לקיום דחתם יד המתחייב ומקיימין אף שלא בפניו ושם שמצא פן למהרח"ש בתשובה.

וכדבריו נראה שפן דעת מהרשד"ם (סי' קמ"ו) וכו' אע"ג דאפשר לחלק קצת דדוקא בקיום שטרות דכמו שנתקרה עדותן בב"ד מקיימין שלא בפניי הבע"ד אבל בכ"י נראה דליכא האי טעמא מ"מ נראה בנדאי דאי אפשר לומר פן דכי לא משתמיט שום פוסק דלימ' חלוק זה כו' ועוד לטעם משום דלא על מנה שבשטר הו מעידין רק אלא על חתימת העדים הה"ד והוא הטעם בכ"י עיין שם וכבר כתבתי מה שיש לחלק בזה.

וראיתי בס' ע"ה דמסתפק בשטר פיס דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכן בכ"י דנאמן לומר מזוניף במגו דפרעתי דאפשר בזה הקיום מה"ת פיו דאיכא מגו אע"ג דיש חזקה דאין אדם טורח ומזניף לא עדיפא חזקה זו מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דקיי"ל דאמרינן מגו במקום חזקה הכא נמי נאמן לומר מזוניף במגו וצריף קיום מדאורייתא.

ולכאורה אם נאמר פן אם פן אין לקיים את השטר שלא בפניו דחבין לו דאם לא יהי מקוים יהיה נאמן בטענת מזוניף במגו דפרוע ואם יתקיים יהיה הוחזק כפרו כשיטעון מזוניף.

אולם זה אינו דלמה נחוש שיטעון בשקר שהוא מזוניף פיו דיש לפלוני עדים לקיים חתימתו ואם יטעון אחר כף מזוניף אף דאז צריף לקיים מן התורה ואין מקיימין שלא בפניו הוא חייב את עצמו ומי בקש ממנו שיטעון בשקר ואף דקבלת עדות שלא בפניו לא מהני מ"מ אנו לא צריכין לחוש לזה פיו דאף אם נאמר דגם בד"מ אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין הוא מן התורה מ"מ הוא רק מטעם גזירת הפתוב כמבואר ברשב"א בתשובה ואף למה שכ' דיני עדות (סי' ע') מדברי הרי"ף בתשובה והרמ"ה דהטעם הוא דמיקסוף מניה לאסהודי שקרא מ"מ פאן לא חיישינן דלמה לו לטעון שקר שהוא מזוניף

יטען שפּרע וואָן לחוש דלמא באַמט הוא מזוּנף כ"ז שאינו טוען: ולכאורה יש לומר דאף במגו דפרעתיך בתוך זמנו דהוי ספק אם נאמן או לא הוא דוקא שם דהוי עכ"פ חזקת חיוב גם כן לצרף לחזקה זו וכמו שכ' התומים פללי מגו לכך יש לומר דאינו נאמן מה שאין פן במקום דליכא חזקת חיוב אין פאן ספק ובנדאי נאמן במגו אף דטענה דהשתא הוא נגד חזקה כמו פאן דכינון דטוען מזוּנף אין פאן חזקת חיוב אף דמה"ת אַמרינו דלא חציר לזוּנף ומוציאין ממון על ידי זה מ"מ גם מגו הוא מה"ת וצריך קיום מן התורה ועיין תשובת רשב"א מובא ב"י אה"ע (סי' מ"ב) בשטר חתום בעדים ונתקנים השטר על פי עדים דעלמא והאשה מכחשת דלא נתקדשה פינון דפלוני אייתי עדים והעידו דהמקדש הי' מהדר אזיכפי דאינו יכול לאסרה דמוקמינו אחזקת היתר לעלמא וכ' ועוד דכל דלא באו עדי השטר ממש נאמנת היא לומר שטר מזוּנף הוא במגו דאי בעי אַמרה גרשתני ואע"ג דמגו במקום עדים לא אַמרינו הכא דחזר אַמרינו לזוּנף אַמרינו אין להוכיח מדבריו דאַמרינו אף מן התורה דלא חיישינו פלל לזיוף מ"מ היכא דיש לו מגו דנאמן דיש לומר שם שאני פינון דיש עדים דמהדר אזיכפי חיישינו וגם פינון דהשתא עכ"פ חז"ל חששו לקולקול הדורות נאמן במגו אכל מן התורה דלא הוי חוששין פלל לזיוף וחזקה אלימתי הוא בדרך פלל דלא טרח אינש לזיוף ואף גזלן ופסול בעבירה כשמוצא שטר לא חיישינו פלל לזיוף מן התורה ומוציאין ממון כמבואר מדברי תוס' כתובות (דף צ"ב) ד"ה דינא יש לומר דנגד חזקה אלימתי פי האי אינו נאמן אף במגו ועיין תשוב' רשב"א (ח"ד סי' י"ט) באחד שנתחייב בב"ד לפרוע וקבעו לו זמן ואחר כך תבעו בב"ד וטען שיש לו עליו פנגד אותו מנה לפי שגבה ממנו רבית קצוצה אינו נאמן במגו דאי בעי אַמר פרעתי דחזקה אם לא היה חייב מחמת שיש לו בידו פנגדו לא הוי מקבל עליו לפרוע בכח ב"ד דמגו במקום חזקה אלימתי כזו לא אַמרינו דחזקה זו עדיפא ואלימא מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו והביא ראי' מכתובות (דף ק"י) דאַמרינו אלו היתי חייב לה היה לה לפרוע את שלה הרי במקום חזקה זו מרעינו שטרא והלכך אפילו מגו במקום חזקה זו לא אַמרינו והכא נמי יש לומר מדאורייתא דחזקה אלימתי דלא טרח לזיוף אינו נאמן אף במגו ועיין ש"ע (סי' פ"ה) ובש"ף שם ובתומים דנאמן מזוּנף במגו מדאורייתא וצריך קיום מן התורה.

ועיין (סי' ס"ט) בסמ"ע משם רשב"א דבהוציא כתב ידם א"נ לטעון טענת נפילה ודעת הש"ף לדין דנאמן לומר פרעתי נאמן במגו ובתומים וביתר ביאור בנתיבות שם כתב דאינו נאמן אף דיש לו מגו ואף נפילה במגו דמזוּנף אינו נאמן ואף לדעת הסמ"ע (סי' מ"ו) דנאמן ממני נפל במגו דמזוּנף היינו פינון דאנו טענינו מזוּנף והוי פהפה שאסר דעדיף במגו לכך מהני אף במקום חזקה אלימתי אכל במגו דפרעתי דלא הוי פהפה שאסר אינו נאמן במקום חזקה אלימתי והכא נמי דכונתיה פינון דמה"ת סמכינו על חזקה דלא חציר לזיוף אינו נאמן בטענת מזוּנף אף אם יש לו מגו דפרעתי ונ"מ דדי במקילי קיום בכח ידו גם כן אף דיש לו מגו דפרעתי: ולענין אם מהני קיום מה שעדים שניים חתמו לקיים השטר דדעת הסמ"ע (סי' ק"ג) דכשם עצמן מפירין הוי ליה כמעידין על מנה שבשטר והטו"ז חולק דאם הב"ד אין מפירין רק העדים אחרים שהעידו על הקיום לא מהני דהוי כעד מפי עד ובקצוה"ח האריך בבואור דבריו פינון דאין על חתימתן תורת שטר דנעשה שלא מדעת המתחייב והוי עד מפי עד כפר הארכתי בזה בעזה"י בספר

דברי חיים דיני הלואה (סי' ה') פיון דקיום פשר מפי כתב הוי חתימתן של עדי קיום  
הבא לפני ב"ד פאלו הגידו בפני ב"ד אם פו אינו דומה פלל לעד מפי עד פיון דהב"ד  
דנין על ידי עדי השטר ועד מפי עד הוא היכא דאלה המגידים לפני ב"ד אינם אומרי רק  
ששמעו מאחרי ואינם יודעי אם אמת אם שקר פיון דהראשוני לא העידו בפני ב"ד מה  
שאין פו להפיר חתימת יד עדי שמעדי מה שראו באמת שזה הוא חתימתם ואם הב"ד  
היו מכירי חתימתן היו דנין על פי חתימתן לקיים שפיר מהני הכרת העדים המעדי  
בראייתם וידיעתם ועיין שם שהארכת בזה בדברי נכוחי וברורי בפנין זה אולם ודאי  
אם פבר מתו העדי שחתמו לקיים פיון דאין תורת שטר על חתימתן והב"ד צריכי לדון  
עכשיו לקיים יש לומר אם אינם מכירים בעצמם הוי עד מפי עד פיון דעכשיו פבר מתו  
ואף אם הב"ד מכירים מעצמן חתימתם יש לדון פיון דלא הוי הגדה עד שיבא לפני ב"ד  
וכמו שכ' הרמ"א בתשובה דאף לר"ת דיכולין עדים לשלוח כתב ידם לב"ד מ"מ כ"ז  
שלא בא פתבם לפני ב"ד יכולין לחזור והוא הדין אם מתו קודם לכן רק שטר מהני פיון  
דבשעת חתימתן הואיל דנעשה מדעת המתחייב הוי פנחקה עדותן בב"ד ולכך מהני אם  
מה"ת אם מתקנתא דרבנן אבל לא בשנים החתומים לקיים דאין תורת שטר ע"ז אולם  
לדעת הריב"ש (סי' שפ"ב) דהוי דין שטר בקיום בב"ד והוי פנחקה עדותן בב"ד אף דלא  
נכתב מדעת המתחייב פיון דקיום שטרות מדרבנן מהני אף אם מתו ועיין שם מה  
שכתבתי בדברי הריב"ש הנ"ל ובדברי ב"ש אה"ע (סי' קמ"ב) וספר בית מאיר שם  
ובדברי משפט (סי' מ"ו סק"ג): סי' לד מלנה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או  
פרוע כו' אם הוא חייב לאחרים ואין לו ממה לפרוע אלא מנה השטר וכתב בו נאמנות  
והחזיק השטר בב"ד כו' אינו נאמן ש"ע (סי' מ"ז ס"א) ובש"ך דהאריך להשיג דמה מועיל  
נאמנות הא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אלא פיון דמשמעבד האי שטרא מדר"נ  
למלנה שלו אין בדבריו פלוס וא"כ אף אם אומר הלנה שהוא פרוע ורוצה להשביעו  
למלנה שלו ואינו רוצה פיון שאומר שהוא פרוע אינו פלוס והשטר בתקפו ועוד  
דשעבודא דר"נ מדאורייתא ושבועה דשטרות דרבנן ועוד האריך בזה דמה שאינו רוצה  
לישבע אין השטר בטל והביא ראיה מרמב"ן ור"ן ורא"ש פ' הנשבעין במוכר שטר חוב  
לחבירו והלנה טוען שפרע למוכר ישבע לו המוכר ואם אינו רוצה לישבע מפסיד הלוקח  
משום דנאמן לומר פרוע במגו דמחל ליה הרי דוקא משום דנאמן אבל אם לא הוי נאמן  
לא הוי מבטלין השטר וא"כ ה"א דאינו נאמן אין השטר בטל בשביל דאינו רוצה לישבע  
וממילא אף באין בו נאמנות אינו נאמן.

ובטו"ז הוסיף עוד להקשות דמאי מהני הנאמנות הא לא האמינו רק כ"ז שיאמר לא  
נפרעתי ולא פשאומר בפירוש שנפרע ועל פרח משום דלא לקח השטר חייב א"כ גם  
באין בו נאמנות ג"כ יהיה חייב ועוד דעיקר המעלה של נאמנות שאין צריך שבועה אבל  
לאחר הפרעון יכול לתבוע וחייב היסת אם פו יאמר הלנה לכך פרעתי לו שהייתי סומך  
את עצמי עליו שלא ישבע אח"כ לשקר.

ולע"ד יש לומר אף דשדר"נ הוא מן התורה דהחוב של הלנה שלו שיש לו על אחרי  
משמעבד להמלנה שלו מ"מ לא עדיף פח השני מפח הראשון לכך אם יש בהשטר נאמנות  
אם פו יש לו זכות לגבות בלא שבועה זכות זה נשמעבד להמלנה שלו ומיד ניתק לבעל  
חוב שלו זכות זה וממילא גם הוא גובה בלא שבועה אף דלא נתן נאמנות מ"מ ממילא

זוכה בזכות זה וכיון דאינו יכול ליִשְׁבַע גְּבוּהָ אֶף שֶׁהַמְלִיךְ טוֹעֵן שֶׁהוּא פְּרוּעַ מ"מ פִּינּוֹן שֶׁכֶּבֶר נִימְקַל לְהַמְלִיכָה שְׁלוֹ אֵינוֹ נֶאֱמָן לְחוּב לֹא אֲבָל אִם לֹא יֵשׁ לוֹ נֶאֱמָנוּת פִּינּוֹן דְּהִרְאִישׁוֹן לֹא יְכוּל לְגַבּוֹת בְּלֹא שְׁבוּעָה לֹא יָפָה פֶּחַ הַמְלִיכָה שְׁלוֹ מִפְּחוֹ וְכִמוֹ שֶׁהַמְלִיכָה הִרְאִישׁוֹן לֹא יְכוּל לְגַבּוֹת בְּלֹא שְׁבוּעָה כֵּן גַּם הַשְּׂנִי אֶף דַּמְד"ת אֵין צָרִיף שְׁבוּעָה אֶף בְּלֹא כ' נֶאֱמָנוּת רַק מְדַרְבְּנָן וְלִהְשִׁינִי מִשְׁתַּעֲבָד מֵה"ת מ"מ אַחַר שֶׁאֲמָרוּ חַז"ל דְּיְכוּל לֹאמַר אֲשַׁתְּבַע לִי דְלֹא פְּרַעַתִּיף מִמִּילָא לֹא יֵשׁ זְכוּת וְיִפּוּי פֶּחַ לְהַשְּׁנִי יוֹתֵר מִן הִרְאִישׁוֹן אֲבָל בְּכ' לוֹ נֶאֱמָנוּת מִמִּילָא נִשְׁתַּעֲבָד לְהַשְּׁנִי אֶף דַּא"י אִם פְּרַע אוֹ לֹא מ"מ פִּינּוֹן דְּחָב לְאַחֲרִים אֵינוֹ נֶאֱמָן וּמוֹקְמִינּוֹ הַשְּׁטֵר עַל חֲזַקְתּוֹ וְכִמוֹ שֶׁהִי הִרְאִישׁוֹן יְכוּל לְגַבּוֹת בְּלֹא שְׁבוּעָה אִם אֹמֵר שֶׁאֵינוֹ פְּרוּעַ כֵּן גַּם הַשְּׂנִי גּוֹבָה וְלֹא קָשָׁה קְוִשִׁית הַטּו"ז דְּהָא אֶף דְּהִיא מִין לֹא מ"מ יְכוּל אַחַר כֶּף לְחַיִּיבוֹ הִיסָת אַחַר הַפְּרַעוֹן ז"א פִּינּוֹן דַּעַכ"פ אִם אֹמֵר דְלֹא פְּרַע הַחַיִּיב עַל הַלְוָה לְשַׁלֵּם בְּלֹא שְׁבוּעָה מִמִּילָא שׁוּב נִשְׁתַּעֲבָד לְהַשְּׁנִי גַם כֵּן שִׁישׁ ל' לוֹ וְשְׁבוּעָה לֹא שִׁינִיף אַחַר כֶּף לְהַשְּׁנִי פִּינּוֹן דַּאֵינוֹ יוֹדֵעַ וְלֹא הֵנִי לִיָּה לְמִידַע מֵה שֶׁאֵין כֵּן אִם הִיָּה הִרְאִישׁוֹן חַיִּיב לִישְׁבַע קוֹדֵם שִׁיגָבָה לֹא זָכָה הַשְּׂנִי יוֹתֵר מִן הִרְאִישׁוֹן: וְהָא דְכַתְּבוּ הַפּוֹסְקִים בְּמוֹכֵר שֶׁט"ח דְּנֶאֱמָן מִצַּד מַגּוֹ תפ"ל פִּינּוֹן דַּאֵינוֹ רוֹצֵה לִישְׁבַע פְּטוֹר הַלְוָה יֵשׁ לֹאמַר דְּהָא יֵשׁ לְדַקְדָּק בְּדַבְּרֵי הַמ"מ (פֹּט"ז) מִמְלִיכָה דְכַתְּבָ גַם כֵּן מִטַּעַם מַגּוֹ דְמַחֲלָה.

וְהוּא כ' (פ"ב) שֶׁם דַּאֵינוֹ נֶאֱמָן פְּרוּעַ בְּמַגּוֹ כְּשֶׁחָב לְאַחֲרִים מִשּׁוּם דְּהֵנִי מַגּוֹ נֶגֶד חֲזַקָּה דְכָל מֵה שֶׁפִּינֵד אֲדָם הוּא שְׁלוֹ וְעֵינֵין ש"ף (ס"ק ו') וְכֵן הוּא דַּעַת רַמְבַּ"ן אִם כֵּן לְמָה צָרִיף בְּמוֹכֵר שְׁטֵר חוּב לְמַגּוֹ תפ"ל כְּשֶׁמְכַר לוֹ וְדַאי לֹא פְּרַע מִטַּעַם חֲזַקָּה דְמֵה שֶׁפִּינֵד אֲדָם הוּא שְׁלוֹ וְעַל פְּרָחַף צָרִיף לֹאמַר הָא דְצָרִיף לְמַגּוֹ אִם נֶאֱמַר דְלֹא הֵנִי טַעֲנַת פְּרוּעַ כְּמַחֲלָה הֵינּוֹ אִם אֹמֵר שֶׁפְּרַע אַחַר הַמְכִירָה דַּאֵז לֹא שִׁינִיף חֲזַקָּה הַנָּ"ל דְּבִשְׁע' מְכִירָה בְּאֵמַת לֹא הֵנִי פְּרוּעַ וְהִיָּה שְׁלוֹ רַק אַחַר כֶּף פְּרַע לוֹ לְכֶף צָרִיף לְמַגּוֹ.

וְאִם כֵּן גַּם הֵנִי פּוֹסְקִים אֵיירֹו גַם כֵּן בְּאֹמֵר שֶׁפְּרַע אַחַר הַמְכִירָה לְכֶף אֲתִי עֲלָה מִטַּעַם מַגּוֹ וְלֹא אֲמָרִינּוֹ פִּינּוֹן דְּהַמְלִיכָה לֹא הֵנִי גּוֹבָה בְּלִי שְׁבוּעָה מֵה מְכַר רִאִישׁוֹן לְשְׂנִי רַק כָּל זְכוּתוֹ וְלֹא יוֹתֵר פִּינּוֹן דְּמוֹדָה הַלְוָה דְלֹא פְּרַע קוֹדֵם הַמְכִירָה רַק אַחַר כֶּף וְכִינּוֹ דַּאֵז הִיָּה הַמְלִיכָה גּוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה דְהַלְוָה לֹא הִיָּה רִשְׁאִי לְהַשְׁבִּיעוֹ עַל חֲנָם וְאֵז נִימְקַל זְכוּת הַשְּׁטֵר לְלוֹקַח לְכֵן אֶף אִם טוֹעֵן שֶׁפְּרַע אַחַר כֶּף שֶׁכֶּבֶר מְכַר א"נ רַק מִטַּעַם מַגּוֹ דְבִלְעָדִי הַמַּגּוֹ אֵינוֹ מוּטָל חַיִּיב שְׁבוּעָה עַל הַלוֹקַח וְהַמְלִיכָה הַמוֹכֵר הִיָּה גּוֹבָה אֵז בְּלֹא שְׁבוּעָה וְאֵינוֹ נֶאֱמָן עַל פְּרַעוֹן אַחַר כֶּף לְחוּב לְהַלוֹקַח רַק מִטַּעַם מַגּוֹ.

אֶף לְפִי זֶה אִם טוֹעֵן הַלְוָה שֶׁפְּרַע לְהַמְלִיכָה אַחַר שֶׁכֶּבֶר נִשְׁתַּעֲבָד לְהַשְּׁנִי מְדַרְבֵּי נִתָּן גַּם כֵּן לֹא הֵנִי צָרִיף נֶאֱמָנוּת בְּהַשְּׁטֵר פִּינּוֹן דְּמִיד זָכָה הַבַּעַל חוּב שְׁלוֹ בְּשַׁעֲבּוּדוֹ וְעֵינֵין ש"ף (ס"י פ"ו) דְּמִטַּעַם שַׁד"ר נִשְׁתַּעֲבָד מִיד לֹא מִשְׁעַת פְּרַעוֹן וְכִינּוֹ דְזָכָה מִיד בְּשַׁעֲבּוּדוֹ וְאֵז לֹא הֵנִי יְכוּל לְהַשְׁבִּיעוֹ לְמַלְוָה הִרְאִישׁוֹן פִּינּוֹן שִׁיּוֹדֵעַ שְׁלֹא פְּרַע אֶסוּר לוֹ שִׁישְׁבִיעוֹ בְּחֲנָם וְאִם כֵּן כֶּבֶר זָכָה הַשְּׂנִי בְּזְכוּת זֶה וְלֹא מִשְׁמַע כֵּן מִסְתִּימַת דְּבַרֵּי הַבַּעַל"ת וְהַטּוֹר.

וְאֶפְשֵׁר לֹאמַר דְּדוֹקָא בְּמְכַר שֶׁט"ח דְּקָלָא אֵית לִיהָ כְּמַבּוּא' (ס"י ס"ו) וְאֶפְסִיד לִיהָ לְנַפְשִׁיהָ דְּפְרַע לְהַמוֹכֵר בְּלֹא שְׁטֵר דְמַה"ט י"א שֶׁם (ס"ו) שֶׁאִם פְּרַע הַלְוָה לְהַמְלִיכָה לֹא נִפְטֵר בְּזֶה מִהַלוֹקַח וְע' שֶׁם בַּסַּמ"ע שֶׁכָּל קַנְיָן קָלָא אֵית לִיהָ וְהַחוֹלְקִים סוֹבְרִים דַּמ"מ כֶּבֶר נִמְחַל הַשְּׁטֵר עֵי"ש בְּש"ף (ס"ק ס"ב) אֲבָל מ"מ אִם לֹא יִדְעֵנוּ מִן הַפְּרַעוֹן רַק ע"י הַלְוָה אֵין

הלוקח מפסיד בשביל שהמלנה לא הוי גובה רק בשבועה פינון שפכר זכה בהשטר והלנה אפסיד ליה לנפשי' מה שאין פן פאן דלא הוי ליה להלנה לידע שהמלנה חייב לאחרי' בזה אף שפכר זכה בהשעבוד מ"מ לא עדיף מפת המלנה הראשון דלא הוי גובה בלא שבועה אם אין בהשטר נאמנות.

שוב ראיתי ביש"ש פתובות הנדפס מחדש שפתב אבל אין נאמנות בשטר יכול לומר פרוע הוא דהא בעל חוב לא יכול לגבות שטר זה אלא מפחו ואין לו פח יותר ממנו שאם הוא הנה תובע הנה לו להשביע שלא נפרע והלנה אומר פרוע הוא וכן פסק הרא"ש והטור וכל כה"ג שאין לעולם לבעל חוב השני יותר שיפסיד עליו ממה שיש למלנה הראשון והוא דברי ר"ת פאשר כ' הא"ז עכ"ל הרי כמו"ש: והנה אף לדעת הש"ך דאף בלא פתוב בו נאמנות אפי"ה גובה יש לומר דמודה עכ"פ היכא דגם גוף הזכיה של השני גם פן לא הוי רק מדרבנן לא מפסיד הלנה בשביל שטוען להשני אשתב' לי דלא פרעתיך דהא פתב הש"ך דשעבודא דר"נ דאורייתא ושבוע' דשטרות דרבנן ואם פן באשה המכנסת שטרות לבעלה דאין צריף פתיבה ומסירה כמבואר (סי' ס"ו סי"ב) ואינה יכולה למחול וא"נ לומר פרוע כמבואר אה"ע (סי' צ"א) הוא גם פן בכ' בו נאמנות אבל באין בו נאמנות אם הלנה טוען פרעתי אינו גובה אף לדעת הש"ך פינון דלא אשתעבד להבעל רק מדרבנן וכן משמע מח"מ וב"ש שם.

אולם בנתיבות (סי' ס"ו ס"ק כ"ב) פתב דלדעת הש"ך גובה והיינו דלא על טעם זה בלבד סמך הש"ך א"ע רק מדא"י למחול א"נ לומר פרוע ואין מקום לשבועה זו. ובאמת י"ל דאינו דומה למוכר שטר חוב דשם פינון דמכר לו הוי פאלו הגיד אז דאינו פרוע לכה לא מהני אמירתו אחר כף רק מטעם מגו דמחילה אבל במקנס' היא לא אמרה כלל דלא נפרע רק הכניסה לבעלה יש לומר דנאמנ' פרוע כשטוען הלנה בלא מגו.

וראיתי בספר ראב"ן (סי' מ"ז) שכ' דאפי' טענו דפרוע הוא אינה נאמנת פינון דכאן הניחו חכז"ל על דין תורה דגובה בשטר ואין צריף שבועה כלל. אולם מדבריו אינו ראי' דהוא יש לו שיטה אחרת בענין מוכר שטר לחבירו דיכול למחול אף אם מכירת שטרות דאורייתא משום דעודנו אגיד לגבי המלנה המוכ' פי הלוקח אינו יכול לגבות בלא שבועת המוכר דלא נפרע השטר אם טוען הלנה אשתבע לי דלא פרעתיך ולכה פינון דאפתי אגיד בי' מהני מחילתו וכ' דאם מודה הלנה בשע' מכירת השטר דאפתי לא פרע שוב ל"מ מחילת המלנה דיצא מרשותו מפל וכל והוי פנכרי לגביה עיי"ש בארנקה דמסלק כל סתירות נגד סברא הזאת ולכה פתב דבמכנסת לבעלה אלמוהו רבנן והניחו על ד"ת דאינו חייב שבועה.

אולם פירושו הוא נגד כל גדולי הראשונים והגאונים והוא כ' פן על פי דעת הי"א המוכר בר"ף פ' הכותב דיכול לומר עיניתי בחשבונ' מש"ה יכול למחול וכבר חלקו ע"ז כל חכמי ישראל.

וגם לדברי הראב"ן לכאורה א"כ אם פתב בהשטר נאמנות דאין צריף לישבע בזה נסתלק המלנה לגמרי ולא אגיד ביה כלל ולא משמע פן מש"ס ואף דיש לומר דאף בכ' נאמנות מ"מ פינון דיכול להשביעו אחר הפרעון אם פן הנה כל נאמנות רק כל זמן שהשטר בידו מ"מ פינון דנסתלק הכי נאמר דאינו יכול למחול ועוד אם פן פתובה דנדאי ביושבת תחת

בעלה דלא פֿרע לה ואינה צריכה שבוועה ואעפ"כ מהני מחילתה כמבואר בש"ס ופוסקים וכל דברי הראב"ן שם צריכין נגד להולמם ואם פון פיון דבמכנסת עיקר שפא בעלה מצד קננו יש לומר לשיטת המחבר שהוא הטור ובעה"ת והוא שיטת ר"ת כמו שכ' היש"ש אף דאינו יכול למחול מ"מ אם אין בהשטר נאמנות אינו גובה אם טוען הלנה דפרע וכמו שכתב הח"מ וב"ש: והיכא דהשטר הוא תוך זמנו וזה טוען פרוע הוא דאם לא הוהחזק השטר בב"ד דנאמן במגו לומר שהוא פרוע אולם אם הוא תוך זמנו נראה מדברי הר"י אבן מיגאש ז"ל מובא בש"מ פתובות (דף י"ט) דאינו נאמן וז"ל שם אחר דקשיא ליה דאמאי לא נאמן במגו דאי בעי מחיל וכת' כמה תירוצים ואחר כף כתב דאמנה פיון דהוא עולה אינו נאמן אע"ג דבגדו למחלו ואשתכח להאי פירוק' דאלו אמר פרוע הוא דמהימנינו לי' מגו דאי בעי מחיל ליה מיהו הני מילי היכא דאיתא לאחר זמנו אבל אם זמן השטר עדיין לא נשלם פיון דקיי"ל חזקה לא עביד אינש דפרע גו זמניה לא לה מהימנינו ליה עכ"ל אם פון כמו כן לדידן דאינו נאמן לומר פרוע במגו דמחיל דלא מהני מחילה פיון דמשפתעבד מדר"נ מ"מ נ"מ בלא הוהחזק השטר בב"ד דנאמן לומר שהוא פרוע במגו דאי בעי מצנע ליה או קליה ואם הוא תוך זמנו אינו נאמן וכן נ"מ במוכר שטר חוב לחבירו דנאמן המוכר לומר פרוע במגו דמחילה מ"מ אם הוא תוך זמנו אינו נאמן.

אף קשה הא זה הוא איבעיא דלא איפשטא אי אמרינו מגו במקום חזקה כמבואר ריש ב"ב וא"כ איך מוציאים מספק ולמה לא יהיה נאמן לומר שפרע תוך זמנו במגו שלא להוציא מיד הלנה.

ואולי יש לומר דהא באמת כפר הקשו בש"מ ב"ב שם וכן פתוב בס' גדולי תרומה הא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף ממגו דעם חזקה זו מוציאים ממון ומגו להוציא לא אמרינו ואם פון למה נאמר לסלק החזקה על ידי המגו וכתבו דנדאי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף מהמגו רק בצירוף חזקת ממון יש לומר דמבטל החזקה ועדיף או שקולין או דהחזקה עדיף.

ואם פון יש לומר דהר"י הלוי לשיטתו דמבואר מדבריו בתשובה (סי' קע"ב) דהיכא דהוי תרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע או לא דאמרינו אוקי תרי להדי תרי והשטר ישאר בחזקתו וכ' פון משם הרי"ף ז"ל.

ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' מ"ו) ואם פון הכא נמי פיון דיש חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ומגו מסלקינן לסהדי ונשאר השטר בחזקתו ועד כאן לא איבעי לן אם אמרינו מגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו הוא רק במלנה על פה דבנה אם מסלקינן להחזק' בשביל המגו מוקמינן ממון על חזקת מריה כמו בתרי ותרי במלנה על פה דכ' שם הר"י מיגאש דאוקי ממונא בחזקת מריה ובנה הוא הספק אם חזקה עדיפא או המגו בשביל דמסייעו חזקת ממון אבל במקום שטר החזקה עדיפא דמוקמינן השטר על חזקתו.

אולם לדעת הסוברים דאף בתרי אמרו על שטר שהוא פרוע וב' אומרי' שאינו פרוע דאין מוציאים ממון כמבואר בש"ף (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) ה"נ יש לומר אף אם הוא תוך זמנו מ"מ היכא דיש לו מגו דהוי ספק אין מוציאים ממון: ויש עוד מקום לומר דדוקא היכא דהמגו הוא לבעל דין עצמו כמו בלנה שאמר שפרע תוך זמנו ויש לו מגו



אמרנו דאפשר המגו עדיף ומברר נגד התזקה דאם הנה רוצה לשקר הי' טוען שקר שיותר יתקבל והבע"ד מחפז את עצמו בטענותיו מה שאין פן פאן שהוא אינו בעל דין רק להאמין לו על חובו להפקיע מן הלנה שלו שעבודו של המלנה שלו וגם אין הח"מ אצלו לכן סובר הר"י מיגאש דאינו נאמן במגו נגד תזקה ועיין בש"מ פתובות (דף י"ט) דכתב דלקה בשני פתי עדים המכחישין זה את זה אין בתראי נאמנים במגו דפסלו לקמאי דלא האמינה התורה עדים על ידי מגו.

ויש לומר גם כן פאן אף דכאן נאמן אם יש לו מגו היינו מצד הודאת בעל דין והמגו מועיל לסלק מה שהוא חב לאחרים ומ"מ בעינו שלא יהיה נגד תזקה אף מדברי רמב"ן ורשב"א לא משמע פן דהא הרמב"ן מתרץ דאינו נאמן במגו משום דהוי במקום תזקה דכל מה שבידו הוא שלו ואין אומרים מגו במקום תזקה כזו כמבואר במ"מ פ"א ממלנה ובש"ף (ס"ק ו') ופירש בטו"ז (סי' צ"ט) אע"ג דהוי ספק אם אמרינו במקום תזקה מגו במקום תזקה אלימתא לא אמרינו עיין שם וכן ראיתי מבואר בתשובת רשב"א בת"א (סי' קל"ד) שכ' דא"נ במגו במקום תזקה גדולה שמה שביד אדם הוא שלו והוכיח מהך דהאומר שטר אמנה אף די'ש לו מגו דאי בעי מחיל וכ' ואע"ג דאיבעי לן ריש ב"ב אי אמרינו מגו במקום תזקה ולא איפשיטא אפי"ה לא כל התזקות שוות אלא איפא תזקה אלימתא דאמרנו לה אף במקום מגו וזו אחת מהן עכ"ל הרי מבואר דאם לאו תזקה אלימתא דאז הנה נאמן במגו אף שאין לו לבעל המגו הצירוף של ח"מ ואם פן ממילא נגד תזקה דאין אדם פורע תוך זמנו להסוברי' דנאמן במגו אי בעי מצנע או קלינה ודלא פרמב"ן ורשב"א נאמן גם כן אף אם הוא תוך זמנו.

אף מ"מ יש לומר אף לדעת הרא"ש וסייעתו דנאמן במגו אף שהוא נגד תזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ אם הוא תוך זמנו דהוי נגד תרי תזקות יש לומר דמודים לדעת רמב"ן ורשב"א דאינו נאמן: ועפ"י דברי הש"מ וג"ת הנ"ל יש ליישב קושית הש"ף על הש"ע דכאן פוסק דבלא הוהחזק בב"ד נאמן במגו ודלא פדעת רמב"ן ובסי' (צ"ט) פוסק דאינו נאמן נגד בעל חוב לומר על מטלטלין שהם של אחרים בפקדון בידו מטעם דתזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וכ' לחלק בין מטלטלין דבר שגופו ממון לשטר שהוא תחת ידו שאין המעות תח"י.

ולדבריהם אתי שפיר בפשיטות דכאן עכ"פ יש לצרף תזקת ממון של הלנה להמגו ואם פן הני כמו במגו דאין אדם פורע תוך זמן דלא מוציאין ממון מספק אם אמרינו מגו במקום תזקה מה שאין פן (בסי' צ"ט) דאנו דנין על המטלטלין שת"י אם שלו הן או של חבירו ואין אחד מהן מוחזק הכריע המחבר דלא אמרינו בכה"ג מגו במקום תזקה פיון דאין מוציאין הממון משום תזקה מבטלינו להמגו במקום תזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו.

הן אמת דקצת משמע פרמב"ן ורשב"א ור"ן קידושין (דף ס"ד) בהא דמי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים דהאבעיא בש"ס ב"ב אי אמרינו מגו במקום תזקה הוא בלא סייעת ח"מ גם פן הספק דהא הם כתבו שם לרבי דאמר מה לו לשקר ולקח נאמן אף באמתחזק הא במס' ב"ב איבעיא לן אי אמרינו מגו במקום תזקה ואי ס"ד דבש"ס שם עיקר האיבעיא הוא אף דתזקה עדיף מ"מ פיון דמסייע תזקת ממון להמגו לכה"ש לומר דמגו

עדיף אבל בלא סייעת ח"מ התזקה עדיף אם כן הנה להם להקשות בחונק יותר דהא שם תזינו דמגו דמה לו לשקר עדיף מתזקה אף בלא צירוף איזה דבר ואי דשאני תזקה דאין אדם פורע תוה זמן דהוא מצד תזקה המבררת וכאנן סהדי לכה צריף לצרף לח"מ להדי מגו אבל שם אין פאן תזקה המבררת אם כן לא קשה כלל דשפיר יש לומר דנגד תזקה דאין אדם פורע תוה זמן לאו מגו עדיף משום דהוי תזקה המבררת מה שאין כן שם ליפא תזקה המבררת ולכה עדיף סברת המגו לסלק התזקה.

וצריף לומר דלא נחתו לזה לדייק כל כף והקשו בפשיטות דהא עכ"פ הוי ספק וכן ברשב"א שם מסיק באמת פינו דהוי ספק אם אמרינו מגו במקום תזקה ולכה בעל שאמר גרשתי את אשתי אמרינו חוש לה כמו כן אינו נאמן לומר אין לי אחים אם מוחזק באחין ויש לומר גם כן דתזקה עדיף ממגו במקום דליכא לסייע למגו כמו במגו דפרעתיה אחר זמנו דמסייעו תזקת ממון וע' מה שכ' אאמ"ו ו'ל בד"ח דיני יבום (סי' ה') וכן בתשובת רשב"א (סי' קל"ד) הנה"ל דכ' דאינו נאמן במגו דמחיל משום שהיא נגד תזקה והקשה הא עכ"פ הוי ספק הנה לו לומר ביותר דליכא למגו שום סייע וכו' ודאי תזקה עדיף משמע דלא נחתו לסברת הש"מ והג"ת.

ועכ"פ המחבר יש לומר דהכריע דלכה בשטר נאמן במגו נגד תזקה הואיל דמסייע ח"מ של אידה: והנה הש"ף מסיק דכאן הוי ספיקא דדינא אם אמרינו מגו במקום תזקה ולכאורה אם כן ליכא נ"מ במה דהוי ספיקא דדינא דכנראה אף אם בספיקא דדינא מהני תפיסה היינו או אם שניהם טוענים כרי או שפא אבל אם המוחזק טוען כרי לא מהני תפיסה כשטוען התופס שפא וכאן אין המלנה יודע אם הוא שטר אמנה או פרוע אף יש לומר דנ"מ אם הלנה מהשטר שאמר עליו שהוא פרוע טוען אינו יודע או אם המלנה זה חייב להלנה גם כן בזה יש לומר דהוי כתופס ברשות ומנהני תפיסתו פינו דלדעת רמב"ן ורשב"א אינו נאמן ועוד יש למצוא נ"מ טובא בין אם פסקינו כרא"ש והטור בבירור או מטעם ספק ולגבי חפץ באומר שהוא של אחרים מסיק לדינא דא"א מגו במקום תזקה כרמב"ן ורשב"א וכבר כתוב שם בתנאים דבאמת המ"מ כ' משם הרמב"ן דמסתפק שאחר שתבעוהו בחובו אמר שזה של אחרים אינו נאמן במגו במקום תזקה כזו לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכה חוששין לה עכ"ל וכן ברמב"ם (פ"ב) כתוב אין משגיחין על הודאתו שפא קנוניא הם עושין לאבד זכותו מבואר מדברייהם דהוא רק מספק.

ויש להבין פינו דהוי רק ספק אמאי מוציאין ממון מן הלנה שצויעק בב"ד דהשטר הוא פרוע בשלמא כשאומר על מטלטלין שאינם שלו והוא ת"י שפיר שייך תזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ואין מוציאין מזה הפלוני כלום אבל להוציא מן הלנה כשיש לזה מגו ואנן מסופקין שפא קנוניא עושים אמאי מוציאין מספק.

ובבעה"ת (שער נ"א ח"ב) כתב משם הראב"ד ו'ל נתחזק לבי ונתנישבה דעתי מאד במה שפכתתי שאלו אמר בפני הלנה והלנה אומר כן איך יעלה ע"ד משכיל שלא יהנה נאמן והלנה צונח ואומר לב"ד כתבו לי שטר הודאה שהודה בפניהם שטר אמנה וכן אם מחל לו בפנינו בשביל שחב לאחרים אין מחילתו מחילה אלא השמטה והרי הלנה צונח ואמר כתבו לי שטר מחילה כו' האיה כופין לזה מפני זה ומאי חזית דדמי דהאיה סומק

טפי ע"כ אומר אני לי זאת השמועה באומר שלא בפני הלנה היא אמורה והודאתו לאו הודאה אחר שחב לאחרים ד יכול לומר ללנה לאשתמוטי מבעל חוב הוא דאמרי א"נ שלא להשביע את עצמו עכ"ל ועיין שם בג"ת הרי דעת ראב"ד דאם הלנה הנה בפנינו ותובע ששטר הוא פרוע דאינו גובה.

דלא פרמב"ם ורמב"ן. וע"כ צריך לומר טעמם אף דהוא ספק שמה קנוניא הם עושין הוא כמו שכ' המ"מ וכן מבואר ברמב"ן בש"מ פתובות שם דריע טענתיה דכל מאי דאיתיה בידיה בתוקת שלו הוא וא"נ לומר אינו שלו בחב לאחרים ואפילו במקום מגו דאם איתא אמאי לא החזיר לו שטר עד עכשיו שתבעוהו לבעל חוב מדר"נ כו' דעביד אינש דעביד קנוניא הרי דהוסיף בזה מטעם דניכר הדבר שלא החזיר השטר מקודם וריע טענתיה והני ספק של קנוניא קרוב לנדאי אבל אם הנה אומר קודם שתבעו בעל חוב באמת נאמן וכן משמעות דברי רמב"ם (פ"ב) דאיירי שאומר אמנה או פרוע אחר שפא הבעל חוב לגבות ממנו ועיין שם בכ"מ.

אולם לפי"ז אינו מוכן דברי המ"מ (פ"א) דשם מה ריעותא איפא כשאומר על מטלטלין שהם פקדון או שאולין בשלמא בשטר שפיר כתב רמב"ן דריע טענתיה דלמה לו להחזיק שטר פרוע עד שתבעוהו בעל חוב מה שאין כן במטלטלין ודברי הרמב"ן שהביא המ"מ אינם אמורים רק על הא דאומר שטר אמנה כשפא בעל חוב לגבות ממנו.

ויקצת נראה מדברי רמב"ם דשם איירי כשאין הפלוני שאומר שהן פקדון בפנינו אבל באמת הוא אם הוא בפנינו וצונח שהן שלו אינו גובה מהן וכשיטת ראב"ד הנ"ל ועיין תומים (סי' צ"ט ס"ק ד') מה שכ' מתשובת הרי"ף.

אולם מדברי המ"מ ושאר פוסקים לא משמע כן. וקאמת הא דכ' המ"מ משם רמב"ן דאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו פכר עמד ע"ד בנתיבות דמה צריך לזה הא סגי בזה דמגו במקום חזקה לא אמרינן הוא משום דאם לא החשש קנוניא הי' נאמן מטעם דבידו וכבעל שאומר גרשתי את אשתי דנאמן מטעם דבידו לגרשה והה"ד בדבר שבממון [והיינו אף כי אנו מסקינן ב"ב (דף קל"ד) דאמר זיל חוש לה וכמבואר אה"ע (סי' קנ"ב) הוא מטעם דאם איתא דגירשה קלא הוי' ליה] וביתר ביאור להמבואר ברמב"ן ור"ן קידושין הנ"ל דמגו שפידו לעשות עדיף ומהני אף במקום חזקה והרמב"ן מסיק שם כן להלכה דנאמן אף במוחזק לאחין מטעם הנ"ל דבידו לעשות וא"כ ה"נ מה דבידו לעשות למה לא יהיה נאמן לכך פתבו דמטעם קנוניא אינו נאמן להפקיע הממון מחבירו דכיון דחיישינן לקנוניא במקום דריע טענתיה ונגד חזקה לכך א"נ ועיין בזה בקצוה"ח (סי' צ"ט) עכ"פ היכא דלא ריעא טענתיה רק מצד חזקה בלבד יש לומר דגם רמב"ן מודה דל"ח לקנוניא: אף מדברי תשובת רשב"א בכמה מקומות מבואר דלא צריך כלל לחשש קנוניא ואף אם לא המתין לומר מה שחב לאחר עד שתבעוהו גם כן אינו נאמן במקום שחב לאחרים ואף במקום שהי' יכול לעשות החב באופן המועיל מ"מ א"נ נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו.

עיין (סי' אלף מ"ז) מובא בש"ף משם מבואר אף בלא תבעו ואף בכתיבה דלא הגיע הזמן עדיין לפרוע מ"מ אינו נאמן לומר על חפץ שהוא של פלוני ובח"ב (סי' רנ"ה) שם כתב באומר ומצנה מחמת מיתה בפני אשתו לתת לפלוני ל"ג ליטרין שיש לו אצלו

בפקדון אף שיש לבעל מגו דאי בעי יהיב ליה השתא אינו נאמן במקום שחב לאחרים והביא ראיה מאומר שטר אמנה עיין שם ומשם משמע דאעפ"כ אינו נאמן מטעם דחיישינן לקנוניא ובב"י (סי' ר"נ) מביא תשובת רשב"א אפילו הודה בשעת פטירתו שקבל כהן וכך מעות פקדון מראובן ואפילו עשה לו שטר הודאה אינו מזיק להאשה דהודאת בע"ד במקום שחב לאחרים אינו פלוג וראי' מהא דקאומר שטר אמנה הוא והוא (ח"ב סי' שכ"ט) ושם לא פתב כלל חשש קנוניא וגם לא תבעהו אותו פלוני ועוד מפמה מקומות שציין המל"מ מתשובת רשב"א מבואר דאף אם לא תבעו בע"ח כל שקדם החוב להודאה פתבעו דמי ועיין כנה"ג (סי' ר"נ) שהוכיח גם כן מן מדעת רשב"א וכו' בס' דברי אמת בקונטרס התשובות (סי' יוד) האריף להוכיח כן מדברי רשב"א מפמה דוכתי דאף בלא תבעהו בעל חוב ומאליו אומר גם כן אינו נאמן בהודאתו במקום דחב לאחרים ובכמה מקומות לא הזכיר קנוניא.

מלבד הך (ח"ב סי' קנ"א) בהוד' בכתב ידו לנמואל בן אחיו שבכל נכסיו היה אביו שותף עמו דכתב דנאמן על המטלטלין במגו דכיכול ליתנם לו עכשיו ולמכרם וזה נגד כל תשובותיו וכמעט כל התירוצים האמורים בזה לא יתכנו להמבואר בכמה מקומות מתשובותיו להיפוף ומה שכתב אאמ"ו ז"ל בדיני גב"ח (סי' ג') מבואר מדבריו בת"א (סי' קל"ד) להיפוף ומה דיש לומר כיון דלא שייך קנוניא הואיל דכוננתו על לאסר מיתה ובגידו לעשות בהיתר דבזה אמרינן מגו במקום חזקה מ"מ מיתר תשובות הג"ל מבואר דאף אם בגידו לעשות בהיתר וליכא חשש קנוניא גם כן אינו נאמן לחוב לאחרים וכנראה הרשב"א לשיטתו דבקיודשין (נ"ף ס"ד) הג"ל אינו פוסק כרבי דאמרינן מה לו לשקר וגם בבעל שאומר גרשתי את אשתי דאמרינן זיל חוש ליה הוא גם כן מן הדין דלעולם לא מהני אף מגו דבגידו במקום חזקה ולכך אינו נאמן ועל כרחיף לומר דהך דהודה בכתב ידו לנמואל בן אחיו איירי דהי' ידוע שאחיו אביו של נמואל היה שותף בחיו ול"ש כ"כ חזקה דמה שביד אדם הוא שלו ולכך נאמן במגו.

אבל בלא"ה א"נ אף בבגידו ואף במקום דלא שייך קנוניא דהוי מגו במקו' חזקה אלימתא וכמגו במקום עדים דלא אמרינן וכמו שכ' הרשב"א (סי' רמ"ה) וצריף לומר אף דמצינו בתורף מחבירו ויש לו מגו נאמן דדינדיה חטף ואף בנסכא דר"א אם יש לו מגו החזרתי להסוברים הגוזל את חבירו בעדים אין צריף להחזיר בעדים הרי אף דהוא נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו והחוטף הוא כגזלן ומ"מ נאמן במגו היינו כיון דעכ"פ עכשיו הוא תחת ידו ואינו תחת יד הבעלים רק אנו דנין על שעה שחטף מ"מ אף דאז כשהי' בגידו הוי חזקה אלימתא וכעדים דכל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ עכשיו אינו תחת ידו לכך מהני המגו אבל במקום דבא ליגרע החזקה שהוא בפנינו ובגידו הוא והוא בחזקת שלו היכא דחב לאחרים אינו נאמן: ובאמת הא דכתב הרמב"ם והרמב"ן דאינו נאמן מטעם דחיישינן לקנוניא ולמה צריף לזה הא בלא"ה למה יהי' נאמן ואף עד א' המעיד שהוא פרוע אינו נאמן מכ"ש כשמעיד על עצמו ועיין נתיבות דהוכיח מדברי הש"ף דאף תורת עד א' אין עליו הואיל דמעיד על עצמו אינו נאמן בתורת עדות אף לחוב דאל"כ כשיש עד א' המעיד כדבריו יהיה כשני עדים.

וכן יש להוכיח מדברי ר"י מיגאש ב"ב (דף קכ"ח) ומוכא בטור (סי' פ"ח) בתובע לחברו שחייב לו מאה בקנין על ידי עד א' דחייב שבועה ולא הוי כפירת שעבוד קרקעות פיון דלא יגבה מלקוחות על ידי עד אחד ואם הגדת הלנה יחשב כעד א' עכ"פ אמאי חייב שבועה הא אם יודה שחייב לו והיה ע"י קנין פדברי העד א' יהיה שני עדים ויגבה מלקוחות ועל פרכתו צריף לומר דמה דמעיד על עצמו אינו בגדר עדות כלל אף במה שנוגע לאחרים ועיין מה שכ' לעיל בדיני עדות (סי' נ"ג) בארנפה בזה ובדברי הר"י מיגאש דחוק לומר דאיירי היכא דאינו פשר לעדות.

עכ"פ למה צריף כלל לקנוניא וכתבתי לעיל דיש לומר למה שכ' בעה"ת (שער נ"א) בשם יש מן המורים דאם מפסיד בהודאתו גם לו פגון שחב לאחרים במנה והשטר שאומר עליו אמנה או פרוע הוא בר' דאמרינו מתוך שנאמן להפסיד לעצמו נאמן להפסיד לאחרים כמו בגיטין (דף נ"ה) וכתב דליתא פיון דחיישינו לקנוניא אינו דומה לשם ויש לומר דהרמב"ם ורמב"ן פתבו חשש קנוניא דאל"כ הנה אמרינו דמתוך שנאמן לגבי עצמו אף שאין השטר עולה יותר ממה שחב לאחרים מ"מ אם לאו חשש קנוניא הנה אמרינו מתוך שנאמן להפסיד לעצמו דעכ"פ נפקע חוב זה ולמלנה שלו נשאר חייב נאמן לגמרי לכו פתבו מטעם קנוניא.

והרשב"א יש לומר דסובר אף היכא דליכא כל פה חשש קנוניא מ"מ לא אמרינו סברא זו מתוך שנאמן להפסיד לעצמו נאמן לגבי אחרי' רק באיסורין דע"א נאמן רק במקום חזקה א"נ מסלק סברת מתוך להחזקה ושוב עד א' נאמן מה שאין פן לגבי ממון דעד א' אינו נאמן בכל אנפי ועיין בחידושי ר"ן וריטב"א מס' גיטין שם ובמרדכי ובמה שכ' בהגהותי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ט) וחקל אה"ע דיני פתוב' (סי' כ"ה) ולעיל בדיני עדות.

ועיין פ"ח (סי' צ"ט) באומר שחייב לאחרים בשעוה שאין לו נכסים דליכא חשש קנוניא דנאמן ועיין שם בש"ף ותומים ובקצוה"ח שם פתב דכחב לאחרים בלא"ה אינו נאמן בהודאתו ולמה שכ' פנראה דבר זה תליא במחלוקת רמב"ם ורמב"ן ורשב"א וכפי שכ' בש"ע פדברי רמב"ם משמע דהיכא דליכא קנוניא נאמן.

אולם גם שם שייף לומר קנוניא ואכ"מ ועיין מה שכ' לעיל פדברי טו"ז וכנה"ג (סי' ק"ח): סי' לה ואם אחר שאמר אמנה פרע לבעל חוב כ' בש"ע והוא מראב"ד ור"י ורא"ש דאם אמר פן פשבועל חוב פא לגבות יכול לגבות אחר פה ואם מעצמו הודה א"ח וגובה.

ויש לראות למה פתבו דין זה אם הוא פרע לבעל חוב ופא אחר פה לגבות בהשטר מן הלנה שלו הא נ"מ גם אם פרע הלנה השני לבעל חוב דהדין הוא דאינו נאמן אם יכול לתבוע את הלנה הראשון שישלם לו מה שפרע חובו והוא בעצמו הודה דהשטר הנה אמנה ולא הי' חייב לו ומטעם פורע חובו של חברו לא מפטר פיון דהי' חייב מן הדין לשלם שהב"ד פפו אותו לשלם מדינא וכיון דהודה על השטר שהוא אמנה אם קם בהודאתו חייב לשלם ואם נותן אמתלא דאמר פדי להפקיע זכותו של הבעל חוב שלו שלא יגבה יש לומר דנאמן והיינו אם אמר פן פשבועל חוב לגבות ואם מעצמו הודה אינו נאמן וחיוב לשלם.

ויש לומר דנקטו רבותא דאף להוציא מחבירו יכול לסתור הודאתו פשוטו אמתלא לדבריו ועיין טו"ז (סי' ל"ז) דכתב הטעם הואיל דיש שטר מבנרר ובלא"ה אינו נאמן להוציא. ובנדאי אם לא נתקבל הודאתו וישלם הלנה להמלנה יכול אחר כף לתת אמתלא על הודאתו שלא להוציא ממנו.

ויש לומר דעד כאן לא חילקו לבין אם פשבעל חוב בא לגבות בזה השטר דמהני אמתלא ואם מעצמו בלא תביעת בעל חוב הודה דאינו חוזר וגוכ' הוא רק פשפא להוציא אבל אם פרע הלנה ובא לתבוע מן הלנה על ידי הודאתו שהודה שהוא אמנה יש לומר דנאמן באמתלא שאמר כדי להברית מבעל חוב אף אם הודה מעצמו דמ"מ אין מוציאין ממנו.

ואף אם מת המלנה ובא הלנה לתבוע מן היתומים טענינן עבור היתומים דלמא אם הנה אביהן קנים הנה אומר שמה שאמר על השטר שהוא אמנה הנה רק לדחות בעל חוב שלו ואף שהוא עושה עצמו רשע בזה שעשה כדי להפקיע זכותו של הבעה"ח ולהשתמט מניה מ"מ טענינן פן עבור יתומים מה דאביהן הנה יכול לטעון שלא להוציא מהם: וכן יש להוכיח מדברי רדב"ז (ח"א סי' תק"ע) שכ' בא' שהוציא שטר על יתומים ולא הי' יכול לקיימו אבל יש לו עדים שהודה אביהם בחייו שפיתבו וכ' פיון דלא צנה מחמת מיתה פי היכ' דאינו גובה מלקוחות אע"ג דמודה שפיתבו ה"נ טענינן ליתמי ואי לא מקנים ליה לא גבי ואף דיש לומר דבלקוחות שייך קנוניא אבל לגבי יתמי וכי אדם עושה קנוניא על בניו כתב פיון דמקמי הכי הודה איכא למימר שאמ קנוניא הנה עושה עם המלנה כדי לטרון מלקוחות עיין שם ושם נדאי הנה הודאה גמורה לפני עדים על ידי תביעתו של בעל השטר דאל"כ אף בהודה קודם מותו אין היורשי' חייבין פמבנאר בב"ח ובש"ך (ריש סי' ק"ח) ועיין שם בתנאים שפן גם דעת הסמ"ע וע"כ דהנה הודאה גמורה על ידי תביעת בעל השטר ואם פן אמאי טענינן ליתמי דהנה הודאה בשקר כדי לעשות קנוניא הא אף אם הלנה הנה חי ל"ה יכול לחזור מהודאתו פיון שלא נראה שפנונתו הנה לעשות קנוניא אלא נדאי סובר דלהחזיק לעולם יכול לחזור מהודאתו באמתלא כ"ד הרי להחזיק טענינן עבור יתומים כל מה דאביהן מצוי למיטען אף דהי' עושה שלא כהוגן להפקיע מן לקוחות ועשה קנוניא עם בעל השטר וה"נ טענינן דעשה כדי להפקיע זכותו של הבעל חוב.

שוב ראיתי בס' שער משפט (סי' ק"י) שהביא דברי רדב"ז הנז' והשיג עליו מדברי הרא"ש וטור וש"ע פאן. ולא ירד לחלק בזה בין להחזיק דמהני אף אמתלא כ"ד להיכא דבא להוציא דבזה יש לומר דהטעם משום דחזקת שטר מסייע וכמו שכ' הטו"ז שם וכן מבנאר מתשובת רשב"א (ח"ב סי' ש"ז) שהביא שם באשה שאמרה על ירושת אביה שצנה עליה אביה לתת לאחר והנכסים ידועים לבעל דאינה נאמנת לחוב לבעלה וכתב לחקור דאם מת הבעל בחיי האשה אם גובה זה מחמת הודאתה שאפשר לה לטעון שלא הי' אלא כדי להפסיד לבעלה וכיון שלא הייתה נאמנת באותה שעה נתבטלה הודאתה ואינה חוזרת וניערת כמו בהה' דשטר אמנה דכיון דלא הי' נאמן אז אין בהודאתו פלום וכ' ומ"מ מסתברא דכאן נאמנת פיון שקרו נכסי מלוג שקלה היא נאמנ' עליו שאין לבעל בקרו פלום כל שלא מתה האשה בחייו הרי דמדמה הרשב"א זה לאומר שטר אמנה ולא ס"ל לחלק דשם הוא דסתם שטר לאו בחזקת אמנה הוא או מטעם דהוא להחזיק סגי

באמת'ל' כ"ד לכה בא הרשב"א לדון מסברא דכיון דהקרון שליה פבר נתקבל הודאטה ונכה זה בקרון אם ימות הבעל בחייה.

ובשער משפט שם הקשה דהא גם בשטר אמנה נ"מ שיתחייב לפרוע לו אם יגבה ממנו המלנה שלו ולמה יכול לחזור ולא קשה מידי דכוננת הרשב"א דשם לגבי נכסי מלוג נתקבל ההודאה שמעפה זוכה זה בירושא הסף שאומרת שצוה אביה פיון דאין להבעל עכשיו בהקרון פלום רק אם תמות האשה בחייו מוציא מיד הלקוחות דנעשה פלוקס למפרע ועיין אה"ע (סי' צ') במחלוקת הרמב"ם ורא"ש אם מצד תקנות אנושא יש לו קנני הגוף למפרע בחייה ועיין בש"ך ח"מ (סי' ק"ג ס"ק י"ט) ובקצוה"ח שם ובמה שכ' בהגהותי בד"ח דיני פתוב' (סי' כ"א) ומ"מ אם מת הבעל בחייה זכה הלווקס מאז בהקרון אם פן נתקבל מיד הודאטו לחוב לה שינכה זה בהקרון מה שאין פן באומר אמנה דאינו נאמן להפקיע השעבוד כלל והשתא קודם שישלם הלנה להמלנה שלו ליפא שום הודאה לחוב לעצמו ולא חל מהשתא לשום דבר.

וכן מה שהקשה מדברי הראב"ד (פח"י) מא"ב באשת פהו האומרת לבעלה נאנסתי דאינה נאמנת וסובר הרמב"ם דלאחר מיתת הבעל אסורה לכהן מטעם דשניה נפשה חתיכ' דאיסור' והראב"ד סובר דמהני אמתלא דאומרת פדי שיגרשנה בעלה והתם היא מוחזקת בגופה ומהני הודאטה פשימות בעלה בחייה ואפ"ה מהני אמתלא.

שם גם פן עכ"פ השתא ליפא נ"מ ולא נתקבל דבריה לכהן יכולה לחזור מדבריה באמתלא. ברם שם קשה קצת הא נתקבל דבריה לגבי עצמה דאסורה לאכול בתרומה ועיין מה שפתוב בנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ח') בזה בהבנת דברי הראב"ד ובמה שכ' בס' בית מאיר אה"ע (סי' ו') ומה שכ' בעניי בזה בח"ר יו"ד (סי' ג') דיני שחיטה ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' נ') עכ"פ דברי רשב"א ברורים דכיון דנתקבל הודאטה לגבי קרון א"י לחזור ואפשר דגם רשב"א מודה דאם פסקו הב"ד דאינה נאמנת להפקיע הפירות מבעלה וחזרה אחר כך באמתלא הזאת דכוננתה הנה להפקיע מבעלה דנאמנת והרשב"א לא דן רק אם לא חזרה בחייה בעלה רק אחר מיתת הבעל וצריך עיון בזה.

עכ"פ פנראה דלהחזיק נאמן אף באמתלא כל דהוא וממילא אם פרע הלנה להמלנה ובא להוציא מזה שאמר שהוא שטר אמנה יש לומר דבכל אנפי אף אם אמר מעצמו יכול לחזור מדבריו פדי שלא להוציא ממנו ומה שאמר הי' לעשות קנוניא להברית מבע"ח: ויש לחקור גם פן דממה דכתב המחבר בש"ע דאפילו אם מפסיד גם לעצמו פגון שהשטר הוא מן מאתים ולאחרים אינו חייב רק מנה דגם פן אינו נאמן ואחר כך כ' דאם פרע אחר כך לבעל חוב אמרינו דלא הי' פנונתו רק לדחות לבעל חוב משמע דאף בכה"ג דהשטר הי' ממאתים ולאחרים לא הי' חייב רק מנה גם פן מהני אמתלא זו ובזה יש לומר דהא אז פבר נתקבל הודאטו לחוב לעצמו שלא יגבה ממנו המנה פיון דבזה לא הוי חב לאחרים ועל פרוך פיון דלא הי' נאמן בעיקר הדבר דהוא אמנה שלא להפסיד לבעל חוב שוב אינו נאמן כלל ואמאי הא זה דומה לדברי תשובת הרשב"א הנ"ל דנימא גם פן פיון דנתקבל הודאטו לגבי עצמו שלא יגבה המנה שוב אינו יכול לחזור.

ואולי באמת מדנקטי רק הדין אם פרע לבעל חוב ובא לגבות בהשטר ולא פתבו הדין אם גובה המנה משמע דבאמת המנה אינו גובה פיון דלזה נתקבל הודאטו רק אם פרע

הוא לבעל חוב פתב הרצב"ד והרשב"א מובא במ"מ (פ"ב) הטעם פנין דאם לא פרע לשמעון משלו היו מוציאין מן לוי ונותנים לו לכך גם עתה כשפרע משלו גובה מהלנה דלא גרע משמעון מבואר דעיקר מה דיכול לחזור משום דלא הנה נאמן מתחילה והי' שמעון יכול להוציא ממנו ובאמת במקום דלא הי' חייב לפרוע לא מהני אמתלא לכ"ע [נה' שלא פמו שכ' אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני גב"ח (סי' ג') בבבאור דברי רשב"א (סי' אלף מ"ז) ובלא"ה במחילה מכת"ה הבאתי (סי' הקדום) שמבואר מדברי תשובת רשב"א (ח"ג סי' קל"ד) שלא בבבאורו] ואם פו בהה מנה דנתקבל הודאתו דומה ממש לדברי רשב"א הנה"ל דנתקבל הודאתו לגבי הקרן ואינו יכול לגבות ממנו אלא דאף המנה שלא הי' נאמן לחוב לאחרים יש לומר דאינו יכול לגבות פנין דנתקבל הודאתו שהיה אמנה.

ואף באומר פרוע הוא כל השטר דמשמע גם פו דיכול לחזור באמתלא זו שהתפונן להבריח מבעל חוב יש לומר גם פו דאם הנה מאתים והחב לאחרים הוא רק מנה דאינו יכול לחזור.

ועיין בתומים דמסתפק דדלמא רק באמנה דאין שטר עומד לאמנה מצי לחזור באמתלא אבל באומר פרוע דהשטר עומד לפרעון יש לומר דלא מצי גבי עיין שם ואף דמדברי תשובת רשב"א (סי' ש"ז) לא משמע דמחלק בזה פבר פתבתי לחלק בין להחזיק דמהני אמתלא כל דהו מה שאין פו כשפא להוציא.

ומדברי יש"ש כחובות (פ"ב סי' י"ב) משמע דלא נחית לחלק בדברי ראב"ד ור"י ורא"ש שאומרים דוקא באומר אמנה ולא באומר פרוע אולם כ' שם ונ"ל ואף שג' עמודי עולם השוו אפ"ה לא הוקשר בעיני וחלילה לי לחלוק עליהם אלא שאם פא לפני מעשה ל"ה מוציא ממון בשטר זה אם הלנה טוען אמת שהוא אמנה או פרוע דהודא' בעל דין כק' עדים דמי ולא פל פמיניה לחזור ולעשות עצמו רשע שהנה פא להפקיע את ממנו אף דשייך אשתמוטי מ"מ לא פל פמיני' לחזור ולטעון טענה גרוע לסתור דבריו הראשונים שלא פשורה וזה נשבע בנקיטת חפץ שפרע או אמנה הוא ואם טוען אמת שחייב לו אבל מחל לו באמירתו שהוא אמנה או פרוע יכול להשביעו היסת שלא מחל אלא להפקיע מבעל חוב עיין שם מבואר מדבריו דאינו מחלק בדעתם בין אמנה לפרוע.

ומה שכ' לחייב הלנה שבועה בנקיטת חפץ שפרע או אמנה לא אבין אמאי פנין דא"נ לסתור הודאתו אמאי ישבע בנקיטת חפץ לכל היותר די בהקסת ומאי טיבו של שבועה בנקיטת חפץ לפטור.

גם מה שכ' לחייבו היסת אם טוען אמת שחייב לו רק בטענותיו מחל לו גם פו לא אדע פנין שזה טוען פרי שלהבריח מבעל חוב הנה פנונתו אמאי משביעין אותו בטענת ספק דליכא רגלים לדבר דלהיפך יש רגלי' לדבר דלהבריח מבע"ח הנה פנונתו דאין אדם חוטא ולא לו פנין דהלנה מודה דחייב לו למנה ימחול לו על חנם פדי לאשתמוטי מן בעל חובו ובנדאי רגלים לדבר טובא דלא הי' פנונתו למחול לו ולמה ישבע על ספק פנה מבלי רגלים לדבר לחייבו ודבריו צריף עיון עכ"פ בנדאי אם השטר חוב מן מאתיים והחוב הנה על מנה פנראה דגם הרצב"ד וסייעתו מודים הואיל דנתקבל הודאתו דא"ח וגוב': סי' לו שני יוסף פו שמעון הדריים בעיר אחת אין אחר יכול להוציא שטר חוב עליהם שכל אחד יאמר לא עלי נכתב שטר זה אלא על חברי מבואר בש"ס ב"ב ובש"ע (סי' סי')



מ"ט) ונראה אף אם המלנה תובע לאחד מהם בברי שהוא הלנה והוא טוען שמה דאינו זוכר אם הוא הלנה או לא גם כן לא אמרינו ברי ושמא ברי עדיף אף דיש בידו שטר מ"מ פינו שאינו מבוקר על ידי השטר נמי משניהם הלנה אף דהוי דררא דממונא מ"מ פינו דלגבי כל א' בפני עצמו מוקמינו אחזקה לא מהני הברי להוציא ממון ואם השני בפנינו יש לומר דהוי פעד א' ומחייבו ש"ד וכשטוען איני יודע הוי ליה מתוה שאינו יכול ליטבע ומשלם ודומה להא דמבואר (סי' קכ"א) בשליח אם מתחילה כשמסרו בידו פטרהו משבועה דמהני ולא הוי השליח נוגע והכא נמי פינו דתובע ליוסף ב"ש זה בהשטר לומר שממנו הוא השטר כבר הודה בב"ד שיוסף בן ש' השני אינו חייב לו בשטר זה ושוב יכול להעיד דהוא לא לקח ממנו בהלנה וממילא נשאר השטר על יוב"ש זה שתבע ממנו.

אולם באמת זה אינו פינו דאינו יכול להעיד על חבירו שלו הלנהו רק על עצמו שהוא לא לנה ממנו ועל עצמו הוי כבעל דין ואינו בגדר עד: גם נראה אם תובע לאחד מהם ואמר שלו הלנה ויש עד א' יכול זה להכחישו וישבע להכחיש את העד ואין יוב"ש אחר יכול להעיד עליו פינו דאין עדותו מבוקר שזה הלנהו רק שלא נכת' השטר עליו אין זה בגדר עד לצרף עמו להעיד פינו דעיקר עדותו על עצמו שהוא לא צוה לכתוב השטר.

ואף דיש לומר דמ"מ אחר שישבע להכחיש העד יכולין שני עדים להעיד ששבע לשקר מ"מ לא איכפת לן בזה ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ו') וגם דיש לומר אף אחר כף אינם יכולין לפסול אותו דיוב"ש זה א"י בבירור רק להעיד שלא עליו נכתב השטר ולא נפסל עי"ז: ונראה דאף תפיסה לא מהני אם תפס המלנה מיוסף בן ש' א' בעדים ואמר שהשטר שבידו נכתב עליו דגם כן מוציאין מידו אף דבכ"מ כשטוען ברי ויש דררא דממונא מהני לדעת הפוסקים תפיסה מ"מ כאן לגבי כל א' דהוא ספק בחיובו כשטוען ברי דאינו חייב מוקמינו לכל חד אחזקתו דהא אפילו היכא דאחד מהם בודאי יצא מחזקתו מ"מ מוקמינו לכל א' על חזקתו כמבואר בתוס' חולין (דף י') באומר ראיתי טומאה שגזרק על א' מהם וה"נ דכונתיה אף דיזענו דאחד מהם חייב בבירור מ"מ לגבי כל א' מוקמינו ממונא על חזקתו והמוציא מחבירו עליו הראיה ולא מהני תפיסה ואף אם אחד טוען שמה מ"מ הוי כאיני יודע אם נתחייבתי דלא מהני תפיסה לכ"ע ודלא כמו שכ' בספר בית מאיר (סי' קע"ז) לדון דלהסוברים דמהני תפיסה בטענת ברי מהני תפיסה בברי נגד שמה ויבואר בזה אי"ה לקמן בראיות דל"מ תפיסה וה"נ אף דיזענו דא' מהם חייב פינו דל"מ תפיסה בברי נגד ברי כמו כן ל"מ תפיסה אף בטוען שמה.

וראיתי בספר שער משפט דפשיטא ליה דמהני תפיסת בעל השטר מא' מהן וראייתו (מסי' מ"ב) דבכל הני דיד בעל השטר על התחונה אם תפס לא מפקינן מניה הרי פינו שיהספק לפנינו בשטר מהני תפיסה והכא נמי פינו שיש ביד המלנה שטר שיב"ש חייב לו ואין אנו יודעין איזה הוא מהני תפיסה מחד מנייהו.

ואין הנדון דומה לראיה דשם פינו דיש שטר לפנינו בבירור שזה חייב לו ויש ספק במשמעו השטר על סכום החיוב שפיר הוי כדררא דממונא פינו דבודאי חייב לו על כל

פנים מה שאין בן פאן פיינן דאינו מבורר בהשטר מי הו' החייב מוקמינן כל א' על חזקתו ואין זה בגדר דררא דמונא פיינן דלגבי כל א' ליפא שום חיוב בבירור.

וקצת ראיה דלא מהני תפיסה דהא קי"ל פותבין שטר ללנה אעפ"י שאין מלנה עמו בשטרי אקנייתא וכו' בכנה"ג (אות י"ג) משם המבי"ט ביש שנים בעיר ששמותיהן שוין יכולין העדים לכתוב שטר חוב על א' מהם כשניכ' להעדים ועיין במבי"ט (ח"ג סי' ל"ד) פיינן דאינו יכול המלנה לגבות מא' מהם שפל א' יאמר לא עלי נכתב שטר זה כי אם על חבירי ואינו יכול לגבות מא' מהם כי אם על פי עדים החתומי' שמפירים מי מהם נכתב עליו השטר חוב ועליו חתמו וליפא חשש קנוניא ע' שם וכן מוכח מדברי המ"מ (פכ"ד ה"ג) ממלנה ואם נאמר דמהני תפיסה אפתי איפא חשש קנוניא דימסור לאחר ויאמר שמיוסף בן ש' אחר בא לו השטר ויתפוס ממנו ולמה לא נחוש לכתחילה על זה וכבר מצינו בדברי תוס' גיטין דמחשש תפיסה פסלו בגט בכתב בכ"י ואין עליו עדים דתתפוס האשה הפירות ולמה לא נחוש בזה לכתחילה שלא יכתבו העדים ליב"ש שטר עד שיעשו סימנין אלא ודאי דלא מהני תפיסה.

הן אמת דמצינו לפעמים דלא חששו חז"ל לתקן בשביל תפיסה דהא להסוברים דלא טענינן בעד יתומי' מזוניף ובשביל דלא שבקת חיי דכל א' זניף שט"ח ויגבה מיתומים מ"מ אמרינן דכמו דאביהן הנה נאמן לומר פרוע במגו דמזוניף טענינן עבור יתומים פרוע ואף אם זניף השטר ויהיה תוך זמנו של שטר בחיי אביהן מ"מ כמו דלא הוי יכול לגבות מאביהן דהנה נאמן לומר פרעתי במגו דמזוניף כמבואר (סי' ס"ט) ובמפרשים בתוס' ריש מס' גיטין דלא כמהר"ם לובלין שם ואפתי הו' ספק אם אמרינן מגו במקום חזקה והנה מהני תפיסה מאביהן אם כן לא שבקת חיי דיתפוס מיתומים.

ואולם יש לומר לא מבעי למה שכתבו המחברי' דלגבי פרוע במגו דמזוניף עדיף דהוי כהפה שאסור ואמרינן אף בתוך זמנו ולא מהני תפיסה אתי שפיר אלא אף לדעת הש"ך (סי' ק"ח) דלא ס"ל לחלק בין מגו להפה שאסור במקום חזקה מ"מ שם לא אפשר לתקן בזה לכה לא חיישינן על תפיסה מה שאין בן פאן לכתחילה ודאי הנה לנו לומר ולחוש שלא יכתבו עדים שטר ליוסף בן שמעון במקום שהחזקו עד שיכתבו סימן או שם זקינו וליחוש לקנוניא שיעשה רמאות ויזיק לחבירו בתפיסת המלנה א"ו דלא מהני תפיסה.

[ויבקושית המפרשים שם אם טענינן מזוניף או לא פיינן דסוף סוף טענינן פרוע במגו דמזוניף דמה נ"מ יש למצוא נ"מ טובא ובפשטות מ"ל אם יש ליתומים שטר על אחר והלנה הוציא שובר על השטר אם לא טענינן מזוניף אינם גובים בהשטר ולא שייף כל כף לומר לא שבקת חיי דידקדק המלנה ע"ע ויכתוב בשטר נאמנות אף נגד עדים ואכ"מ בזה]: וכמו דאין אחר יכול להוציא שטר חוב על אחד מב' יוסף בן שמעון שדרין בטור אחת כמו כן אף אם א' קנה מחבירו שדה א"י לגבות מצד ממה נפשך פיינן דא"י לגבות מהלנה כמבן' מש"ס בכורות (דף מ"ח) וש"ע וכן יוסף בן שמעון שערב בעד יוסף בן שמעון פשם שאינו יכול לתבוע את הלנה כף אינו יכול לתבוע את הערב בן דעת הש"ך (ס"ק כ') וכבר תמהו על דברי הבאים אחריו פיינן דהיוסף בן שמעון אומר שהוא לא לנה רק חבירו יוסף בן שמעון והוי כמו אם הלנה כופר והערב מודה דמבואר (סי' קכ"ט)

דהערב חייב לשלם והקא נמי פֿינן דזױ אומר שלא הוא לזױ רק ערב ונחבירו אומר שלא לזױ הוי פאלו הלזױ פופר.

ולכאורה יש לו' בשלמא שם פֿינן דהערב מודה ויודע שהלזױ חייב לשלם רק שפופר שפיר גובה מן הערב פֿינן דהערב יודע שהלזױ חייב רק שאינו רוצה לשלם ואין יכולין להוציא ממנו בדיינים לכה חייב הערב מה שאין פֿן פֿאן יכול היוסף פֿן שמעון לומר אתה יודע שאני לא לוייתי ממה רק חבירי והוא פופר אבל מ"מ מודה עכ"פ שהיה ערב א"כ תוכל לגבות מחבירי היוסף פֿן שמעון גם פֿן מפח ממה נפשך ואם פֿן כל א' יכול לדחותו שילך אצל חבירו מפח ממה נפשך ונחבירו גם פֿן יכול לדחותו שילך אצל חבירו מפח ממה נפשך ולא מצינו דהיקא דהלזױ פופר והערב מודה דחייב הערב לשלם רק היקא דאינו יכול לגבות מן הלזױ בשום אופן אבל פֿאן יכול לומר כל אחד פֿמו שאתה תבא אלי לגבות מפח ממה נפשך הא באמת אני איני הלזױ רק חבירי ותוכל לבא אל הלזױ האמיתי לגבות מפח ממ"נ.

ועיין ר"ן פתובות פ' מי שהיה נשוי היקא דיש הרבה לקוחות ואין זמן בשטרותיהן דאין כל א' יכול לדחות להמלנה פֿינן דאינו יכול לגבות הוי פאשתדיף וחולק על הרמב"ן ונימא גם פֿן הכי דאם פֿן לא יגבה מכל א' דכל א' ידחה אותו שילך אל חבירו הלוקח לגבות מפח ממה נפשך אם אתה האחרון נדאי שעבודי אצלך ואם חבירך האחרון מ"מ פֿינן דאין אני יכול לגבות ממנו הוי פֿמו אשתדף וא"כ לא יגבה מכל א' וזה אינו דשם פֿינן דאינו יכול לגבות הנחו על דין תורה דנפרעין אף במקום שיש בני חורין עיי"ש בר"ן היטב משא"כ פֿאן כל א' יאמר פֿמו שבאת עלי מפח ממה נפשך לגבות הא אתה יודע שאין אני הלזױ האמיתי רק ערב תלך אצל חבירי ותוכל לגבות ממנו מפח ממנ"פ: אולם לפי זה עכ"פ היה שורת הדין לומר שיתלוקו ויגבה מכ"א החצי.

ודעת האחרונים דמ"מ יכול המלנה לגבות הפל מזה שטוען פרי דיכול לומר אני יודע בבירור שאתה חייב לי מפח ממנ"פ ולא תוכל לדחות אותי אצל חבירך פֿינן דגם הוא ידח' אותי בדבריו והוי פֿמו הלזױ פופר והערב מודה ואני אברר לי מי שהוא הלזױ האמיתי: ולפי"ז היה מקום לומר דאם מת המלנה והיורשים באים לגבות פֿינן דהם אינם יודעים בבירור מי הוא הלזױ הי' שורת הדין לומר פֿינן דיכולין לבא על כל אחד מפח ממנ"פ שיתלוקו ביניהם וישלם כל א' החצי.

ובזה יש מקום ליישב דברי רש"י ב"מ (דף פ') בהא דאיתא שם בשו"כ פרה לחרוש היקא דלא שאנו בה מאן משלם בשו"כ פרה וכל פלי המחרשה ונעריו הולכין עם בהמתו אחד אחד הדרבן ואחד המחרשה ואולי יחד היו שכירי' איזה מהן פושע בשבירת הקנן ופליגי שם אמוראים והלכתא דנקיט מנא משלם ואי דוכתא דמחזקי בגונדרי תרנייהו משלמין ופירש"י ז"ל שהיה להם להזהר מאד ובדבר מועט שעוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק ובתוס' שם כ' דאי הוי ס' תרנייהו פטורין דהוי ס' והמע"ה ומפרשי דשניהם פושעו.

ולמה שכ' יש לומר דדעת רש"י פֿינן דשניהם קבלו עליהן השמירה מפלי המחריש' הוי פושעים שקבלו פקדון והיו ערבאין זה לזה ויכול לבוא על כל אחד מהם מפח ממ"נ או שפשע או שחייב מדין ערב וכינן דאין בעל הפרה יודע מי הוא החייב האמיתי מי הוא

שפֿשע שׁורת הדין שפֿרױניױהו יִשְׁלֵמוּ בִּיחַד וְאִינוּ יְכוּל כֹּל אֶחָד לְדַחֲתוֹ וְאִף לְדַעַת הִנְיָהּ  
הַתְּרוּנִים הַחֹלְקִים עַל הַשִּׁי"ה יֵשׁ לֹמֵר דְּמוּדִים הֵיכָא דְגַם הַמְלִיחָה אִינוּ יוֹדַע מִי הוּא  
הַחֵיב וּמִי הוּא הָעֶרֶב דִּיחֲלֹקוּ.

וְחֵיב כֹּל אֶחָד לְשַׁלֵּם הַחֵצִי. וְדַעַת הַתּוֹס' פִּינּוּ דְכָל א' טוֹעֵן בְּרִי דְלֹא פֿשַׁע יְכוּל כֹּל א'  
לְדַחֲתוֹ לְהַבְעֵלִים וְלֹמֵר לֵה אֵל חֲבֵרִי לְגַבּוֹת מִפְּתַח מִמֵּנ"פ וְכִינּוּן דְּהוּא אִינוּ יוֹדַע מִי הוּא  
הַחֵיב הָאֲמִיתִי אִינוּ יוֹדַע לְבַחֲרוֹ לֹו לְגַבּוֹת מֵאֶחָד מִפְּתַח מִמֵּנ"פ וְשִׁפִּיר יְכוּל כֹּל אֶחָד לְדַחֲתוֹ  
אוֹתוֹ.

וְעִינּוּ בַתְּה"ד (ס'י' של"ג) דְּעַל פְּרֻחָהּ אִינְרִי שֵׁם שְׁפָל א' הַמְּנַהֵיג וְהַאוֹחֵז בְּהִתְמַד לְדִידְהוּ  
לֹא מְסַפְקִי כֹּל דְכָל א' טוֹעֵן אֲנִי לֹא פֿשַׁעְתִּי בְּמִלְאֲכָתוֹ כְּלוּם וְשִׁמְרִתִּי וְעֵשִׂיתִי כְּדִרְיָהּ  
פּוֹעֲלִים בְּמִלְאָכָה הַזֹּאת וְרוֹצִים לִישָׁבַע רַק הָא דְכָתַב רַשִׁי דְהוּי מְוֹטֵל בְּסַפֵּק הִינְנוּ  
דְּלַהב"ד מְסַפְקִי וּמַה"ד שְׁנִיָּהֶם נִשְׁבָּעִין וְנִפְטָרִין.

אָבֵל לְהַנְעָרִים הוּא טְעֵנוֹת בְּרִי לְכָל א' דַּל"כ חֵיב כֹּל א' מִטַּעַם מִתּוֹךְ שְׁאִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע  
מְשַׁלֵּם עֵינּוּ שֵׁם וְאִם כֵּן יֵשׁ לֹמֵר פִּינּוּ דְכָל א' טוֹעֵן בְּרִי דְאִינוּ חֵיב וְהַמְשַׁכִּיר א"י אִף  
דִּיכּוּל לְגַבּוֹת מִכָּל א' מִפְּתַח מִמֵּנ"פ אִם כְּדִבְרֵיָהּ שְׁחֲבִירָהּ פֿשַׁע וְהוּא כּוֹפֵר חֵיב אֶתְהָ לְשַׁלֵּם  
מִפְּתַח עֶרְבוֹת וְאִף דִּיכּוּל לֹמֵר תְּלָהּ אֶצֶל חֲבֵרִי מ"מ פִּינּוּ שְׁהוּא אִינוּ יוֹדַע מִי הוּא הַפּוֹשֵׁעַ  
הָאֲמִיתִי לְכָה גּוֹבָה מִכָּל א' הַחֵצִי: אַח"כ יֵצֵא לְאוֹר ס' דו"ח (ח"ב) לְמַאוּה"ג מְרֹן עֶקִיבָא  
אִיגֵר ז"ל וְרֵאִיתִי בְּמַס' ב"מ שֵׁם דְּהַעִיר בְּזָה וְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי תוֹס' דִּיכּוּלִּין לְדַחֲתוֹ פִּינּוּ  
דְּאִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת מִחֲבִירוֹ שְׁמָא לֹא פֿשַׁע מִמִּילָא אִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת מִהָעֶרֶב וְכַתֵּב אִף  
לְדַעַת הַתּוֹמִים דְּבִאֶחָד עֶרֶב בְּעַד חֲבִירוֹ יוֹסֵף בֶּן ש' יְכוּל לְגַבּוֹת מִפְּתַח מִמֵּנ"פ הוּא דְּוִקָא  
פִּינּוּ דְּהָעֶרֶב מוֹדָה שְׁחֲבִירוֹ חֵיב וְאִם טַעַן הָאֲמִתִּי הִי מְחֻיָּב בְּב"ד לְשַׁלֵּם וְהַחֵיב מְוֹטֵל  
עַל הַלְוָה רַק שְׁכּוֹפֵר מַש"ה צָרִיף הָעֶרֶב לְשַׁלֵּם אָבֵל הֵכָא דְּהַסַּפֵּק בְּאֲמִתִּי אִם הַפְּשִׁיעָה  
בְּפִרְשָׁא אוּ בְּמֵאָן דְּתַפְס בְּמֵאָן וּמְדִינָא כֹּל א' פֿטוֹר דְּסַפֵּק מְמוּנָא וְאִם כֵּן גַּם הָעֶרֶב פֿטוֹר  
דְּאִינוּ מוֹדָה דְּחֲבִירוֹ חֵיב דְּהָעֶרֶב בְּעַצְמוֹ טוֹעֵן שְׁחֲבִירוֹ פֿטוֹר מִצַּד סְפִיקָא מְשׁוּם הֵכִי א"נ  
לְגַבּוֹת מִמֵּנ"פ דְּשִׁפִּיר יְכוּל לֹמֵר שְׁמָא לֹא פֿשַׁעְתִּי וְאִינִי חֵיב מְדִין עֶרֶב גַּם כֵּן דְּהָא חֲבִירִי  
גַּם כֵּן מְדִינָא פֿטוֹר מְסַפִּיקָא וְכִינּוּן שְׁהוּא פֿטוֹר גַּם הָעֶרֶב פֿטוֹר.

וּתְמַנְהִי הָא אִם כֹּל א' טוֹעֵן שְׁמָא שִׁפִּיר הוּי כְּמִתּוֹךְ שְׁאִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם כְּמוֹ שְׁכ'  
הַתְּה"ד וְאִף דְּבִאֶמֶת יֵשׁ לֹמֵר פִּינּוּ דְּסוֹף כֹּל סוֹף הַחֵיב רְמִיָא רַק עַל אֶחָד לְשַׁלֵּם וְלוֹ  
יְהִיָּה דְּהוּי כְּמִתּוֹךְ שְׁאִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם מ"מ אִף דַּא' חֵיב בְּבִירוֹר יְכוּל כֹּל אֶחָד  
לְדַחֲתוֹ וְלֹמֵר דְּחֲבִירוֹ פֿשַׁע וְהוּא חֵיב לְשַׁלֵּם.

מ"מ פִּינּוּ דְכָל א' עַכ"פ הוּי פֿשׁוּמֵר עַל הַחֵצִי וְכִינּוּן דְּאִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע אִם לֹא פֿשַׁע שִׁפִּיר  
תְּרַנְיָהוּ מְשַׁלְמִי הִינְנוּ כֹּל א' הַחֵצִי מִטַּעַם דְּהוּי מִתְּשַׁאִיל"מ אֶלְא וְדַאי דְכָל א' טוֹעֵן בְּרִי  
אִם כֵּן אִם הוּו עֶרְבָאִין זֶה לְזֶה לֹא מְצִי כֹּל אֶחָד לְדַחֲתוֹ אוֹתוֹ דְּחֵיב מִמֵּנ"פ לְשַׁלֵּם.

וְאִף אִם נֶאֱמַר דְּלִגְבֵי שׁוֹמֵר אִינוּ חֵיב מִטַּעַם מִתְּשַׁאִיל"ל וְאִינְרִי דְּשְׁנִיָּהֶם אִינְם יוֹדַעִין מִי  
הַפּוֹשֵׁעַ מ"מ לֹא אָבִין מַה שְׁכ' דְּהָעֶרֶב בְּעַצְמוֹ טוֹעֵן שְׁחֲבִירוֹ פֿטוֹר מִצַּד סְפִיקָא הָא מ"מ  
וְדַאי א' מְהֵם פֿשַׁע וְלָמָּה לֹא יְהִיָּה יְכוּל לְתַבְּנֹעַ לְכָל א' בְּמִמֵּנ"פ וְלְדַבְּרֵי הִיָּה הַדִּין בְּאִם  
כֹּל א' מְשַׁנִּי יוֹסֵף בֶּן ש' טוֹעֵן שְׁאִינוּ יוֹדַע אִם נִכְתֵּב הַשְּׁטָר עַל שְׁמוֹ אוּ עַל חֲבִירוֹ נֶאֱמַר

דפטר בזה פנין דגם לדבריו אינו יודע אם חבירו חייב בבירור וזה נדאי אינו ודברי הס' הנ"ל אם שנדפס משמו דמין רע"א ז"ל לא אדע לכלכלם וצ"ע: סי' לז שטר שכתוב בו אני פלוני לויתי ממה מנה כל המוציא גובה בו כמבואר בש"ע (סי' נ') וכ' הטור שיאמר המוציא ממי לויתי ולא הוצרכתי לפרט את שמי שפשמסרת לידי כתבת לויתי ממה ונדקא בשטר בעדים אבל בכ"י מתוה שיכול לומר פרעתי נאמן לומר לא לויתי ממה אלא מאחר נפל ומצאתו.

וכתב הב"ח דגם בטוען מפלוני קנייתו שלויית ממנו גוב' בו דדינו כמו שטר שכתוב בו כל המוציא אפילו בלא הרשאה יגבה ודעת מהרי"ט בתשובה מובא בתומים דאינו דומה לכתוב בו כל המוציא דממה משמע דמשעבד רק לאחד שמסר לו השטר בשעת הלואה ודייק פן מדברי הטור דכ' שיאמר ממני לנה הא מודה דלא לנה ממנו רק מאחר אינו יכול לגבות בו.

ויש לומר לדעת הב"ח לדקדק בדברי הטור להקפד דמה זה שכ' שיאמר ממני לויתי הנה לו להטור לומר מה שנה טוען ומדכ' שיאמר משמע אף אם אינו אומר פן רק פנין שיכול לומר ממני לויתי ממילא טוב גובה בו פנין דלנפילה ל"ח וממילא אף אם טוען שלקחו מאחר דהנה מקום לומר דוקא אם טוען שממנו לנה אז אמרינן כ"נ וכ"ה ודומה לשאר מטלטלין בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ומבואר בש"מ ר"פ חה"ב דאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר אין יורדים לנכסיו אלא הם בחזקתו אף אם הביא עדים שהיה מקודם שלו מ"מ מוקמינן על חזקתו רק משמתין ליה שיעמוד עמו בדין פדיו התובע את חבירו מנה והכא נמי פנין דבנדאי נתחייב הלנה לאחד זה שהשטר בידו מוקמינן על חזקתו וכ"נ וכ"ה אף דהלנה הוא מוחזק מ"מ פנין דבנדאי נתחייב אמרינן כ"נ וכ"ה אבל בטוען שלא ממנו לנה רק מאחר והוא קנה ממנו השטר הי' ס"ד דלא יהיה נאמן פנין דליכא חזקה דכ"נ וכ"ה שהרי בעצמו מודה דלא בא לידו מיד הלנה וניחוש לנפילה קמ"ל פנין דיכול לומר ממני לויתי לא איכפת לן בטענתו ואף אם אומר שמאח' קנה אותו נאמן דל"ח כלל לנפילה ונאמן דבא לידו מיד המלנה במגו דהיה אומר ממני לויתי ולא הני מגו להוציא פנין דיש שטר בידו וגם בנדאי נתחייב לאחד ומהני חזקתו להוציא וממילא יש לומר דנאמן שקנה מאחר ואין צריף פתיבה ומסירה דהוי כשטר שכ' לכל המוציא.

גם יש לומר דהי' ס"ד דהוי ריעותא במה שלא נזכר שמו כמו שכ' תוס' יבמות בכהאי גנא לגבי יוסף בן ש' קמ"ל דאין זה ריעותא אף אם אומר שהוא הלנהו ובמכונן לא רצה לכתוב שמו כדי שיוכל למכור לכל א' ולא יהי צריף פתיבה ומסירה: וכן יש להוכיח קצת מסדר דברי הרמב"ם (פכ"ד) ממלנה שכתב בהלכה (ט') הוציא שטר שכתוב בו לויתי ממה כו' כל מי שיצא שטר זה מידו גובה בו ואינו יכול לדחותו ולומר של אחר הוא ונפל ממנו השטר וכן שני יוסף בן ש' הדרין בעיר אחת שהוציא א' מהן שטר חוב על אחר אינו יכול לדחותו ולומר לפלוני שהוא כשמה אני חייב וממני נפל השטר אלא ה"ז שיצא מת"י גובה ואין חוששין לנפילה.

ויש לדקדק הא זה כ"ש מדין הראשון דבשטר שכתוב בו ממה הוא נפילה דרבים משא"כ בב' יוסף בן ש' הוא נפיל' דחד כמבואר ש"ס ב"ב (דף קע"ב) לאפיי דסובר לנפילה

דברים חיישינו לנפילה דחד לא חיישינו ומה זה שכ' הרמב"ם וכן ב' יוסף בן ש' הא זה כ"ש דבכ' בו ממה דהוי נפילה דרבים ולא חיישינו ק"ו דלא חיישינו לנפילה דיחיד.

ואף דקיי"ל פרכא דאף לנפילה דרבים לא חיישינו וכתב הרמ"ה ב"ב שם (סי' קי"ד) דשנויא דאב"י דחיק' דמה לי לנפילה דחד ומ"ל לנפילה דרבים אי איפא למיחש לנפילה אפילו לחד נמי ליחוש ואי לא אפילו לנפילה דרבים נמי לא ליחוש אלא ודאי דלא חיישינו כלל לנפילה כו' ומחזקינן ליה לשטרא בתוקת שהוא דנפיק מתותי ידיה ומאן דטעין דהאי שטרא דאינש אחרנא הנה עליו להביא ראיה עכ"ל ומדבריו מבואר דאין סברא אליבא דידן לחלק בין נפילה דחד לנפילה דרבים.

אבל מ"מ פיון דאב"י ס"ל לחלק הנה לו לרמב"ם לכתוב מתחילה הדין דלא חיישינו לנפילה דחד בב' יוסף בן ש' ואחר כך הדין דכתב בו ממה דגם לנפילה דרבים לא חיישינו. אולם אם נאמר דבכ' בו ממה אין צריף שום טענה הן אם אומר ממני לית הן אם אומר מאחר בא לידי דגם כן נאמן וגובה בו ואף דלא שייף סברת פאן נמצא וכאן הנה מ"מ לא חיישינו לנפילה וגובה בו ובשטר שכ' בו יוסף בן ש' אם טוען שמחבירו יוסף בן ש' פא ליזדו אינו נאמן נגד הלנה דאין אותיות נקנות במסירה רק אם טוען שהוא הנה המלנה מתחילה אז גובה בו אתי שפיר קצת דהנה מקום לומר בזה אף דיש חזקה דכ"נ וכ"ה וגם דלא חיישינו לנפילה מ"מ לא יגבה בו דניחוש שפא אחר מסר לו ועיין תוס' יבמות (דף קי"ו) ד"ה אותיות דכ' פיון דאינו מוכח מתוך השטר שהוא שלו ולא עשה בו סימן יש לחוש שפא של חבירו הנה ואעפ"כ לדין קיי"ל דלא חיישינו לזה ומטעם פאן נמצא וכאן הנה מוציאין הממון פיון דלנפילה לא חיישינו כלל: וקצת יש לדקדק בדברי רמב"ם דבדין דכ' בו ממה כ' ואינו יכול לדחותו ולומר של אחר הוא ונפל ולא פתב לאחר אני חייב ובדין דכתב בו יוסף בן ש' כ' אינו יכול לדחותו ולומר לו לפלוני שהוא כשמה אני חייב וממנו נפל השטר.

ולמה שכ' יש לומר דבכ' בו ממה אף דאמר של אחר הוא ונפל והיינו דאומר שפכר אינו חייב שפרע ונפל השטר ואיתרעא בנפילה ובמצאה בא לידי ומ"מ פיון דלנפילה לא חיישינו כל זמן שלא ידענו מהרעותא מוציאין ממון מהלנה בין אם נאמר דהוא הנה המלנה ודאי יש חזקה דכאן נמצא וכאן הנה בין אם נאמר דאחר הנה המלנה מ"מ כשיוצא מתחת ידו גובה בו דאין צריף פתיבה ומסירה ומוקמינן השטר על חזקתו.

מה שאין כן בכ' בו יוסף בן ש' דאין פאן רק סברת פאן נמצא וכאן הנה ואם בא לידי מיוסף בן ש' חבירו אינו יכול לגבות בו דצריף פתיבה ומסירה ואם כן אף אם לא נחוש לנפילה מ"מ דלמא מסר לו נחוש ולא נשאר רק סברת פאן נמצא וכאן הנה ויש לומר דאין מוציאין רק אם טוען הלנה לפנולי שהוא כשמה אני חייב דעכ"פ מודה דעדיין חייב לו רק שטוען ממנו נפל בזה גובה ואין חוששין לנפילה פיון דודאי חייב גם לטענות הלנה זה שיוצא השטר מתחת ידו גובה בו ואף דיש לומר דלמא האחר מסר לו וצריף פתיבה ומסירה מ"מ פיון דודאי חייב מהני סברת פאן נמצא וכאן הנה להגבותו אבל אם אינו אומר שעדיין חייב רק שפרע ומחבירו נפל יש לומר דאין מוציאין ממנו.

ועיין רשב"א ונ"י יבמות שם דכתבו דאין מוציאין ממון עם סברת פאן נמצא וכאן הנה ובצחק ר"ג דמתירין האשה הוא משום עיגונא. ואם כן יש לומר דדוקא היכא דמודה

הלנה דעדיין חייב דאיתרעא הח"מ פמבואר בש"ה(סי' צ"א) ואף לדעת התומים שם (ס"ק ג') מ"מ לא אלם כ"כ חזקת ממון ומוציאין ע"י חזקה דכאן נמצא מה שאין פן פשאומר שפכר פרע ליוסף בן ש' אחר יש לומר דעת הרמב"ם דא"מ ועיין בדברי אא"ז מ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' מ"ט) שכ' לתרץ קושית התומים על רשב"ם ב"ב דכ' הטעם דב' יוסף בן ש' אינן יכולים להוציא שטר זה על זה דיכול לומר אתה היית חייב לי והחזרתי לה השטר כשפרעת לי הא קיי"ל דיכולין להוציא על אחרים מטעם פאן נמצא וכאן הנה וכתב לתרץ דווקא היכא דחייב לאחד בודאי מוציאין ממון אבל היכא דדנין על הוצאות ממון דאפשר דא"ח א"מ ממון על ידי חזקה דכאן נמצא וכו"ה.

ומדברי הרמב"ם הנז' ראיה גדולה לכאורה לזה: אף מסתימת הפוסקים משמע דלעולם מוציא יוסף בן ש' שטר על אחר אף היכא דטוען דכבר פרע לחבירו יוב"ש ודעת אאמ"ו ו"ל בספרו ד"ח דיני הלואה (סי' י"ב) דאף אם יוסף בן ש' האחר עומד לפנינו ואמר דהוא מסר בידי יוסף בן ש' זה שהשטר יוצא מתחת ידו ומוחל להלנה החוב גם פן גובה זה שהשטר יוצא מתחת ידו ואף דבחזקת פאן נמצא וכאן הנה אין מוציאין ממון מ"מ כ' הנ"י יבמות שם דשטרי דכ' בהו ננאי בר חבי דגובה בו פיון שיש רגלים לדבר לומר פאן נמצא אמרינו וכו' ואין כל ענינים שוין בזה והיינו אף דחיישינו לדלקא מסר מ"מ ל"ש הוא שימפור וימסור לזה שישמו גם פן פשמו וסובר רבא דמוציאין בזה בצירוף חזקה דכאן נמצא.

ובקושית התומים על הרשב"ם פתבתי שם בד"ח דיש לומר אף דמסייעו החזקה דכאן נמצא וכאן הנה מ"מ מתנגד לזה החזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו דהא בכל שטר הנזיר של לנה הוא והוא בידי המלוה רק פמשפון וכשפרע הלנה להמלן' הוא של לנה פמבואר באחרונים (סי' ס"ו) אם פן זה המוציא שטר חוב שפיר אינו יכול לגבות מיוסף בן ש' חבירו דיכול לומר אתה לוית ממני והחזרתי לה השטר והוא שלך ממש ולכך אינו יכול להוציא.

אבל היכא דיש סברת פאן נמצא מוציאין אף אם חבירו יוסף בן ש' עומד לפנינו ואומר שמשנו נמסר לו ומוחל החוב וכמו שכ' אאמ"ו ו"ל אף מדברי רמב"ם הנ"ל יש להוכיח דוקא אם אומר שחייב עוד לחבירו דליכא כ"כ ח"מ אבל אם אומר שפכר נפרע השטר יש לומר דאינו גובה י וגם יש לומר דנינו של אאמ"ו ו"ל אם היוסף בן ש' האחר עומד אח"כ לפנינו ומוחל החוב מ"מ פיון שפכר אמר הלנה דעדיין חייב והדין הוא דגובה בו בזה שוב לא מהני מחילתו של חבירו אחר כך פיון דכבר נתחזק הדבר על ידי חזקה דכאן נמצא וכאן הנה דהלנה חייב לו מעיקרא שוב לא מהני מחילת היוסף בן ש' האחר אחר כך אבל אם קודם שפא זה שהשטר תחת ידו לפני ב"ד לגבות פא הלנה עם חבירו ומחל לו בזה יש לומר דאין מוציאין מן הלנה פיון דלדבריו פכר נפטר מן החוב: עוד כתב שם מהרי"ט מדברי ר' ירוחם ו"ל שכ' שגראה מדברי הרשב"א ו"ל שאם התנה לכל המוציא בין בטענתו בין שלא בטענתו שאין צריך לבא מפח המלן' והקש' עליו שאם יש פן במשמעו דבריו צ"ל דס"ל לרשב"א יש ברירה שגיה הוברר למפרע שנסתעבד לו בשעת חיובו ויקשה הא ס"ל דאין ברירה אלא שאינו רואה היאך משמע פן מדבריו אולם זה משמע מדבריו דהבא מפחו מיהת מציי תבע אעפ"י שלא הלנהו מעולם.

אָמָנָם מִד' הַטּוֹר לֹא מִשְׁמַע הָכִי וְאִם מוֹדָה שְׁלֵא הִלְוָהוּ אֶלְא אַחַר הִלְוָהוּ וּמִכְחוּ הוּא בָּא לֹא יִגְבֶּה וְעוֹד פֶּתַח הַטּוֹר וְדוֹקָא שְׁטֵר אָבֵל פֶּתַח יָד מִתּוֹף שְׁיִכּוֹל לֹמַר פֶּרְעֵתִי יְכוּל לֹמַר לֹא לְוִיתִי מִמֶּה וְזֶה מִדְּבָרֵי רַמְבַּ"ן אוֹלָם הַרְמַבַּ"ן לְטַעַמֵּי דְסִבְרָא לִיהָ דְלֹא מְצִי מִשְׁתַּעֲבָד לְמִי שְׁאִינוּ מְבֹנְרֵר עֵי"ש עוֹד בְּזָה וְכָל דְּבָרָיו מְוַקְשִׁים.

מֵה שְׂכ' דְלֹא רָאָה הֵיאָף מִשְׁמַע פֶּן מִדְּבָרֵי הַרְשָׁב"א הָא מְבֹנְרֵר מְדַבְרֵי בְתִשּׁוּבָה (ח"ב ס' קל"ה) דְּכַתְבַּב שְׂכ' עַל שֵׁם הַמְלִנָּה אוֹ לְמוֹצֵיא שְׁטֵר זֶה דְּמִסְתַּבְרָא שְׁלֵא פֶתְבוּהוּ אֶלְא לְבֵא מִכְחוּ שְׁל מְלָנָה פֶּאֱלוּ אָמַר לָהּ וּלְכָל מֵאָן דְּאֵתִי מִחֻמְתָּהּ שְׂאָם אֵין אַתָּה אוֹמַר פֶּן אֱלוּ הַפְּקִידוֹ מְלָנָה אֶצֶל א' אִי נָמִי חֲטַפּוֹ א' מִידוֹ אוֹ שְׁנַפְל מִידוֹ וּמְצֵא א' מִן הַשּׁוֹק הָרִי לְוָה חֲזִיב לִיתָן לוֹ וְאֱלוּ אָנוּ אוֹמְרִים שְׁנַתְחַיֵּיב וּבְשׁוֹפְטֵנִי עֲסַקִּינוּ שְׁיִרְצָה הַמְלָנָה בְּתַנְאֵי זֶה שֶׁהוּא לְחוּבְתוֹ שְׁיִהְיֶה כָּל דְּאֵלָם שְׁלִיט בְּשְׁטֵרוֹ אַע"כ אֵינוּ מִתְנָה אֶלְא עַל מִי שְׁיִוְצִיאָנוּ בְּתוֹרַת מְכָר כּו' וּמְבֹנְרֵר דְּרַק לֹא בְּשׁוֹפְטֵנִי עֲסַקִּינוּ אָבֵל אִם הַמְלָנָה אֵינוּ מִקְפִּיד עַל זֶה מְהֵנִי חֲזִיב לְכָל מִי שְׁיִוְצִיאָנוּ אָף אִם לֹא בָּא מִחֻמְתּוֹ וְאִי מִשּׁוֹם דֹּא"ב הָא מְבֹנְרֵר בְּנ"י פ' ג"פ שְׁטֵר שְׂכ' בּוֹ שְׁנַתְחַיֵּיב לְכָל מוֹצֵיא אוֹתוֹ בְּב"ד פֶּשֶׁר וְגוֹבָה בּוֹ הַמוֹצֵיא דְּהָא לְנַפְיָל' לֹא חֲזִי שִׁינּוּ וְאִי מִשּׁוֹם שְׁלֵא נִתְבָּרַר כְּשֶׁפִּתְבוּ לְמִי נִתְחַיֵּיב וְקִי"ל א"ב בְּדֹאֲרֵי יִתָּא ש"ה פִּינוּ שֶׁהוּא רָאוּי לְהִתְחַיֵּיבוּ בּוֹ לְכָל אָדָם אֵין פֶּאֵן דִּין בְּרִירָה.

וְהֵינּוּ דְבִנְפֵל מְמַנּוּ בְּאַמַּת אֵינוּ גוֹבָה דְּאָנוּ סִהְדֵי דְלֹא אֲשַׁתְּעַבְד עַל דַּעַת פֶּן רַק לְבֵא מִכְחוּ אָבֵל בְּאַמַּת אִם נִשְׁתַּעֲבָד לְכָל הַמוֹצֵיא בֵּין בְּטַעֲנָתוֹ בֵּין בְּלֹא טַעֲנָתוֹ מְהֵנִי. וְלְכֹאֲרָה אֵינוּ מְבֹנְרֵר מְדַבְרֵי נ"י סְבָרְתוֹ דִּי"ל דְּמִהֵנִי רַק מִשּׁוֹם דְּחָל מְאֹז שְׁפֵא הַשְׁטֵר לִידוֹ וְכִמוֹ שְׂכ' הַרִיטְב"א גִּיטִין (דָּף י"ג) הָא דְּמִהֵנִי בְּאוֹמַר מִשְׁתַּעֲבָדְנָא לָהּ וּלְכָל מֵאָן דְּאֵתִי מִחֻמְתָּהּ דְּלֹא חָל שְׁעָבוֹד עָלָיו אֶלְא מֵאוֹתוֹ שְׁעָה שְׁהִמְחָהוּ עָלָיו אָף דְּנִתְאַפְלוּ הַמְּעוֹת.

וּבְזָה לֹא תִלְיָא בְּבְרִירָה פִּינוּ דְּאֵינוּ חָל לְמַפְרַע. אוֹלָם בְּרִיטְב"א שֵׁם כ' דָּאָם פֶּן הֵיָה יְכוּל לְחַזוֹר בּוֹ לְכָף כ' הַנְּכוּן דְּמִשְׁעַת הַמְּחָאָה חָל שְׁעָבוֹד עָלֵיהּ דְּאִיגְלֵאֵי מִיִּלְתָּא בְּשַׁעַת הַמְּחָאָה דְּלָנָה נִשְׁתַּעֲבָד וְלֹא שְׁיָף דִּין בְּרִירָה אֶלְא בְּדָבָר שְׂאִי אֶפְשָׁר לְחוּל אֶלְא בְּמִקּוֹם א' אוֹ בְּאִישׁ א' אָבֵל אֵינוּ יָדוּעַ אֵיזָהוּ דְּהֵתָם אָמְרִינוּ דְּהַנְּבָרַר הַדְּבָר לְמַפְרַע שְׁזָה הוּא כְּמוֹ בְּכַתְבַּב גִּט לְאִיזָה שְׁתַּצָּא מִפְּתַח תְּחִילָה אָבֵל הֵכָא אֵינוּ שְׁשַׁעֲבוּדוֹ שְׁל זֶה אֵינוּ לְאָדָם אַחַד אֶלְא לְכָל מִי שְׁיִרְצָה זֶה וְאֶפְשָׁר שְׁיִהָא מְשׁוֹעֲבָד בְּזָה אַחַר זֶה וּבְכִי זֶה לֹא שְׁיָף בְּרִירָה וְהַמְרִי"ט שֵׁם ס"ל שְׁסִבְרָא שְׂכ' גַּם פֶּן הָר"ן מִס' גִּיטִין דְּכִינוּ דְּאֶפְשָׁר שְׁיִהָא מְשׁוֹעֲבָד לְכָל הָעוֹלָם זֶה אַחַר זֶה לֹא תִלְיָא בְּבְרִירָה וְזֶה דוֹקָא אִם מִשְׁתַּעֲבָד לְמְבֹנְרֵר בְּלָף וּלְכָל מֵאָן דְּאֵתִי מִחֻמְתָּהּ אָבֵל בְּאוֹמַר סְתָם לְכָל הַמוֹצֵיא תִלְיָא בְּבְרִירָה אָבֵל דְּבָרֵי הַנ"י ב"ב שְׁהֵמָה גַּם פֶּן מִשְׁם הַרִיטְב"א מְעִידִין דְּלֹא כֵן הוּא וְאָף בְּלֹא מִשְׁתַּעֲבָד מִתְחִילָה לְאָדָם יָדוּעַ פִּינוּ דְּרָאוּי לְהִתְחַיֵּיב לְכָל אָדָם לֹא תִלְיָא בְּבְרִירָה וְעֵינּוּ קְצוּה"ח (ס' ס"א) וּבְתִשּׁוּבַת שְׁמַחַת יו"ט (ס' כ"א) דְּנוֹטָה ג"כ אַחַר דַּעַת מֵהַרִי"ט בְּזָה וְהַבְּרוּר בְּדְבָרֵי הַנ"י וְרִיטְב"א דָּאָף בְּאֵינוּ אוֹמַר לְהַשְׁתַּעֲבָד מְעִיקְרָא לְאָדָם יָדוּעַ וְהָבָא מִחֻמְתּוֹ רַק סְתָם לְכָל מִי שְׁיִוְצִיא שְׁטֵר אוֹ שְׁיִרְצָה פְּלוּנִי גַּם פֶּן לֹא תִלְיָא בְּבְרִירָה וְעֵינּוּ רִיטְב"א קִידוּשִׁין (דָּף ס"ג) בְּאוֹמַר אֲנִי מִתְחַיֵּיב לְמִי שְׁיִרְצָה פְּלוּנִי דְּמִהֵנִי ג"כ כְּשֶׁמְבָרַר אַחַר כָּף: וּמ"ש מֵהַרִי"ט דְּהַרְמַבַּ"ן לְטַעַמֵּיהּ דְּסִבְרָא לִיהָ דְּאֵינוּ מִשְׁתַּעֲבָד לְמִי שְׁאִינוּ מְבֹנְרֵר וְסִבְרָא לִיהָ דְּלֹא מְהֵנִי אָף מְדַרְבְּנוּ וּבְדְבָרֵי רַמְבַּ"ן מְבֹנְרֵר דַּעַכ"פ מְדַרְבְּנוּ מְהֵנִי בְּמִשְׁתַּעֲבָדְנָא לָהּ וּלְכָל מֵאָן דְּאֵתִי



מחמתה דלא מהני מדאורייתא פינו דאין ברירה אבל מדרבנן מהני וכבר עמד ע"ד בקצוה"ח שם.

הן אמת דאינו מבואר מדברי רמב"ן שהואיל ובדרבנן י"ב י"ג עכ"פ מדרבנן דיש לומר פינו דקיי"ל בדאורייתא א"ב דיני ממונות הוא פדאורייתא ובפ"ט למה שכ' הפוסקים דלדין הוא ספיקא אם י"ב או א"ב ולכך בדאורייתא אין ברירה דספיקא דאורייתא לחומרא ובדרבנן יש ברירה דספיקא דרבנן לקולא א"כ דיני ממונות הוא לעולם קולא לנתבע וממילא אמרינו דאין ברירה [ועיין נ"י ב"ק פ"ק המניח (דף למד) דכ' דל"א במאי דלא זכו מיהא הנוכח הדבר דאפקרינהו דבדאורייתא לא אמרינו ברירה והא דאורייתא הוא עיין שם ודבריו צריכו ביאור דשם לא הותנה כלל ולא תליא בברירה ואכ"מ] והא דכ' הרמב"ן דמהני במשתעבדנא לה ולכל מאן דאתי מחמתה עכ"פ מדרבנן הי' אפ"ל דזה לס"ד דאמימר דטעמא דרב דמהני במעמד שלשתן הוא מטעם דנעשה מוכח דמהני מדרבנן ולדין י"ל דלא מהני אף מדרבנן.

גם בגוף קושית הרמב"ן המובא ב"ן גיטין (דף י"ג) יש להעיר דלמא אממר אמר לטעמיה דרב ורב סובר דיש ברירה ולכך מהני אבל לדין דאין ברירה יש לומר דבאמת לא מהני אולם בחידושי רמב"ן גיטין שם וב"ב (דף קע"ב) מבואר דמהני עכ"פ מדרבנן וממה הוי פכתוב בו משתעבדנא לה ולכל מאן דאתי מחמתה ומבואר דכ' בו ממה לא בעי פתיבה ומסירה וכדעת הב"ח וכן מבואר בש"מ שפסוף ספר הרמ"ה שם משם רבינו יונה דממה שהיא גברא דנפק מתחת ידו משמע ולהכי לא פתב בפטר שם המלנה לומר משתעבדנא לה ולכל דאתי מחמתה פי האי דגיטין והיינו דקאמר לויתי ממה כלומר ממי שיצא שטר מת"י והא דקאמר ניהוש לנפילה היינו דהאי מיהא לא שעבד נפשיה אלא למי שפא מפת המלנה שפסרו לו עיין שם ומבואר דממה הוא לאו דוקא אותו שלנה ממנו אלא אף הבא מחמתו וכן מבואר מדברי רמ"ה ז"ל בתשובה (סי' רס"ז) דממה משמע דעיקר הלנואה מההוא גברא דנפק מתותי דיהי משמע: והא דהוכיח מהרי"ט מדברי הטור בכתב יד אם טוען דממני לנית נאמן לומר לא לויתי ממה אלא מאחר נפל ומצאת וכוונתו כמו שביאר התנאים (ס"ק ב') דכמו אם אותיות נקנות במסירה אין צריך להביא ראיה אם פן זה שהשטר בינו יטעון אמת לא הלוייתה רק אחר נתן לי במסירה ואין צריך להביא ראיה ומה מהני מגו באמת לא לנה וכו' התנאים ודחוק לומר פי קאמר רבא אין צריך להביא ראיה בטוען פן אני לקחתי אבל פאן התובע אומר אני הלוייתה ועל זה יש ללנה מגו ושלקחו מיד אחר הא הוא מודה שלא לקחו ודחוק ובתנאים פתב דלהב"ח צריך לומר שיודע בבירור שגפול מהלנה ונה דחוק ואף בשמא אינו גובה א"ו דבעי פתיבה ומסירה עיין שם.

ולא אבין כלל ראיה הזאת ודאי לרבא דאי אותיו' נקנות במסירה אין צריך ראיה ונאמן הבא עם השטר לגבות לומר דנמסר לו מן המלנה הפתוב בתוף השטר דשם אינו יכול לבא בטענה אחרת וכיון דנקנות במסירה לבד הוי השעבוד מאן דנקט ליה לשטרא פמאן דנקט לגופיה דממונא ודומה לשאר מטלטלין דמוקמינן לה היכא דקיימא השמא פמבואר ברמ"ה ב"ב וב"ן פ' פתובות פ' הכותב משם הרמב"ן ואין צריך להביא ראיה ונאמן דלקוח הוא בינו פשאר מטלטלין מה שאין פן בשטר שכתוב בו ממה אף דממה הוא מאן דנפיק

מִידוֹ וְלִכְפֹּא נ"מ פִּיצַד בָּא לִידוֹ אוּ מִיד אַחַר וְקִנְה מִמְנוּ בְּמִסְיָרָה לְקִנּוֹת הַשְּׁעֵבּוּד שֶׁהֲלִנְה שְׁעֵבֵד עֲצֻמוֹ לְמֵאן דְּנִפְק מִידוֹ מ"מ אִם טוֹעֵן שֶׁהוּא הֲלִנְה וְהֲלִנְה מִכְחִישׁוֹ שְׁלֵא לְוֵה מִמְנוּ וְאִינוּ נֵאֱמָן בְּזֵה דְחֻזְקָה מַה שֶׁהוּא בְּיָדוֹ הוּא שְׁלוֹ מ"מ זֶה דְּוִקָא בְּשִׁטְר בְּעֵדִים דְּאִינוּ נֵאֱמָן לְוֵמר פְּרוּעַ הוּא אֲבָל בְּכ"י פִּינּוֹן דִּישׁ לֹו מְגוּ דְּפְרוּעַ הָוִי כְּמוֹ עֵדִים הַמְּכַחֲשִׁים אוֹתוֹ שְׁלֵא הָיָה הֶהָלֹוּאָה מִמְנוּ וְכִינּוֹן שֶׁהוּא עֲצֻמוֹ הוֹדָה דְּלֵא לְקַח מֵאַחַר רַק הוּא הִי' הֲלִנְה וְעַל זֶה מְוִכָּחַשׁ מְעַדִּים דְּמְגוּ הָוִי כְּמוֹ עֵדִים וְנֵאֱמָן הֲלִנְה בְּטַעֲנָתוֹ דְּלֵא הָיָה הוּא הֲמִלְנָה לְכַף אִינוּ גוֹבָה דְּאֵנָן לֹא נוֹכַל לְטַעוֹן בְּעֵדוֹ דְּלְקַח מֵאַחַר וְלְכַן חוֹשְׁשִׁין לְנִפְיִלָה מֵאַחַר וְאִינוּ גוֹבָה בּוֹ אֲבָל אִם טוֹעֵן דְּלְקַחוּ מֵאַחַר וְדֹאֵי דְּגוֹבָה בּוֹ וְאִין צְרִיף לְהִבְיָא רְאִיָּה דְּמִמְהָ מֵאן דְּנִפְיָק מִידוֹ הוּא וְנִשְׁתַּעֲבֵד הֲלִנְה לְזֵה וְאִין צְרִיף כְּתִיבָה וּמִסְיָרָה וְזֵה פְּשוּט: וּבְסִפְרָ ש"מ כְּתַב בְּדִין זֶה בְּכְתָב יָד דְּכְתוּב בּוֹ מִמְהָ דְּנֵאֱמָן בְּמְגוֹ לְהַקְשׁוֹת מְדַבְּרִי הַמ"מ (פ"ב) מִמְלָנְה מִשְׁם הָרַמְבַּ"ן גְּבִי שְׁטַר אֲמָנָה דְּאִינוּ נֵאֱמָן לְחוּב לְאַחֲרִים אִף בְּמְגוֹ דְּאִי בְּעֵי קִלְתִּי וְכֵן לְוֵמר פְּרוּעַ מִשׁוּם חֻזְקָה דְּכָל מַה שֶׁתַּחַת יָד אָדָם הוּא שְׁלוֹ וְה"נ נִימָא כֵּן וְהֵאָרִיף בְּזֵה לְהַקְשׁוֹת מְדַבְּרִי אַבְיִי דְּסוֹבֵר דְּחִיּוּשִׁין לְנִפְיִלָה וְגַם מְש"ס יְבָמוֹת (קט"ז) וְלֹא יִדְעָתִי מֵאִי ק' לִיָּה הָא כְּבָר כְּתַבּוּ תוֹס' יְבָמוֹת שֶׁם לְאַבְיִי דְּאָמַר לְמֵאִי נִיחּוּשׁ לָהּ כו' דְּלֵמָּא מְסַר לִיָּה אוֹתִיוֹת נְקִנּוֹת בְּמִסְיָרָה וְכו' דְּלֵמָּה לֹא נִימָא שֶׁהוּא שְׁלוֹ וְל"נ לֹו חֲבִירוֹ כְּלוּם וְכו' פִּינּוֹן דְּאִינוּ מוֹכַח מִתּוֹף הַשְּׁטַר שֶׁהוּא שְׁלוֹ וְשִׁמְיָה כְּשִׁמְיָה וְלֹא עֲשָׂה בּוֹ סִימָן יֵשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא שְׁל חֲבִירוֹ וְא"כ כֵּן נְמִי בְּכ' בּוֹ מִמְהָ וְכִינּוֹן דְּאִינוּ מוֹכַח מִתּוֹף הַשְּׁטַר ל"ש בִּי' חֻזְקָה מַה שְּׁבִיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ פִּינּוֹן דְּלֵא נִזְכָּר שׁוּם סִימָן וְאִינוּ דוֹמָה לְשִׁטְר הַנְּמַצָּא בְּיָד מִי שֶׁשְׁמׁוֹ מוֹכַח עָלָיו שֶׁהוּא שְׁלוֹ וְשִׁמְיָה פְּרוּעַ דְּשֶׁם שְׁפִיר כְּתַב הָרַמְבַּ"ן וְהַמ"מ דִּישׁ חֻזְקָה אֵלִימָתָא וְלֹא מְהַנִּי מְגוֹ פִּינּוֹן דְּשִׁמּוֹ וְמַה שֶׁהוּא תַּחַת יָדוֹ מוֹכַח שֶׁהוּא שְׁלוֹ.

וְשֶׁם בְּתוֹס' כְּתַבּוּ וְשׁוּב פִּירָשׁ הַר"י דְּהַקְלָף יְכוּל לְעַכֵּב שְׁלֵא יִפְסִיד חֻזְקָתוֹ אַע"פ שֶׁדְּרָכּוֹ לְהַפְקִיד גְּבִי' אֲבָל הַחוּב לֹא יוֹכַל לְהוֹצִיא כָּל זְמַן שֶׁנוֹכַח לְהַסְתַּפֵּק דְּלֵמָּא הַפְקִיד גְּבִיָּה וְאִם כֵּן לֹא ק' כָּלֵל מִכָּל שְׁטַר הַנְּמַצָּא בְּיָד לְוֵה שֶׁהֲלִנְה לְאַחַר דְּשֶׁם הַחֻזְקָה שֶׁת"י וְשִׁמּוֹ מוֹכַח עָלָיו דְּשְׁלוֹ הוּא גּוֹף הַחוּב וְחֻזְקָה שְׁמָה שְּׁבִיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ וְאִינוּ אֲמָנָה אוּ פְּרוּעַ וְלְכַף אִינוּ נֵאֱמָן אִף בְּמְגוֹ לְבַטֵּל חֻזְקָתוֹ אֲבָל בְּכ' בּוֹ מִמְהָ אִינוּ מוֹכַח כָּלֵל שֶׁהוּא הֲמִלְנָה וְעַל זֶה פְּלִיג אַבְיִי דְּחִיּוּשִׁין לְנִפְיִלָה וְלְרַבָּא וְלְדִידָן מוֹצִיאִין מִטַּעֲם כָּאֵן נִמְצָא וְכָאֵן הִי' וְגַם פִּינּוֹן שֶׁהוֹדָה שְׁחִיב לְאַחַר אֲבָל כְּשִׁישׁ לֹו מְגוֹ אִין מוֹצִיאִין מִידוֹ דְּלֵא שְׁיָיָף בְּזֵה מַה שְּׁבִיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ פִּינּוֹן שֶׁאִינוּ מוֹכַח מִתּוֹכּוֹ דְּנִשְׁתַּעֲבֵד לֹו וְעוֹד יֵשׁ לְוֵמר דְּוִקָא הִיכָא דְּאֹמַר עַל מַה שְּׁבִידוֹ נִגְדַּח חֻזְקָה דְּמַה שְּׁבִיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ אִינוּ נֵאֱמָן וּמוֹצִיאִין מִמּוֹן מִן הָאַחַר בְּהַשְּׁטַר מַה שֶׁאִין כֵּן לְהוֹצִיא עַל יְדֵי זֶה מִמּוֹן מִן הֲלִנְה מְהִימָן טְפִי בְּמְגוֹ שְׁלוֹ וְעֵינָן מַה שְּׁכ' בְּנִתִּיבוֹת (ס' מ"ז) וּבְמַה שְּׁכ' לְעֵיל (ס' ל"ד): וְרֵאִיתִי בְּס' חֲמֻדַּת שְׁלֵמָה אַה"ע (ס' ל"ב) עֲמַד עַל דְּבָרֵי תוֹס' יְבָמוֹת לְמַה שְּׁכ' תוֹס' חֲוָלִין (דָּף צ"ו) הָא דְּמִחְזִירִין שְׁטַר בְּסִימְנִים אִף דְּאִין מוֹצִיאִין מִמּוֹן בְּסִימְנִים מִשׁוּם דְּאִין אָדָם מְוִחְזֵק בּוֹ שִׁיאֵמַר שְׁלֵי הוּא מְהַדְרִינּוֹן אֲבָל מִמּוֹן שְּׁבִיד הַבְּעָלִים אִין לְהוֹצִיא עַל יְדֵי סִימְנִים אִם כֵּן מְנ"ל לְרַבָּא הוֹאִיל וּמוֹצִיאִין מִמּוֹן עַל יְדֵי שְׁטַר זֶה לֹא חִיּוּשִׁין לְתַרִי יִצְחָק הָא זֶה לֹא מְקַרִי הוֹצָאָה פִּינּוֹן דִּישׁ לְוֵמר הַשְּׁטַר שְּׁבִידוֹ וְהַנִּיחַ הַדְּבָרִים בְּצ"ע.

וְנִרְאָה לְמַה שְּׁכַתַּב אַאזְמ"ו ו"ל בְּד"מ (ס' מ"ו) לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי תוֹס' דְּהָא חֻזְקָתוֹ דְּשְׁטַר שְּׁנִפְלֵ וְאִתְרַע וְאִינוּ גוֹבָה בּוֹ אֲפִילוֹ הוּא תּוֹף זְמַן וְחֻזְקָה דְּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹף זְמַנוֹ עֲדִירָ מְסִימְנִים

דְּהָא בְּחִזְקָה דְּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוּ מוֹצִיאִין מְמוֹן וּבְסִימְנִים אִין מוֹצִיאִין מְמוֹן וְעַל כְּרַחֲמֵי צְרִיף לֹא דְרַב אָם מְצָא הַשְּׁטֵר בְּשׂוּק דְּוֹמָה כְּמוֹ שְׁזַרְק לְאַשְׁפָּה לְפִי שְׁהוּא פְּסוּל אוּ פְּרוּעַ אִזְּ פִּינּוֹן דְּנִפְלֵי אִיתְרַע אַבְל בְּנִמְצָא בְּפִלֵי דְּוֹמָה דְּדִרְרָה נְפִילָ' נְפֵל מִמְלָנָה אוּ מִלָּנָה כְּמוֹ שִׁכ' הַבַּע"ת וְכִינּוֹן דְּהַמְלָנָה נוֹתֵן סִימּוֹן וְהַלָּנָה אִין לֹא בּוֹ סִימּוֹן רֵאִי' שְׁנִפְלֵי מִהַמְלָנָה דְּעַל יְדֵי הַסִּימּוֹן נִתְבָּרַר מְמִי נְפֵל כְּמוֹ שִׁכ' הָרָא"ש ספ"א דב"מ וְכִינּוֹן דְּיַדְעֵנוּ דְּמִמְלָנָה נְפֵל לֹא הָוִי כְּמוֹצִיאִין מְמוֹן עַל יְדֵי סִימּוֹן פִּינּוֹן דְּיַדְעֵנָא דְּמִמְלָנָה נְפֵל וְהָוִי כְּמוֹ שְׁהַשְּׁטֵר הוּא בְּיַד הַמְלָנָה דְּמוֹקְמִינּוּ עַל חִזְקָתוֹ דְּאִין פְּאֵן שׁוּם רִיעוּת' דְּכָתוּב בּוֹ שְׁמוֹ עָלְיוֹ מַה שְּׂאִין כֵּן בִּיבְמוֹת אַף דְּמוֹקְמִינּוּ הַשְּׁטֵר עַל חִזְקָתוֹ שְׁהַקְלָף הוּא שְׁלוֹ מ"מ פִּינּוֹן דְּנוֹכַל לְהַסְתַּפֵּק דְּלִמָּא הַפְּקִיד אַצְלוֹ אִין מוֹצִיאִין הַמְמוֹן אָם לֹא דְּאוֹתִיּוֹת נְקֻנוֹת בְּמִסְרָה וְלִדְיִן לְרַבָּא מְטַעַם חִזְקָה דְּכָאן נְמָצָא וְכָאן הָיָה.

גַּם יֵשׁ לוֹמַר דְּכֻוֹנֵת תּוֹס' דְּסִימְנִים הָוִי כְּמוֹ רַבֵּי רַק לְהוֹצִיא מְמוֹן אִין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב אוֹלָם הֵיכָא דְּהָיָה חִזְקַת חַיִּיב מְבֹאָר בְּש"מ ב"ק ר"פ שׁוֹר שְׁנַגַּח דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן וְאִזְמַ"ו ו'ל בד"מ (ס' ע"ח) כְּגוֹן לָזָה וְכ' דְּמַה"ט מוֹצִיאִין מְמוֹן עַל יְדֵי חִזְקָה דְּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוּ מְשׁוּם דְּהָוִי כְּרֹב וּבְצִירוּף חִזְקַת חַיִּיב מוֹצִיאִין מְמוֹן וַיְבַאֵר אֲי"ה בְּזָה בְּדִינֵי טו"ב.

וְאָם כֵּן לְכָף כְּתִיב תּוֹס' חוֹלִין דְּאַף דְּאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן עַל יְדֵי סִימְנִים חֲפִץ מִיַּד בְּעֵלִים מ"מ בְּשְׁטֵר שְׂאִין אָדָם מְחַזְקֵי בּוֹ מְהַדְרִינּוּ וּמְמִילָא גּוֹבָה דִּישׁ חִזְקַת חַיִּיב פִּינּוֹן דְּאִין נ"מ רַק בִּין לָנָה לְמִלָּנָה וְנָה אֲתִי שְׁפִיר שֵׁם אַבְל בְּהָדָה דִּיבְמוֹת דְּהַלָּנָה אִינוּ פּוֹפֵר בְּחַיִּיבוֹ רַק דְּאוֹמַר לְחַבֵּי בַר נְנָאִי אַחַר חַיִּיב וְכִינּוֹן דְּאִין פְּאֵן חִזְקַת חַיִּיב בְּבִירוֹר לָנָה שְׁהַשְּׁטֵר תַּחַת יְדוֹ אַף דִּישׁ קִצַּת חִזְקַת חַיִּיב לְאַחַד מ"מ לָזָה שְׁהַשְּׁטֵר תַּחַת יְדוֹ לִיכָא בְּנִדְאִי חִזְקַת חַיִּיב לְכָף אָם אִין אוֹתִיּוֹת נְקֻנוֹת בְּמִסְרָה לֹא הָוִי מוֹצִיאִין מְמוֹן אַף שְׁהַקְלָף הוּא שְׁלוֹ וְלִדְיִן מְטַעַם כְּפֵאן נְמָצָא וְכָאן הָיָה.

וְלָמָּה שִׁכ' יֵשׁ לְהַשִּׁיב עַל ד' קְצוּה"ח (ס' מ"ו) דְּמַדְמָה לְדַבְרֵי תּוֹס' חוֹלִין הַנֵּ"ל זָה הַטַּעַם דְּמַהֲנֵי קִיּוּם שְׁטֵר עַל יְדֵי דִימוּי אַף דְּלֹא הָוִי רַב כְּסִימּוֹן מְשׁוּם דְּאִין דְּנִין עַל הַמְמוֹן דִּישׁ לְחַלֵּק דְּרַב הֵיכָא דְּהָיָה חִזְקַת חַיִּיב אֲמַרִּינּוּ כֵּן כְּמוֹכּוֹן: וְהֵיכָא דְּהוֹחֲזָקוּ ב' יוֹסֵף בְּן ש' בְּעִיר וְהוֹצִיא א' כְּתִיב יָד עַל אַחַר שִׁכ' בּוֹ שְׁחִיב לְיוֹסֵף בְּן ש' כ' הַתּוֹמִים דְּאָם הַלָּנָה אָמַר שְׂאִינוּ חַיִּיב לֹא רַב לְאַחַר וּמִמְנוּ נְפֵל אִינוּ נְאָמְן בְּזָה בְּמַגּוֹ דְּפְרַעְתִּי דְּלִנְפִילָה דִּיחִיד לְכ"ע לֹא חִיִּישִׁינּוּ וְהָוִי כְּמוֹ חִזְקָה אֲלִימָתָא וְלכ"ע ל"א.

וְלָמָּה שִׁכ' לְעֵיל מְדַבְרֵי הַרמ"ה ב"ב לֹא נִרְאָה כֵּן דְּכָתִיב דְּשִׁינּוּי' דְּאַבְיֵי דְּחִיקָא דְּמַה לִּי נְפִילָה דְּחַד וּמַה לִּי נְפִילָה דְּרַבִּים א"ו דְּלֹא חִיִּישִׁינּוּ כְּלָל לְנְפִילָה מְבֹאָר דַּס"ל דְּאִין לְחַלֵּק בְּזָה וְכִינּוֹן דְּבְמַגּוֹ נְאָמְן לוֹמַר לְהַכְחִישׁוּ שְׁלֵא לָנָה מְמַנּוּ רַב מְאַחַר שׁוּב אַף בְּנְפִילָה דִּיחִיד נְאָמְן דְּלֹא לָנָה מְמַנּוּ וְעוֹד יֵשׁ לוֹמַר דְּבְאַמְתָּ נְפֵל מִיּוֹסֵף בְּן ש' הָאֲחַר וְאַחַד מְצָאוּ וּמְסַר לָזָה שְׁשָׂמוּ כ"כ יוֹסֵף בְּן שְׁמַעוֹן וְכְמוֹ בְּשִׁכְתָּב בּוֹ מְמַדְּ דְּצְרִיף לוֹמַר שְׁזָה שְׁפָא לְגַבּוֹת לְפִי דְּבַרִּי הַלָּנָה שְׁהוּא לֹא הַלָּנָה רַב נְפֵל מְמַנּוּ וְהוּא מְצָאוּ כֵּן יֵשׁ לוֹמַר בְּכָתוּב בּוֹ שֵׁם יוֹסֵף בְּן ש' דְּאַחַר מְצָאוּ וְהַחֲזִיר לוֹ וְכִינּוֹן דִּישׁ לְלָנָה מַגּוֹ דְּפְרַעְתִּי דְּהָוִי כְּפֵאנּוּ סְהַדִּי שְׁזָה לֹא הַלָּנָה לֹא הָוִי כָּל כְּף חִזְקָה אֲלִימָתָא דְּלֹא יְהִיָּה נְאָמְן בְּמַגּוֹ וּבְפִרְט לְמַה שִׁכ' בְּתוֹמִים בְּכָלִּי מַגּוֹ דְּלִצַּד דְּאִינוּ נְאָמְן פְּרַעְתִּיף תּוֹךְ זְמַנּוּ בְּמַגּוֹ מְשׁוּם דִּישׁ לְסִייעוֹ לְהַמְלָנָה חִזְקַת

חייב והקא לא שייך זה פנין דלפי דברי הלנה מעולם לא נתחייב לזה ויש לו מגו דפרעתי מהימן אף לחוש לנפילה דיחיד.

ועיין כנה"ג (סי' ס"ו אות ד') בהגהת ב"י משם ספר בני שמואל בהקדוקו ב' יוסף בן ש' בעיר יוסף בן ש' אחד מוציא שטר שכ' בו יוסף בן ש' וטוען שקנה אותו מהיוסף בן ש' אחר בכתיבה ומסירה ובא לגבות מהלנה דאין צריף ראיה ונאמן לגבי הלנה במגו דהנה יכול לומר שלי הנה השטר מעיקרא ואני המלנה ואין הלנה יכול לדחותו ולומר מיוסף בן ש' האחר נפל ולמ"ד לא אמרינן מגו להוציא אינו נאמן לגבי הלנה אבל לגבי מוכר מיהו נאמן והכנה"ג משיג עליו דלא אמרינן מגו להוציא לא אמרינן אלא בדליכא שטרא או אפילו בדאיכא שטרא ריעא אבל בדאיכא שטרא מעליא לכ"ע אמרינן מגו להוציא ודבריו תמוהין דנדאי יש סוכרים דאפילו בשטר מעליא כל דמחוסר גובינא לא אמרינן מגו להוציא וכן הוא דעת הר"י מיגאש ורמב"ן פ' חה"ב.

וגם מה שכ' בדאיכא שטר מעליא אמרינן מגו להוציא יש לומר פנין דכאן יש ריעותא דטוען שהנה לו שטר מכתבה ממכירת השטר ונאבד ממנו זה הוי ריעותא ומלבד זה פנין דהלנה אומר שלא לנה ממנו רק מיוסף בן ש' האחר וגם הפא עם השטר לגבות אומר בן ושטר מקר אין ביזו וכיון דהס' הוא אם זכה בשיעבודי של השטר בקנין המועיל והוי הספק בחיוב השטר לו לא אמרינן מגו להוציא וכה"ג מבואר בש"מ פתובות (דף ט') דלכף אינה נאמנת להכחיש טענת פ"פ במגו דמוכת עץ פנין דקיי"ל כונסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה פלוס הוי להוציא ואין השטר מסייע לה עיין שם והקא נמי אין השטר מסייע לו שקנה ממנו.

ברם יש לומר למה שכ' הפוסקים דבברי ושמא אמרינן מגו להוציא והקא נמי פנין שנה טוען ברי שלקחו מחבירו יוסף בן ש' בכתיב' ומסיר' והלנה פא בטענת שמא מיוסף בן ש' האחר נפל נאמן אף להוציא ובפרט פנין דנדאי חייב לאחד וכמו שכ' לעיל לדון בדברי הטור ואף אם חבירו יוסף בן ש' עומד לפנינו וצונח יש לדון דמ"מ נגד הלנה הוי ברי ושמא ונאמן במגו, אוילם למה שכ' התומים הנ"ל משם הבני שמואל דאף אם יש ללנה מגו דפרעתי כגון בכתב יד דנאמן לומר פרעתי מ"מ אינו נאמן לחוש לנפילה דיחיד אם כן לא הוי הסב"ש צריף לכל זה ולמה לא יהי יוסף בן ש' זה שהוציא השטר נאמן לומר שקנה מחבירו יוסף בן ש' בכתיבה ומסירה פנין דלדעתו לנפילה דיחיד לא חיישינן אף דיש מגו להלנה ולפקדון לא חיישינן פנין דשמיה כשמיה לא מפקד גביה ואין פאן שום חשש רק דלמא מוכר לו ולא הקנהו בכתיבה ומסירה בזה ונדאי מהראוי שיהי' נאמן במגו.

ואף בלא מגו לדעת רמב"ם (פ"ו) ממכירה והמחבר (סי' ס"ו) דנאמן מי שהשטר ביזו לענין קנייתו ואינו נאמן לענין תביעתו ובמ"מ שם מתמה דאם נאמן להדי מוכר אעפ"י שמכחישו למה לא יהיה נאמן לגבי הלנה וכ' פנין דהלנה יכול לומר שמא בתורת פקדון פא ליזדף ואתה הודית כן למלנה ובמ"מ שם מתמה מה טיבה של הודאה זו למלנה ועיי"ש בלח"מ.

ובספר נתיבות המשפט הספרדי ז"ל (דף ס"ח) כ' דאין סברת המ"מ להקשות במה גדול פחו של הלנה משל מלנה די"ל דלגבי מלנה הוא להחזיק השטר שבזו אבל לגבי לנה שהוא להוציא אינו נאמן בלא ראיה רק דקשיא ליה פנין דאף אם המלנה לפנינו וצונח

שלא מכר לו לית דמשגח ביה ונאמן הלנה להכחישו למה יוכל הלנה להכחישו ולומר שלא מכר לו המלנה וכי בשביל זה ישתפר הלנה ולא יפרע לא למלנה ולא ללוקח נכוף אותו שיפרע ללוקח פינון שאין שם שום פחד שיפרע שנית ולנה תירץ דמצי לומר ללוקח שפא בתורת פקדון בא לידה ואתה הודית פן למלנ' בפני עדים והיום או למחר יתפרע המלנה ממני ע"י העדת עדים פעם שנית עכ"ד וכנראה פשיטא ליה דאם מביא המלנה אחר כך עדים שהוא בפקדון אצל זה שהוציא השטר חייב לשלם להמלנה שנית ולא ידעתי מניין לו פינון דאף אם המלנה עומד בפנינו וצונח וטוען שלא מכרו לו אין חוששין לדבריו לדעת הרמב"ם וסיניעתו ואם ירצה הלנה לפרוע לו יכול לפרוע לו פמבאר בב"י (סי' ס"ו) ובב"ח שם ואין הלנה חייב לחזור ולפרוע למוכר דנאמן הלוקח בטענתו שמכרו לו ושטר כתוב הנה לו ואבד פינון שהשטר בידו.

אם פן למה נחוש ושיביא אחר כך המלנה עדי הודאה. וגם נקבע לו זמן לנה.

ואמאי יתחייב הלנה לשלם פעם שנית. ואולי ס"ל פינון דהברירה ביד הלנה אם מכר אה"כ בעדים שהודה הלוק' הבא עם השטר בפניהם דבתורת פקדון בא השטר לידו אם מעכב המוכר חייב לשלם פעם שנית ודוחק וגם י"ל אף דיש עדי פקדון מ"מ אף דאינו נאמן לומר שלקחו ממנו אחר כך פינון דהודה שפא לידו בתורת פקדון מ"מ להוציא מיד הלנה בטענה הזאת י"ל דאין מוציאין ועיין באורים (סי' ע"ב ס"ק פ"ז) דלהוציא אפשר דלא מהני עדי פקדון וראיה ויבאר הדין זה במקומו וק"ו פאן פינון דהדין הוא דלגבי המלנה נאמן בקנייתו אף דיש הברירה ביד הלנה אם לשלם או לא מ"מ פטור הוא מן המלנה: אף בספר קרית מ"ר מפרש גם פן דברי המ"מ פך רק שהוסיף דברים שיכול הלנה לומר שאם אחר כך ימצא המלנה עדי אגני מזיק להמלנה ויהיה לו תרעומת עלי שפרעתיה והיינו דמן הדין פינון דנאמן אז לגבי המלנה אם הלנה משלם לו ולוקח שטרו מיד הלוקח שוב אינו יכול המלנה לתבוע ממנו דיכול לומר את דאפסידת אנפשה דמסרת השטר ליד איש כזה שפא בשקר וכינון דמן הדין נאמן לגבך האמנתיו גם אגני ושלמתי לו שלא רציתי להניח שטרותי ביד אחר ומ"מ לכוף אותו להלנה שישלם א"י פינון דהוא מוחזק יכול לומר שפא בפקדון בא לידה ויתברר אחר כך ויהי' לו תרעומות עלי ויכול לומר לאו בע"ד דידי את.

ועיין בפרישה (סי' ס"ו) דכ' משם מהרש"ל ז"ל גם פן הטעם דיכול לומר שפא בפקדון בא לידה וכתב ולפי"ז אם הלנה יודע שאין בידו בתורת פקדון הוי נאמן גם לגבי הנתבע לומר שטר הנה לי ואבדתיהו וכתב ואינו מוכרע גם הלשון שמסרו לה לא משמע פן אלא נ"ל דר"ל מאן יימר שמסרו לה בדין מכירה או נתינת שטרות דהיינו בכתיבה ומסירה ואע"ג דאין צריף ראיה לגבי מוכר שפא להוציא השטר מידו גבי הנתבע שפא זה להוציא מידו צריף ראיה עיין שם ויהיה איה שיהי' מ"מ זה דוקא אם אחר בא לגבות ממנו שאינו שמו כשמו אבל היכא שזה שפא לגבות הוא שמו כשם המלנה דאמרינן בש"ס דלא אפקיד גביה יש לומר דיכול הלנה לומר את אפסידת אנפשה שהפקדת אצלו וגם אין לו להמלנה אף תרעומות עליו.

וגם לומר דלמא מסר בידו ולא כתב לו גם פן ל"ש דנדאי המלנה יתפחד שלא יגבה מן הלנה בטענתו שהוא הלוהו וכ"נ וכאן הנה. לכה פינון דנאמן לגבי המוכר בטענת שמכרו

לו נאמן גם פן לגבי הלנה פיון דיש לו מגו מעליא ובו"ש פרי עדיף: והנה הא דכ' הרמ"א בשטר שכתב בו פלוני חייב לפלוני או לכל מי שמוציאו דחייב לשלם לכל מי שמוציאו ונדקא בבא מחמת אותו פלוני אלא אם פן כתב בפירושו בין בא מחמתו או שלא מחמתו והוא מדברי רבינו ירוחם מתשובת הרשב"א (ח"ב סי' קל"ה) דאטו בשנפטני עסקינן דכל מי שחטף ממנו ילף ויגבה כמו שכ' לעיל ודעת הסמ"ע דצריך הרשאה או פתיבה ומסירה ואם יש לו ראיה קונה במסירה לחוד וכבר תמה עליו בטו"ז ובתנאים (ס"ק ה') דלמה צריך ראיה על הקנין הא מבואר בש"ס דלמ"ד אותיות נקנות במסירה אין צריך ראיה וכבר כתבו בזה הרבה אחרונים ובפרט אאזמ"ו ואאמ"ו ו"ל בספריהם.

ובאמת בפשיטות יש לחלק דדוקא אם אותיות נקנות במסירה לחוד וע"כ דהוי כמו שאר מטלטלין וקונה השעבוד מה דנשתעבד הלנה להמלנה והוי פחזקה מה שביד אדם הוא שילו פיון דהוי כמו שאר מטלטלין מה שאין פן לדין פיון דאינו נקנה במסירה לחוד השעבוד של המלנה שיש לו על הלנה רק דבא לזכות בהשטר ואז נשתעבד הלנה לו למפרע י"ל דהלנה לא נשתעבד רק למי שפא מחמתו דהמלנה הראשון ואף דבמסירה לבד זוכה בהשעבוד של הלנה מ"מ צריך לברר אם בא מחמתו דהמלנה הראשון ויכול לומר שפא נפל מהמלנה או הפקיד אצלה ויכול הלנה לדחותו.

ומ"מ כל האחרונים העלו דלא כהסמ"ע פיון דאף במסירה לבד זוכה בהשעבוד אין צריך להביא ראיה. וראיתי למי שכ' דאם בא בטענה שהוא קנה אין צריך לברר גם לד' הסמ"ע רק אם בא בטענה שהמלנה מסרו לו לגבותו א"נ אלא בעדים והביא ראיה מדברי הטור (סי' ק"ל) דאף אם השטר ביד הערב אינו גובה מהלנה עד שיביא עדים שפרע להמלנה שיכול לומר פרעתי למלנה והחזיר לי ונפל ממני או עדיין לא נפרע ונפל מן המלנה והקא נמי פיון דלא התנה אלא למוציא השטר מפחו של המלנה צריך המוציא להביא ראיה שפא מפחו וכל שאין לו ראיה אמרינן שהפקידו אצלו או שנפל ממנו.

ונה ודאי לא נהירא פיון דנאמן לומר שקנה ממנו מה"ת לא יהיה נאמן שפא לגבות בעד המלנה ואין צריך לזה הרשאה ואינו דומה פלל לשם דשם נזכר רק שם המלנה ונהרי עכשיו אינו ביד בעליו ולא ידענו אם פרע להמלנה חיישינן לכל החששות ומוקמינן השטר על חזקתו דעדיין לא נפרע וכדומה מה שאין פן בכתוב בו לכל המוציא מחמתו דהמלנה ודאי דהלנה נתחייב עכ"פ לשלם לזה שפא לתבוע בעד המלנה וגם דנאמן בזה במגו דקניתי פיון דא"צ פתיבה וקונה אף במסירה לבד: ועיין ש"ך (ס"ק ו') שהביא מדברי תשובת המבי"ט (ח"ג סי' רס"ו) דאם פרע קצתו לזה שמוציאו ואחר כך הוציאו המלנה פטור הלנה מסו' שפרע אף שלא הומ לו הרשאה וראיתי במבי"ט שהאריך בזה הרבה אף אם המנהג שיבא בהרשאה כמו שכ' הרא"ש בתשובה מ"מ פיון שמה"ד שילם לו פטור דלזה ודאי הפוננה לכל מי שמוציאו אף אם בא משם המלנה לגבות בעדו דא"צ הרשאה ועוד כתב המבי"ט לדון דאף אם אין כתוב בו לכל מי שמוציאו רק שם המלנה יכול הלנה לשמוע לו למי שפא לגבות בעד המלנה דכל שהשט' בידו ויכול לשרפו נאמן גם פן לומר שהמלנה נתנו לו כדי שיפרע לו וכמו שכ' הרמב"ם שגובה בשטר כשטוען קניתי מן המלן' והבריר' ביד הלנה ולא דוקא כשטוען שהקנה לו בכתובה ומסירה רק אף אם טוען שפסרו לו שיגבה בשליחותו ויביא לו המעות יכול לפרוע לו וכ"ש הוא

ואף להחולקים על הרמב"ם היינו לגבי מוכר דצריף ראיה אם מכחישו אבל בסתם אין המלנה יכול לערער אחר כך עליו פינון שהי' בידו מקנדם הוא נאמן וכמו דשליש נאמן אף אם אין השלישית בידו עתה עינין שם ובח"א (סי' קנ"ג) יש עוד מה שחזר על זה לחזק דבריו.

והדברים מתמיהים. ולהיפך מצינו דאף לדעת הרמב"ם שהוא שיטת הר"י מיגאש ז"ל דנאמן לגבי מוכר לענין קנייתו היינו אם בא בטענה שמכרו לו המלנה בזה אף דליכא תחת ידו הפתיכה נאמן לגבי מוכר פשאומר שנאבד ממנו והברייה ביד הלנה אם לשלם או לא ואם משלם לנה שבא בטענה הזאת נפטר מן המלנה אבל אם בא עם השטר לגבות בעד המלנה ששלחו צריף הרשאה וכו' מבואר להדיא בתשובת ממוהר"י אבן מיגאש ז"ל (סי' רי"ג) וז"ל אם ראובן מודה שלא פרע הממון ללאה אלא פרעו ללוי אחיה פשראה את השטר בידו ואמר לו שלאה נתנתו לו וגבה אותו לעצמו מבלי שיאמר שהיא הקנתה אותו לו בכומ"ס ראובן חייב לפרוע ללאה כל הממון הואיל ופרע למי שלא הני לו לפרוע ואם טוען לוי שלאה אחותו מסרה לו השטר וצותה לו שגבה אותו ממנו ושמה שקבל ממנו הנה בשליחותה של לאה ישבע על זה שבועת היסוד ויפטר מבלי שימתן לראובן מה שקבל ממנו ויפסיד אותם ראובן עינין שם הרי אף דאם בא בטענה שבעל השטר מכרו לו בכתיבה ומסרה ואין בידו הפתיכה דאם פרע לו הלנה נפטר ואינו יכול המלנה לתבוע עוד ממנו משום דלגבי המוכר נאמן בקנייתו מ"מ אם בא בתורת שליחות שהמלנה מסרו לו לגבות ממנו בשליחותו אם פרע לו הלנה חייב לפרוע להמלנה שנית ואף די"ל למה לא יהיה נאמן במגו דקנה את השטר בכומ"ס וכשטוען פן נאמן לגבי המלנה לדעת הר"י מיגאש ז"ל והרמב"ם ולמה לא יהיה נאמן ששלחו המלנה לגבות בעדו וצ"ל כמו"ש בספר נתיבות משפט הספרדי ז"ל (דף ס"ז) לתרץ קושית הרמב"ן על הר"י מיגאש ז"ל דא"נ במגו דלקוח דהוי להוציא וגם דאין להאמינו פי טען טענה אחריתי בהאי מגו דאין פאן חזקת דמה ליה לשקר לפי שאין הטענה שוות דשפא טפי ניחא ליה למטען האי טענה דטען השפא מלמטען שטר הנה לי ואבד משום דיאמרו הרוצה לשקר יתלה באבידה שהוא דבר שאינו יכול להכחישו וכעין שכתב הרא"ש ז"ל גבי האומר אל תפרעני אלא בפני עדים.

ועוד דאיכא חזקה כנגדו דמזדהר אינש בשטריה ועינין שם עוד דגם שהקנה אגב קרקע לא הוי מגו טוב והגם שיש לפקפק בזה מ"מ פינון דראינו דעת הר"י מיגאש ז"ל שכ' פן להדיא דזוקא בטוען שבא השטר לידו במקרה נאמן לגבי המוכר והברייה ביד הלנה אם לפרוע או לא אבל בטענה אחרת אינו נאמן ואם פרע לו הלנה חייב לפרוע שנית.

וגם דיש להוסיף פינון דהוי חוץ לב"ד ומגו חוץ לב"ד לא אמרינן כמו שכ' הראשונ' ז"ל לכן ק"ו להפוסקים החולקים עליהן וסוברין דגם לגבי המוכר אינו נאמן בקנייתו ודאי אם הלנה פורע לנה שבא בהשטר בשם המלנה חייב לפרוע שנית להמלנה: וכן מבואר בתשובת רמ"ה (סי' רמ"ג) פינון דלא נודע באיזה דרוך בא השטר לידו ואין השלים נאמן רק בג"נ ושחרורי עבדים בלבד והלנה ששילם לנה שהשטר בידו הוי כא"י אם פרעתיך וחיוב לשלם ואין על המלנה רק לקבל חרם סתם אם שלח שליח לגבות בו ויכפנור עיי"ש: ובאמת יש להבין בדברי הרמ"ה למה לא יהיה המלנה חייב לישיבע שלא עשא

לשליח פניו דנה טוען פרי ששלחו לגבות חובו אם פן נצטרף טענות השליח לחייבו שבועה פניו דהלנה מפסיד ודומה להדינים המבוארים (סי' קכ"א) ועיין שם בפ"ד (ס"ק מ"ו) ולמה כ' הרמ"ה דאין על המלנה רק חרם סתם ויש ליישב ויבואר אי"ה בדינים הנ"ל.

עכ"פ מבואר דלעולם הלנה חייב לשלם שנית באם שילם להשליח בלא הרשאה אעפ"י שהי' השטר בידו. ועיין בפ"ד (סי' נ"ו ס"ק ה') ובאחרונים שם אם אומר על פקדון דשל אחר הוא ועד"ז השלישו בידו והמפקיד מכחישו שלא עשאו לשליש אם נאמן ודעת בעה"ת והטור שם דהשליש נאמן ובנתיבות שם הכריע לחלק בין מטלטלין דנאמן לומר לקוח לשטר עיין שם ועיין תשובת הרשב"א (ח"ד סי' ס') שכ' ואפילו הוי השלישית בשטרות כשמשרן ליד שליח פאלו מסרו ליד חבירו שפל המשליש מאמין בשליש בכל שמוסר בידו ועושה אותו כבעל דין ממש לעשו' בו כל חפצו ולא שליח בלבד אלא כל נפקד קרוי שליח ונאמן בכל מה שיאמר ושיעשה עיי"ש אם פן מהראוי לומר שגם אם השליח בא עם השטר לגבות שיהיה נאמן שלנה בא לידו וכמו שכ' המבי"ט וצריך לחלק כמו שכ' בדו"פ (סי' נ"ו) לחלק בדברי תשובת הרא"ש שם פניו דהלנה אינו טוען פלום בקרי ואינו יודע פלום ממה שאמר השליש ממחילה להכי לא מהימן השליש ואמרין דלא הימנוהו רק מה שבידו לבדו לעשות אבל לא אם אף פשיטן ליד הלנה אם הלנה לא ירצה לכחש ונגיד האמת דאינו יודע ישלם לו והכא נמי דכונתו פניו דהלנה אינו יודע אינו נאמן בתורת שליח.

עכ"פ דעת הר"י מיגאש ז"ל והרמ"ה מבואר דאם שילם לנה שפא עם שטרו דחייב לשלם שנית ועיין ברמ"ה ב"ב פ"ק ג"פ (סי' קי"ז) מנה באורף דהלנה חייב לשלם פעם שנית דהוי פאיני יודע אם התנתי וחיוב לשלם והמלנה אין לו רק לקבל בחרם סתם דלא שדריה למשקליה ולא אקני ליה ופרע ליה לנה למלנה [ושם משמע ששניהם לפנינו דכ' משתבע איהו למלנה ולנה היסת ומפטר ומקבל ליה מלנה ולנה חרם סתם כו' ובנדאי קשה למה לא ישתבע כמו (סי' קכ"א) ואז יטול]: אולם אם כ' בו שחייב לכל שמוציאו בנה לכ"ע גובה בו בלא הרשאה ואינו צריך לברר היכן בא השטר לידו.

וכתב ב"ש ב"ק. (פ"ז דין דמ"מ נראה שאם אין לו עדים שנתן לו המלנה השטר יכול זה להשביעו שלא בא לידו בתורת גזילה או שנאבד מן המלנה ומצאו ואף אם לא השביעו ושלם לו שיעבודו ובא אח"כ המלנה וטען שמעולם לא נתן לו שטר זה פטור הלנה שיקול לומר לו פה אני לשתעבדתי לשלם למי שיביא שטר זה והאמנתי לו עכ"ל ושבועה זו לא אדע מה טיבה שישבע ויטול פניו דאינו טוען טענת פרי להכחישו וממנ"פ אם במה שכ' בשטר לכל מי שמוציאו הוא בהרשאה אף שבועה לא יצטרף ואם הפריה ביד הלנה אם להאמין או לא מה יועיל לו השבועה וכיון דסובר אם פרע לו בלא שבועה ס"ל דמפטר הלנה אם פן שבועה זו מה טיבה אולם מי יחלוק מסברא על המרש"ל ז"ל.

ויש להעיר בדברי הרמ"ה ב"ב הנ"ל והר"י מיגאש דכתבו דהלנה מפסיד פשגבה זה שפא עם השטר הא אם הלנה מפסיד יחזור על זה שפא בשטרו ויגבה ממנו ודומה להדינים המבוארים (סי' נ"ח) דהיכא דנה שנטל ממנו מפסיד וחיוב לשלם חייב להחזיר לו ובדינו דרמ"ה י"ל פניו דבא אל הלנה עם השטר וטוען שבעל השטר מקרו לו בכתיב' ומסיר' ונאבד הכתיבה ממנו הוי כתופס את שלו ודומה למ"ש שם הקצוה"ח באם תופס



מן הנפקד שלא בעדים דנאמן במגו בטענתו שהוא שלו ולא איכפת ליה במה שהנפקד יתחייב לשלם וה"נ דכנותי' פיון דבא בטענה שקנה החוב זה בכתיבה ומסירה והלנה פרע לו לא איכפת ליה במה שהמלוה כופר וצריך הלנה לפרוע לו אבל בנידון דהר"י מיגאש ז"ל שם בא לוי אל ראובן לגבות בעד לאה אחותו ואינו בא בטענה שקנה השטר מלאה וכ' דאם ישבע לוי נפסיד ראובן ואמאי לא יחזור על לוי פיון שתפס ממנו ממון אחר של"ה לו בו קנין אף לפי דבריו ויש לומר פיון שאינו תופס ולפי דבריו לאה שלחתו לגבות לו הממון על חובו לא איכפת ליה בהפסידו של ראובן וילקמן א"ה יבואר בדינים הללו: ואם זה המלוה חייב לאחר ומשתעבד זה החוב לאחר מטעם שעבוד דר"נ דגופו נשתעבד להאחר ואחר כך מסר המלוה השטר בידי אחר לגבות בו פיון שכ' לכל מי שמוציאו נראה פיון שצריך לבא עליו מפח של המלוה אם לא פתב בפירוש בין בא מחמתו או לא מחמתו נראה דאינו יכול לגבות בו פיון דמשתעבד להמלוה שלו מדר"נ ונזה בהשעבוד הגוף של הלנה שוב אין הבא מחמתו יכול לגבות בו דהא על פרתה צריך לומר דהלנה נשתעבד לכל הבא מחמתו היינו דאז נתבטל השעבוד הגוף של המלוה והלנה נשתעבד לזה שבא מחמתו וכיון דכבר נשתעבד כל חיובו דלנה להבעל חוב של המלוה מטעם שדר"נ והוי הוא פאלו מלוהו כמבואר (סי' פ"ו) וניתק פל החוב לזה מה"ת בשדר"נ שוב אין לו פח למסור להבא מחמתו ולא מבעי לדעת הר"ב ד"ו וסייעתו (סי' ס"ו) בשטר שכ' בו משתעבד לך ולכל מאן דאתי מחמתך דשוב אם מכר השטר לאחר דאינו יכול למחול הראשון פיון דניתק מפל וכל להלוקח השטר אם פן הכא נמי דכנותיה אלא אף לדעת הרא"ש דסובר שם דיוכל למחול דלא משתעבד הלנה גופו לשניהם ונשאר שעבוד הגוף אצל המלוה כמבואר ברא"ש פתובות (דף פ"ו) היינו פשמוכר לאחר ולא נשתעבד לאחר מדר"נ מקודם אבל אם נשתעבד לאחר מפח שדר"נ דגוף השעבוד של הלנה שיש למלוה ניתק לבעל חוב של המלוה וא"י למחול אף לדעת הרא"ש אם פן שוב אין הבא מחמתו יכול לגבות דאין לו פח לאחר שיבא מחמתו.

וראיתי בתשובת הרמ"ה (סי' רס"ז) דנשאל במי דנשתעבד לארוסתו וכתוב בו או לכל מי שיוציא אותו שטר שיגבנו פל זמן שירצה ואחר שנישאת תובעו בדין או היא או אחר וכ' אי מפקא לה איהי מוציאת הממון מבעל וילקח קרקע והוא אוכל פירות פיון דנשאת לו אחר כך זכה בהו פשאר נכסי דנפלו לה קודם שנשאת ואי מוציא השטר אינש אחרניא שיהיה בעולם בשעת קנין אם כ' בו בעיקר חיובא דמתחייב בין לה בין למאן דמפיק ליה לשטר' פיון דאינש אחרניא מפיק לית ליה לבעל זכותא בגויה לאכול הפירות מחמת אשתו ואי לא כ' ביה עיקר חיובא אלא לאשה אע"ג דכ' בי' בתר הכי דחייב נפשיה לפרוע להאי ממון בין לה בין לכל מאן דמפיק לשטרא אינו חייב אלא לה ודומה למי שהודה שלנה מראובן ושחייב לפרוע הלנאתו לשמעון דלא אמרינו פלום דהתנה על מה שכ' בתורה לאשר הוא לו ותננו ואינו דומה לכ' בו לויתי ממך דשם עיק' ההלנאה מזה דנפיק מתותי ידו משמע ולא דמי לאומר בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מב' טעמים חדא פיון דבשעת מתן מעות קאמר ליה משעבד ליה מדין עבד פנעני ועוד דכי משתעבד לאו לאינש מעלמא משתעבד אלא למאן דאתי מחמת' דמלוה דמלוה גופיה דמי ואלו הכא פיון דבעיקר חיובו לא אתחייבאלא לאשתו אע"ג דחייב

נפשיה בְּתַר הָכִי לְמִפְרָעֵיהָ לְהוּא מְמוֹנָ' לְאִינְשׁ מְעַלְמָא דְלֵא אֲתִי מִחֲמַת אִשְׁתּוּ לֹא מִיחֲזִיב וְיִכּוּל לְמִימַר לִי לָאוּ בְּעַל דְּבָרִים דִּידִי אֲתָ ע"כ תְּנַרְף דְּבָרָיו.

וְקָשָׁה הָא אַף אִם כְּתוּב בְּהִשְׁטָר בְּעִיקָר חַיִּיבָא דְמַחֲזִיב עֲצָמוּ בֵּין לָהּ בֵּין לְמֵאן דְּמַפִּיק לִיהָ לְשִׁטְרָא הָא מ"מ פִּינּוּ דְזֵה שְׂמוּצִיא הִשְׁטָר עַל פְּרָחָה צְרִיף לְבֵא מִפְּחַ אִשְׁתּוּ וְכִינּוּ דְנִשְׂאֵת פְּבָר זָכָה בּוּ הִבְעֵל וְהַמְכַנְסֵת שְׁטָרוֹת לְבַעַל בֵּין בְּשׁוּם בֵּין בְּנַכְסֵי מְלוּג זָכָה הִבְעֵל בְּשִׁעְבוּד הַגּוּף דִּידּוּ פִּינְדָה פְּמִבְּנָא' אַה"ע (ס' צ"א) וְח"מ (ס' ס"ו) וְאִינְהָ יְכוּלָה לְמַחְזֵל וְאִם כֵּן פִּינּוּ שְׁנִשְׂאֵת פְּבָר זָכָה הִבְעֵל בְּחֻבּוֹ שְׂיֵאֲכַל הַפִּירוֹת וְכִינּוּ דְהַחֲזִיב בֵּין לְדִקְלָהּ בֵּין לְמֵאן דְּמַפִּיק לִיהָ לְשִׁטְרָא צְרִיכִין גַּם כֵּן לְבֵא מִחֲמַתָּהּ פְּמוּ שְׂכ' הֶרַמ"א מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבִּי"א וְאִם כֵּן גַּם כֵּן פְּבָר זָכָה הִבְעֵל בְּטָרָם שְׁמִסְרָה הִשְׁטָר לְהֵאָחֵר אִם נִשְׂאֵת מְקוֹדָם שְׁמִסְרָה הִשְׁטָר לְאַחַר לֹא מְהִי מֵאן דְּאֲתִי מִחֲמַתָּהּ פִּינּוּ דְכָבֵר זָכָה הִבְעֵל בְּהִשְׁעָבוּד הַגּוּף קוֹדָם לְכֵן וְאִין בְּכַתְּהָ לְמִסּוֹר לְאַחַר וְסִתְמָא דְמִלְתָּא לֹא נִתְחַזֵּיב לְכָל מִי שְׂיֵבֵא עִם הִשְׁטָר רַק מִי שְׂיִצְיָאנּוּ בְּתוֹרַת מְכָר אוּ מִתְּנָהּ וְכִמוּ שְׂכ' רִשְׁבִּי"א בְּתִשְׁבּוּהָ הַנ"ל אוּ בְּשִׁלְיַחֲתוּ דְבַעַל הִשְׁטָר כְּמוּ שְׂכ' הֶרַא"ש בְּתִשְׁבּוּהָ אִם כֵּן בְּנִידּוֹן זֵה אַף אִם נִקְנָה רַק בְּמִסְרָה לְבַד מ"מ פִּינּוּ דְכָבֵר זָכָה בּוּ הִבְעֵל בְּתוֹרַת נַכְסֵי מְלוּג לְמָה יוֹעִיל הַמְכִיר' אוּ הַמְתְּנָה שְׁל הָאִשָּׁה לְאַחַר הַנִּשְׂוִאִין וְצ"ע: גַּם מָה שְׂכ' הֶרַמ"ה דְּאִם עִיקָר הַחֲזִיב הִיָּה לְהֵאָשָׁה אַע"ג דְּכַתְּבַּ בִּיָּה בְּתַר הָכִי דְחֲזִיב נְפְשִׁיהָ לְמִפְרָעֵיהָ בֵּין לָהּ בֵּין לְכָל מֵאן דְּמַפִּיק לָהּ לְשִׁטְרָא דְלֵא נִתְחַזֵּיב לְפָרוּעַ רַק לָהּ וְכ' דְּמִשְׁתַּעְבְּדָנָא כּו' בְּגִיטִין אִינְרֵי בְּשַׁעַת מִתְּן מְעוֹת וּמְדִין ע"כ יֵשׁ לְהִבִּין הָא וְדֵאִי דְאַף דְּעִיקָר הַחֲזִיב הִיָּה בְּלֵא מְעוֹת רַק בְּמַחֲזִיב בְּדָבָר שְׂאִינוּ חֲזִיב אוּ עַל דִּי קִנְיָן גַּם כֵּן מְהִי לְהַקְנוֹת הַחֻבּ בְּמַעֲמַד ג' וְאִם אוּמַר בְּפִירוּשׁ דְּמַחֲזִיב אֲתָ עֲצָמוּ לְשַׁלֵּם לָהּ וְלְכָל מֵאן דְּאֲתִי מִחֲמַתָּהּ מְהִי דְאַמְרִינוּ כְּמוּ דְנִשְׁתַּעְבְּד לְזֵה כֵּן נִמִּי לְהֵבֵא מִחֲמַתּוּ וְאִם כֵּן לְמָה יִגְרַע כֵּחַ אִם עִיקָר הַחֲזִיב לְהֵאָשָׁה פִּינּוּ דְכ' בִּיָּה אַחַר כֵּף דְּמַחֲזִיב אֲתָ עֲצָמוּ לְפָרוּעַ בֵּין לָהּ בֵּין לְכָל מֵאן דְּמַפִּיק שְׁטָרָא וּמָה זֵה עֲנִין לְמִתְּנָה עַל מָה שְׂכ' בְּתוֹרָה פִּינּוּ דְהֵאָשָׁה הַתְּרַצָּה לְזֵה שְׂיִחֲזִיב א"ע לְפָרוּעַ הַחֻבּ לְכָל הַמוּצִיא שְׁטָר וּשְׁנִיָּהּם בָּאִים כֹּא' וְהַקְנִין חַל הֵן עַל הַחֲזִיב לָהּ וְהֵן שְׂיִפְרַע לְכָל הַמוּצִיא הִשְׁטָר.

וְהַחֲזִיק הַשְּׂנִי שְׁמַחֲלֵק גַּם כֵּן קָשָׁה לְהִבִּין דְּמ"ש דִּיכּוּל לְהִשְׁתַּעְבְּד לְמֵאן דְּאֲתִי מִחֲמַת הַמְּלִנָּה דְכְּמִלְנָה גּוּפִיָּה דְּמִי לְמַחֲזִיב לְהֵאָשָׁה בְּעִיקָר הַחֲזִיב וּמַחֲזִיב נְפְשִׁיהָ לְמִפְרָעֵיהָ לְהֵאִי מְמוֹנָא שְׁל הָאִשָּׁה לְאִינְשׁ דְּעַלְמָא וְעַל פְּרָחָה כְּנוֹנְתּוּ דְּאִם לֹא בָּא מִחֲמַתָּהּ דְּהֵאָשָׁה יְכוּל לִוְמַר לוֹ לָאוּ בְּעַל דְּבָרִים דִּידִי אֲתָ וְאִם אֲתִי מִחֲמַת הָאִשָּׁה הִיָּה בְּנַכְסֵי מְלוּג וְהִבְעֵל אוּכַל פִּירוֹת א"כ גַּם אִם עִיק' חֲזִיבוּ הִיָּה לְאִשָּׁה וְלְכָל דְּאֲתִי מִחֲמַתָּהּ גַּם כֵּן הַדִּין כֵּן פִּינּוּ דְכָבֵר זָכָה הִבְעֵל לְאַכּוּל הַפִּירוֹת גַּם פִּינּוּ דְכָבֵר זָכָה הִבְעֵל בְּגוּף הַנְּזִיר וְהִי פְּלוּקַת הֶרַאשׁוּן בְּכַח תְּקִנּוֹת אִשָּׁה וְאִינְהָ יְכוּלָה הָאִשָּׁה לְמִסּוֹר הַנְּזִיר לְאַחַר הוּוּ כְּמוּ אִם אַחַר חֲטָף מְפָנּוּ הַנְּזִיר דְּאִינוּ גּוֹבָהּ בּוּ כְּמוּ שְׂכ' הֶרַשְׁבִּי"א בְּתִשְׁבּוּהָ וְדוּחַק לִוְמַר דְּכְנוֹנְתּוּ אִם מְסָרָה הִשְׁטָר קוֹדָם נִשְׂוִאִין דְּלֵא מִשְׁמַע כֵּן מְדַבְּרֵיו.

עכ"פ כְּפִירוּתָהּ לְדַעַת הֶרַשְׁבִּי"א וְהֶרַא"ש דְּצְרִיכִין לְבֵא הַמוּצִיאִין מִפְּחַ הַמְּלִנָּה הִיָּכָא דְכָבֵר נִשְׁתַּעְבְּד לְמִלְנָה בְּכַח שְׂדֵר"נ שׁוּב אִינוּ מוֹעִיל שְׂיִגְבוּ כָּל הַמוּצִיאִין פִּינּוּ דְעַל פְּרָחָה אֲתִי מִפְּחַ הַמְּלִנָּה וְכָבֵר זָכָה בַע"ח שְׁלוֹ בְּשִׁעְבוּד הַגּוּף שְׁל הַלְּנָה מִפְּחַ שְׂדֵר"נ: ס' לַח שְׁטָר שְׂיֵשׁ בּוּ רַבִּית מְפִירוּשׁ גּוֹבָהּ הַקְּרָן אַף מְשַׁעְבְּדֵי אֲבָל אִם פְּלוּל הַקְּרָן וְרַבִּית פְּסוּל מְפָנִי

שְׂיבָא לְגַבּוֹת בּוֹ הֶרְבִּית זֶהוּ דַעַת הַמְחַבֵּר וְדַעַת תּוֹס' וְרַא"ש דְאָפִי מְפֹרָשׁ רַבִּית קְצוּצָה  
אִין הֶעֱדִים נְפֹסְלִין אַף דְעֵבְרוּ עַל לָאו דְלֹא תְשִׁימוּן דְלֹא מִשְׁמַע לֵהוּ וְדַעַת רַמְבַּ"ן וְסִינְעֵתוֹ  
דְאִם יָדְעוּ הֶעֱדִים מֵרַבִּית נְפֹסְלִין וְעֵינֵין מַה שְׂכ' לְעֵיל (ס"ב) בְּדִינֵים הָאֵלֶּה.

וּבְסִפְרָא בְּגֵי יַעֲקֹב (דָּף קל"ח) הִקְשָׁה מִזֶּה עַל דְּבָרֵי מֵהֶרְש"ךְ דְּכָתַב בְּקֹהֶל שְׁגָרוּ בְּחֶרֶם  
שְׂלֵא יִקְדֵשׁ אָדָם בְּפָחוֹת מֵעֲשָׂרָה וְעֵבֵר א' וְקִיְדֵשׁ דְאִין לְבַטֵּל הַקִּידוּשִׁין מִשּׁוּם דְּהֶעֱדִים  
פְּסוּלִים דְעֵבְרוּ עַל הַחֶרֶם פִּינּוֹן שְׁקוּדָם לְכוּ הֵם פְּשָׁרִים וְלֹא נְפֹסְלוּ אֱלָא מִחֲמַת קִידוּשִׁין  
וְקִידוּשִׁין פְּשָׁרִים הֵם וְהִקְשָׁה עַל זֶה הֶרְבַּ בְּגֵי יַעֲקֹב ז"ל אִם כֵּן מָה הִקְשׁוּ בְּשִׁטְרָא שְׂיֵשׁ בּוֹ  
רַבִּית דְּהֶעֱדִים נְפֹסְלוּ הֵא לֹא נְפֹסְלוּ אֱלָא מִכָּאן וּלְהַבָּא.

וְכ' וצ"ל דש"ה דהגוי בשטר וכש"יבא לגבולת הרי העדים הם פסולים מיד ואינו מוכן הא  
מ"מ פנין דבשעה שחתמו הם פשרים עד גמר החתימה אם כן הוי תורת שטר על זה ולא  
מבעי אם נאמר דמן התורה נגמר הגדת העדים פשחתמו בהשטר והוי כמו שנהקרה  
עדותן אף כשלא בא עדיין לב"ד אם כן נגמר הכל בעת שעדיין לא נפסלו אלא אף אם  
נאמר דמן התורה צריף ש"יבא השטר לב"ד ובטרם שפא השטר לב"ד יכולין לחזור וגם  
אם מתו העדים קודם לכן או נפסלו דלא מהני מן התורה רק מטעם תקנה וכמו שכתב  
הש"ך (ס"א מ"ו ס"ק י') וכאשר ביאר דבריו בנתיבות כמו שכ' לעיל (ס"א כ"ח) מ"מ לא  
נפסלו אז פנין דעדיין לא נגמר הדבר אף י"ל דבאסור לא תקנו חז"ל וכו' וז"ל שלא הוציאו  
מת"י לא נפסלו וכשהוציאו מתחת ידו נגמר ההגדה למפרע כמו שנהקרה ואם כן  
כשחתמו היו בכשרות.

וְמַה שְׂכ' הַב"י דְכָשְׂיבָא לְגַבּוֹת הֶרְבִּית הֶעֱדִים הֵם פְּסוּלִים וְנִמְצָא שְׂאִינָם מוֹעִילִים לְשׁוּם  
עֲדוּת אִינוּ מוּכָן הֵא חֲתָם עַד שְׂלֵא נַעֲשֶׂה גְזֵלָן וְנַעֲשֶׂה גְזֵלָן אַחֲרֵים מְעִידִין עַל ח"י וְכָשֵׁר.  
וְעַל קוֹשֵׁית הַתּוֹס' בְּשִׁטְרָא מְוַקְדָּם אִמְאִי גּוֹבָה מְבַנֵּי חוֹרִין הֵא הֶעֱדִים פְּסוּלִים כ' גַּם כֵּן  
הַבְּנ"י הֵא לֹא נְפֹסְלוּ אֱלָא בְּמַה שְׁחַתְמוּ עַל שִׁטְרָא זֶה בְּשִׁקְרָא וּמִכָּאן וּלְהַבָּא נְפֹסְלוּ וְלִדַּעַת  
הֶרְש"ךְ ז"ל פִּינּוֹן דְּבִשְׂעָה שְׁחַתְמוּ פְּשָׁרִים הֵיוּ מֵהֶרְאִוִי שְׂיֹעִיל עֲדוּתוֹ וְהֶעֱלָה לְתַרְץ דְּהִיכָא  
דְּהַפְּסוּל הוּא מִשּׁוּם עֲדוּת שְׁקָרָא שְׂבִשְׂעָה שְׁחַתְמוּ הַעִידוּ שְׁקָרָא הוּוּ לֵהוּ סְהַדִּי שְׁקָרִי וְקוּדָם  
שְׁחַתְמוּ עַל הַשִּׁטְרָא נְמִי פְּסוּלִים הֵיוּ מִטַּעַם שְׂהַעִידוּ שְׁקָרָא וּפְסוּלִים מִיָּד וּמִתַּרְץ בְּזֶה הַשְּׂגוֹת  
הַמְרִי"ט עַל הֶרְש"ךְ מַב"ק (דָּף ע"ג) דְּכִי אֲתַזְמוּ אֲטָבִיחָה נְתַבְטֵל גַּם עֲדוּתוֹן עַל הַגְּנִיב'   
אִף דְּבִאֲוֹתוֹ שְׂעָה פְּשָׁרִין הֵיוּ דְשָׁם נְפֹסְלִין מִשּׁוּם דְּהַעִידוּ שְׁקָרָא מַה שְׂאִין כֵּן בְּגִידוֹן  
דְּהֶרְש"ךְ לֹא נְפֹסְלוּ רַק מִכָּאן וּלְהַבָּא וְהִנֵּה פְּכָל הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה כְּנֻון הַקְּצוּצָה ח' וּבְבִיאוֹר  
רָחֵב לְחַלֵּק בֵּין רְשָׁע דְּחָמַס דְּמִפְּסָל אֲפִילוּ אִין בּוֹ מְלָקוֹת מִשּׁוּם דְּחָשׁוּד לְשִׁקְרָא בְּשִׁבִיל  
הַנָּאֵת מְמוֹן וְרְשָׁע שְׂאִינוּ שֶׁל חָמַס פְּסוּל מִשּׁוּם גְּזִירַת הַכְּתוּב וְלֹא מִשּׁוּם חָשׁוּשׁ דְּמִשְׁקָרָא  
דְּחָשׁוּד לְדָבָר אֶחָד אִינוּ חָשׁוּד לְדָבָר אַחֵר וְכֵינּוּן דְאִין פְּסוּלוֹ רַק מִצַּד גְּזִירַת הַכ' אִינוּ נְפֹסְלִים  
אֱלָא מַה שְׂהַעִיד אַחֵר שְׂנַעֲשֶׂה רְשָׁע וְמַה שְׂהַעִיד קוּדָם אוֹ בְּשַׁעַת רְשָׁעוֹ פֶּשֶׁר פִּינּוֹן דְאִינוּ  
מִשְׁקָרָא אֲבָל עַד זֹמָם דְּחָשְׁדִּין עַל מַה שְׂיַעִיד אַחֵר כְּפִי לְמִשְׁקָרָא כ"ש מַה שְׂמַעִיד בְּשַׁעַת  
דְּמִשְׁקָרָא וְכ' זֶה דְּפָרִיף בְּש"ס גְּרַבְעָה יִצִּיל דְכ' תּוֹס' מִשּׁוּם דְּהִנֵּי רְשָׁע וְיִקְשָׁה הֵא אוֹתוֹ עֲדוּת  
לֹא נְפֹסְלִים וְכ' פִּינּוֹן דְאִינוּ מִצִּיל אֱלָא פְּשָׁבָא לְהַעִיד וּבְשַׁעַת הַגְּדָה כְּבָר נְפֹסְלִים (וְזֶה אִינוּ דְהֵא  
לִס"ד דְש"ס בְּטָרָם שְׂמַתְרִץ יְקוּם דְּבָר בְּמַקְיָיִמי דְּבָר הַפְּתוּב מְדַבֵּר כ' תּוֹס' מִס' סְנֵהֲדָרִין  
דְלֹא בַעִי הַגְּדָה בְּב"ד וְאֵעִפ"י שְׂאִינוּ הוֹלֵךְ בְּב"ד לְהַעִיד מְבַטֵּל רַק לְבַסּוּף דְּמַסִּיק בְּמַקְיָיִמי

דָּבָר ס"ל לתוס' דְּבַעֲיֵנוּ הַגְּדָה בּב"ד כַּמְבֹאָר שֵׁם אִם כֵּן יִקְשֶׁה מֵה פְּרִיָּה נִרְבַּע יִצְיִל כִּינֹן דָּאָז לֹא נִפְסָל] וְעוֹד כ' אִף אִם הָרָאָי נְמִי מִצְיִל לִמ"ש תוֹס' דְּנִרְבַּע מִקְרֵי רִשְׁעֵי דְחֻמְסֵי וּבְזָה חֻשְׁדֵינֹן לְמִשְׁקֵר בְּאוֹתוֹ דְּבָר שְׁנַעֲשֶׂה רִשְׁעֵי וּמִסְמִיָּה אִקְרָא דְנִאָמַר אֵל תְּשֵׁת רִשְׁעֵי עַד הַקְּדִים רִשְׁעֵי לְעַד וּגְבִי עַד חֻמְסֵי כְּתִיב כִּי יָקוּם עַד חֻמְסֵי בְּאִישׁ וְלֹא בְּעֵינֹן חֻמְסוֹתוֹ קוֹנְדָם לְעַדוֹתוֹ וְהַדְּבָרִים מִתְקַבְּלִים וּמִתְקַלְסִים הַקְּצוּה"ח בְּהֵם.

וְלִכֵּן פְּתַב דְּעֵדִים שְׁחַתְמוּ עַל רִיבֵית לָא מִפְּסֵל הַשְּׁטֵר אֲלֵא מֵה שְׁיַעֲיָדוּ אַחַר כְּהָ מִיפְּסֵל וְזֶה גַם כֵּן פְּנוּנַת הָרֵב בְּנֵי יַעֲקֹב ו"ל אִילָם אַחַר כָּל הַשְּׁבַח הַזֶּה מְבֹאָר דְּדַעַת תוֹס' אִינוּ כֵּן: וְקִצַּת יֵשׁ לֹמַר דְּהָא בְּלֵא"ה כְּבָר עֲמָדוּ כָּל הַמְּפָרְשִׁים בְּקוֹשְׁיַת הַתוֹס' דְּמֵה קוֹשֵׁיָא לְהוּ הָא הָוִי לָאוּ שְׂאִין בּוּ מְלָקוֹת וְע' מִל"מ (פ"ד) מְמַלְנָה לְכָה י"ל דְּקוֹשְׁיַתָּם הוּא לִר"מ דְּסוּבֵר רַק מִטְעָם קִנְסֵי קִנְסִינֹן לְהוּ הָא בְּלֵא"ה הָעֵדִים פְּסוּלִים הֵם וּר"מ לְשִׁיטְתוֹ דְּסוּבֵר חֻשׁוֹד לְדָבָר א' הוּא חֻשׁוֹד לְכַה"ת כְּוָלָה כַּמְבֹאָר בְּכוֹרוֹת (דָּף ל"ה) וּלִר"מ מִיפְּסֵל מִמִּילָא לְעַדוֹת אִף בְּלֵאוּ שֵׁא"ב מְלָקוֹת וְע"כ הָא דִּר"מ ס"ל חֻשׁוֹד לְדָבָר א' חֻשׁוֹד לְכָל הַתוֹרָה וּמִנִּינֹן לֹו זֶה.

וְגַם לְמַה לִּי קָרָא אֵל תְּשֵׁת יָדָה עִם רִשְׁעֵי אֵל תְּשֵׁת רִשְׁעֵי עַד הָא כְּבָר יִדְעֵנוּ דְּחֻשׁוֹד לְדָבָר אֶחָד חֻשׁוֹד לְכָל הַתוֹרָה כְּוָלָה אִף לְעֵינֵי אִיסוּרִין וְצ"ל דִּר"מ לְמַד זֹאת מִפְּסוּק זֶה עֲצָמוּ כִּינֹן דְּאִף רִשְׁעֵי דְאִינוּ שֵׁל חֻמְסֵי פְּסָלָה הַתוֹרָה לְעַד וְסוּבֵר דְּהוּא מְשוּם דְּחֻשׁוֹד לְשִׁקֵּר גְּלִי לֹן קָרָא דְּחֻשׁוֹד לְדָבָר אֶחָד שְׁהוֹחֲזִק לְעַבּוֹר הוּא חֻשׁוֹד לְכָל הַתוֹרָה דְּנִחְלַשׁ לְגַבְיָי חֻזְקַת כְּשָׂרוֹת וְנִחְשָׁד לְשִׁקֵּר אִף מִקַּל לְחֻמּוֹר וְאִף אִם עֵבֵר בְּדָבָר שְׂאִין בּוּ מְלָקוֹת וְרַבְּנֵי סְבָרֵי דְלֵא יִלְפִינֹן אִיסוּרִין מִן עֵדוֹת כְּמוֹ שֵׁכ' תוֹס' בְּכוֹרוֹת שֵׁם וּמִמִּילָא לִר"מ כִּינֹן דְּהוּא חֻשׁוֹד לְכָל הַתוֹרָה אִף בְּעוֹבֵר בְּלֵאוּ שְׂאִין בּוּ מְלָקוֹת עַל כְּרַחֲמֵי חֻשְׁדֵינֹן לִיה דְּמִשְׁקֵר וּמִמִּילָא גַם אוֹתוֹ עֵדוֹת מִיפְּסֵל כְּמוֹ לְדִידֹן בְּרִשְׁעֵי דְחֻמְסֵי לְדַעַת הַבְּנֵי וְהַקְּצוּה"ח דְּהוּאִיל דְּחֻשְׁדֵינֹן לְהוּ לְמִשְׁקֵר אִף בְּאוֹתוֹ עֵדוֹת דְּנִפְסָלִין ע"י לֹא נוֹכַל לְקַבֵּל דְּחֻשְׁדֵינֹן לְהוּ לְמִשְׁקֵרִין כֵּן נְמִי לִר"מ כִּינֹן דְּחֻשׁוֹד לְדָבָר אֶחָד חֻשׁוֹד לְכָל הַתוֹרָה דְּנִחְשָׁד לְמִשְׁקֵר מִמִּילָא גַם אוֹתוֹ עֵדוֹת דְּנִפְסָלוּ עַל יָדוֹ נִחְשָׁדוּ לְמִשְׁקֵרִין אֲבָל לְרַבְּנֵי דְּסָבְרוּ דְלֵא יִלְפִינֹן אִיסוּר מְעַדוֹת וְכְמוֹ שֵׁכ' תוֹס' בְּכוֹרוֹת שֵׁם וְגַם אֵל תְּשֵׁת רִשְׁעֵי עַד הוּא רַק בְּלֵאוּ שְׂיֵשׁ בּוּ מְלָקוֹת מִמִּילָא יֵשׁ לֹמַר כִּינֹן דְּלְעַדוֹת לֹא מִפְּסָלוּ רַק מַגְזֵה"כ לֹא נִפְסָלוּ רַק מִכָּאֵן וְאִילָה וְכִשְׁיִטַת הַרש"ך ו"ל וְכֹאשֶׁר בִּיאָרוּ הַבְּנֵי וְהַקְּצוּה"ח.

וְעַפ"י שְׁיִטְתָּם יֵשׁ לְיִישָׁב מֵה שְׁהַקְּשָׁה בְּחוּמִים (ס' ל"ו) לְדַעַת הָרָאָב"ד דְּהָא דְּמִתְרַץ בְּש"ס מְכוֹת יָקוּם דְּבָר בְּמִקְיָימֵי דְּבָר הַפְּתוּב מְדַבֵּר וְסוּבֵר דְּבַעַל דְּבָר אִינוּ בְּגֵדֵר עֵדוֹת וְסוּבֵר דְּלֵא בְּעֵינֹן הַגְּדָה וְרָאָה לְבַד פּוֹסֵל רַק בְּעַד אִינוּ בְּגֵדֵר עֵדוֹת וְהִינֵנוּ עַל הַהוֹרֵג וְלֹא הָרוּג וְאִם כֵּן קָאִי לְקוֹשְׁטָא תִּירוּץ הַגְּמָרָא בְּהָרְגוּ וְרַבְּעוּ מְאַחֲזֵרֵי יִקְשֶׁה מִקְרָא עֲרוֹת אֲבִיָּה לֹא תִגְלָה דְּהוּא בְּבָא עַל אֲבִיו אִיָּה אֲבִיו נִהָרֵג הָא הָוִי לְגַבִּי אֲבִיו קָרוֹב וּמִבְטַל הָעֵדוֹת וְכֵן בְּהָא דְּכְתֻבָּה הַתוֹרָה בְּבָא עַל כְּלָתוֹ וְחֻמּוֹתוֹ דְּשְׁנִיָּה הֵם בְּמִיתָה וְעֵינֵינֹן שֵׁם מֵה שֵׁכ' לְדַחוֹת וְכ' דֵּל קוֹרְבָא מִהָכָא הָא הוּ"ל רִשְׁעֵי לְמוֹת עַפ"י ב' עֵדִים.

וְלִהַנְּ"ל י"ל מְעַרְיוֹת לֹא קוֹשֵׁי דִיבְטַל הַבְּעַל מְעַשֶׂה הָעֵדוֹת מִחֻמַּת פְּסוּלוֹ דְּהָא לֹא הָוִי רִשְׁעֵי דְחֻמְסֵי וְלֹא נִפְסָל עַד אַחַר עֲשִׂיַת הָעֵבִירָה וְהָבָא עַל עֲרִיוֹת לֹא הָוִי רִשְׁעֵי דְחֻמְסֵי הוּאִיל דְּיִצְרוּ תְּקוּפוֹ כַּמְבֹאָר בְּר"ו סְנֵהֲדָרִין [דָּף כ"ו] וּבְתוֹס' וְאִם כֵּן לֹא קוֹשֵׁה מְשָׁם.

גם ראיתי בכ"י חכם גדול א' להביא ראיה לשיטת הרש"ך ו"ל דלא נפסל עד אחר עשיית  
העבירה ממה דמוקי הש"ס ב"ק (דף ע"א) בטובח על ידי אחר בגנב וטבח בשפת דחיוב  
וקשה הא השליח דחילל שפת בטביחה נפסל לעדות אם פן יציל דבקנס בעינו עדים  
ויבטל על ידי העדות דנמצא א' מהם פסול אלא ודאי דלא נפסל עדיין עד אחר השחיטה  
כשיטתם.

ואין זה ראי' כולל מלבד דיש לדחות די"ל טובח על ידי אחר היינו על ידי אשה דשחיטת'  
כשיירה והיא בת שליחות ועדות הפשרים לא נתבטל על ידיה כמו שפכתתי בפרט הזה  
לעיל דיני עדות (סי' נ"ב) וגם משפחת ששחט על ידי קטן וא' עומד ע"ג ובצירוף עדות  
קטן גם פן לא נתבטל עדות הפשרים כמו שפכתתי שם ואף דאין שליחות לקטן מ"מ  
בהני דאיתרבי דיש שליח לדבר עבירה כמו מעילה וטביחה חייב המשלח גם על ידי קטן  
הואיל דנעשה מחשבתו כמבואר במהרי"ט וקצוה"ח (סי' רצ"ב) בלא"ה לא קשה דעל  
הטביחה הוי השליח גם פן הבע"ד דהא אי ליפא לאשטלומי מהמשלח חייב השליח לשלם  
כמבואר בתוס' רי"ד קידושין ועל השליחות יש שני עדים שמצנה הגנב אותו לשחוט  
ובזה היה אז בשעת מינוי השליחות פשר ואין להאריך בזה: וביסוד ד' הבנ"י והקצוה"ח  
דכ' לחלק בין רשע דחמס לרשע דאינו דחמס דבזה נפסל מטעם גזה"כ ובדחמס פסול  
מטעם משקר כפר ביארנו לעיל דיני עדות (סי' ל"א) מדברי הרמב"ם והרמ"ה דהתורה  
פסלה לרשע החייב מלקות מחשש דמשקר עיין שם ואם פן מוכח על פרוק דנפסל אף  
לאותו עדות שנעשה בה רשע וגם מה שכ' לעיל דקושית התוס' בשטר שיש בו ריבית  
דנפסל השטר הוא לר"מ הוא דוחק גדול ובפרט בדברי הראשונים דמבואר דהקוש'ן  
הוא אף לחכמים ולדין ועל פרוק דסברו דאף לאותו עדות נפסלו ומה שכ' הקצוה"ח  
ליישוב השגות מהרי"ט על המרש"ך ו"ל אעיקר' דדינא דדלקא פלגינן דיבורא דנאמין  
להם שנתקדשה ולא נאמין להם שהונזמו.

ובאמת כפר קדמוהו להמרי"ט ו"ל בתשובת הראנ"ח (ח"א סי' ס"ח) וכתב מאן לימא  
לן דלא נפליג דבוריהו ונאמר שהן עדים על הקידושין ונעשה בדרך שלא עברו דאין  
אדם משים עצמו רשע וכמו פלוני רבעני וכ' מפל מקום מפל זה גם פן מידי ספיקא לא  
נפיק ולא כ' טעם הדבר דלמה לא נימא פ"ד והקצוה"ח כתב דלענין קידושין דלא מהני  
עדים אחורי הגדר וצריך שיעידו שהונזמו אצל הקידושין אם פן עיקר עדותן דלא  
נתקדשה פנין דמעידין דנתקדשה בפני פסולין עיין שם בדבריו ובנתיבות משיג עליו  
דאין זה תוספת דברים וכיין דאין אדם משע"ר ואין שם עדות על עצמן כולל הוי כאלו  
לא אמרו רק שנתקדשה לפניהם ואמרינו דמסתמא פשרים הן וכמו באמרו כ"י ופסולי  
עדות היינו דגם פן צריך עדים פשרים שיהיה שטר פשר לגבות ממשעבדי אמרי' דנאמני'  
כ"י הוא אף דאמרו דהשטר נעשה בפסול הואיל דאין נאמנין על עצמו ופ"ד עיין שם  
היטב בדבריהם: אולם יען שהראנ"ח ו"ל כתב דמידי ספיקא לא נפיק הרי דלא ברירא  
ליה לומר בזה פ"ד י"ל דאינו דומה לכ"י ופסולי עדות היינו פנין דאינם בגדר עדות על  
עצמן וכשרים הם לכל העולם למה לא נקבל מהם עדותן שהוא כתב ידם ונעשה השטר  
ברצון המתחייב ואף אם באמת היו פסולי מ"מ השטר פשר פנין דלכל העולם פשרים  
הם ובפרט אם שעבודא דאורייתא כ' האחרונים דאפשר השטר אין צריך רק להוציא  
הקול ויהיה איה שיהיה מ"מ פנין דכשרים הם גם עכשיו גם אז היו פשרי' לכל העולם

שפיר מקבלין דבריהם שפכתב ידם הוא זה מה שאין פן לענין קידושין דצריף עדים לקנין הדבר דאם לא פן יכולין לומר דלהשטאה נתפוננו אם פן צריכין העדים להעיד גם פן שיהונמו לעדים ונהוי פהעידו להשטאה נתפוננו פיון דינדעו דהעדים הוזמנו ונפסלו ואף אם אמרו סתם דנתקדשה בפניהם צריכין הב"ד לחקור אותם אם הוזמנו והתפוננו לעשות המעשה בפניהם דבלא זה ל"מ הקידושין.

ועיין ב"ש אה"ע (סי' מ"ב) דהביא ספיקא של מהרי"ט אם נתקדשה בפני עדים ולא ידעו שניהם אם הם פשרים או פסולי' ואחר פה נתברר פסוליהו של העדים שאז היו פסולים והי' גם פן עדים אחורי הגדר שהם פשרים אם מהני הקידושין דאפשר פיון דלא ידעו בהפשרים לא מהני ובאבני מילואים שם כ' מדברי ריטב"א קידושין דכיון דבעינו בקידושין עדים לגוף המעשה ובעינו פנונתו לקידושין גם לעדים צריף שיכוננו שניהם ול"מ עדי הכמנה פלל בדבר שצריף לגוף הדבר עדים עיין שם וכיון דצריף שיכוננו לעדי' תליא גוף העדות אם אמרו דנתקדשה בפניהם היינו שהמקדש והמתקדשת היו פנונתם לעדים הללו וממילא הוי גם בזה פאלו העידו שיהונמו ונהוי פמעידין דלא נתקדשה פיון דהיו פסולין אז.

אולם באמת פבר פכתב שם באה"ע (סי' מ"ב) בכנה"ג דכיון דהיה פסול נסתר והתפוננו לקידושין מהני העדי הכמנה ופשיטא לי' לפשו' ספיקא של מהרי"ט וגם דברי הריטב"א קידושין (דף מ"ב) שכתב דלא חשיבי עדות בהכמנה בדבר שגוף הדבר צריף לעדות אלא בדבר שצריף עדות משום שיקרי הם סתומים ומניין לנו זאת ועוד פיון דיילפיון דבר דבר מן ממון להוסיף דבד"מ מהני עדי הכמנה ואף בדיני נפשות ובקידושין לא מהני אם לא משום דלצחוק נתפוננו ובפרט למה שכ' הפנ"י הטעם דאין קידושין לחצאין וכמו שכ' בזה בכמה מקומות שפן דעת רמב"ם ורמב"ן דצריף שיהיה קידושין שנוכל לדון אחר פה פל דיני אישות אם פן בכה"ג פיון דיש עדים פשרים אעפ"י שלא ראו אותם פיון דינדעו דהתפוננו לקידושין גמורין למה לא מהני ועיין במהריב"ל (ח"א סי' ק"א) אם פן גם בנד"ד י"ל דמהני עדותו דנתקדשה בפניהם והם עברו לפניהם ושניהם ראו אותן ולא לצחוק התפוננו והם פשרים ומ"מ דעת הראנ"ח ז"ל דמידי ספיקא לא נפקין והיינו דיש לומר דעדים לא ידעו אם לא נתפוננו לצחוק פיון דינדעו אם הוזמנו הם פסולים ואם אצפה ברצות ד' יבואר בזה בדיני קידושין: סי' לט פכתב הרמ"א (סי' נ"ה) בשליש שהחזיר השטר למלנה שלא פדין דפטור דהוי גרמא בנזקין ובש"ף שם כ' משם תשובת משאת בנימין דוקא פשהחזירו למלנה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזיר ללנה הוי גרמי וחיוב השליש ודמי לשורף שטר של חבירו והוכיח פן מדברי תשובת הרא"ש (פלל ל"ט) בסופר שפסר השטר מכר ביז אביו של הלוקח ומת האב ונאבד השטר דהסופר הוי פמזיק בינדים ועל פרתו דרב בהחזיר ללנה הוי ההיזק מיד.

ועיין קצוה"ח דאף בעדים שחתמו בשקר חייבים לשלם מטעם מזיק מ"מ בשליש שהחזיר השטר להמלן' לא הוי מזיק אלא העדים החתומים בו ונהוי ליה כמו שזכר עדי שקר. ולכאורה יש להבין למ"ש רמב"ן בדיני דגרמי וז"ל פלל גדול יהיה בדין פל הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק ואינו תלוי בדעת אחרים כו' והשוכר עדי שקר לאו איהו מזיק כו' אלא אינהו גרמי ולאו ביזו הוא דאי בעו לא מסהדי פלל עכ"ל אם פן אם

השט' פֿכּר פֿתּוב וְחַתּוּם וּמּוֹנֵחַ תּחַת יַד הַשְּׁלִישׁ כְּשֶׁהַחֲזִירוּ לַמְּלִנָּה גּוֹרֵם הַהִיזְק דְּבִידּוֹ הוּא וְלֹא תְּלִי בְּסִדְּדֵי דְכְּשֶׁהַשְּׁטֵר יוֹצֵא מִתּחַת יַד הַמְּלִנָּה הוּי פֿהֲגִידוּ בְּפִנֵי ב"ד דְּעֵדִים הַחַתּוּמִּים עַל הַשְּׁטֵר פֿנְחֻקְרָה עֲדוּתָן בְּב"ד דְּמִי אִם יוֹצֵא מִתּחַת יַד הַמְּלִנָּה וּכְבָר הַעִירוּתִי בְּזֶה בְּהִגָּהוּתִי בְּד"ח דִּינֵי גְזָקֵי מְמוֹן (ס' ח') וּאֵאמ"ו ז"ל מְדַמָּה שֵׁם דִּין זֶה לְלִיבָה וְלִיבָתָה הָרוּחַ דָּאָם אֵין בְּלַבּוּי פְּדֵי לְלַבּוֹת פֿטוּר כְּמִבּוֹא' ש"ס ב"ק (ד' ס') וְכַתּב הָרַמְבַּ"ן הַטַּעַם דְּאֵין הַמְזִיק נִבְרָא אֱלָא עַל יְדֵי רוּחַ וְה"נ לֹא נִבְרָא הַהִיזְק עַל יְדוֹ שְׂפֵכֵר נִחְתָּם הַשְּׁטֵר וְנִבְרָא הַמְזִיק עַל יְדֵי הָעֵדִים שְׂחַתְמוּ לְכַף אֵינוֹ חַיִּיב בְּמִסִּירְתּוֹ לִיד הַמְּלִנָּה וְשֵׁם הַבְּאִתִּי דְּבָרֵי תְּשׁוּבַת רַשְׁבַּ"א (ח"ג ס' ע"ו) דְּמְדַמָּה בְּאַמַּת דִּין דְּשְׁלִישׁ שְׂחַתְזִיר הַשְּׁטֵר לַמְּלִנָּה לְשׁוֹכֵר עֲדֵי שְׂקָר וּמַה"ט נִרְאֶה דָּאָם אֶחָד זַיִּיף חַתִּי יַד הַלְּנָה שְׁטֵר בַּחוּ"כ עִם נְאֻמָּנוֹת דְּאֵין הַלְּנָה נְאֻמָּן לִזְמַר פְּרַעֲתִי וּמְסָרוֹ בִּיד הַמְּלִנָּה חַיִּיב גַּם פֶּן לְשַׁלֵּם פִּינּוֹן דְּנִבְרָא הַמְזִיק עַל יְדוֹ אִף דְּלֹא בָּא הַהִיזְק מִיַּד רַק עַד שְׂיַגְבָּה מ"מ דּוּמָה לְעֵדִים שְׂחַתְמוּ בְּשְׂקָר אִף דְּלֹא בָּא הַהִיזְק מִיַּד עַד שְׂיַגְבָּה מ"מ פִּינּוֹן שְׂהֵם עָשׂוּ עֵיקָר הַמְזִיק וְנִבְרָא עַל יְדָם שְׁטֵר לְהַזִּיקוֹ וּמְסָרוֹ בִּיד הַמְּלִנָּה וְהַמְּלִנָּה גָּבַהּ בּוֹ הוּי כְּרוּחַ הַמְּבִיא אֶת הָאֵשׁ כְּמוֹ כֵּן אִם זַיִּיף חַתִּי הַלְּנָה וּמְסָרוֹ בִּיד הַמְּלִנָּה וּגָבַהּ בּוֹ חַיִּיב דְּעַל יְדוֹ נִבְרָא הַהִיזְק: וּבְנִתִּיבוֹת (ס"ק ב') דְּכ' לְפָרֵשׁ הַחִילוּק בֵּין אִם חֲתָמוּ שְׂקָר אוֹ מְסָרוֹ שְׁטֵר פְּרוּעַ שְׂהוּא שְׂקָר דְּכְּשֶׁחֲזוּתְמִין מִיַּד יוֹצֵא הַקּוֹל שְׂנִשְׁתַּעֲבְדוּ נְכָסֵי וַא"י לְמַכּוֹר נְכָסֵי וּמְזִיקִין אוֹתוֹ תִּיכְרָף וְהוּי גְרָמִי דְּהַהִיזְק נַעֲשֶׂה מִיַּד מִשָּׂא"כ בְּחֻזְרַת שְׁטֵר פְּרוּעַ אֵין יוֹצֵא קוֹל וְל"נ הַהִיזְק מִיַּד רַק בְּשַׁעֲבָה שְׂגוּבָה וְלֹא בְּרֵי הַזִּיקָא וְהוּי גְרָמָא וּפְטוּר וְלְדְבָרֵי א"כ אִם זַיִּיף חַתִּי דְּאֵין קוֹל יוֹצֵא וְלֹא נִיפֵר הַהִיזְק מִיַּד הִיָּה הַדִּין דְּפְטוּר.

וּלמ"ש עֵיקָר תְּלִיא בְּמִי שְׂפֵכֵר הַהִיזְק אִם פֶּן בְּכַתּב יַד גַּם פֶּן חַיִּיב לְשַׁלֵּם דְּהוּי כְּרוּחַ הַמְּבִיא אֶת אֵשׁ וְגַם סְבָרְתּוֹ דְּאֵינוֹ יְכוּל לְמַכּוֹר שׁוּב נְכָסֵי הוּא דְּבַר תִּימָא דְּבִשְׁבִיל זֶה נִדְּאֵי אֵינוֹ חַיִּיב לְשַׁלֵּם דְּזֶה נִדְּאֵי לֹא הוּי רַק גְרָמָא רַק עֵיקָר הַחַיִּיב הוּא אִם גָּבַהּ בְּהַשְּׁטֵר.

וְרֵאִיתִי לְמַחְבֵּר אֶחָד שֵׁכ' אִם אֵינוֹ מְחַוֵּסר גְּבוּבֵינִי פֶּגוֹן שְׂהַמְלִנָּה תְּפַס בְּמְמוֹן שֶׁל לְנָה חַיִּיב הַשְּׁלִישׁ וְל"נ דְּהָא קִי"ל זֶה גּוּבָה וְזֶה גּוּבָה וְכָל זְמַן דְּלֹא נִפְרַע לַמְּלִנָּה נִשָּׂאָר בְּחַיִּיבוֹ וְאִם פֶּן לֹא נַעֲשֶׂה הַהִיזְק מִיַּד בְּחֻזְרַת הַשְּׁטֵר לְהַמְלִנָּה: וְרֵאִיתִי בְּתְּשׁוּבַת חֲתָם סוֹפֵר חֶלֶק ח"מ (ס' ק"מ) שֶׁזֶן דְּעַד כָּאֵן לֹא פּוּטֵר הַרְשַׁבַּ"א לְשְׁלִישׁ שְׂחַתְזִיר הַשְּׁטֵר לַמְּלִנָּה רַק כְּמוֹ בְּנִידוֹן דְּש"ע שְׂהַלְנָה וְהַמְּלִנָּה שְׂנִיָּהֶם צִיוּ לְהַשְּׁלִישׁ שְׂאֵם לֹא־פֶרַע לְזְמַן פְּלוּנֵי יַחְזִירוּנוּ לְהַמְלִנָּה וּמִשׁוּם דְּאִסְמַכְתָּא לֹא קִנְיָא אֵינוֹ רִשָּׁאֵי לְהַחְזִיר וְעַל זֶה קָאֵי אִם עֵבֵר וְהַחְזִיר פְּטוּר דְּלֹא הוּי רַק גְרָמ' וּמִטַּעַם שׁוּמֵר אוֹ שְׁלִיחַ שְׂעֵבֵר ע"ד מְשַׁלְּחוֹ פְטוּר שְׂהָרֵי צוּנְהוּ בְּכָף.

וּבְנִידוֹן דְּתְּשׁוּבַת הָרֵא"ש חַיִּיב פִּינּוֹן שְׂבָא חַחְפֵּץ לִידוֹ בְּתוֹרַת שְׂמִירָה חַיִּיב לְשַׁמּוֹר שְׂמִירָה מְעַלְיִיתָא וְאִף דְּשְׁטָרוֹת לֹא בְּנֵי שְׂמִירָה נִיגְהוּ אֵין לְנוּ אֱלָא מַה שְׂפִטְרַתּוֹ תוֹרָה מְפָשִׁיעָה אֲבָל בְּהַאֲבִיד בְּיָדִים אַעפ"י שְׂאֵינוֹ אֱלָא גְרָמָא לֹא פְטָרְתּוֹ תוֹרָה.

וְדוּ שֵׁם מִטַּעַם זֶה בְּשְׁלִיחַ שְׂנַמְסֵר לוֹ שְׁטֵר מֵאֶחָד מִן שְׁנֵי שְׂוִתְפִים שְׂיַגְבָּה חוּב מְלָנָה וְאִם לֹא יַגְבָּה הַתְּרָה בּוֹ שְׂלֹא יְמַסְנֵר הַשְּׁטֵר לִיד שְׂוִתְפּוֹ וְעֵבֵר הַשְּׁלִיחַ עַל דְּבָרֵי מְשַׁלְּחוֹ וּמְסָרוֹ לִיד הַמְּשׁוֹתֵף וְהַשְּׁוִתֵף גָּבַהּ הַחוּב וְתוֹפֵס עַל תְּבִיעוּתֵיו מִיַּד הַשְּׂוִתֵף דְּחַיִּיב הַשְּׁלִיחַ לְשַׁלֵּם מִצַּד מְזִיק עֵינּוֹן שֵׁם.

וילדעתי אף כי בגוף הדין ברור לחייבו מצד מזיק ומק"ו מנידון דתשובת הרא"ש הנ"ל מ"מ הא דס"ל דאם לא ציננהו להשליש להחזיר להמלנה דחייב לשלם וכ' אף דבתשובת רשב"א (סי' א' אלף נ"ב) לא נזכר בלשון השאלה שציננהו הלנה להחזירו להמלנה מ"מ סתמו בפירושו מבואר לפנינו בתשובת רשב"א (סי' ע"ו) הנ"ל מפירש שלא פדבריו דשם ביקש הלנה מהשליש שיחזיר לו השטר שהשליש העפום בידו על תנאי וקנים תנאו ואמר לו השליש אני אתן לך השטר כ"ז שתתרה ובשבילך הוא בדי וכתב הרשב"א לפטור השליש בדיני אדם אם עבר והחזיר השטר להעפום דאין פאן דיני דגרמי אלא גרמא בניזקין דלא עדיף זה משוכר עדי שקר דפטור בדיני אדם עיין שם ושם קבל השליש השטר מיד העפום ואחר כך נשאר בידו בשביל הלנה הישראל ואעפי"כ פטור פשהחזירו.

ועוד כ' שם ואפילו היה ביד שמעון שטר פרוע ממש של ראובן ונתנו שמעון למלנה שהוא פטור בדיני אדם מבואר דאף בקא לידו בתורת שמירה מ"מ כל דמזיק בידים פטור אף אם עבר ופשע והנזקו גם כן פטור.

ומה שהוכיח שם הח"ס מעובדא דאבימי פתובות (דף פ"ה) דחייב השליח משום דלתקוני שדתי דהו"ל למשקל שטר מתחילה דהא אף אם הנה שקיל שטרא תחילה ואחר כך היה מחזירו למלנה היה פטור והשתא דלא שקיל כלל יתחייב.

לא קשה דשם חייב מטעם מזיק דעבר על דעת משלחו על הממון שמסר בטורם ששקל השטר והוי כפשע והיזק בהממון וכן פתוב בס' נתיבות המשפט (סי' נ"ח ס"ק ב') אבל לעולם בהחזיר השטר להמלנה פטור אף אם בא לידו בתורת שמירה ואף בלא ציווי של הלנה ודברי רמ"א הוא בכל אופן שהחזיר למלנה דפטור פמבואר מתשובת רשב"א הנ"ל וזה פשוט: ועיין בב"ח (סוף סי' קע"ו) שכתב על מה שכתב שם הטור משם תשובת הרא"ש בשותף שהחזיר השטר לגוי שהיה חייב להם שהיה רובו פרוע ומתוך כך באו לידי הפסד דפשיעה גמורה היתה ושותפין שומרי שקר הן כ"ש בפשיעה וכ' הב"ח דבתשובת הרא"ש שהחזיר שט"ח שהיה לגוי עליו לצורה השותפות ופרע רובו להגוי והאמין לשמעון ומסר לו השטר ונחזר שמעון והחזיר להעפום שלם בלי שום כתב קבלת פרעון ומתוך כך באו לידי הפסד ולענן דינא ליכא נפקותא דבין כך ובין כך פשע שמעון וקשה הא אם החזיר להמלנה לא הוי רק גרמא והרשב"א מדמה זה לשוכר עדי שקר דפטור והואיל דמחוסר גוביינא לא הוי רק גרמא.

ולמה שכ' בתומים דאף ברשב"א כתב אפילו מסרו לגוי מ"מ פטור הרמ"א לא העתיקו בכוננה רק במסרו לישראל דעכ"פ צריך לשבועה וחזקה על ישראל שלא ישבע לשקר ולא הוי היזק ברור אבל בעפום בראיית חייב אמי שפיר די"ל דהרא"ש גם כן חולק בזה על הרשב"א ושם איירי דהחזירו לעפום ולכך חייב לשלם אבל התומים בעצמו כתב זה לדחוק.

שוב ראיתי שפבר עמדו ע"ז גדולי מחברים בדברי הרא"ש הנ"ל עיין ס' בני יעקב (דף רי"ח) ובכנה"ג (סי' קע"ו ס"ק רי"ד) ובמח"א דיני שומרים (סי' מ) ובתשובת פהונת עולם (סי' י') ממר חותנו הרב ז"ל דמפרש דהרא"ש סבירא ליה ברשב"א ודיני דגרמי לאו בשותפין אתמר אלא בין אדם לחבירו אבל שותפים וש"ש חייבים אף בגרמא



שצריך ליזהר שלא יגרום בשנותפות אפילו בגרמא בעלמא ודומה לזה אדם מוכר מנכסי חבירו בזמן הזול ואם היה מוכר אותו בזמנו היה מוכר ביוקר אינו משלם אלא כשעת הזול כמו שכ' הב"י (סי' שפ"ו) משם המישרים ואלו בשותף חייב להמתין עד זמן שימפנר פדרה המוכרים ואם שינה חייב כמבואר (סי' קע"ו) וכן המבטל פיסו של חבירו דהוי גרמא לא במשותף ומתעסק עיי"ש.

ועיין קצוה"ח (סי' קע"ו ס"ק ז') דעמד פן על דברי הרמ"א שם (סי"ד) דכ' אם שותף מכרה קודם זמנה הוי פשיעה וחייב לשלם לחבירו חלקו הא כל הגזלנים משלמין רק כשעת הגזילה וכן בשומרים כשעת פשיעה ולא יהיה כמזיק בידים דמשל' כשעת הזיקו: ובנתיבות שם כ' דבקבלן ושותף חייב לשלם אף מה שישבח אחר פה דהוי כאם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטב' דצריך לשלם אף שלא התנה כדמוכח ב"מ (דף ע"ג) ובש"מ שם דבקבלן חייב ועיין בדבריו (סי' קפ"ג) בהא דהנותן מעות לחבירו לקנות פירות למחצית שטר ואמר לא לקחתי דאין לו עליו אלא תרעומות והקשה מש"ס ב"מ הנ"ל דפריה מ"ש מהא דתנן אם אוכיר כו' ופירש בש"מ כמו דשם תיקנו פה הי' להם גם כן לתקן ומשני התם בידו הקא לאו בידו וכתבו תוס' דאין בידו כשער הזול דשער הזול דזול שפוט לא משיה פולי האי ואם פן אם שולח לקנות אתרעא דמשיה ולא קנה חייב לשלם והעלה דבאמת בשליח בשטר ולא נתן לו לזמן חייב לשלם המניעות הרינוח פדרה שיהרויחו שאר סוחרים מטעם אם אוכיר.

ויש לגמגם הרבה בזה הא מה במקבל שדה אף אם לא כתב פן דחייב הוא משום דרגילין לכתוב פן הוי ליה כאלו כתוב מה שאין פן במו"מ דלא מצינו דרגילין להתנות פן מניין לנו לחייבו ועיין בהגהות אשרי פרק המקבל דכ' המבטל פיסו של חבירו או ספינתו או חנותו אין לו עליו אלא תרעומות לבד מן השדה דחייב משום דכתב אם אוכיר ומשמע אף בקבל עליו מ"מ דוקא בשדה דורשין לשון הדיוט כפי המנהג ולא מצינו בשאר דברי רק אם מתנה בהדיא דבכל גרמא יכול לחייב א"ע כמבואר במרדכי פרק הגזול.

וברא"ש ב"מ שם (דף ע"ד) פירש דאירי שהתנה עמו אם אינו קונה לה אפרע משלי דאי לא אתנו פטור ובנ"י מפרש דפריה מאם אוכיר אלמא פיון דאפסד' בהכי ועליו סמיה תקנו רבנן דלשלם נגד הפסידו הקא נמי הוי להו לתקוני דלשלם ומתירץ התם בידו לזרעה ולא להובירה וכיון דלא עביד קנסו רבנן הקא לאו בידו הלכה לא חזו רבנן למקנסיה ועיין מה שכ' בספרי ח"ר בקונטרס התשובות (סי' א') מדברי הירושלמי ב"מ אשר מכולם נראה דרק בשדה עשו תקנה בהתנה ובלא התנה פטור אף בדבר שבידו וכן בנ"י שם כ' גם פן דוקא בשדה עמו שאם לא יקנה ישלם דאי לאו הכי הוי כמבטל פיסו ומפרש הא דפריה מ"ש מאם אוכיר אף דהוי אסמכתא תקנו רבנן דלשלם כנגד הפסידו פיון דאפסידו בהכי ועליה סמיה ומבואר מדבריו דאף באם אוכיר הוא רק קנס מדרבנן שכתב התם פיון דלא עביד קנסו רבנן.

אבל בדברי אחרים אף כמה דבידו לא תקנו רק במחייב א"ע בפירוש אבל בסתמא לא שמענו. ועיין נ"י פרק זה בורר משם רבינו האי גאון וכן דעת כמה פוסקים ורמב"ן דאף בידו ממש כל דאי הוי אסמכת' והוה דאם אוכיר ולא אעביד דאמרינן פיון דבידו מהני לאו דבהכי מסתלקת אסמכתא דודאי אסמכתא הוא רק תקנה הוא שתקנו דמהני הוה

תנאה כדי שלא יקבל אדם שדה מחבירו ויניחנה בידו ויפסידנו וכיון דבידו ממש למיעבד ולא עבד חזו רבנן לתקוני ביה ולחייבנה אבל פשאינו בידו דמי יימר דמזבני נהליה ואפילו ביין סתם אפשר שלא ימצא וכיון שפן לא חזו רבנן לתקוני ביה עיין שם הרי דאף בדבר שבידו לא תקנו אף בהתנה דהוי אסמכתא רק כשבידו ממש למעבד ולא עבד תקנו ועיין קצוה"ח (סי' ר"ז ס"ק ו') דמשיג שם על הש"ך דכ' דבשידוכין החוזר חייב לשלם אף בלא קנין שהוא כדי להתחייב לדמי הבושת והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם וכתב דשם פיון שהפסיד ע"י מהני לסלק אסמכתא דגער ומקני אבל קנין בעי דכשכותב פן בשטר הוי כמו קנין ואף אם לא נכתב במקו' שנהגו לכתוב וכתב משם הנ"י פ' המקבל דל"מ תנאה אלא דוקא בקרקע ומשום תנאי ב"ד ולגבי שידוכין דליפא תנאי ב"ד בעינן קנין או שטר הרי דסובר גם פן דרק בההו דאם אוביר תקנו ולא בדבר אחר.

אולם דבריו תמוהין מה שכ' משם הנ"י דלא מהני תנאה אלא דוקא בקרקע לא ראיתי מבואר רק דהוא סובר דכל דאי הוי אסמכתא ודבר שבידו ממש תקנו חקמים דמהני הו' תנאה ואף בלא התנה חייב משום תנאי ב"ד והיכא דהוא בידו ממש אין חילוק בין קרקע לבין מטלטלין ואם פן בשידוכין מהני גם פן אף בלא קנין דכדאי לסלק האסמכתא בדבר שבידו ממש יע"ש ברא"ש ובש"מ דכ' להדיא דהו' עונדא דב"מ איירי בהתנה שאם לא יקח לו שישלם לו פסידא שלו ואין אחד מזכיר שהיה קנין דודאי אף בלא קנין היה ס"ד לחייבו במה שהתנה רק למסקנא פיון דהוא אסמכתא ולא דבר שבידו לא מהני ואם פן בשידוכין דהוי דבר שבידו חייב לשלם מטעם בוששת דכדאי לסלק האסמכתא אולם הפל הוא באם הותנה אבל אף בלא הותנה לחייבו אף בדבר שבידו ממש לא מציינו רק באם אוביר ולא אעביד: אולם בריטב"א בש"מ כ' אעפ"י שלא התנה פיון שנתן לו מעותיו לקנות סחורתו ואלמלא הוא לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד פן הרי הוא חייב לשלם מה שהפסיד לו על ידי הבטחתו בהיא הנאה דסמך עליו ונותן לו ממונו משמעבד ליה מדין ערב וזה ענין שכירות פועלים שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו או בעה"ב לפועלים מה שמפסידין דכיון דסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שמפסיד על פיו וכ' וזה דין גדול.

ובאמת יש להבין גם פן באם אוביר ולא אעביד למה צריך לחייבו מטעם שפך פותב לו ודורשין לשון הדיוט תפ"ל יתחייב מצד ערב פיון דסמך עליו ועיין שם בחידושי ריטב"א וכמעט מכל הראשונים מבואר דרק בהתנה חייב לשלם במבטל פיסו.

ובח"ס חח"מ (סי' קע"ח) פתב דלדינא לא יחלוק אדם אריטב"א דראיתו נכונה מפועל. ותמהני הא כמעט מכל הראשונים מבואר דרק בהתנה לחייב את עצמו אם לא יעשה חייב וכמו שפתבתי וכן בריטב"א שם מבואר פן וראיתו מפועל כפר פתבו גדולי אחרונים טעמים בזה עיין בספר מתנה אפרים ובקצוה"ח ונתיבות (סי' שס"ג) או מטעם שבת או מטעם תקנתא אבל מדינא כל זמן שלא התנה אין לחייבו אף ברינוח ברור שהפסידו.

וגם בדברי רא"ש המוכא בש"מ שם ובחידושי הריטב"א דאם נתן לו זין להוליה ולא הוליה דחייבו לשלם מה שהפסידו באותו יום השוק שאותו יום אין לו תשלומין ביום השוק אחר גם כן יש חולקין על זה ובנדאי מספיקא אין מוציאין ממון.

ובתשובת מהר"ם בר ברוך הקצרות (סי' ט"ז) מבואר בשותף שלא הניח למפור והפסידו כתב דאף גרמא אין פאן כי סבר שירויחו טפי ולטובה נתפונן וכ' דאפילו בג' פרקים דשותף מוכר היין שלא מדעת חבירו אם אחד עכב מלמפור ושוב נזדלזל אין לו עליו אלא תרעומות מידי דהוי אמבטל פיסו של חבירו ולא יהיה חמור מגזלן דאומר הרי שלך לפניך ומבואר דגם שותף אינו חייב יותר במבטל פיסו מאדם אחר ואם נאמר דשותף חייב לשלם אף השבח כמ"ש הגתיות אף בלא התנה למה יכול לומר הרי שלך לפניך הא אף בגזלן נדאי הוי גרמא ומזיק וגזלן לא נתחייבו בגרמא ואף דנתפונן השותף לטובה מ"מ נאמר דחייב בכל השבח שהפסידו: ומ"ש הרב מהר"ש פרימו ז"ל ו"ל בס' פהונת עולם דדינא דגרמי לא איתמר אלא בין אדם לחבירו דלא רמיא עליה שמירה אבל בשותפי ושו"ש חייבים אף בגרמא וצריף ליהרהר שלא יגרם היזק בשותפות אפילו בגרמא בעלמא הוא ג"כ נגד ד' מהר"ם ז"ל ומסתמא לא יחלוק הרא"ש ז"ל עליו וגם לא מצינו ברא"ש שיהיה חייב על גרמא בידיים ובפטרט בשטרות דאף בפשיעה מודה הרא"ש דפטור למה יתחייב בגרמא דמסר השטר להמלנה ושותף יתחייב ביותר מבאינש דעלמא אם התחזיר למלנה דפטור פדעת הרשב"א והא דחייב במקרו קודם זמנו על פרחו הטעם כיון דאדעתא דהכי נשתעבדו שיתנו עד שיבא הזמן למפור הוי לגבי שותף כאלו החפץ עומד במקח השונה בזמנו שיבא למפור וזה דוחק גדול אבל מ"מ לחייבו יותר בגרם ההיזק דאין מזיק חייב מה"ת יתחייב השותף יותר מאדם המזיק.

ובמח"א שם כ' גם כן דלכף איצטרף הרא"ש לטעם דשותפים שו"ש הן ולא מטעם מזיק בידיים דסובר פדעת הרשב"א כיון דאין ההיזק בא בשעת מעשה ואין מתחייב מיד ומשום הכי לא חייבו הרא"ש אלא מטעם דשותפין שו"ש הן ואינו מוכן לי מניין לנו לחייבו יותר ממזיק ממש.

ובהכרח צריף לומר פדעת הרא"ש כמו שכ' בכנה"ג (סוף סי' קע"ו) וז"ל אף עפ"י דהרא"ש סובר דפשיעה בשטרות פטור לא דמי הא להא דהתם מייירי דפשע בשטרות עצמן שלא שמרן פראוי ומש"ה נאבדו אבל הקא מייירי שהחזיר השטר חוב להעכו"ם שהרי הוא כאלו פשע במעות בהחזרת השטר: שוב ראיתי בספר שער משפט (סי' ס"ו ס"ק ל"ב) שהוסיף לדון בדין זה דשותפין חייבין יותר משומרין דאף אם שלח שליח בהרשאה לגבות בשטר מחבירו ונאבד ממנו בפשיעה דחייב דקבל עליו להיות שומר על המעות והביא מדברי תשובת הרי"ף (סי' קס"ח) דנשאל על זה בנאבד מן השליח השטר בין באונס בין בפשיעה מהו והשיב אם בפשיעה אבד שטר זה דחייב והרי הרא"ש והטור פתבו משם הרי"ף ז"ל דאף מפשיעה פטור בשטרות ובב"י (סי' קכ"ג) הביא דברי המרדכי שכ' כן משם הרי"ף ז"ל ועיין שם עוד באורו בדברי שער המשפט והדברים קשים להבין אף אם בשותפין חייבין יותר משומרין היינו כיון שנתתפו יחד בממון אבל שליח זה שנעשה מורשה לתבוע החוב מלנה במה יתחייב יותר משאר שומרין ואף אם אין צריף משיכה בחיוב שומרין ורק בסילוק בעלים סגי אבל מ"מ כיון דבעלים לא

סלקי שְמִירְתוֹן רַק מְשֻׁטָר בְּעֵלְמָ' דְאִינוּ גּוֹפּוּ מָמוֹן וְאִיתְמַעְטוּ מִדִּין שׁוֹמְרִין בְּמַה יִתְחַיֵּיב  
הַשְּׁלִיחַ בְּפִשְׁעוֹתוֹ יוֹתֵר מִשְׁאָר שׁוֹמְרִין.

וְדַבְרֵי הַתְּשׁוּבָת הָרִי"ף י"ל לְמַה שֶׁכ' בְּפִרְיֶשָׁה (ס"א צ"ה) בְּדַעַת הַטּוֹר דְּסוֹבֵר דְּאִין הָרִי"ף  
חוֹלֵק עַל הָרַמְבַּ"ם לְפִנּוֹתוֹ מִפְּשִׁיעָה כ"א בְּפִשְׁעֵי בִּהְיוֹן בְּתַחֲלִילָה וְאַחַר כֹּף נֶאֱבָדוּ מִמִּילָא  
שְׁלֵא בְּפִשְׁעָה דְּבַעֲלָמָא חַיִּיב וּבְהִיגֵי ס"ל דְּפִטוֹר אֲבָל פְּשָׁאֲבָד גַּם כֹּן בְּפִשְׁעָה לֹא פְּלִיג  
עַל הָרַמְבַּ"ם וְלִכְפֹּף כ' הַטּוֹר מִשְׁם הָרִי"ף דְּפִשְׁעֵי בִּהְיוֹן נֶאֱבָדוּ פְּטוֹר וְהִבִּיא שְׁם דְּבַרֵי הַב"י  
(סוֹף ס' ס"ו) דְּהִבִּיא מִשְׁם הַמִּישְׁרִים דְּגַם דַּעַת רַמְבַּ"ם דְּאִינוּ חַיִּיב אֲלָא פְּשָׁנְתַקְלָקֵל  
בְּפִשְׁעָה בְּסוֹף וּלְפִי"ז י"ל דְּהָרִי"ף אִינוּ חוֹלֵק עַל הָרַמְבַּ"ם וְעֵינֵן מַה שֶׁכ' עוֹד בְּפִרְיֶשָׁה  
(סוֹף ס' ס"ו) [וְתַמִּיהֵי עַל הַנְּתִיבוֹת (ס"א ש"א) דְּנִסְתַּפֵּק בְּזָה אִם לְדַעַת הָרַמְבַּ"ם דְּחַיִּיב  
בְּפִשְׁעָה בְּהִנְדֹף דְּאִיתְמַעְטוּ מִשְׁמִירָה אִם בְּתַחֲלִילתוֹ בְּפִשְׁעָה וְסוֹפּוֹ בְּאִנְסֵי פְּשָׁאֲפִשְׁרַת לְתַלּוֹת  
בְּשׁוּם צַד אִם לֹא הֵי פִשְׁעֵי ל"ה הָאִנְסֵי אִם חַיִּיב גַּם כֹּן בְּאֵלָה דְּאִיתְמַעְטוּ עֵי"ש בְּדַבְרֵי  
וְלֹא הַזְכִּיר מְדַבְרֵי הַב"י (ס"א צ"ה) מִשְׁם הַמִּישְׁרִים וְהַפְּרִיֶשָׁה הַנֶּזְ"ל דְּס"ל לְחֵלֵק בְּזָה]  
וְאִם כֹּן י"ל פִּינּוֹן דְּהָא דְּפִטוֹר הָרִי"ף בְּפִשְׁעָה הוּא דְּוָקָא בְּנֶאֱבָד אַחַר כֹּף אֲבָל אִם נִתְקַלְקַל  
בְּפִשְׁעָתוֹ מוֹדָה דְּחַיִּיב וְעֵינֵן בְּתַשׁוּבָת הָרִי"ף (ס"א צ"ז) דְּכ' ג"כ וּפִשְׁעֵי בּוֹ נֶאֱבָד וְע"כ  
כְּוֹנְנָתוֹ דְּהִי תַחֲלִילתוֹ בְּפִשְׁעָה וְסוֹפּוֹ בְּאִבְיָדָה וְלִכְפֹּף פְּטוֹר וְהָד (ס"א קס"ח) שֶׁכ' אִם  
בְּפִשְׁעָה אֲבָד שְׁטָר זֶה הַכְּוֹנָה דְּנֶאֱבָד מִמֶּשׁ בְּפִשְׁעֵי וְזָה חַיִּיב לְשַׁלֵּם וְיֵמָה שֶׁכ' שְׁם  
וְאִם בְּאִנְסֵי אֲבָד כְּגוֹן שְׁפָאוּ עָלָיו לְסֻטִּים מִשְׁתַּבַּע דְּבְּאִנְסֵי אֲבָד וּפְטוֹר ע"כ צָרִיף לְדַחֲנוֹק  
בְּדַבְרֵי דְּהֵינּוּ מְדַבְּרֵינּוּ וְאִף שְׁהוּא קִצָּת דְּנוֹחַק בְּדַבְרֵי מ"מ הַדְּבָר קִשָּׁה לְחַיִּיבוֹ לְהַשְׁלִיחַ  
יוֹתֵר מִשְׁאָר שׁוֹמְרִין וְצ"ע: וְעֵינֵן תְּשׁוּבָת מֵהָרִי"ט צָאֵהֲלוֹן (ס"א קנ"ו) דְּנִשְׁאֵל בְּרֵאוּבוֹ  
שְׁפַתְבּ לְשַׁמְעוֹן לְקַנּוֹת סְחוּרָה אַחַת בְּשׁוֹתְפּוֹת עִמּוֹ וְזִיָּרָז אוֹתוֹ שְׁיִמְהָר לְקַנּוֹת כִּי כְּבָר מְכַר  
מֵהַסְּחוּרָה לֹא"י אַחַד לְעַרְפֵי הַפִּיפֵר בְּסוֹף כֹּף וְכֹף וְקַבֵּל מִמֶּנּוּ מְעוֹת לְחַשְׁבּוֹן וְאִם לֹא תִקְנָה  
יִמְשֹׁף הַפֶּסֶד וְשַׁמְעוֹן קָנָה הַסְּחוּרָה וְאַחַר כֹּף כ' לוֹ רֵאוּבוֹן שְׁעֵדִינּוּ לֹא עֲשֵׂה מְכָר וְלֹא כ'  
לוֹ אֲלָא לְזַרְזוֹ שְׁיִקְנָה כִּי חָשַׁב שְׁיִהְיֶה רִינּוֹחַ גְּדוֹל וְעַכְשָׁיו הוֹזְלָה וְשַׁמְעוֹן טוֹעֵן שְׁפַמָּה עַל  
מְכַתְּבוֹ וְלָמָּה רְמִיתָנִי וְחַיִּיב לְרֵאוּבוֹן לְשַׁלֵּם כָּל הַפֶּסֶד מִטַּעַם גְּרָמִי פִינּוֹן שַׁעֲפ"י כְּתָבוֹ שֶׁכ'  
דְּבַרֵי שְׁקָר וְכִזְבּ וּמְדַמָּה אוֹתוֹ לְמוֹכֵר שֶׁט"ח לְחַבְרִירוֹ וְחִזּוֹר וּמְחַלּוֹ הָרִי דְּחַיִּיב עֲפ"י דְּבוּרוֹ  
וְלַעֲדִים שְׁהוּדוֹ שְׁהַעֲדוֹ שְׁקָר אַע"פ שְׁלֵא הִזִּיקוּהוּ בְּיָדִים פִּינּוֹן שַׁעֲפ"י שְׁקָרִיהֶם הִגִּיעַ לוֹ  
הִזִּיק חַיִּיבִים ה"נ חַיִּיב וְאִף שְׁלֵא פִינּוֹן לְהִזִּיק מ"מ מְדַמָּה לְמַרְאָה דִּינָר לְשׁוֹלְחָנִי וְאוֹמֵר  
לוֹ שְׁהוּא טוֹב דְּחַיִּיב מִטַּעַם דִּינֵי דְּגְרָמִי כ' אִף דְּבַעֲדֵי שְׁקָר בְּרִי הִזִּיקָא דַּעֲפ"י ב' עֲדִים  
יָקוּם דְּבָר וּמְחַיִּיבֵי אוֹתוֹ לְפָרוֹעַ שְׁלֵא כְּדִין אֲבָל הֵכָא לֹא בְּרִי הִזִּיקָא דְּשַׁמָּא לֹא יִשְׁמַע  
לְדַבְרֵי דְּה"נ בְּרִי הִזִּיקָא פִינּוֹן שֶׁכ' לוֹ עֲדוֹת שְׁקָר שְׁקַבֵּל מְעוֹת מֵהָא"י בְּרִי הִזִּיקָא וְדָמִי  
לְעֲדוֹת שְׁקָר עַכ"ד וְאִנְכִי שְׁמַעְתִּי וְלֹא אֲבִין הָא אִינוּ דוֹמָה כָּלֵל דְּשָׁם יִצָּא חַיִּיב בְּמָה שְׁאִינוּ  
חַיִּיב וְנַעֲשֵׂה הַהִזִּיק מִיָּד וְכֹן בְּמַרְאָה דִּינָר לְשׁוֹלְחָנִי נַעֲשֵׂה הַהִזִּיק מִיָּד דְּפִטוֹר בַּעַל חוֹב  
בְּשִׁבִיל זֶה אֲבָל בְּנִידוֹן הַנּוֹ' דִּיעֲצָהוּ רַק לְקַנּוֹת הַסְּחוּרָה וּמְסַתְּמָא אֲזֵי הִיָּה שְׁוֹה הַסְּחוּרָה  
וְהָא רֵאִיָּה דְּרֵאוּבוֹן הַכְּנִיס גַּם כֹּן אֶת עֲצָמוֹ בְּתַגָּר הַלְזָה לְקַנּוֹת הַסְּחוּרָה וְלֹא נַעֲשֵׂה הַהִזִּיק  
מִיָּד וְאִדְרָבָא הִי חוֹשֵׁב שְׁיִרְוִיחוֹ עוֹד בְּהַסְּחוּרָה רַק אַחַר כֹּף הוֹזְלָה אִם כֹּן לֹא הֵי רַק  
גְּרָמָא בְּעֵלְמָ' דְּאַחַר כֹּף בָּא הַהִזִּיק מִמִּילָא וּמִנִּינּוֹ לְנוֹ לְחַיִּיבוֹ בְּשִׁבִיל שְׁיַעֲצָהוּ לְרַע וְעֵינֵן  
תְּשׁוּבָת רְשָׁב"א (ח"ג ס' נ"ג) בְּהַשְׁפִּיר לְחַבְרִירוֹ בּוֹר לְשׁוּם חֻטִּים וְאָמַר לוֹ שְׁהוּא שְׁלָם  
וְנִמְצָא בּוֹ חוֹר וְנִפְסַד מִחֻמַּת אוֹתוֹ חוֹר וְכ' דְּבַעַל הַבוֹר פְּטוֹר שְׁאִין זֶה אֲלָא גְּרָמָא פִינּוֹן

שָׁבָא הַהִיזָק לְאַחַר גָּמַר מֵעֲשָׂיו וְלִדְבָרָיו אֵין זֶה גֵרְמִי אֶלָּא גֵרְמָא וְעֵינִין מַה שְׂכ' לְעִיל (ס"א) וּמַה שְׂכ' אַף דְּלֹא נִתְפָּנִין לְהִזִּיק אֶלְּא לְתוֹעֲלָתוֹ דְּנִשְׁתַּתַּף עִמּוֹ דַּמ"מ חֲזִיב כְּמוֹ בְּמַרְאֵה דִּינָר לְשׁוֹלְחָנִי וְדִינָן שְׁטָעָה אַף דְּלֹא נִתְפָּנִינוּ לְהִזִּיק מ"מ חֲזִיבִין לְשִׁלְּמָה ה"נ פִּינּוּן שְׁגָרָם לֹו מַה שְׂכ' לֹו שְׁקָר חֲזִיב מְצִינוּ בְּתַשׁוּבַת מְהָר"ם ב"ב ז"ל הַנּוֹ' בְּשׁוֹתַף שְׁלֹא הִנִּיחַ לְמַפּוֹר וְהַפְּסִידוֹ דְּאַף גֵרְמָא אֵין כָּאֵן שְׁהִיָּה סָבַר שְׁיִרְוִיחוּ יוֹתֵר וְהוּא לְרִינָס נִתְפָּנִין וְאַף בְּסַחֲוֵרָה שְׁהוּא זְמַן לְמַפּוֹר וְשׁוֹתַף מוֹכֵר שְׁלֹא מִדְּעַת חֲבִירוֹ אִם עֵיכֵב חֲבִירוֹ הַשְׁוֹתַף מְלַמְכּוֹר וְשׁוֹב נִזְדַּלְזַל אֵין לֹו עָלְיוֹ אֶלְּא תַרְעוּמוֹ' וְעֵינִין שֵׁם עוֹד שְׂכ' דְּלֹא יְהֵא חֲמוֹר מְגוֹלָן דִּיכּוֹל לֹוּמֵר הָרִי שְׁלֵף לְפָנֶיהָ הָרִי פִּינּוּן דְּנִתְפָּנִין לְטוֹבָה וְלַהֲרוּיָת אֵין כָּאֵן אֶפְּלִי גֵרְמָא וּבְמַרְאֵה דִּינָר לְשׁוֹלְחָנִי וְכֵן בְּדִינָן שְׁטָעָה אַף דְּלֹא נִתְפָּנִינוּ לְהִזִּיק מ"מ אָדָם מוֹעֵד לְעוֹלָם בֵּין שׁוֹגֵג בֵּין מִזִּיד וְכֵינּוּן דְּנִתְבָּרַר שְׁאֵז מִיָּד נַעֲשֶׂה הַהֶפְסֵד חֲזִיבִין לְשִׁלְּמָה מַה שְׁאֵין כֵּן כָּאֵן בְּשׁוֹתַפִּין דְּאֵין אָדָם יוֹדֵעַ בְּמַה מְשַׁתְּפֵר וְלִבּוֹ הִיָּה אוֹמֵר לֹו שְׁהִיָּה בְּסַחֲוֵרָה הַזֹּאת רִינּוּחַ גְּדוֹל אַף דְּכ' לֹו שְׁפָבַר מְכַר מ"מ לֹא הוּי גֵרְמִי שְׁיִתְחַזִּיב בְּשִׁבִיל זֶה לְשִׁלְּמָה דְּמַלְבֵּד דְּלֹא נַעֲשֶׂה הַהִיזָק מִיָּד הֵא לְטוֹבָה נִתְפָּנִין כְּדִי לְזַרְזוֹ וְדְבָרֵי מַהֲרִי"ט צִאָהֲלָן צ"ע לְדִינָא: ס"א מִ כְּתַב בַּש"ע (סוֹף ס"א נ"ו) דְּאַשְׁה הַנּוֹ'נ בְּתוֹף הַבֵּית וְאַפְטְרוֹפּוֹס הַמְּמוֹנָה עַל נְכָסֵי.

בַּעַה"ב וּמַת הַבַּעַה"ב וְיוֹדְעִים שְׁהִיָּה לְבַעַה"ב נְכָסִים שֶׁל אַחֲרִים וְהַמְּמוֹן נִשְׁאָר בְּיָדָם וְיוֹדְעִים שֶׁל מִי הֵם חֲזִיבִים לְהַחֲזִיר לְכ"א אֶת שְׁלֹוֹ וְאִם לֹא הִחֲזִירוּ וּבָאוּ לְב"ד מִהִמְנוּ בְּמִיָּגוֹ וְדִין זֶה הוּא מִתְּשׁוּבַת הָרָא"ש ז"ל וְעֵינִין סַמ"ע וְש"ף מַה שְׂכ' לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הַרְמ"א (ס"א ס"ב) שְׁלֹא יִסְתַּר לְדִין זֶה וַיִּבְנֶאֱר אֵי"ה לְקַמּוֹן: וְהִנֵּה מִדְּבָרֵי תְּשׁוּבַת רָא"ש וַש"ע לֹא נִתְבָּאָר רַק הִיכָא דְּגוֹף הַמְּמוֹן שְׁהַעֲיָדוֹ שְׁשֵׁל אַחֲרִים הוּא נְאַמְנִים אֶבֶל הִיכָא דְּאוֹמְרִים שְׁהַבַּעַה"ב חֲזִיב לְאַחֲרִים אִם נְאַמְנִים לְחֲזִיב הַיּוֹרְשִׁים שְׁיִשְׁלְמוּ לֹא נִתְבָּאָר.

וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת מְהָר"ם אֶלְשִׁיף ז"ל (ס"א ק"ל) דְּנִשְׁאָל שֵׁם בְּדִין א' שְׁמַת וְנִשְׁאָר בַּע"ח וְהִיָּה לֹו בְּגָדִים אֶצֶל אוֹרֵג וְאָמַר שְׁקוֹדֵם מוֹתוֹ אָמַר לֹו שְׁיִתְנַם בְּיַד בַּע"ח וּמְסָרוֹ אַחַר מוֹתוֹ בְּיָדָם וְזֶן שֵׁם מִדְּבָרֵי הַרְמְב"ם הַלְכוֹת שׁוֹתַפִּין דָּאִם א' מִן הַשׁוֹתַפִּין אָמַר שְׁיִש לְאַחַר חוֹב בְּזֶה הַשׁוֹתַפּוֹת אִם הִיָּה בְּיָדוֹ כְּדִי הַחוֹב וַיְכּוֹל לִיתַנּוּ לְהַאֲחַר דְּנִשְׁאָמֵן וְהִכָּא נְמִי פִּינּוּן דְּלִיכָא עֲדִים וְרָאִיָּה נְאַמֵּן לֹוּמֵר שְׁנַתֵּן בְּשִׁלְיַחוֹתוֹ דְּהַמַּת.

וְשׁוֹב הִבִּיא מִד' תְּשׁוּבַת הָרָא"ש (פְּלָל ס"ח) דֵּהֲנוֹ'נ וְאַפּוֹטְרוֹפ' נְאַמְנִים שְׁהוּא שֶׁל אַחֲרִים וְזֶן ק"ו אִם אֶפְּלִי בְּמַה שְׁנִשְׁאָר אַחַר מִיתָה בְּרִשׁוֹתָם נְאַמְנִים כ"ש מַה שְׁיִש בְּיַד הָאוֹרֵג דְּנִשְׁאָמֵן וְכ' וְאֵין לְחַלֵּק בֵּין אוֹמֵר נְכָסִים אֵלוֹ שֶׁל לֹוִי הֵם לְאוֹמֵר שְׁחוֹב יֵש לְלוִי עָלְיוֹ שְׁהָרִי הַרְמְב"ם כ' דִּין זֶה עַל חוֹב עַכ"ל בְּקַצְרָה מְבוֹאָר דְּסַבִּירָא לִיָּה דְּנְאַמְנִים הַנּוֹ'נ וְהַאֲפּוֹטְרוֹפּוֹס הַמְּמוֹנָה עַל נְכָסֵי בַּעַל הַבֵּית אַף לְחֲזִיב לְשִׁלְּמָה כְּמוֹ בְּשׁוֹתַפִּין שֵׁם בְּרַמְב"ם.

אוּלָם בַּמַּל"מ (פ"י) מְזַכֵּה כְּתַב דְּעַד כָּאֵן לֹא כְּתַב הָרָא"ש אֶלָּא כְּשִׁיּוֹדְעִים הָאֲשֶׁה אוֹ הַאֲפּוֹטְרוֹפ' שְׁהוּא עֵיִסְקָא אוֹ פְּקָדוֹן אֶבֶל אִם אָמְרוּ שְׁיִש חוֹב עַל הַבַּעַה"ב מֵאֵן שֵׁם לָהּ לְפָרוּעַ חוֹב הַבַּעַל וְכ' וּבְזֶה חָס לִיָּה לְהָרָא"ש לֹוּמֵר כֵּן וְהִבִּי רָאִיָּה מִדְּבָרֵי הָרָא"ש (פְּלָל נ' ס"א ז') דְּמַשֵּׁם גְּרָאֵה לְחַלֵּק בֵּין מְלָנָה לְפְקָדוֹן.

וְהִנֵּה עֵינִינְתִי בְּתַשׁוּבַת רָא"ש שֵׁם וְלְכַאוֹרָה הֵא שֵׁם הִיָּה הַעֲנִין דְּהַאֲלַמְנָה נִתְנָה שְׁטָרוֹת מֵעֲזוּבּוֹן בַּעֲלָה לְלוִיִם קְרוּעֵי בְּאֶמְר' שְׁבַעֲלָה צִינָה שְׁתַּעֲשֶׂה כֵּן לְאַחַר מִיתַת בַּעֲלָה וְכ' פִּינּוּן שְׁלֹא הָאֲמִינ' בַּעֲלָה עַל הַנְּכָסִים אֵינָה נְאַמְנָת בְּמַגּוֹ דְּאֵי בְּעִיא קְלַתִּינָהוּ פִּינּוּן שְׁלֹא הוֹפְקָדוּ

בידה אלא ברשות היו"רשים הי' אחר מות אביהם והיא נכנסה לרשותם ולקחה שטרות וקרעטן וסייבת לשלם ואפילו אין פאן עדים שראו השטרות אחר מות אביהן שהיא מודה שקרעטן אחר מות אביהן סייבת לפרוע דאין פאן מגו לפטרה פיון שהיא מודה שהזיקה להם סייבת לשלם.

ויקשה למה לא תהי' נאמנ' במגו כמו שכ' בכלל (ס"ח) דנאמנים להחזיר לכל א' ואחד ממונו ולמה לא תהיה נאמנת שבבעלה צוה שהשטרות הם פרועין ושתחזיר אותם להלוים קרועים במגו ובזה יצא המל"מ לחלק דדוקא פשיודעים שהוא עסקא או פקדון אבל במלוה אינו נאמנין.

ואינו מוכן מה בין זה לזה הא (בכלל נ') גם פן אומרת שהוא רק פפקדון אצל הבעל דהשטרות הן פרועין ולמה לא תהיה נאמנת שבבעלה צוה עליה לעשות פן לקרוע השטרות פיון דהם בידה.

וע"כ צריף לחלק דוק' בנידון (דסי' ס"ח) שהיתה שולטת בכל נכסי בעלה וגם אחר מותו ואין בידי היו"רשים לכף נאמנת ודומה להא דסנהדרין באומר ראיתי אביכם שהטמין מעות במקום פלוני ואמר של פלוני הם דנאמן פיון שהבעלים הוציאו מרשותם למקום שיכול ליטלם ואמרו לו שעושין פן בחזקת שהם של פלוני יש לו דין שלישי ממש וכמו כן בנו"נ משא"כ בכלל נ') בשטר שהוא מוחזק בחזקתו ובא להוציא מחזקתו א"נ אף דינש לה מגו דבידה.

ועיין בזה בדברי חיים דיני גביית חוב (סי' ד') בפירור רחב ובגתיבות (סי' נ"ו ס"ק ח"י) וא"כ אין לחלק דוקא בין מלוה לפקדון כמו שכ' המל"מ רק היכא דהוא בידו בתורת פקדון א"נ שהמת אמר לו שיעשה כף דאינו נאמן אף במגו מה שאין פן היכא דאינו ברשותו של כל אדם והוא אבוד מן העולם שאינו יודע רק אותו פלוני דאז אינו אומר נגד חזקה והוי כשליש ונאמן אבל מטעם מגו אינו נאמן.

ובגתיבות הוסיף שם עוד בטעם הדבר דאם מודה שהוא נפקד מראובן ואומר ידענא ביה שהוא של שמעון וראובן גזלו אינו נאמן אפילו יש לו מגו והטעם פיון דלפי דבריו דהוא נפקד מראובן הוי פמונח ברשות ראובן משום הכי אפילו אית ליה מגו אינו נאמן דהוי כמגו להוציא דרשות הנפקד הוי ברשות המפקי' ויש לגמגם טובא בזה הא מגו הוי כאנן סהדי וכיון דהוא יודע שהחפץ אינו של המפקיד ושהוא של שמעון לא הוי רשות הנפקד ברשות המפקיד דאף אם פקדון כל היכא דאית' ברשותא דמר' איתא היינו דחצרו נקנה להמפקיד בשימוש וזה הוא אם החפץ הוא באמת של המפקיד קונה לו השימוש הרשות וכמו שפתיבתי בספרי ח"ר דיני פסח (סי' ד') אבל אם יודע הנפקד שהחפץ הוא בגזילה בידו לא נקנה לו הרשות ולא הוי כמגו להוציא וכבר כ' בתנאים (סי' ק"ח ס"ק ט') בטעמא דרא"ש דהוא רק בשטר דחזקתו אינו פרוע והוי חזקה אלימתי דשטרך בידי מה בעי וקא דנאמן במגו הוא משום דסמך את עצמו על טענות המגו מה שאין פן בנידון דרא"ש וכי ידע שיבא השטר ליד היתום או האלמנה ויהיה לו מגו לכף אינו נאמן רק בשליש וטעם זה נדאי אינו שייך בפקדון בחפץ דלמה לא יהיה זה שתחת ידו נאמן במגו פיון שבידו לעשות כמו שאמר: ואף מה שכ' דהוי מגו להוציא בלא"ה לא אתי שפיר להמבואר ב"ב (דף ל"ב) הלכתא פרבה בארעא וכו' דבזוי לא מהני

מגו דהוי להוציא אבל בקרקע אמרינו להוציא מתוק' בעלים הראשונים ובמהר"י פן לב הקשה הא בקרקע נמי הוי חזקת מרא קמא ועל פרחי דעת התוס' כמו שכ' בש"ש (ש"ד פכ"ד) דרק נגד המון חזק עכשיו ל"א מגו להוציא אבל נגד חזמר"ק מהני ואם פן ה"נ פיון דאינו מן חזק ממש מהני מגו להוציא מחזמר"ק.

ובפרט בנידון דתשובת הרא"ש דכבר החזירה השטרות קרועין ואנו דנין עכשיו לחיבה כשורף שטרותיו של חברו ודאי קשה לומר טעם זה פיון דעכשיו הוא להחזיק א"ו העיקר כמו שכ' התנמי הטעם משום דאלם חזקה דשטרף בידי מה בעי משא"כ במטלטלין פשאומר של פלוני הם: ושם פתב הנתיבות (ס"ק כ') משם הרדב"ז דאף בנו"נ דוקא באומרת של פלוני הם נאמנת אבל פשאמרה שחייב להם א"נ אם לא שאמרה שנתנו הבעלים רשות לפרוע וליתן להם משפנות וכתב הוא בטעם הדברים דבשלמא פשאמרה של פלוני הוא הרשות בידה להחזיר ובדבר שבידה נאמנת אף להוציא אבל אם אמרה שבעלה חייב אף אם האמת כדבריה אין רשות לתפוס משכון ולמסור למלנה בלא רשות ב"ד ולא הוי רק כמגו ומגו להוציא לא מהני פיון שהוא ברשות הנפקד הוי כמו ברשות המפקיד והוי כמגו להוציא ובזה גם פן קשה הא פיון דהיתומים לא ידעו פלום למה לא תהיה נאמנת כמגו הא בכו"ש אמרינו מגו להוציא ועיין תומים (סי' קמ"ט ס"ק ט') דהוכיח במשור אף דמה דטענינו בעד יתומים ולוקח הוי כטענת פרי מ"מ לענין מגו להוציא אמרינו בכה"ג.

וכן כ' בים של שלמה ב"ק (פ"י סי' ל') דאף בלוקח פיון שאינו טוען פרי אמרינו מגו להוציא ואף שגרר בנתיבות פללי מגו פתב דלגבי לוקח ויורש הוי פברי וברי ולא אמרינו מגו להוציא מ"מ דברי התנמים (סי' קמ"ט) כמעט הן מוכרחים פמבואר שם אם פן למה לא תהיה האשה נאמנת שבעלה חייב לאחרים כמגו דהיתה מוסרת להבע"ח החפצים למשכון.

ומה שכ' דאין לה רשות למסור בלא ב"ד לכאורה י"ל פיון דבפקדון גם פן יש שעבודא דר"ג וכי היכא דהנפקד משמעבד להמפקיד להחזיר לו פקדונו משמעבד נמי לבע"ח דהמפקיד וכאשר ביאר הדברים בנתיבות עצמו (סי' פ"ו) דלא כקצוה"ח שם.

וכן מבואר מדברי הרי"ף פ' הפותב שכ' הטעם לר"ט בהניח מלנה ופקדון בידי אחרים דהוא מטעם שדר"נ ומבואר דאף בפקדון שנייה שדר"נ. וכן מדברי חידושי רשב"א ב"ק (דף מ') ויבואר אג"ה לקמן דיני טו"נ ואם פן ממילא היכא דהמפקיד חייב לאחר יכול הנפקד למסור בידי המלנה שלו.

ועיין טור (סי' ק"ה) דאם הנפקד מסרו בידי המלנה אין זה פשיעה לפי שאומר אם החזרתי לה הנה גובה ממה ובב"י שם הביא משם רמב"ן בבעה"ת דמשועבד מדר"נ ולא מצי למיטען מפייס הוינא ליה ומחיל לי שהוא שלא לחייבו לכשנגדו רק לפטור אבל לא לחייב הנפקד [ומה שכ' הנתיבות (סי' פ"ו סק"א) אינו מוכן מדברי ב"י הנ"ל דמבואר דגם גבי פקדון פטור אם החוב ברור] ואם פן בנידון דידן נמי פיון דהנפקד יודע דאביהו חייב לשלם בבירור וכלפי שמאי גליא דהיתומים חייבין לפרוע חובת אביהו וכשאינו יכול לגבות מהו יתה מאיזה טעם שיהיה אף דאית להו נכסי מ"מ פיון דאינו יכול לגבות בב"ד מהם והוא יודע שחייבין לשלם שפיר משמעבד להבע"ח מדר"נ והנפקד מצוה

עושה במה שמוס' לבע"ח של המת וממילא מהראוי שיהיה נאמן במגו אף אם לא החזיר להבעל חוב: ואולי יש לומר פיון דלגבי יתומים ליפא שעבוד הגוף וליפא עליהם רק מצוה לשלם וגם מה"ד מטלטלין דיתמי לא משמעדי לבעל חוב רק מתקנת חכמים וזה דוקא היכא דידעו היתומים שאביהן חייב אבל היכא דאינו יודעין אם חייב אביהן או לא אף דהנפקד יודע דחייב מ"מ פיון דליפא סמיכת דעת בזה פלל נפקע השעבוד ואין פאן רק מצוה וכיון דהם אינם יודעין אם חייב אביהן אף דהנפקד יודע מ"מ ל"ש בזה שעבודא דר"נ וממילא אין רשות בידו למסור משפון להבע"ח שהוא יודע שחייב לו.

ועיינתי בתשו' רדב"ז והוא (ח"א סי' קמ"ח) וישם הנה הדין בראובן שהיה לוי חתנו אצלו בחנותו והיה לו פבו ועשה חשבון עם שמעון כמה ראובן חייב לו ואחר כך מת ראובן ולוי חתנו ועוד א' מקרוביו קמו לפקח בהעזבונו פדין אפוטרופס ונכנסו בחנות ושלמו לשמעון ואחר כך התעוררו להוציא ממנו בטענותיהם וכ' הרדב"ז דנדאי לוי הי' נאמן לחייב ליתום לשלם פיון דהפל היה תחת ידו במגו וזה אם היה לשמעון בפקדון נאמן לומר של פלוני הם ואין זה מתורת עדות אלא מתורת שלישיית ואע"ג דלא אמרינו מגו להוציא הקא שהממון ביד שלישי עדיף וגם אם נמפר מן הפקדון נאמן להחזיר מעות דפקדון לאו להוצאה נתנה אבל במלנה יש לדקדק די"ל דאינו מועיל טענה זו דמלנה להוצאה נתנה א"ד פיון שהפל היה מסור בידו היה יכול ליתן פדי הלואתו ואיפא אפתי מגו וכ' דאם לוי אומר שחמיו צוה לו לפרוע זה החוב נאמן במגו אבל פיון שלי לא טען פן לאו פל כמיינה דלוי לפרוע חובו של ראובן שלא מדעתו עיין שם עוד.

ומבואר דלא אתי עלה רק מטעם מגו והני שלישי ואינו מוכן לכאורה הא מצד היורש לא הני שלישי רק שנכנס לאפוטרופס ומי נתן לו נאמנות לפרוע חובות ומגו ד יכול ליתן לו פיון שאין זולתו יודע לא הני רק כמגו דעלמא ובכ"ז כ' דלא הני מגו לאפוקי ממונאפיון דהני ביד שלישי וגם מה שכ' דבהלואה לא פל כמיינה.

לפרוע חובו של ראובן שלא מדעתו סובר דאף בממון בעין אינו רשאי לפרוע שלמ"ד ולדברי הנתיבות משמע דאין רשות למסור בתורת משכון ומאן שם לו אבל לפרוע בזווי יש לו רשות אולם למה שכ' דהני מגו להוציא משמע דאף ממון ממש אינו רשאי לפרוע פיון דאינו נאמן במגו ולמה שכ' רדב"ז דהני כשלישי אינו מוכן מה בין אומר שהוא פקדון בין אומר שהמת חייב לבע"ח.

ועוד יש לדון כמו שכ' הר"ן קידושין דמגו דבידו לעשות עדיף ואמרינו אף במקום חזקה פן נמי י"ל דאף מגו להוציא אמרינו כמה דבידו לעשות ועיין ש"ך (סי' ס"ט ס"ק י"ז) שכ' בדין דהע"ש בהמוציא על חבירו נזיר חלק מבלי שום משמעות רק חתימתו למטה דנאמן לומר ממני נפל או פרעתי או שאר טענות במגו דלא לוייתי דמשום מגו דאי בעי הני כ' עליה מאי דבעי אין לחייב החתום דהני מגו להוציא הרי אף דבידו לעשות כמו שתובע ממנו לכתוב על הנזיר למעלה מחתימתו.

אינו ראיה דלא מהני מגו להוציא היכא דבידו למה שכ' במהר"א ששון (סי' כ"ה) דמגו דבידו אלא טפי לפי שבידו להוציא מחשבתו לפועל בלי ספק מה שאין פן ביכול לטעון טענה אחרת דאף אם יטען פן עדיין צריך שיצא זכאי בדין בב"ד עיין שם וזה אתי שפיר



היכא דבידו לעשות בפנעל גמור בלי שיצטרף דינא ודינא מה שאין פן שם בבידו דהש"ך אף אם היה פותב עליו כפי תביעתו עדיין צריך שיצא ופאי בדינו.

מה שאין פן בבידו דידן פנין דבידו למסור בינו לבינו להבעל חוב אמרינו דנאמן אף דבא להוציא ועיין מ"ש לעיל (סי' ל"ד). ומה שפכתב רדב"ז דאם לוי אמר שחמיו אמר לו שפרע נאמן בלא מגו גם פן צריך טעם וסברא לחלק בין אמר ללא אמר פנין דאף אם אמר פבר נתפטל שליחותו פנין דמת זכו היורשים בהנכסים וכיין דאם לא אמר לאו פל פמיניה לפרוע החוב שלמ"ד אף דידוע שהוא חייב ומגו דבידו לעשות הוא אם פן אף אם אמר מהמהני נימא גם פן דלאו פל פמיניה לפרוע החוב שלא מדעתו וי"ל דמטעם תן פנכי בחוב אחי עלה.

ובבידו דמהר"ם אלשיך ז"ל דלמד מדברי תשובת הרא"ש דמטעם בידו נאמן אף לפרוע חוב אביהן ודלא פמו שכ' המל"מ וכ' דאין לחלק בין אומר דנכסים אלו הן של פלוני לאומר שחוב יש לפלוני עליו שהרי הרמב"ם כ' דין זה על חוב.

קשה דהא אינו דומה לאומר שחייבין משותפות לבעל חוב דשם הוי השותף עצמו הבע"ד ודאי נאמן פנין שבידו ליתן וכן כ' הנתיבות בנו"נ אם היא בעצמה לותה והקיפה משל אחרים שהיא בעצמה חייבת ודאי רשות בידה לפרוע ונאמנת לומר שחייבת לפלוני במגו אם פן אינו ראיה פלל מדברי הרמב"ם דאין לחלק בין אומר דהוא פקדון או שאומר שחייב וי"ל פמו שכ' הרדב"ז והמל"מ.

ובאמת מה שפכתב המל"מ להביא ראיה מתשובת הרא"ש (פלל נ') פבר פכתתי לעיל בזה דשם הוא גם פן פמו פקדון ואף דיש לה מגו דאינה נאמנת ואף חייבת לשלם פשורף שטרותיו של חבירו וע"כ דהוא מטעם שכ' התנאים שהוא בשביל חזקה דשטרף בידי מאי בעי.

ועיין ש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) שהקשה שם למה באיסורין נאמן בבידו מטעם מגו מח"מ (סי' ק"ח) הנ"ל וכתב שי"ש לחלק. ובאמת למ"ש התנאים משום חזקת שטר אינו ראיה דא"נ במגו: ועוד י"ל למה שכ' המ"מ (פ"א) ממלנה הטעם דאינו נאמן במטלטלין שהוא בידו משל אחרים הוא פמבואר (סי' צ"ט) דהוא משום חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ומגו במקום חזקה לא אמרינו וכתב עוד לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה.

וכבר עמד בנתיבות (סי' ס"ב) על סיום דבריו הא בלא"ה מגו במקום חזקה לא אמרינו. וי"ל דנדאי דבר שבידו לעשות פמו שאמר נאמן דאנו סהדי דאומר אמת וזה הטעם באומר ראיתי אביכם שהטמין מעו' בשד' ואמר של פלוני הוא.

אולם יש לומר דנקא באיש זר ואינו יכול עוד שוב לחזור בו וכמו פכל עדות דאמרינו פהו פנין שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואף אמתלא לא מהני דכף גזרה התורה יקום דבר ששוב אינו יכול לחזור וכמו שכ' בדיני עדות (סי' ט"ו) משם הריטב"א והכא נמי פנין דאתינו עלה מתורת אנו סהדי בדבר שבידו לעשות יקום דבר ששוב אינו יכול לחזור.

אבל היכא דיכול לחזור אחר כך על ידי אמתלא פמו באומר על מטלטלין פכשבא בעל חוב לגבות ממנו שהוא של אחרים אף דבידו לעשות ונאמן אף במקום חזקה מ"מ פנין

דלא נויכל לקבל דבריו לביורור גמור דהא יכול לתת אחר פה אמתלא ולחזור מדבריו ויאמר שאמר פן פדי לדחות לבעל חוב פמבנאר (סי' מ"ז) ול"ש להאמינו בתורת עדות וכמו אגן סהדי פנין דאנחנו מסופקים בדבריו והא ראיה דיוכל אח"כ לחזור מדבריו ולומר שבשקר אמר פדי לדחות בעל חובו חיישינן לקנוניא ולא נויכל לדון רק מטעם מגו ומגו במקום חזקה לא אמרינן וביותר למה שכ' האחרוני' דכל שמעיד על ממון עצמו אף לחובתו אינו נאמן בתורת עדות דאדם קרוב אצל עצמו וממונו ואפילו ליפא חשש משקר פסלה התורה אף משה ואהרן רק להפסיד לעצמו נאמן מטעם הודאת בעל דין ועיין נתיבות (סי' ל"ד) ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' נ"ג) אם פן בנגידון דהמ"מ אינו נאמן בתורת עדות מגזירת הכ' ובזה אף דיש לו מגו שייך קנוניא מה שאין פן בנגידון דאומר ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר של פלוני דהוא איש זר נאמן מטעם עדות וביורור הדבר.

ונה יש לומר בטעמא דתשובת הרא"ש שהוא היש מי שאומר (סי' ק"ח) שאף שהשטר יוצא מתחת ידו אינו נאמן לומר שהוא פרוע אלא על חלקו משום שהוא בעל דינו ולית ליה תורת עדות וגם דחיישינן לקנוניא מה שאין פן באיסורין דאף בע"א נאמן לקבא אף באמתחוק נאמן בבדידו ולא ק' קושית הש"ך יו"ד הנ"ל: ונחזור לדברי מהר"ם אלשיך דס"ל דאין לחלק בין פקדון למלנה דלדינא נדאי יש לומר דנאמן במגו ואף ביה דיןא דרא"ש (פ"ל נ"ו) לא קיי"ל פן פמבנאר (בסי' ק"ח) דהמחבר סתם פדיעה הראשונה דאף א' מן האחין נאמן במגו שהי' שורפו וגם שם בנגידון דמהר"ם אלשיך לא שייך לחוש לקנוניא פנין דהיה יכול להחזיק לעצמו מה שאין פן בשטר מה תועלת היה לו אם היה שורף השטר ולגבו' בו אין בידו מה שאין פן בנגידונו של מהרמ"א ו"ל וזה יש לומר גם פן בנגידון דהרדב"ז ו"ל ולכן דין זה צ"ע דיש לצדד דנאמן לומר שחייב המפקיד לפלוני במגו דא"ב מסר לידו אף למשפון וכמו שצדדנו לעיל ודלא כמל"מ והרדב"ז ובנדאי נראה אם מסרו ליד פלוני דאחר פה אין מוציאין מידו.

ובכללי מגו (אות ג') העלה הנתיבו' דדוקא בפקדון שהנפקד אומר שידע שהוא של לוי נאמן אבל לומר שחייב ממון אינו נאמן במגו וכהך צד שצידד הרדב"ז ו"ל וכ' אף שכ' לשון אפשר מ"מ מוסתבר פה ולענ"ד אין להכריע פן מסבא פנין שדעת מהר"ם אלשיך סבירא ליה בפשיטות דאין לחלק בין פקדון להלנאה ואין ספיקו של הרדב"ז ו"ל מוציא מידי נדאי של מהר"ם אלשיך ו"ל.

וביותר למה שצדדנו י"ל דאף הרדב"ז לא מסתפק ליה רק לגבי אפוטרופוס ונגד יתומים דיש לומר דלא שייך בהו שעבוד הגוף ושדר"נ וכמו שכתבתי לעיל אבל היכא דהמפקיד חי וזה הנפקד יודע דחייב לפלוני והוא פופר ואין לו מקום לגבות ממנו והוי פלית ליה נכסי ומשמעבד הנפקד לפלוני מדר"נ בזה יש לומר דכ"ע מודים דיוכל לפרוע לפלוני ולמסור לו למשפון ומצנה קא עבד וכמו שכ' לעיל פן נראה לענ"ד ברור וגם ביתומי צריך עיון להכריע בזה: ומ"ש עוד המר"ם אלשיך ו"ל שם בנגידונו דקצת חכמים הורו דקיי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטנ"י כמאן דליתנהו דמי והאי אורג פנין דלא מצי לאסהודי אין בדבריו פלום וכתב דלאו מילתא הוא פנין דלא מסרו לו אביהו בעדים מגו דיוכל לומר לקוח הוא בדי או אם ליפא עדי ראיה יש לו מגו דנאנסו או

הסודות נאמן דבמצות אביהן נתנם לבע"ח ואין במקום זה לענין עדות דגימא אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד עכ"ד אם פי הרחיק הוא הדבר לדון במגו לגבי קטנים דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין סברא הזאת מבוארת ברמב"ן ב"ב (דף ל"ג) ועיין בקצוה"ח (סי' ק"י) שהאריף הרבה בזה ובדברי משפט שם הביא דברי הרמב"ן אולם לדינא כ' גם פן דאמרין מגו בכה"ג עיין שם ובמ"ש לעיל דיני עדות (סי' י"ד) ובפרט בגידון דמהר"ם אלשיך ז"ל פ"ן דכבר מסר ביד הבעל חוב ואם נדון לחייב האורג מטעם חזקת מרא קמא ודאי יש לומר דמקבלין המגו ועיין ש"ך (סי' ק"נ) שהביא דברי רמב"ן ומדח' מהלכה וכן יש להוכיח מש"ע (סי' קמ"ט סכ"א) דמהני מגו אף ביתומים קטנים ואי"ה יבואר במקומו: ובימי חורפי אמרתי דאפ"ל במה שכ' הש"ך יו"ד הנ"ל דיש לחלק בין בעל דבר דמהדר ומחפש אחר זכותו לטעון טענה היותר טובה ומדקדק הרבה בזה והוי פאנו סהדי פ"ן דבחר בטענה הזאת שהוא האמת ולא בחר בטענה היותר טובה משום דלא רצה לשקר מה שאין פן פשאין הדבר נוגע לו רק לאחר יש לומר דאין מדקדק כל כך ועושה טוען כמו שעלה ע"ד עתה ואינו מחפץ את עצמו בזה לטעון טענה או שיעשה דבר היותר מתקבל ועיין פתובות (דף כ"ג ע"ב) כל הני ל"ל צריכא דאי תנא מודה ר"י משום דאיכא דררא דממונא אבל עדים דליכא דררא דממונא אימא לא ופירש"י ז"ל דלגבי בעל דין לא הוי גורם לעצמו הפסד ממון לומר של אביה היתה אי לאו על שם סופו לגמור ולקחתיה הימנו אבל עדי' דאמרו כתב דינו הוא אדעתא דסהדותא אמרו ולא למיגמר בה אנוסים היינו והדר אימלכו למגמר בה הכי קמ"ל והיינו נמי מה"ט דעדים אינם מחפזים כ"כ בדבריהם כמו בע"ד רק שם גם פן נאמנים מטעם דהוא הפה שאסר ועדיף הואיל דאין השטר מתקיים אלא על פיהם כמו שכ' תוס' ב"ק (דף ע"ב) פ"ן דגם עכשיו מתקבל דבריהם בתורת עדות.

מה שאין פן היכא דליכא תורת עדות על אחר ושאינו בעל דין יש לומר דמגו לא הוי פאנוסהדי באמת והשתא כפי מה שעלה בדעתו בשעה שהוציא השטר מתחת ידו לומר פן ואין המגו מבררת רק לבע"ד או להשליש לדיון דהא הימנהו מעיקרא: ויש בזה ליישב קצת שיטת הראב"ן ותו"ח בש"ס דסנהדרין (דף ל"א) ללישנא דא"ד לא הימנהו ר"נ כו' פ"ן דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה ל"א ופירשו פ"ן דבאותו זמן שהראה השטר לפני ב"ד ואמרה פרוע שוב אין בינדה לשרפה לא הוי מגו.

ובש"ך (סי' מ"ז ס"ק ה') הרבה לתמוה בזה דאם פן לא אשכחן שום מגו פשמראה אותו דבר לפני ב"ד ובאמן אף אם ראוהו הב"ד פ"ן דלא ראוהו קודם שנפלה החילוקים ביניהם אית ליה מגו עיין שם ולמה שכ' יש לומר דוקא בעל דין דמתחכם בטענתו אנו סהדי דטוען אמת דאם הי' רוצה לשקר הנה טוען טענה המעולה ביותר ובאמן לא הוי מראהו לפני ב"ד כלל אי לאו דכן הוא האמת וזה הפל בדב' הנוגע לו ולממונו מה שאין פן באיש זר אמרינו דלמא לאו למגמר דבריו עשה פן מה שעשה והדר אימלך למגמר בה הכי וכמו שכ' רש"י פתובות וכ"ן דחיישינו שמא עלה על דעתו עכשיו לומר כך ולא תורת עדות עליו בטענתו של עכשיו אינו נאמן במגו פ"ן דלא הוי בעל דבר ואם פן שם בההיא איתתא דאין הענין נוגע לה רק לאחר אמרינו פ"ן דאתחזק בב"ד אי בעי קלתיה לא אמרינו דדלמא מעיקרא לא עלה על דעתה לעשות כך רק עכשיו שפבר הוציאה השטר מינדה בב"ד אימלכה לומר פן והיא לאו תורת עדות עליה.

רק למסקנא דשליש נאמן אף אם אינה תורת עדות עליו נאמן ואף פסול ועכו"ם נאמן כשהשליש בידו דהא הימנהו. ולפי"ז י"ל דזה דוקא לגבי ממון דבעינן תורת עדות אינו נאמן במגו אי לאו מטעם דהא הימנו אבל באיסורין דנוגע לו כמו לאחרינא ואם הבעל דבר מכחישו א"נ בזה לכ"ע היכא דיש לו מגו נאמן אף לדעת הגה"ה הי"א שבח"מ (סי' ק"ח) ויש להעמיס גם כן בדברי הש"ך יו"ד הנ"ל שכ' שיש לחלק קצת: ובהו יש ליישב דברי רש"י מס' גיטין סוגיא דשליש דכ' דנאמנו השליש הוא מטעם מגו ובתוס' שם הקשו הרבה על זה ובפרט דהא היכא דיש לה מגו גם רב הונא מודה כמבואר שם ולהנ"ל יש לומר דרש"י סובר דבעינן למגו ולטעמא דהא הימניה דאנו דנין על הגט עצמו למי הוא או של הבעל או של האשה וממיל' אם הוא של בעל עדיין לא נתגרשה ואם הוא של האשה נתגרשה ולענין ממון שייך לומר סברת הימניה כמו בכל ד"מ דשליש נאמן מצד נאמנות שנתנו לו הבעלים ולענין איסור ל"ש כ"כ הימניה אולם נאמן מצד מגו ולענין ממון לא מהני מגו של השליש לבע"ד דדוקא בבע"ד דמדקדק בדבריו מברר המגו ולא לאחריים רק זה שייך לענין ממון דאינו נאמן בממון שאינו שלו רק שהוא של אחרים במגו כיון דאינו נוגע לו אבל לענין איסור כל ישראל הוי כבע"ד בזה הוי המגו כאנו סהדי ומבררת ונאמן לומר לגירושין ה' במגו דהיה מוסרה לה קודם בואו לב"ד כמו שכ' הר"ן שם לכן שפיר בעינן בש"ס לטעמא דהימניה שהוא ע"ד הנוגע לממון דבזה לא מהני המגו והיינו לענין גוף הגט ולענין להתיירא לשוק שייך המגו ור"ח סובר באיסורין לא שייך הימניה ומגו לית ליה כמו שכ' שם הראשונים ולר"ה דמודה דהיא נאמנת במגו היינו כיון דהיא הבע"ד בזה מהני פשיש לה מגו.

וינדעתי מה שיש לפקפק בזה וגם להלכ' קי"ל דגם אחר נאמן במגו מ"מ העליתי מה שפכתתי בימי טל ילדותי. ועיין מה שכ' בספר ד"ח דיני גיטין (סי' כ"ב) ובמה שכ' שם בהגהותי (סי' כ"ג) דברים נכונים בעזה"י בענין שלישי בנאמנותו: סי' מא בש"ע (סי' נ"ח) פסק המחבר כשיטת הר"י הלוי והרמב"ם דהיכא דמוציא שטר על חבירו וטוען המלוה פרעתי' והמלוה טוען סטראי גינהו דבטל השטר הו' דוקא אם הביא עדים שנתן לו מעות בתורת פרעון חוב אבל אם העדים ראו רק נתינת מעות ולא ידעו אם בתורת פרעון או פקדון או מתנה נאמן במגו דבמתנה ואם ראו העדים שבתורת פרעון נתן לו בטל השטר לגמרי.

והרמ"א פוסק פדעת הרמב"ן ור"ת ורא"ש דלא בטל לגמרי ואם תפס לא מפקינן מיניה ואף אם לא העידו שבא לידו בתורת פרעון ג"כ איתרע שטרא לענין הנ"ל דלא מגבינן ביה. ואם לא היה עדים פלל והודה על הפרעון נאמן במגו דלא היה דברים מעולם לכ"ע.

רק אם חייב המלוה שבועה אף אם אינו טוען אישטבע לי דלא פרעתי' מחולקים הסמ"ע והש"ך דעת הסמ"ע דאיתרע עכ"פ לענין חיוב שבועה כמו פוגם שטרא ודעת הש"ך דלא איתרע פלל: והנה לכאורה יש להבין כשיטת הר"י הלוי דהוכחתו ממה דקאמר בש"ס והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אדכר כו' חזינו דדוקא אם מסהדי דנתן לו בתורת פרעון אם כן היה להש"ס לומר רבותא טפי דאי לא פרעיה באפי סהדי אף דראו נתינת המעות נאמן במגו דמתנה ולמה נקטו אבל פרעיה בין דידיה מגו ד יכול לומר להד"מ דבזה אין כל כף רבותא דהוי כמו הפה שאסר כיון דאין כאן עדים פלל על

הפרעון לכה נאמן אף להוציא ולאו קמי השטר על חזקתו מה שאין פן היכא דראו עדים נתינת המעות דצריף עכ"פ אינה טענה ולהכחיש שנתן לו בתורת מתנה ויהי' נאמן סיטראי במגו דמתנה ולהוציא ממון יש יותר רבותא.

וראיתי בג"ת (שי"ט) דהרגיש בזה וכ' דטענת להד"מ איפא טפי העזה במה שפופר לגמרי לא כן טענת מתנה וזה דוחק גדול דהא פנראה טענ' מתנה הוא דוקא אם טוען ברי דבתורת מתנה יתבינהו ויהיה בפרוש אבל אם נותן סתם ולא אמר לו בפרוש לשם מתנה גם הר"י הלוי מודה דאינו נאמן אם פן יש יותר העזה לומר דקבל לשם מתנה ממה דמכחיש כל ענין הקבלה וגם הא דכחול לומר במתנה נתנו ע"כ דהבטיח לו כפר לתת דאל"כ הא הוי רבית מאוסר' דאסור ליתן לו במתנה ואחזקי אינשי ברשעי לא מחזיקינן.

וכן נראה מדברי הרמב"ם (פי"ד) ממלנה דהזכיר רק דין זה דאם העידו על נתינת המעות בלבד דנאמן סיטראי במגו דמתנה ולא הזכיר כלל פשלא הוי עדים כלל דנאמן במגו דלהד"מ אלא ודאי דזה ידעינן מק"ו ממה דנאמן אף פשראו עדים נתינת המעות דנאמן לומר סיטראי במגו דמתנה מכ"ש פשליפא עדים כלל דנאמן במגו דלהד"מ וא"כ יקשה למה לא נקט הש"ס רבותא יותר פנ"ל: הן אמת דיש לדקדק בדברי רמב"ם בלא"ה למה לא הזכיר כלל הדין דפרעיה בין דידיה לדידי' דלכאורה יש נ"מ גם לענין הדין דהא אם העידו על נתינת המעות כתב הרמב"ם דנאמן על טענת סיטראי ונשבע ונוטל מה שבשטר שיקרי לא פרעו בעדים ומשמע דעכ"פ שבועה חייב ככל נוטל ואף אם לא טוען אישבע לי דלא פרעתיך כיון דעכ"פ איתרע השטר במה שראו עדים נתינת המעות וכן ראיתי בתשובת דברי ריב"ט (סי' פ"ו) דהעלה במחלוקת הר"י הלוי והרמב"ם.

ור"ת והרא"ש אם איתרע השטר בהעידו על נתינ' המעות בלבד כל אהד הולף לשיטתו דלדעת ר"י הלוי ורמב"ם דפירש איתרע השטר דבטל לגמרי צריף ריעותא גדולה שיעידו על פרעון ולפירש ר"ת ורא"ש דלא בטל לגמרי רק או לענין חיוב שבועה אף ביש בהשטר נאמנות או לענין דלא מיקרע קרעינן ולא מיגבי' מגבינן סגי בריעותא דיענו מנתינת המעות ואפשר דרמב"ם מודה לדברי ר"ת דלענין ריעותא דיתחייב שבועה סגי בהעידו על נתינת המעות לבד ולכה כ' ה"ז נאמן ונשבע ונוטל ור"ת אפשר דמודה לרמב"ם דאם מעידין על תורת פרעון בטל השטר לגמרי רק פליגי בפרוש הלשון של איתרע שטרך דלדעת ר"ת לא בטיל לגמרי ומפרש דבעדות דסגי להא איגרי.

וילדעת המפרשים דבטל לגמרי הוא הלשון איתרע לכה מפרשים דצריף שעדים יעידו על הפרעון עיין שם ולשיטתו אם פן בהודה על הפרעון וטוען סיטראי דנאמן במגו דלהד"מ בזה לכ"ע לא נתבטל השטר אף לענין שיצטרף לישבע אם כתוב בו נאמנות דע"כ לא כתב הסמ"ע דצריף לישבע דהוי כפוגם שטרך הוא דוקא אם לא כתוב בו נאמנות ואיתרע רק לענין חיוב שבועה אף היכא דלא טען הלנה אבל אם כתוב בו נאמנות לכ"ע אינו חייב שבועה כמבואר בטוש"ע אם פן ודאי הנה לו לרמב"ם להביא הדין דאם ליכא עדים כלל דנאמן במגו דלהד"מ ואף שבועה אין צריף דנשאר השטר בחזקתו מה שאין פן ביש עדים על נתינת המעות דעכ"פ איתרע חזקת השטר לענין שיתחייב המלנה שבועה אף אם אינו טוען או שגם אם יש בשטר נאמנות דאעפ"כ חייב לישבע.

אלא ודאי נראה דאף ביש עדים על נתיני המעות דנאמן במגו דמתנה לא איתרע השטר כלל ומ"ש רמב"ם ונשבע ונוטל היינו כמו כל המוציא שטר וטוען פרעתי. ודין המודה בפרעון וטוען סיטראי דנאמן במגו דלהד"מ ידענו מק"ו דראו עדים נתינת המעות ומרנוייהו שוין ולכך לא הוצרך הרמב"ם להביא: גם מה שכ' הדברי ריבות דר"ת וסייעתו מודו בהעידו שבתורת פרעון נתן בטל השטר לגמרי וכן ראיתי בהכנה"ג (אות כ"ט) ולא כן נראה מדברי רמ"א דהביא דברי י"א דאין השטר בטל לגמרי ע"ד המחבר דאירי אם העידו דוקא על פרעון בפירוש ואעפ"כ דעת רא"ש דאינו בטל לגמרי ובלא"ה לא נהירא דהא בש"ס קתני וה"מ דפרעיה באפי סהדי ומזה עיקר הוכחת הר"י הלוי וסייעתו מדלא קאמר דיהבינהו באפי סהדי ע"כ דצריך שיעידו דיהבינהו בפרעון והרא"ש וסייעתו דסברו דאף בהעידו על הנתינת מעות איתרע על פרושה דלשון פרעיה באפי סהדי לאו דוקא שהעדי יודעים בפרעון רק הפירוש הוא לפי טענתו שטוען שנתן בתורת פרעון הנה הנתינה באפי סהדי גם כן איתרע שטרא אבל לומר דיש הבדל בין העידו על פרעון לבין העידו על הנתינה ובהעידו על פרעון בטל השטר לגמרי ואם העידו על הנתינה הוא רק לענין שבועה או דלא מגבינן ביה זה ודאי אי אפשר לומר וכיון דלפירוש הר"ח ור"ת הלשון איתרע שטרא הוא דאינו בטל לגמרי ועל זה קאמר הש"ס ה"מ דפרעיה באפי סהדי ע"כ אין לחלק בזה ולומר אם העידו על הנתינה אז איתרע בלבד ובאם העידו על פרעון בטל לגמרי דאם כן הנה להש"ס לומר להדיא דיהבינהו באפי סהדי ולא לומר לשון דפרעיהו באפי סהדי אלא ודאי דבין כף ובין כף לשיטתם הוא רק דאיתרע שטרא ולא דבטל לגמרי.

וידעת הר"י הלוי ורמב"ם מוכח גם כן דאין לחלק כלל בין מגו דלהד"ם בליכא עדים כלל למגו דמתנה ביש עדים על נתינת המעות דלדידהו הא דקאמר הש"ס ה"מ דפרעיה באפי סהדי נכלל בזה דאם לא העידו על הפרעון ליכא ריעותא מדלא קאמר יהבינהו באפי סהדי והא דקאמר אבל פרעיה בין דידיה לדידיה מגו דיכול לומר להד"ם כו' וכדאבימי היינו דהש"ס רצה להביא מעשה רבה עובדא דאבימי דנאמן סיטראו בטענותו במגו דלהד"מ כן נמי נאמן בליכא עדים דיהבינהו בתור' פרעון במגו ואין לחלק בין זה לזה ולכך הרמב"ם כשהביא הדין דראו עדים נתינת המעות דנאמן על סיטראי במגו שוב אין צריך להביא הדין דפרעיה ביני ובינו דנאמן במגו דלהד"ם: והש"ס הביא ראיה דהיכא דנאמן במגו דלהד"ם אין צריך שבועה עד דטוען אשתבע לי מדברי רמב"ן ובעה"ת מדכ' דאם פרע לו בפני עד א' דאינו חייב שבועה להפיס דעתו כיון דאינו מעיד בפירוש על השטר שהוא פרוע וישם מבואר דאירי בלא כ' נאמנות ואפ"ה אינו חייב שבועה בלא סיועת העד הרי דבטענת סיטראי אינו חייב שבועה.

ולכאורה יש לומר דישם בנגידון דבעה"ת ורמב"ן דהם איררו בהעיד העד דראה פרעון חוב ולא אידכר דמהווא שטרא פרעיה ואם כן יכול לטעון דהו סיטראי היינו דפרעיה לו על חוב זה של סיטראי בזה לפי דבריו לא איתרע השטר כלל אבל אם מודה המלנה שנתן לו על שטר זה רק שהוא מחזיק בהמעות עבור חוב אחר דהברייה בידו בזה י"ל דאיתרע עכ"פ לענין שחייב לישבע.

וכן נראה מדברי ריטב"א כתובו' (דף פ"ה) בהה דאבימי דכ' דלא הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום דלא הוי רק שבועה דרבנן שיש עד א' מעיד שהוא פרוע ולא אמרינן מדאיל"ס אלא פשם שהיה יכול לישבע שאינו פרוע ונוטל כה נשבע דסיטראי נינהו ונוטל.

הרי דסובר דאם פרוע בעד א' חייב עכ"פ לישבע בטענת סיטראי אבל זולת עד אחד דנאמן במגו דלהד"ם אין צריה שבועה והיינו דשם הוי כאלו פרועה בסתם בתורת פרועון כמו שכ' שם הריטב"א דחמא אזיל פרועהו סתם בשביל החוב שהיה חייב אבימי אם כן ליפא ריעותא כלל אבל לעולם אם פרוע לו על שטר זה רק שתופס בשביל חוב אחר י"ל דחייב לישבע.

אולם ממה דקאמר בש"ס שבועות אבל פרועין בין דידיה לדידיה מגו כו' וכדאבימי משמע דאף אם טוען שפרעו בפירוש על השטר והוא תופס ע"ח אחר כמו שכ' רש"י שם מצד אחר היית חייב לי והיינו דהלנה אינו יודע מזה רק המלנה תופס ומודה דנתן לו הפרעון על שטר זה והש"ס מדמה זאת לעונבדא דאבימי ומבואר דבכל אנפי אינו חייב שבועה דהא ר' אבהו אמר מגו דיכולין לומר להד"מ יכולין לומר סיטראי נינהו ולא פסק דחייב שבועה וע"כ אם נאמר דשליח נעשה עד הא דלא אמר דחייבין בני חונאי לישבע כדין עד א' מעיד שהוא פרוע דלדעת הריטב"א חייב לישבע אף בטענת סיטראי כמו דאם היה אומר להד"ם היינו דזה ידוע לכל דמתניתין הוא עד א' מעיד שהוא פרוע דחייב לישבע ואם ליפא אף ע"א פטור אף משבועה ואפשר דחמא לא העיד בתורת עדות ואף דהריטב"א הקשה דיהיו מתוך שאיל"מ היינו אם היה הדין כן לא היה לו לפסוק בבירור דנאמן במגו דלהד"ם על טענת סיטראי פינן דאם יגיד בתורת עדות יהיה מתשאל"ם.

ולנה כתב דלא הוי בשבועה דרבנן מתשאל"מ ולפסוק שישבעו הבני מחונאי לא הי' פוסק פינן דלא העיד עדיין בתורת עדות וכיון דהש"ס מדמה פרועה בו"ב דנאמן במגו דלהד"ם מוכח דאינו חייב לישבע על טענת סיטראי דאם על עצם טענת סיטראי נאמר דדמי לפוגם שטרא דאיתרע וחיוב שבועה ודאי היה לר' אבהו להזכיר שהוא דין חדש דלא נזכר ואם נאמר הואיל דהיה הפרעון בסתם לא איתרע לענגן זה מה שאין כן אם פרועה בפירוש בינו ובינו על שטר זה והוא תופס על חוב אחר דחייב שבועה לא הוי להש"ס לדמות זה לכדאבימי אלא ודאי משמע דאם לא איתרע השטר ונשאר בחזקתו אינו חייב שבועה עד אם טוען אישטבע לי דלא פרועהו: ובאמת ראיות הש"ך מדברי רמב"ן ובעה"ת אינו מוכן למ"ש התומים (ס"ק ט') בבבאור דברי רמב"ן דנדאי מודה בפרעו בפני עד א' דחייב שבועה דאל"כ נתבטל המגו מעיקרא דלכך טוען סיטראי ולא להד"ם כדי שלא יצטרף לישבע להכחיש העד ועל פרועה הוא דכתב רמב"ן דלא מחייב שבועה עפ"י העד היינו לענגן שיהיה חייב שבועת המשנה ויהיה בו דין מתשאל"מ אבל שבווע' צריה וכמו שכ' להדיא הריטב"א אם כן לעולם י"ל דגם על ידי ריעות' דפרעון וטוען סיטראי גם כן חייב שבועה כמו בפוגם שטרא.

ובתומים (ס"ק א') מסכים לראיות הש"ך מדברי רמב"ן ולא אבין דלמ"ש (ס"ק ט') בבבאור דבריו מודה ע"כ הרמב"ן דשבועת המגו חייב וכן מבואר בריטב"א והרמב"ן לא דן רק שבועת עד א' דאינו חייב ולא הוי מתשאל"מ אף להסוברים דבשבועת המשנה

הגוי מתשאל"ם ומ"מ התנאים מסכים לדעת הש"ך דאין צריך שבועה בכל אנפי אם ליכא סהדי: וראיתי בשער משפט (סי' פ"ג) דכ' דלפי שהספימו הגאונים בטוען על המשכון בעי שבועה בנקיטת חפץ פיון דלאו אגופא דמשכון קטעין פנוטל חשבינו ליה ובעי שבועה ליטול כ"ש פנוטל ע"י שטר מתורת מגו דצריך שבועה והש"ך (סי' קמ"ט) העלה פדעת רמב"ן דשבועת הגאונים הוא אף במשכון קרקע אם פן אף בשטר היכא דבא לגבות בתורת מגו צריך שבועה בנק"ח.

והנה מדברי רמב"ן עצמו שהביא שם שהקשה אם אמרינו מגו להוציא במקום שטר מסוגיא דכתובות (דף פ"ז) בפוחתת פתנפתה דפריה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא הא נאמנת במגו ומדחיק עצמו על פרחו דסובר דאף היכא דצריך מגו לגבות בהשטר אינו חייב שבועה ועל פרחו אינו דומה לטוען על משכון.

ומכ"ש בטענת סטראי דכ' שם רמב"ן ב"ב (דף ל"ב) דאין נאמנתו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו שהוא סטראי ונאמן במגו ממילא לגבות מנה שבשטר דאינו חייב שבועה אם אינו טוען.

והא דחייב ליטבע בנק"ח כשטוען על המשכון פיון דבא לגבות הגוי פנוטל דחזקה דשטר עדיף דבמשכון אף אם יש עדים שפא לידו בתורת משכון ולא ידעו על פמה דאז גם פן נאמן על גוף המשכון לדעת הרשב"א בתשובה פמבואר (סי' ע"ב) ומ"מ פיון שפא לגבות חייב ליטבע בנק"ח הוא מטעם דאף דינענו דיש לו קנין בגוף המשכון מ"מ שייך לאוקמי' על חזקת מר"ק ולא יכולין להגבותו רק בשביל שהוא מוחזק או כשלא ידענו פלל אם בא לידו בתורת משכון דבאנו להוציא מטעם מגו לכך פיון דלא הגוי פירור גמור נגד חמר"ק על פל הסף שתובע צריך ליטבע מה שאין פן בשטר דחזקת השטר עדיף ומברר לאוקמי השטר על חזקתו וגם הוא חזקה המבררת דלא ישלם אם לא יקח השטר וכ"ז שהשטר פידו מוקמינו אותו על חזקתו פיון דהחייב היה פנדאי מה שאין פן במשכון דהספק הוא על עיקר החייב אם בא לידו בתורת משכון ואף אם ידענו דבא לידו בתורת משכון והספק הוא רק על סכום החייב מ"מ ליכא חזקה ברורה אם חייב לו פל פך לכך אף דנאמן דנין אותו לנשבע ונוטל מה שאין פן בשטר.

וראיה דהא חזינו דטענת משכון גרע מחזקת השטר דלא מצינו פמשנה לחייבו שבועה על שטר ואף ר"פ דתיקון שישבע אם טוען פרעתי צריך דוקא שיתבע ממנו השבועה ואם לא טוען אשתבע לי דלא פרעתי לא משביעין אותו ומגבינו מני' ועל משכון מחייבין ליה שישבע אף אם לא טוען הלנה שישבע הרי דחזקה דשטרא פידה מה בעי עדיף משום דהוי פחזקה המבררת וחזקת חייב דמעיקרא ומוציאין קמון פנה.

רק אי טוען אשתבע לי משביעין אותו משום דזימנין זייר אפשיטי דספרא וזה פקנתא דאמוראי מה שאין פן בטוען על המשכון הוא רק בשביל חזקתו דמוחזק בו לכן כשפא לגבות מחייבין ליה שבועה פדין נשבע ונוטל: ומ"ש הסמ"ע דהואיל דיש ריעותא הגוי פפוגם שטרא לא אבין הא פפוגם שטרא מבואר בש"ס הטעם משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק וכ' תוס' שם דוקא פפוגם הואיל דפרע במקצת יכול להיות שפרע הפל אכל פלא פוגם ל"א דלא דייק.



ואם כן פאן דאינו פוגם פלל רק זה פרע לו עהש"ט והוא אומר שתופס על סיטראי ואין פאן פרעון על השטר פלל וכינן דנאמן במגו דלהד"מ מה"ת לומר שישבע אם אינו טוען אשתבע לי ואף די"ל דאיתרע חזקה דשטרי בידה מה בעי כינן דמודה דנתן לו ע"ז השטר ורוצה שיחזיר לו השטר ומיד פאו לב"ד בטענותיהם הללו מ"מ כל זמן שהשטר בידו אלם חזקה זו טובא לאוקמי השטר על חזקתו.

ובס' העיטור כתב על טענת סיטראי מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר סיטראי והנה ליה פמאן דמפיק שטרא אחבריה וא"ל אידה פריעא הוא דלא כל פמיניה עכ"ל מבואר דדומה לכל הבא לגבות בשטר וטוען הלנה פרעתיה דאינו חייב לישבע עד דאמר אשתבע לי והוא מספיק שם לשיתת ר"ה ור"ש גאון דאיתרע שטרא הוא דבטל שטרא לגמרי ואעפ"כ אם נאמן מטעם מגו דלהד"מ מדמה פמוציא שטר על חבירו.

ברם י"ל דבעה"ע שם כ' בשם ר' צמח גאון משכונ ביד מלנה דינו פשטר והוא כ' שם (אות ע' בח"ג) וז"ל במשכונ דיכול לטעון עד פדי דמיו ואמרו דשבוע' דרבנן פכין דאורייתא ומנו לה בהדי דנשבעין ונוטלין ומצי אפוכהאשבועת הקיסת וכ"כ הרב המחבר ודינו פנשבע אשטרא נאנן פתבינו פפקדון דשבועת הקיסת הוא עכ"ל אם כן י"ל דלדין דמלנה על המשכונ דנאמן עד פדי דמיו דחייב לישבע דהוי פנוטל כ"כ פשטר בטענת סיטראי.

ואלם פבר פתבתי דשטר עדיף מטוען על המשכונ דאנן טענינו ליה להשביעו פטוען פדי דמיו. ובאמת מלשון בעה"ע דכ' ודינו פנשבע אשטרא משמע דאף שבוע' הגאונים פטוען פדי דמיו צריף גם כן שיאמר אשתבע לי.

ואלם מפל הפוסקים מבואר דאין צריף לומר אשתבע לי גם לא מצינו שיהי' הבדל בשבועות הגאונים בין ת"ח לאחר פמו בשבועות אשתבע לי הרי דהבא לגבות בשטר עדיף מטוען על המשכונ וכנ"ל לכן היכא דנאמן בטענת סיטראי במגו דלהד"מ כל זמן דאינו טוען אשתבע לי אינו חייב שבועה וכהכרעת הש"ך והאחרונים ומוציאין ממנו ואינו יכול לומר הלנה קים לי כינן דהוי פמו ספק בתקנה ועד דטוען אשתבע לי אין משביעין אותו ומוציאין ע"י השטר: סי' מב היכא דפרעו בפני עדים ואינם זוכרים זמן הפרעון ואפ"ל שקדם לחוב השטר והיה ממלנה אחר כ' המל"מ (פי"ד) ממלנה דעכ"ז איתרע שטרא דלא גרע עדים אלו משנבר שנכתב בלא זמן דאיתרע כל שטר הינצא מיד המלנה.

ולא אדע אמאי הא אינו דומה לשובר דשם כינן שכתב שובר סתם מסתמא לא היה מלנהו אחר פף. ושם אף אם מביא המלנה אחר פף עדים אימתי נכתב השובר ומוציא שט"ח בזמן המאחר מזמן השובר כ' הר"ן בתשובה (סי' כ"ג) דאינו גובה הואיל דכ' שובר סתם מסתמא לא היה מלנהו על סמך שביא עדים ומסתמא השט' מאוחר הוא ונקלל בכלל השובר וכן כ' הרשב"א בתשובה מובא במל"מ (פכ"ג) ממכירה וברמב"ן ב"ב (דף קס"ט) מביא שני דעות בזה וזה הפל הואיל דיש ביד הלנה שובר פלי זמן איתרע כל שטרותיו אבל היכא דליכא בידו שובר רק עדים מעידין על פרעון אחד למה יהיה שטרו איתרע נימא לאוקמי השטר על חזקתו והפרעון של העדים היה קודם זמן השטר ואדרבה הא ראי' כינן שהלנה לא לקח שובר מן העדים פנודאי היה הפרעון היה

ממע"פ אחרת בשלמא פשיש בידו שזכר הוי כמו דינדענו שיש בידו של המלך על הלנה שטר פרוע דאינו גובה בשום שטר פמבואר (סי' נ"ד) פיון דיש ביד הלנה שובר סתם אבל בעדים במה איתרע וכי משום שיש עדים שפרע לו פ"א הלנאה לא היה לו להמלנה ללות על שטר בזמן מבואר וכיון דיש חזקת השטר למה יתבטל בעדים שראו הפרעון פ"א פיון דאינם זוכרין זמן הפרעון נאמר דמסתמא היה קודם לזמן של השטר וצ"ע: ואם השטר שמוציא הוא תוך זמנו כתב המל"מ שם דהמלנה נאמן לומר סיטראי ניגהו וכ' דמי שידקדק בתשובת הרא"ש יראה פן ובנתיבות כ' דחיפש ולא מצא וכבר כתב אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט דכוננתו על תשובת הרא"ש (פלל ע"ו סי' ג') באם זמן השט' ושובר הוא ביום אחד והלנה טוען דפרע ביומו נאמן דבסתם הלנאה לא שייך חזקה ומבואר דבקבע זמן אינו נאמן ובנדאי כמו דשוב' אינו מבטל השטר של תוך זמן פרעון כמו כן סתם פרעון אינו מבטל חזקת השטר ולא שייך לומר אין ספק מוציא מידי נדאי דאדרבה אין ספק פרעון תוך הזמן מבטל שטר שהוא תוך זמנו וכיון דאין העדים מעידין שראו פרעון על שטר זה י"ל דנשאר זה השט' בחזקתו.

אולם כבר הרב ג"ת (שער י"ו ח"ב סי' יוד) תמה שם על תשובת הרא"ש בזה והעלה דאין מוציאין ממון פשוטן השטר והשובר ביום אחד אף אם הוא תוך זמן פרעון וכן החזיק אחריו התנאים (סי' נ"ד) אם פן כ"כ י"ל דאינו נאמן בטענת סיטראי ואף לשיטת הסוברים דבסיטראי אין השטר בטל לגמרי רק דלא מגבינו בי' ואם תפס לא מפקינן מיני' הרי דריעות' דסתם פרעון אינו מבטל השטר לגמרי וא"ד לשובר דשם נכלל השטר ונתבטל לגמרי מ"מ י"ל דאף דהוא חזקה דא"פ תו"ז ומוציאין ממון עי"ז כבר כ' במ"א דל"ה רק רוב בשביל דירא אם יתפוס אח"כ אין מוציאין מידו הוי פאנו סהדי דאינו פורע עד שייחזיר לו השטר וא"כ פאן אם זה צועק מיד בפני עדי' שבעד השטר נתן הפרעון ויחזיר לו איתרע השטר אבל אם פרע בסתם בפני עדים ולא תבע ממנו השטר ואחר כך פשהוציא המלנה השטר מביא עדים שראו אז הפרעון בסתם י"ל פיון דהיה תוך זמנו לא איתרע השטר: וראיתי בספר נתיבות משפט הספרדי שעל רבינו ירוחם (דף כ"א) דפשיטא ליה דאם השטר הי' אז תוך זמנו דלא שייך הסברא דאין אדם מניח מלנה בשטר ופורע מלנה על פה דנאמן לומר סיטראי היה והוסיף עוד אף אם המלנה מודה שגם הסיטראי המע"פ היה תוך זמנו מ"מ נאמן במגו שהיה אומר דלא הי' בתוך זמנו ולא אמרינו פיון שגם לפי דבריו איתרע החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דמ"מ אמרינו הפה שאסר כו'.

ובס' בשמים הראש (סי' מ"ב) כ' להיפך דאף אם השטר הוא בתוך זמנו מ"מ פרעון בפני העדים הוא כמאן דנקט תבא בידיה דמי ואינו נאמן להוציא אחר שהלנאה האחרת לא נודעה כלל. ולכאורה י"ל דתליא במה שכ' רמ"א (סי' ע' ס"ד) משם המרדכי בהתנה המלנה אל תפרעני אלא בפני פו"פ ובאו עדים אחרים והעידו על הפרעון יכול המלנה לומר שע"ח אחר קבלם הואיל דלא פרע בפני פו"פ שאמר.

והש"ף שם חולק על זה ובתנאים שם כ' דרמ"א איירי שהעידו על סתם פרעון בזה טענת סיטראי טענה מעלייתא הוא דלא היה פורע חוב זה אלא בפני פו"פ דהיה לו לחוש שמה מותו עדים עיי"ש.

וכן התחזיק אחריו שם בנתיבות לפסק הלכה. ואם פן הכא נמי פיון דיש חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לא הוי לו לפרוע בסתם בפני העדים ובזה טענת סיטראי טענה מעלייתא הוא.

ואף דיש לגמגם במה שכ' שם התומים עפ"י דברי הרא"ש דכ' דלקה טענת סיטראי לאו טענה מעלייתא הוא דלא שבק מלנה בשטר דנגד זה שם טענת הלנה גרוע הוא. וז"א כמו שפיתבו האחרונים.

ובספר כנה"ג דנדאי גם הרא"ש מודה דעיקר טענת סיטראי לאו טענה מעלייתא הוא מטעם דאין ספק מוציא מידי נדאי כמו שפיתב הבעה"ת רק דהי' קשיא ליה להרא"ש בליכא עדים על הפרעון למה צריך כלל למגזו וע"ז פתב דטענה גרוע הוא דלא שבק מלנה בשטר.

אם פן שם שיש עדים על הפרעון נאמר אין ספק מוציא מידי נדאי מ"מ דעת התומים והנתיבות שם בחזקה אלימתא הוא דלא הנה פורע אלא בפני פו"פ אם פן הכא נמי בתוך זמנו. ואולי הם הכריעו רק שם כמו שכ' עוד שם התומים פיון דיש שם פמה פוסקים דסברו דפסלינהו לעדים אחרים לגמרי מה שאין פן כאן.

ומ"מ נראה דאם תפס המלנה אין מוציאין מידו דהוי ספיקא דדינא אם איתרע השטר על ידי זה. ולדעת הרמ"א דפוסק פהסוברים דאיתרע השטר רק דלא מגבינן בי' אבל תפיסה מהני ליכא נ"מ בזה: והנה ממה דכתב הרמ"א דאם תפס לא מפקינן מניה וכן נראה לי עיקר נראה דהכריע פהנה פוסקים לגמרי ונ"מ דתפיס' הלנה בהחזרה מן המלנה לא מהני דבכל ספיקא דדינא אף דמהני תפיסה מ"מ מהני תפיסה בהחזרה אבל כאן להנה פוסקים הסוברים דהפירוש של איתרע שטרא הוא רק לענין זה דלא מגבינן ביה אבל תפיסה מהני מה"ד מטעם חזקה דשטרך בדי לא מהני תפיסה בהחזרה ובד"מ כ' בזה דאינו פוסק פרי"ף ורמב"ם משום דרוב אחרונים פסקו דלא פנותייהו ועיין סמ"ע (ס"ק י"ג) ובס' נתיבות משפט הנ"ל (דף כ') תמה על הרמ"א דהוצרך לתת טעם לדבר הא בלא"ה פיון דספיקא דרבנותא הוא לא פייפינן ליה לחייבו שיקרע השטר וגם אם תפס לא מפקינן מניה ונדחק שם בזה.

והדברים פשוטים לענ"ד דנ"מ דל"מ תפיסת הלנה בהחזרה דכיון דכף הוא הדין דפרעון סתם בפני עדים אינו מבטל השטר לגמרי ותפיסה מהני מה"ד מטעם חזקת השטר לא מהני תפיסתו דלנה בהחזרה לכה הוצרך הרמ"א להכריע כשיטות אלו.

וראיתי בנו"ב מהד"ק (סי' י"ב) שכ' תוך דבריו דהך דסיטראי הוא ספיקא דדינא ומהני תפיסה אף בעדים ולכה יכול הלנה לעכב שבועתו ע"ש. ואינו מדקדק דהרמ"א לאו מטעם ספיקא דדינא פסק פן רק מה"ד איתרע השטר ותפיס' מהני באמת אף בעדים אבל לא מספק ואם תפס הלנה בהחזרה י"ל דמוציאין מידו דהא יש חזקת שטר רק איתרע שהב"ד לא מגבין ביה אבל מ"מ י"ל דהדין הוא כמו היכא דהדין הוא כל דאלם גבר דלא מהני תפיסה בהחזרה כמבואר (סי' קל"ט).

ואף למה דבארתי לעיל סוף דיני דיינינים דהוא דוקא היכא דהב"ד פסקו להם דכל דאלם גבר אז התפיסה הראשונה מבשרת וקם דינא דלא מהני אחר כף תפיסה בהחזרה אבל

בְּטָרֵם שְׂפָאוֹ לִב"ד מְהִי תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה מ"מ פֶּאן פִּינּוֹ דְּבָאוֹ לִב"ד וְהַב"ד פֶּסְקוֹ דְּלָא מְגַבִּינוּ בְּיָה מְטַעַם הָרִיעוּתָא הָוֵי כְּאֵלוֹ פֶּסְקוֹ דְּתְּפִיסָה מְהִי וְשׁוֹב לָא מְהִי תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה.

וכה"ג י"ל גם כן בדין אשְׁתַּבַּע לי דְּלָא פְּרַעְתִּיהּ דְּמִבְּנֵי אָר (סי' פ"ב) בת"ח לָא פֶּסְקִינוּ לִיה שְׂיִשְׁבַּע וְאִם תְּפִס מְהִי וְשִׁבְקִינוּ לִיה בְּלֵא שְׁבוּעָה וְאִין אֹמְרִים לוֹ חֲזִיב אֲתָה שְׁבוּעָה מַה שְּׂאִין כֵּן בְּאִינְשׁ דְּעֵלְמָא מְשַׁמְתִּינוּ לִיה כְּמִבְּנֵי אָר שֵׁם בְּש"ף (ס"ק י"ז) דל"מ גם כן שׁוֹב תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה כִּינּוֹ דִּישׁ חֲזַקת הַשְּׁטֵר וְלָמָּה שְׂכ' הַטו"ז שֵׁם דְּגַם בְּאִינְשׁ דְּעֵלְמָא לָא מְשַׁמְתִּינוּ לִיה דִּי"ל בֵּין שְׁבוּעַת הַבָּא לִיפְרַע מְנַכְסֵי יְתוּמִים דְּחֲזִיב מְעַצְמוֹ לִישְׁבַּע לְהַבָּא לְגַבּוֹת מִן הַלְוָה דְּהִיא קִילָה דְּלָא מְשַׁבְּעִין רַק אַחַר בְּקָשַׁת הַלְוָה שְׂיִשְׁבַּע הַמְלָנָה לְכֹהֵן אִם תְּפִס לָא מְשַׁמְתִּינוּ לִיה י"ל גם כן דְּלָא מְהִי תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה דְּכֹהֵן הִיא הַתְּקָנָה מְחֻיָּב שְׁבוּעָה אִם בָּא לְגַבּוֹת הַב"ד לָא מְגַבִּין עַד שְׂיִשְׁבַּע אָבָל אִם תְּפִס שׁוֹב סְמִכִינוּ עַל חֲזַקת הַשְּׁטֵר וְלָא מְהִי תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה.

וכן נמי אם ריעוּתָא דְּפְרַעוֹן סְתָם אִינוּ מְבַטֵּל הַשְּׁטֵר לְגַמְרֵי רַק שְׁהַב"ד לָא יִגְבוּהוּ וּמ"מ אִם תְּפִס אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ שׁוֹב לָא מְהִי תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה דְּהָא כָּל מַה דְּמוֹעִיל תְּפִיסָה הוּא מְטַעַם חֲזַקת הַשְּׁטֵר: וְעֵינִין (סי' מ"ב סי"ב) בְּפִתּוֹב בְּשְׁטֵר סְלַעִים וּמְלָנָה אֹמֵר חֲמַשׁ וְלָנָה אֹמֵר שְׁתִּים דְּאִינוּ גוֹבָה רַק שְׁתִּים וְאִם תְּפִס מְפָקִינוּ מִיָּנִיָּה וּבְש"ף שֵׁם הַקָּשָׁה דִּמ"ש מְשַׁטֵּר דְּכַתֵּב בּוֹ שְׁנֵין סְתָמָא וְעֵינִין שֵׁם בְּתוּמִים דְּמַחְלֵק בֵּין תְּפִס בְּרִשׁוֹת לְתַפְסֵי שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת.

ובגְּנֵיבוֹת שֵׁם בִּיאָר הַדְּבָרִים דְּכָל מְקוֹם דְּמְהִי תְּפִיסָה אִף שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת בְּטַעְנַת בְּרִי הוּא הִיא דְּהוּי דְּרָרָא דְּמִוּנָא וּכְבָר הַעֲלָה הַתּוּמִי בְּקוֹנְטֵרַס הַסְּפִיקוֹת דְּבִסְפִיקָא דְּדְרָרָא דְּמִוּנָא בְּטַעְנַת בְּרִי לָא מְהִי תְּפִיסָה רַק בְּטוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ מַה שְּׂאִין כֵּן כְּשֵׂאִין לוֹ רַק שְׂיַעֲבֹד עַל הַחֲפֵץ עֵינִין שֵׁם.

ואם כן בְּטַעְנַת סִיטְרָאֵי אִף אִם נֹאמֵר דְּהוּי כְּדְרָרָא דְּמִוּנָא מ"מ אִמְרֵי מְהִי תְּפִיסָה כְּשֵׂאִינוּ טוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ דְּאִין לוֹ רַק שְׂיַעֲבֹד אֲלֵא ע"כ בְּשִׁבִיל דְּהוּי חֲזַקת הַשְּׁטֵר לְכֹן יֵשׁ לוֹמֵר דְּלָא מְהִי שׁוֹב תְּפִיסָה בְּהַחְזָרָה.

ומה"ט תְּמַהֲנִי עַל הַאו"ת (סי' ס"ג) דכ' שֵׁם לְהַשִּׁיג עַל הַסַּמ"ע שְׂכ' הָא דְּמוֹצִיאָא שְׁטֵר חוֹב וּבָאוּ שְׁנַיִם וְהַעֲיָדוֹ עָלָיו שְׂשָׂאֵל לְזִינְיָהּ לוֹ דְּאִין גוֹבָה בּוֹ לְעוֹלָם דְּלָא מְהִי תְּפִיסָה וְכַתֵּב בְּתוּמִים דְּהָא הָרָא"ש מְדָמָה רִיעֵי דְּסִיטְרָאֵי לְהַדְּ רִיעֵי דְּפ' א"נ וְכִינּוֹ דְּבִסִּיטְרָאֵי מְהִי תְּפִיסָה כֵּן גַּם שֵׁם מְהִי תְּפִיסָה.

וז"א דְּבִסִּיטְרָאֵי עַל כְּרַחֲמֵי הָא דְּמְהִי תְּפִיסָה הוּא מְשׁוּם חֲזַקת שְׁטֵר מַה שְּׂאִין כֵּן בְּמַהְדָּר לְזִינְיָהּ דִּישׁ סְפֵק עַל גּוּף הַשְּׁטֵר דְּלָא מְהִי תְּפִיסָה אִף אִם נֹאמֵר דְּהוּי כְּדְרָרָא דְּמִוּנָא מ"מ תְּפִסֵּי שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת לָא מְהִי כְּמוֹ בְּנִידוֹן (סי' מ"ב) הַנְּ"ל: סי' מַג בְּרַמ"א (סי' נ"ח ס"א) וִי"א דְּאַחַר דְּחֲזִיב הַשְּׁלִיחַ לְשַׁלֵּם ל"י הַמְלָנָה לְעַכְבָּן אִם יֹאמֵר שְׂחִיב לוֹ מְקוֹם אַחַר אֲלֵא אִם טוֹעֵן שְׂהַשְּׁלִיחַ נִתְּנָם לוֹ גַּם כֵּן עַל חוֹב אַחַר.

וישׁ לְחַקוֹר אִם נֶאֱמַן הַשְּׁלִיחַ לֹאמֵר דְּהַמְשַׁלֵּם אָמַר לוֹ שְׂיַקַּח הַשְּׁטֵר אוֹ דְּלָמָּא כִּינּוֹ דְּבִאָּמַת בְּיַד הַמְלָנָה לְהַחְזִיק עַל מְלָנָה אַחֲרַת רַק דְּהַשְּׁלִיחַ יֹאמֵר לוֹ אֲתָה כְּתוּפַס מְשַׁלִּי כִּינּוֹ

שתגרום לי היגזק בתפיסתה יאמר המלוה דלמא שקר אתה אומר דהזכיר לה השטר ואתה דאפסידת לה בטענתה.

ומדברי המרדכי שהוא הי"א שהביא הרמ"א משמע אף אם ליכא עדים על זה שהמשלח צוה שיקח השטר גם כן אינו יכול להחזיק המעות על חוב בעל פה רק דוקא אם אומר שנתן לו בעד הסיטראי דהא הקשה על דקאמר בש"ס דשליח משלם דא"ל לתקוני שדרתיה וְלֹא לְעוֹתֵי אַמְאֵי לֹא יֹאמֵר הַשְּׁלִיחַ אֲנִי נִתְּתִי לֵהּ הַמְּעוֹת בְּשִׁבִיל הַשְּׁטָר מָה אֲנִי חוֹשֵׁשׁ אִם חַיִּיב לֵהּ מִמְּקוֹם אַחֵר אוֹ הַחֲזִיר לִי אוֹ תַּתְּפֹסֵם בְּחוּב שְׁטָר וְתִירָץ דִּיכּוּל לֹאמֵר דְּתוֹפֵס מִבַּע"ח וְלֹא תוֹצִיא מִמֶּנּוּ וּמִשָּׁם רַשְׁבֵּי"ם הֵבִיא מְקוּדָם לְכֵן גַּם כֵּן לְהַקְשׁוֹת הָאֵיךְ יְכוּל לְעַכֵּב מִן הַשְּׁלִיחַ וְלִטְעוֹן סִיטְרָאֵי אֵינּוּן וְהָא גְלוּי הַדְּבָר שְׁלֵא הִיָּה נוֹתֵן לוֹ מְעוֹת אִם לֹא בְּשִׁבִיל הַשְּׁטָר דְּבִשְׁלֵמָא אִם הִלְנָה נוֹתֵן לוֹ מְצִי לְמִיטְעֵי אֲבָל הַשְּׁלִיחַ לְמָה יִפְסִיד וּפִיר"י דְּמַגּוֹ דִּיכּוּל לֹאמֵר לֹא הִיָּה דְּבָרִים מְעוֹלָם יְכוּל לֹאמֵר סִיטְרָאֵי שְׁהַשְּׁלִיחַ נִתְּנָה לוֹ לְשֵׁם סִיטְרָאֵי.

ומאי קשיא לי דלמא הש"ס איירי דלא ידענו אם המשלח הזכיר לו השטר רק השליח הודה על זה ולכן חייב השליח לשלם אבל המלוה יכול לומר אייתי ראי דעל דעת כן נתן לה המשלח והזכיר השטר ומה זה שפכתב והא גלוי הדבר שלא הי' נותן לו מעו' אם לא בשביל השטר מהיכן גלוי הדבר אם לא הזכיר לו הלנה השטר אלא ודאי משמע דסובר כיון דזה חזקה דאין אדם פורע מלוה על פה פשיש לו מלוה בשטר וגם כיון דיודע המלוה שהזכיר לפניו שיתן לו השטר אמרינן דבלא ספק שלח לו הלנה על המלוה בשטר ועל זה הקשה דאמאי יכול להפסיד להשליח ומתירץ דיכול לומר שהשליח נתנם לו לשם סיטראי ומשמע מדבריו אף אם השליח לא הזכיר לו השטר בעת נתינת המעות רק נתן לו סתם בשליחותו דהלנה ג"כ אינו יכול לתפוס על סיטראי כיון דטוען השליח שנתן לו הלנה על מלוה בשטר ויפסיד בתפיסתו נאמן השליח בזה מטעם חזקה הנ"ל: וקצת י"ל כיון דהשליח טוען ברי שהמשלח נתן לו על השטר והמלוה טוען שפא אמרינן בזה ברי ושפא ברי עדיף דומיא דכתבו הראשונים דרק להוציא ממר"ק חזקת ממונ עדיף אבל היכא דליכא מר"ק אף דעכשיו הוא מוחזק כמו בב' או חזין בטלית אמרינן ברי ושפא ברי עדיף כמבואר רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) ובבעה"ת (שמ"ז) בהא דאמרינן פ' א"נ דבאין בכדי שהדעת טועה מתנה בעלמא דיהיב ליה וכת' בעה"ת אם אתי בתר הכי נאמר טעיתי אמרינן ברי ושפא ברי עדיף.

והובא כן בסמ"ע ונש"ף (סי' רל"ב) והיינו ע"כ כיון דהמוחזק אינו יודע באיזה אופן בא לידו אם במתנה או לא אמרינן דברי עדיף והחולקים שם ס"ל כיון שהוא בכדי שאין הדעת טועה הני בנדאי מתנה הא לא"ה בכה"ג אמרינן ברי ושפא ברי עדיף וה"נ דכונותיה כיון דאינו יודע על איזה הלואה בא לידו אמרינן ברי עדיף.

אולם אינו דומה לשם דשם הספק הוא אם זכה בהמעות או לא שייך לומר עוד לאוקמי על חזקת מרא קמא מה שאין כן כאן דהא עכ"פ זכה בהמעות רק הספק הוא אם השליח חייב לשלם אינו יכול לתפוס על סיטראי י"ל דכל זמן שאין השליח מברר בעדים דגורם לו הפסד בתפיסתו על סיטראי אין מוציאין ממנו.

ואדרבה זה הוי מוחזק ממש כיון דאין תביעתו על המזון רק על השטר שיחזיר לו ודומה ל'הא דכ' הרשב"א בתשוב' בדין הפרם פשיש תו"ת אם המכר היה על תנאי דאמרנו אף בקרקע כיון שהמכירה היה ודאי והספק רק על התנאי הוי מוחזק והכא נמי כיון דבין כף ובין כף זכה המלנה בהמעות של המשלח רק התביעה הוא על השטר לא נוכל להוציא על ידי פרי של השליח.

וצריך לומר דמ"מ כיון דמצטרף להברי חזקה דאין אדם פורע מלו' על פה פשיש לו מלנה בשטר לכך נאמן השליח: שוב ראיתי בדרישה שהביא דברי מהרש"ל שפירש דברי הטור דכשהוא מודה לו שאמר שיקח השטר אז מפסיד השליח ואינו יכול להוציא מיד המלנה כי יאמר מאן יימר דמעל בשליחותה ויכול המלנה לומר קנוניא אתם עושים עלי ולא אמר לה מעולם שיקח השטר מידי אבל אם יש עדים בדבר שאמר לו פן אינו יכול לגרום היזק לשליח עיין שם ומדברי המרדכי וסתימת הרמ"א לא משמע פן.

וגם אם יש עדים שאמר לו פן יש לדון אף אם אומר המלנה שהשליח נתן לו בפירוש על הסיטראי דאינו נאמן אף במגו דלהד"ם להמבואר בתשובת ר' בצלאל אשכנזי ו"ל מובא במג"א (סי' ת"ט) דאף אם לא אמרנו חזקה שליח עושה שליחותו מ"מ אמרנו חזקה דלא עשה להיפך לשנות משליחותו והכא נמי דכונתיה דאם יש עדים שאמר לו שיקח השטר ושולח המעות על החוב שבשטר אמרנו חזקה דלא עשוי שליחותו לשנות לתת על סיטראי נגד צווי המשלח ומדכ' המרדכי דאירי דאמר שהשליח נתנה לו לשם סיטראי משמע דליכא עדים שאמר לו שיקח השטר.

וראיתי בב"ח שכתב בפשיטות דאם יש עדים שאמר בפירוש ליקח מידו השטר דאינו נאמן במגו אפילו אם טען המלנה דהשליח נתנם לו לשם סיטראי דכיון דשינה בשליחות ועבר על דעת משלחו השליחות בטל לגמרי וחוזר השליח על המלנה מה שנתן לו דבגזילה בא לידו ואין השליח מפסיד עיין שם וטעמו אינו מוכן הא כיון דנתן לו בפירוש על הסיטראי איהו דאפסיד אנפשיה ומה איכפת ליה למלנה ולמה שכ' יש לומר דהמלנה אינו נאמן במגו דלהד"ם כיון דהוא נגד חזקה אלימתא דחזקה אם עשה שליחותו לא שינה בשליחותו.

ומ"מ גם מדבריו למדנו דהא דכ' המרדכי דאירי דטוען שנתן לו בפירוש על הסיטראי הוא בליכא עדים אם אמר לו שיקח השטר ואפי"ה אם אינו אומר בפירוש דנתנם לו על הסיטראי אינו יכול לתפוס ולהפסיד להשליח אף דהחויב הוא רק על ידי הודאתו ודלא כמהרש"ל וצריך עיון בזה: ומ"מ נראה באם מסר לו שט"ח או שאר חפץ והחזיר לשותפו ואחר כך תופס השותף עבור חובו וזה מכחיש והשליח מודה שהמשלח הנהיר בו שלא ימסור לשותפו אם אין השליח מקביל בעדים שכן מסר לו עד"ז שלא יחזור לשותפו דכאן ליכא שום חזק' ודאי אף דהשליח חייב לשלם להמשלח דהפסידו מ"מ אינו נאמן להוציא מן השותף דיוכל לומר מי יימר דמעל בשליחותו דלמא לא הנהיר אותה ואת דאפסידה לנפשה בהודאתה.

ומדברי תשובת חתם סופר חז"מ (סי' ק"מ) לא משמע פן דלא הזכיר שם בנדידו דיש עדים שהתרה בהשליח שאם לא יגבה החוב שלא ימסור הש"ח ליד שותפו ונאפילו הכי דן דלא מצי לתפוס להפסיד להשליח ולענ"ד כמו שכתבתי ועוד יש לדון שם ע"ד ויבואר

מתוך דברינו ובתשובת מהר"ם רויטבורג (סי' תתי"א) שהביא הש"ך שם כ' דלא פדעת ר"ב שהביא ראי' מעובד' דאבימי דלא איכפת להתפוס במה שהנפקד יפסיד ודחי מהר"ם דשם מידו של חמא נמן לבני חוזאי ויכולי' לומר אתה שלוחו של אבימי והואיל דלא תבעת את השטר תחיל' מסתמא לא נתת לנו בעבור החוב שבשטר אלא בעבור מלנה על פה ואם חוזרים הם ממה שבדעתם היה מה לנו לצרה אבל לתפוס ולהפסיד לשמעון דהוי ליה גורם להפסיד אינו יכול עיין שם ובתנאים מפרש דבריו דאף בסתם יכול לתפוס מטעם דכיון דלא הזכיר השטר מסתמא על חוב אחר נמן והמענין בדברי מ מהר"ם יראה כיון דלא הזכיר השטר אמרינן דמסתמא לא שינה השליח מדעת המשלח וגם המשלח שלח ע"ד סיטראי אבל אם מקבר על ידי עדים דנתן לו המשלח על חוב שבשטר והזכיר בפירוש השטר גם מהר"ם מוד' דאינו יכול לתפוס אף אם השליח עינת ולא הזכיר השטר.

וכבר כתבו כל אחרונים דמדברי הראשונים לא נראה שם הך עובדא כהן רק בהזכיר השטר גם כן יכול לתפוס וכמבואר מדברי ר"ן שם ורשב"א בתשובה (ח"ג סי' מ"ג) דהך עובדא דאבימי איירי אף אם הזכיר השטר מ"מ יכול לתפוס על הסטראי וכן מבואר שם מלשון רש"י דכתב מצד אחר היינו נושים בו מלנה על פה ומחמת אותה מלנה נחזיק בהם מלשון זה מבואר בהדיא דרק עכשיו רוצה להחזיק בהם הרי דבכל ענין יכול לתפוס ואינו חושש על הפסד של השליחתמהו על הש"ך ש' דדברים הנאמרים במרדכי אחר כהן בשם תימא הם מאיזה תלמיד טועה דהא כן הוא דעת ר' ברוך שבתשוב' מהר"ם ודעת ריטב"א ומה שכ' מהר"ם דאיירי דנתן בסתם ולא הזכיר השטר הא מדברי רש"י לא משמע כן וכן מדברי ר"ן ורשב"א הנ"ל מבואר דאיירי אף בהזכיר את השטר דיכול לתפוס על הסטראי ועל פרוק' דלא איכפת ליה בהפסד של השליח כיון דלעצמו מציל וכבר כתב הכנה"ג דהוי ספיקא דדינא ובנדאי אף אחר הכרעת הש"ך קשה להוציא נגד הנה פוסקים.

גם הוכיח התנאים מקושני' תוס' דקודם שנתקנה שבועת היסת אין השליח נוגע והוי עד ואם יסברו דאיירי שהשליח נותן בפירוש על מלנה על פה הרי גם עתה מכחישין להעד וזה י"ל דהא על פרוק' דברי תוס' הם למה דלא ידעו מהתחייבות של השליח דאם לא כן הוי השליח נוגע ובעל דין כיון דיהיה חייב לשלם לאבימי ועיין פנ"י שם אולם באמת מפל הראשונים מבואר דאף אם הזכיר השטר יכול לתפוס על הסטראי ועל פרוק' דלא איכפת ליה בהפסידו של השליח: והנה הריטב"א מובא בב"י (סי' פ"ג) מחלק בין אם בא לידו בתורת שאלה ופקדון מיד הראשון דבזה כיון דנתחייב להשיב' השבה גמורה אינו דומה לעובדא דאבימי דהתם ברשות בעל דין הגיעו לידו אבל אם לא הפקידו שמעון ללוי רק שתפס מרשות שמעון או מידו שלא מדעתו תפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו ודעת הרא"ש בתשובה דל"מ תפיסה להפסיד לזה וחולק עם הריטב"א וכמו"ש הש"ך ועיין תשובת בני אהרן (סי' ל"ב) שכתב נ"מ בין שיצת הרא"ש וריב"ש לדעת ריטב"א באם הפקיד אצל האחר בענין שלא פשע כגון שמסרו למי שרגיל להפקיד אצלו לדעת רא"ש כיון שהוא פטור ואינו יכול לתפוע ממנו ממילא תפיסתו הוי תפיסה ולדעת ריטב"א לא מהני כיון שנתנו בידו נתחייב לו להשיב השבה גמורה עיין שם ולענ"ד צריך להבין סברת הריטב"א הא כל פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמר'.

קאי ואף אם פשע בו השומר וקאי באחריותו בכל זאת לא נעשה ממונו ובכרשות בעלים קאי ואם פן מה שכל אם הפקידו הבעלים ביזו אף דחייב גם פן בהשגחה מ"מ אם יש לו מגו יכול לטעון עד פדי דמיהן הרי אף דבא ליזו בתורת פקדון וחיוב בהשגחה מ"מ יכול לתפוס ולמה יגרע במה שאחר הפקידו ביזו דיגרע פח התפיסה בשביל דנתחייב בהשגחה קא מ"מ ברשות בעלים קאי ואם תפיסתו מיזו ורשותו של הנפקד מהני ואינו מגרע פח תפיסתו במה שיתחייב לשלם לבעליו פיון שתופס בעדו להציל את שלו מן המפקיד במה יגרע פחו אם הפקידו ביזו ונתחייב בהשגחה וכבר האריה בזה לתמונה על דברי ריטב"א בספר אורח משפט (סי' פ"ג): לכן לענ"ד י"ל פנונה אחרת בדברי ריטב"א ומטעם אחר אתי עלה דהא כבר כתב הריטב"א מובא בית יוסף (סוף סי' ס"ו) דכל פשיעה היא גרמא בנזקין דפטור מדיני אדם רק שהתור' חייב' שומרים בפשיעה מפני שפמה עליהם בעל הפקדון והבטיחו שומר לשמרו עיניו שם בדבריו דבשטרות דליתא בדין שומרי פטור אף מפשיעה אם לא שקבל עליו אחריות בפירוש ומבואר מדבריו דכל גרמא בנזקין דפטור מ"מ אם קבל עליו בפירוש להתחייב אין צריף שום קננו דכל גרמא בנזקין דפטור אם קבל עליו לשלם חייב כמבוא' במקדכי פ' הגוזל ובש"מ ב"מ (דף ע"ג ע"ב) משם הר"י בעל התוספות ועיניו בזה באורף בס' מחנה אפרים דיני שומרים (סי' ח').

ולפי זה י"ל דודאי פיון דכל פנונת התופס להציל את שלו אין לחייבו מטעם דיני דגרמי אף דינש הפסד להמפקיד אצלו שיתחייב על ידי תפיסתו לשלם להמפקיד הראשון אף מ"מ גרמא הוי דעל ידי תפיסתו גורם לו שיהיה פפושע ויתחייב לשלם בשביל דיאמר מסרת חפצי ביזא דלא מצינא לאשתעי דינא בהדיה כמו שכתב הריב"ש מש"ס ב"ק (דף מ') ומ"מ אינו חייב בדיני אדם רק מ"מ גרמא הוי ולזה סובר דאם תופס מרשות ונד השומר מהני תפיסתו ואין מוציאין מיזו.

ובאמת הריטב"א מדייק לומר רק דתפיסתו תפיסה היינו שאין בכח ב"ד להוציא ממנו בדיני אדם ואידף חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו אבל באמת י"ל דבדיני שמים חייב לשלם דבגרמתו בא השומר לידי הפסד.

אבל אם בא ליזו מיזו השומר בתורת שמירה ונתחייב להשיב לו השגחה גמורה היינו דכל שומר נתחייב בשמירה מעולה ושיתחייב לשלם ההפסד שיבוא בגרמתו אם פן זה נתחייב להמפקיד אצלו בכל הגרמות ההפסד ולכן לא מהני תפיסתו פיון דנתחייב בשמירה ולא פלטה השמירה ובשביל זה חייב להחזיר וזה פנונתו דנתחייב להשיב לו השגחה גמורה היינו שלא יגרם לו ההיזק.

ועיין ב"ק (דק"ח) באם נגנב משומר חנם ונשפ' ואחר כף הוכר הגנב דעושה דין עם הגנב וכתב שם בש"מ הטעם דסופו כתחילתו מה תחילתו אלו ידע והפיר בה בשעת גניבה הנה לו לטרות ולעמוד פנגדו להציל ואם לא עשה פן חשביון לי' פפושע סופו נמי פשהוכר הגנב חייב להטריח ולהציל מיזו והיינו דזה גם פן בכלל שמירה עיי"ש.

וה"נ דכונתיה פיון דעל ידי זה שתופס מתחייב הוא לשלם לבעלים דמגו שלו לא מהני לפטרו מבעלי' הוי פהוכר הגנב וחיוב להוציא מיזו ושלא יפסיד להמפקיד שלו שלזה נתחייב בשמירה ובהשגחה ואף דבכל שומר שמסר לשמור לאחר נעש' שומר של הראשון הבעלים כמבואר ב"מ (דף ל"ה) ובתוס' שם מ"מ גם שומר של השומר גם פן



הוא: ולפי"ז יש לומר אם הפקיד אצל מי שרגיל להפקיד דנה הוי כאלו החזיר ליד הבעלים אם נפטר הנפקד הראשון מלשלם להבעלים פינו דלא פשע במה שמסרו ליד זה גם לדעת הריטב"א מהני תפיסתו של זה אף דנתחייב בהשבה מ"מ חיוב השבה דנתחייב בפקדון אינו גורם ההתחייבת שלא יהי יכול אחר כף לתפוס בעד חובו רק חיוב ההשבה גורם שלא יפסיד לזה שהפקיד אצלו דנתחייב לו על כל הגרמות אבל אם א"ח לשלם ולא גרם לו שום הניזק מהני תפיסתו פינו דאין דינו אלא עם הבעלים ולדעת הרמב"ם ורי"ף ורמב"ן הוי כאלו החזיר לבעלים אם מסרו ביד מי שרגיל להפקיד ואף אם פשע השני או שלא נודע אם שמר פראוי או לא מיפקטר השומר הראשון לגמרי והא נמי אם תופס בעד חובו ונאמן במגו דלהד"ם תפיסתו תפיסה פינו דאין להם לבעלים דין על השומר הראשון.

ולדעת ר"ת והרא"ש דבהפקיד אצל מי שרגיל להפקיד לא הוי כאלו החזיר לבעלים רק דלא חשיב פושע אבל בידוע דהשני פשע יכולים הבעלים לתבוע מהשומר הראשון י"ל דבכה"ג דתופס עבור חובו אף דיש לו מגו ומועיל לגבי בעלים מ"מ אפשיך השומר הראשון חייב לשלם וממילא לא מהני תפיסתו וצ"ע בזה אם נידון זאת כידוע שפשע השני או לא.

ועיין ש"ף (ס"ק ט') משם הע"ש בדעת ריטב"א דאפילו הוא בענין שהי המפקיד פטור מלשלם חייב לעשות לו השבה וזה פדעת הבני אהרן שהבאתי לעיל אולם באמת אין טעם וסברא בזה לדון חיוב השבה ועיקר סברת הריטב"א הוא דאם נתחייב המפקיד נכלל זה בכלל קבלת השמירה: אף יש לדון דלפי"ז אף אם טוען שגוף הפקדון הוא שלו ויש לו מגו דכתב הקצוה"ח דלכ"ע נאמן ולא איכפת ליה בזה שזה השומר קבל אחריות דלמה שכ' פינו דמגו לא מהני לגבי אחרים ויצטרף זה השומר לשלם והוא קבל עליו אחריות ודין שמירה על החפץ שהפקיד אצלו ונעשה שומר של הנפקד י"ל דחייב בהשבה.

אולם אם תוף כדי דבור אומר שתופס בשביל שהוא שלו או כי תופס על חובו שחייבים לו הבעלים וחוזר משמירתו יש לומר דכיון דתוכד"ד דדיבור דמי ויכול לחזור מחיוב ההשבה הוי כתופס מידו דמהני לדעת הריטב"א בכל אנפי ולא איכפת ליה בפסידא של המפקיד אצלו בכה"ג.

וכן נמי בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ממילא לפי דבריו שהוא שלו הנה כל קבלת השמירה לגבי המפקיד בטעות ונתבטל מעיקרא פינו דלדבריו הוא שלו וקבלו ע"ד זה להחזיק בשלו וע"ז נאמן לבטל החיוב שלו מעיקרא נגד המפקיד אצלו במגו דלהד"ם פינו דזה נוגע לגבי דידהו על קבלת חיוב השמירה וכל מה שהוא לגביהו נאמן במגו ואף דגורם לו עי"ז הניזק לא איכפת לי בפסיד' שלו פינו דמציל את שלו ואף דקבל עליו חיוב שמירה והוי כמחייב א"ע שלא לגרם הניזק זה אתי שפיר אם טוען שתופס למשכון דנשאר מ"מ חיוב שמירה גם כן אבל אם טוען שהוא שלו ואומר דכל קבלת אחריות השמירה הנה בטעות נאמן במגו דלהד"ם פינו שהוא דבר הנוגע בינו לבין המפקיד וכיון דנתבטל לדבריו מעיקר' החיוב מקבלת השמירה לא נשאר רק לחייבו מצד גרמא מה שגורם לו בתפיסתו הניזק וכיון דלעצמו מציל פטור ולא איכפת ליה בפסידא דאחרניא.

מה שאין פן היכא דתופס על חובו דמ"מ לא נתבטל החיוב שמירה בזה מפת חיובו חייב בהשגחה דלא לגרם היזק לו. וגם אם התנה בפירושו דאינו מקבל אחריות או בהפקיד דברים שא"ח בשמירה פגון שטרות להסוברים דאף מפשיעה פטור בזה הוי כא"ח בהשגחה ומודה ריטב"א דמהני תפיסה: ובדעת הרא"ש וריב"ש תפסו פל הגדולים מהרי"ט ותשובת פ"ו ובני אהרן וכמה גדולי מחברים מחכמי ספרד ו"ל דחולקין על הריטב"א וסוברים דלעולם לא מהני תפיסה להפסיד לחבירו אף אם לא בא לידו בחיוב שמירה וכן נראה דלא מסתבר שהרא"ש ו"ל יחלוק על רבו מהר"ם ו"ל מרויטנבורג ולא יביא דעתו שחולק עליו.

אולם באו"ת פתב דדעת הרא"ש גם פן לומר הואיל דבא בידו בתורת פקדון לא מהני תפיסתו אבל תפיסה מרשות המפקיד מהני ובזה לא יסתור הרא"ש לד"ע ממה שכ' בהך דבקרית פתובות פ' הכותב דהשתא דמטלטלין דיתמי משתעבדי אם לית להתופס ראיה דהפקדי חייב לשלם ומשמע דהתופס זוכה ואינו חייב להחזיר בשביל פסידא דבקרית ועכ"פ פנראה התופס יכול לומר קים לי ואין מוציאין מידו ודלא פהכרעת הש"ך וכמו שכתב הכנה"ג.

וכן משמע מתשובת מהר"ם לופלין (סי' קי"ד) דדן שם לחייב אתהשליח לשלם ולא הזכיר דעכ"פ פ' פיון שיש הפסד לשליח יתחייב המלן' להחזיר ואולי שם פיון דנתן בסתמא להמלנה ולא בקש לכתוב הקבל' על השטר איהו דאפסיד אנפשיה ויכול לומר שאינו מאמין שהזהירו הלנה שלא יתן עד שיכתוב על השטר וכמו שכ' לעיל מדברי הדריש' ועיין ש"ך (ס"ק כ"ז) ומהתימא על פסק הגאון מאור הגולה מהרמ"ס ו"ל שהבאתי לעיל בשליח שמסר השטר לשותפו דדן לחייב השותף להחזיר מה שגבה בשביל פסידא דשליח דבשטרות אף לדעת הריטב"א אינו חייב להחזיר ובפרט למה שכ' התנאים להשוות דברי הרא"ש לדברי הריטב"א אם פן מניין לנו להוציא ממון מיד התופס: ואי לאו דמסתפינא היתי אומר דיש לחלק בזה בין אם תופס מעות או חפץ דנדאי בתופס מעות פיון דהוא נאמן במגו דלהד"ם דהבפעלים חייבין לו וליקח זה לפרעון החוב פיון דאנו סהדי דחייב לו ונאמן במגו לא איכפת ליה במה דיתעבד עי"ז הפסד לשליח או למפקיד פיון דמתכוון לגבות שלו לא איכפת ליה בגרמא דחבירו ודומה ממש לאם תפס וטוען על החפץ המופקד שהוא שלו דבזה לכ"ע מהני תפיסתו כשיש לו מגו ולא איכפת ליה בפסידא דנפקד פיון דמציל את שלו וכמו שכתב הקצוה"ח בפשיטות פן נמי בתופס ממון מה שאין פן בנגידון דהריב"ש המובא ברמ"א וכן בנגידון דתשובת הרא"ש (פ'ל' ק"ו) המובא בש"ך שם איירי בתופס חפצים למשכון ולהיות נאמן עד כדי דמיהן במגו ואף אם יהי נאמן מ"מ אינו יכול להחזיק במשכון שיגבה מהן עד שישבע שבוע' הגאונים פנשבוע ונוטל וכ"ז שלא נשבע התופס לא מחזקין עד דין שהוא שלו לגוביינא או שיחול שעבודו על החפצים אם פן פשבאין לב"ד לדון וטוען שתופס עבור החוב אין הב"ד מניחין אותו לישבע שלא יפסיד להנפקד דהא אף על גרמא בנגזקין משמתינו ליה לסלק מכ"ש דאין דנין שישבע על חוב ושיחול השעבוד להפסיד על ידי זה להנפקד או לשליח וכל זמן שלא נשבע לא מחזקין לדבריו שפן הוא ולקף שפיר כתב הרא"ש שם בנגידונו דאינו יכול לעכב החפצים בעד שום טענה שיש לו על ראובן ויורשיו פיון דעכ"פ צריך הב"ד לחייבו שבוע' ואין הב"ד פוסקין לו שבועה כדי שלא יפסיד להמפקיד מה שאין

כן ביה דאבימי שהממון בא ליד המלוה בדין אף שנתן לו על השטר מ"מ פבר זכה בהם שפיר יכול לתפוס על הסטר אי דמציל ממנו ולא איכפת ליה בפסידא של השליח פיון דבא להוציא ממנו את השט' ואינו עושה שום דבר רק שהוא בשוא"ת ועיין רמ"א (סי' ע"ב סי' ז') בתופס מעות דאינו חייב רק ה'סת ונפטר.

ובתנאים שם כ' דוקא היכא דמותר להשתמש בהן אבל בצרורין הוי פתופס חפץ וכבר השיג עליו בקצוה"ח ובנתיבות דבתופס בעל פרחו ודאי הוי פצרוורין ואפ"ה מהני תפיסה ואם כן מכ"ש היכא דתפס ברשות הוי ממש פתופס וטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא איכפת ליה בהפסידו של השליח מה שאין כן בנדידון דהרא"ש ואף למ"ש שם הש"ך דגם בתופ' חפץ אם אינו רוצה לגבות והלנה בא להוציא ממנו ואינו רוצה להחזיר עד ש'פרע לו דאינו חייב לי'שבע ואין מוציאין ממנו והש"ך הניח שם דין זה בצ"ע מ"מ זה דוקא היכא דלית ליה פסידא לאחרינא אבל בנדידון דהרא"ש וריב"ש דמעכב בעד טענה שיש לו על ראובן ויורשיו פיון דלא נ'שבע עדיין אינו קם ברשותו בזה מוציאין ממנו שלא יפסיד להמפקיד ורק נגד הלנה בזה אין מוציאין ממנו פיון שטוען עד כדי דמיהו ויש לו מגו אינו חייב לי'שבע כל זמן שאינו מחזיק לגובינא אבל נגד פסידא של אחרים מחזיקין ברשות המפקיד כל זמן שלא נ'שבע בנק"ח והב"ד אין מניחין לו לי'שבע שלא יגרם הפסידא לאחרים: ודעת הי"א שפרמ"א שהוא המרדכי דמאחר דחייב השליח לשלם לא יכול המלוה לעפכו אף שהוא מעות ובא לידו ברשו' מ"מ הם סוכרים דאף בגוף הנכיה שזכה בהמעות לאו כל פמיניה להפסיד לאחרים ועל פרחו הם סוכרים דהמעות הם ברשות של השליח והוי פתופס ממנו בשביל אחרים ואינו יכול לזכות בו רק ע"ד שנתן לו השליח להחזיר השטר אבל מ"מ י"ל בתופס מעות עדיף.

ועיין רמ"א ח"מ (סי' קע"ו סל"ו) בשותפים שיש להם חוב מן ממון השותפות על ישראל וטוען שאחד מהם חייב לו ההפסד על שניהם רק ששותף חבירו חייב לי'שבע והש"ך שם תמה על זה דהיאך יכול זה לתפוס ולגרם לחבירו הפסד והביא דברי ריב"ש וד' הרמ"א כאן וכ' דאף לדעת הי"א הוא פיון שידוע שהוא מעות של המשלח והשליח פ'שע בקמה שלא לקח השטר מה שאין כן בזה.

ולמה שכ' אינו דומה לדברי הריב"ש ולא לדברי הריטב"א פתופס שם ובתשובה ש'הביא הב"י (סי' פ"ג) ותשובת הרא"ש דשם הוא הכל בקום ועשה שגורם הפסד ורוצה להחזיק ולגבות אין מניחין אותו מה שאין כן בשותפים דהוא רק בשב ואל תעשה מה שאינו פורע חובו ובנדאי אם החזיר הממון של החוב מן השותפות לאחד מהם אף שהוא כופר לא איכפת ליה ונ'שבע ה'סת ונפטר כן נמי בזה שאומר ש'בזה שחייב לו האחד מן השותפין הוא פפרעון מכבר וכאלו החזיר לשותפו לכן אף להי"א דאינו יכול המלוה לעפכו בעד הסטר אי ולגרם הפסד להשליח היינו דעכ"פ עושה מעשה לגרם היזק להשליח מה שאין כן בשב ואל תעשה שאינו רוצה לפרוע חובו באמרו ש'כבר פרע לאחד מן השותפין בשביל חובו שחייב לו מכבר לא איכפ' ליה בהפסידו של השותף השני דלעצמו מציל.

וראיתי בתשובת מהרשד"ם (סי' קס"ז) ש'ציין שם הש"ך לעיין בו ש'דן כן להלכה וכ' דהגע עצמך דהנה אומר פרעתי לשותף ושותפו כופר היתכן שיהי' נאמן ואין מאמר

לוי מחייב לשמעון אלא שבועה לא לחייבו ממון ואם פן לוי נשבע בנקיטת חפץ שפרע לשמעון ושמעון נשבע שלא קבל ונוטל חלקו מראובן ושותפו עיין שם דהנגידון הנה דראובן ושמעון היו שותפין ולוי לקח סחורה בהקפה מן השותפות וכשבא ראובן לגבות מלוי השיב ששמעון שותפה חייב לי ממ"א אותו סכום נכה מה שאני חייב מחלקו ושמעון פוטר ואמר דלהד"מ דאינו חייב לו ממקום אחר ואם לא נוכל לגבות ממנו הרי החוב זה פשאר חובות הנפסדים שאנו שנים בהם דלאו כ"כ דלוי לומר שאני חייב לו וע"ז דן דהוי כפרעון ממש וכמו שכ' הרמ"א הנ"ל: אף מה שדן המרשד"ם לחייב ללוי שבועה בנק"ח לא אדע הא פנין שאינו בא להוציא וליתול רק לפטור את עצמו ונאמן במגו דפרעתי מניין לו בזה לחייבו בנקיטת חפץ עד פאן לא כתבו הפוסקים (סי' קכ"א) לצרף טענות השליח לחייבו להמלנה שבועה בנקיטת חפץ רק כשבא לגבות מן הלנה ואף בזה יש פוסקי' החולקי' כמובא בש"ך שם (ס"ק מ"ט) ואף דהעלה להלכה פדעת הרי"ף דהמלנה חייב ליטול אכל בנגידון דמהרשד"ם דלוי נאמן ששמעון חייב לו וכבר נפרע החוב בזה ונאמן ע"ז במגו דלהד"ם או פרעתי סגי בהקיסת וכן דעת רמ"א הנ"ל ודברי מהרשד"ם צריף עיין דהא אף בתפס מעות היכא דנאמן במגו אינו חייב ליטול בנקיטת חפץ אף דמכחישו בברי פדעת הר"ן הנ"ל מכ"ש כשכבר נתחייב ורוצה לנכות חובו דאינו חייב רק הקיסת.

גם הא דפסקו הרשד"ם והרמ"א דשותף חבירו חייב ליטול בעיקר הקיסת יש להבין מאיזה טעם הא אין נשבעין על טענת ספק והא דסי' (קכ"א ס"ט) דחייב השליח בהקיסת כבר כ' שם הש"ך (ס"ק מ"ו) דמצטרפין טענת המלנה שאומר ברי שלא קבל וכיון דנדאי הנה ממנו בידו של השליח צריף ליטול בכה"ג עיין שם משם תה"ד אם פן בנגידון דרמ"א (סי' קע"ו) דלא בא ממון לידו ושותף זה אומר שבעלילה בא עליו והוא נוגע בעדות ולמה מצטרפין לטענתו לחייבו שבועה.

ואולי פנין דאם לוי הנה תובע לשמעון האחד מן השותפין שחייב לו הנה חייב שבועת הקיסת יאמר ראובן ושותף השני הא לדבריך לוי חייב לי ואני איני יכול לגבות ממני וכיון לדבריך יש לו אצלה החוב מכבר אתה משמעבד מדר"נ ועיין תשובת מהר"ם (סי' ט"ז) מובא במח"א דיני שומרים (סי' ל"ג) באם שלח הלנה על ידי שליח ממון לשלם להמלנה וטוען השליח דנאבד דגם המלנה יכול להשביעו ואינו יכול לומר לאו בע"ד דידי את דמשמעבד לו מדר"נ ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק ל"ז) מדברי המרדכי ובקצוה"ח שם דהקשה באמת אמאי לא יכול להשביעו מטעם שדר"נ ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני העושה שליח (סי' ג') דדעת הפוסקים דבאית ליה נכסי לא שניף שדר"נ ואין המלנה יכול להשביעו.

ונה דוקא היכא דיכול לגבות אכל בנגידון דשותפין הנ"ל פנין דבשום פנים אינו יכול להוציא מלוי דנאמן לנכות מחוב שותפו במגו הוי כבא ממון לידו וחייב ליטול מטעם שדר"נ.

ולפי זה נראה גם בדין דסיטראי היכא דשליח מפסיד וחייב לשלם להמשלח ולתקן העוות דיכול להשביעו את המשלח דאינו חייב לו המלנה האחרת בע"פ פנין דלדבריו תופס המלנה שלא בדין וחייב לו ממילא משמעבד לו מדר"נ: אוילם יש לומר פל זמן שאין

השליח משלם לו לית לי' על המלן' פלוס וכיון דברור ההיזק שגורם להמשלם וחיוב השלם מטעם מזיק אינו יכול להשביע את המשלם מספק.

וכל זמן שלא שילם לו לא שייך לבא עליו מטעם שדר"נ. ומהאי טעמא יש לדון דהדין הוא עם הב"ח דכ' להסוברים דכל היכא דחיוב השליח לשלם חייב המלנה שלא לעכב ולהפסיד את השליח דמ"מ כל זמן שלא שילם השליח והוא עני ולית ליה לשלם דאין המשלם יכול לבא בטענה הזאת על המלנה דנגדו נאמן לומר סיטראי במגו דלקד"ם.

ולכאורה יבא על המלנה מטעם שדר"נ פיון דחיוב לו לשלם. אולם פנונתו פיון דהמלנה טוען דלא הפסידו לו פלוס דבאמת חייב לו הלנה הסטראי ובעלילה בא על השליח אם כן כל זמן דאינו משלם לו לא הפסידו פלוס ולא שייך שדר"נ ואף דיש לגמגם דמ"מ הלנה ודאי יכול לכוף להשליח שיתבע ממנו שיחזיר השטר ולא יעכב לגרום לו הפסד שיתחייב לשלם ואף דאין לו לשלם מ"מ מקרי לנה רשע ואף דלדבריו כלפי שמיא גליא דלא גרם לו להמשלם שום היזק דבאמ' חייב לו הסטראי מ"מ לגבי דיני אדם הדין הוא דחיוב לו לשלם ויכול השליח לומר דלאו כל פמינף להניח אותי בסבף החיוב ולהיות כלנה רשע מ"מ י"ל דהלנה אינו יכול לתבוע ממנו דכל זמן דלא שילם לו ליפא שום חיוב לגבייהו דהשליח וילגד המלנה נאמן סיטראי במגו כן אמרתי ביגדותי להצדיק דברי הב"ח.

וכמו כן י"ל דלהשביעו להלנה להכחיש טענות הסטראי אינו יכול בטענות ספק כ"ז שלא שילם לו וא"ד לדין דשנתפים הנ"ל. וראיתי בס' הלכות קטנות דכ' מבעיא אם ישבע המשלם שאינו חייב לבעל חובו כדי ליטול מן השליח.

תשובה אפ"ש שע"ז נאמר אין אדם נשבע ונוטל עכ"ל וכנר' פנונתו דאינו חייב לישבע מספק ועיין ש"ף (סי' קכ"א ס"ק מ"ב) משם תה"ד בראובן ששלה ביד שמעון ממון לתת ללוי לקנות בעדו ושמעון אומר שנתן ולוי כופר וכ' שם הש"ף דאם אין שמעון לפנינו לתבוע ללוי אף שהיה מכחיש ללוי קודם לכן בב"ד פיון שעתה אינו תובעו ואין לראובן עליו רק טענת שפא מקבל חרם סתם ונפטר עיין שם.

ואם כן הכא נמי אף אחר ששילם לו השליח אינו יכול להשביעו היסת על ידי טענות המלנה דחיוב לו הסטראי פיון דאין טוען ברי. אף בנידון דתשובת תה"ד הנ"ל פנראה חולק ע"ז בתשוב' מהר"ם רוטנבורג (סי' תי"ח) דכ' ואם יחזור ראובן ויתבע גם את לוי פספי בא לידך ולוי כופר בו ישבע גם לוי שלא בא לידו ונפטר הרי משמע דאף בטענות ותביעות ראובן ללוי לבד פיון שאמר השליח שנתן חייב לוי לישבע היסת ואם כן הכא נמי י"ל דמצרפינו טענת המלנה דסיטראי יש לו אצלו לחייב להמשלם שבועה: [שוב ראיתי בשער משפ"ט (סי' נ"ח) שהעלה דאינו יכול להשביע את המשלם בספק ע"י טענות בעל השטר ולא העיר פלל מד' רמ"א (סי' קע"ו)].

גם סותר ד' עצמו שכ' (סי' ר"צ) לדון בעדים שחייבו לנתבע מנה והוזמו וכן בדין שחייב את הזכאי וטעה והיה מגיע שבועה להנתבע בכל הני א"צ לשלם להנתבע עד שישבע הנתבע שהאמת אתו והזיקו ונוטל דאף דאין נשבעין על טענת ספק מ"מ אין אנו יכולין לחייבו לשלם על הזיקו יותר ממה שהזיקו שהי' צריף לישבע ליטול או לפטור

וגם אֶפְשֶׁר דבכה"ג מְצַטְרֵפִין טענת התובע או הנתבע לטענת בָּרִי כְּמוֹ (סי' קכ"א ס"ט) וכ"כ בְּשׁוֹרֵף שְׁטָרוֹ ש"ח וְהַלְוָה טוֹעֵן שְׁפָרַע דְּאִינוּ חַיִּיב לְשַׁלֵּם עַד שְׁיִשְׁבַּע.

וּבְזָה ל"צ לְדוֹן דְּהָא לֹא מְחַיִּיבֵנוּ לְשַׁלֵּם בְּשׁוֹרֵף שְׁטָר רַק כְּפִי מַה שְׁשׁוּה עפ"י שׁוּמָא הַעוֹמֵד לְמַפְנֵי לֹא לְפִי הַנְּאָמָר בְּשְׁטָר כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ (סי' שפ"ו ס"ק י"ד) אִם כֵּן נִכְלָל זֶה אִם טוֹעֵן הַלְוָה פָּרַעְתִּי בְּכָלֵל הַשׁוּמָא.

וּבַעֲדֵים שֶׁהוֹזְמוּ וְכֵן בְּדִיּוֹן אֶף דְּהָיָה חַיִּיב שְׁבוּעַת הַיִּסְתּוּ וְדָאִי אָנוּ דְּנִין זֶה לְמַזִּיק פִּינּוֹן דְּלֹא הָיָה יָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ מָמוֹן רַק לְחַיִּיבוֹ הַיִּסְתּוּ דְּגַם לֹא נִחְתִּיבֵנוּ לְנִכְסֵי אִין אָנוּ רוֹאִין בְּמַה שְׁהָיָה עַד לְחַיִּיבוֹ שְׁבוּעָה דְּמִשְׁבוּעָה לֹא יִפְטֹר אָדָם מֵעוֹלָם וְכִינּוֹן דְּלֹא הִי יָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדִיּוֹנִים אָנוּ דְּנִין הַדְּבָר כְּהַזְיָקוּ בְּרוּר לְחַיִּיבֵנוּ.

וּגְדוּלָה מְזָה מוֹכַח מְש"ס ב"ק פ' הַגּוֹזֵל דְּאֶף בְּמָקוֹם דְּהָיָה חַיִּיב בַּד"ש לְשַׁלֵּם אִם גָּרַם לוֹ לְחַיִּיבוֹ בְּדִיּוֹנֵי לְשַׁלֵּם הָיָה כְּמַזִּיק כְּמוֹ שְׁבִאֲרַתִּי לְעִיל דִּינֵי דִיּוֹנִים (סי' ל"ב) וְמַה שְׁכ' מַסִּי (קכ"א) אִינוּ מוֹכַח כְּמוֹ שְׁכ' הַש"ף הַנ"ל דְּלֹא מְצַרְפִּינוּ לְטַעֲנוֹת שְׁנִיָּהֶם לְחַיִּיבוֹ רַק הֵיכָא דְּבָא מָמוֹן ש"ח לִידוֹן]: וְרֵאִיתִי בְּכַנְה"ג מִהַדְּיוֹרָא בְּתַרָא שְׁבַח"ב (סי' נ"ח) שְׁהַבִּי דְּבָרֵי תְּשׁוּבַת מְהָר"ם לְוַבְלִין בְּמַלְוָה שְׁשַׁלַּח שְׁלִיחַ לְלוֹה שְׁלוֹ שְׁיִפְרַע לוֹ וְשַׁלַּח לוֹ מִקְצַת פְּרַעוֹן עפ"י וְהַזְהִירוּ שְׁיִכְתּוּב עַל הַשְּׁטָר סָף זֶה שְׁקַבֵּל וְנָתַן הַמַּעוֹת וְלֹא פְתַב עַה"ש"ט וְאַחַר כֵּן תוֹבַע הַמַּלְוָה כָּל הַשְּׁטָר מְשַׁלֵּם וְטוֹעֵן סִיטְרָאֵי עַל דְּבַר הַמַּעוֹת שְׁקַבֵּל וְפַסְק שְׁחַיִּיב הַשְּׁלִיחַ לְשַׁלֵּם מִפְּנֵי שְׁפָשַׁע בְּשַׁלְּיחוֹתוֹ וְכַתֵּב עַל זֶה הַכְּנֵה"ג וּפְשׁוּט הוּא דְּצָרִיף לְיִשְׁבַּע שְׁמַעוֹן אִיף מַה שְׁטוֹעֵן סִיטְרָאֵי נִינְהוּ הוּא שְׁקָר וְכֹזֵב עַכ"ל הָרִי דְּפִשְׁטָא לִיָּה דַע"כ"פ צָרִיף הַמְשַׁלַּח לְיִשְׁבַּע וְלֹא אַדַּע לְמָה פְתַב זֶה לְפִשְׁטוֹת עַל דְּבָרֵי מְהָר"ם לְוַבְלִין וְלֹא ע"ד הַטּוֹר וּבֵית יוֹסֵף.

וְרֵאִיתִי לוֹ (סי' ע"ה אות ח') בְּהַגְהוֹת הַטּוֹר שְׁפַתֵּב כָּל טַעֲנַת סָפֵק דְּהָיָה לִיָּה לְמִידַע וְלֹא יָדַע אִין מְשַׁבְּיעִין עֲלֵיָּה אֲבָל כָּל דְּלֹא הָיָה לִיָּה לִידַע כְּגוֹן מוֹכַר דְּלֹא הָיָה לִיָּה לְמִידַע שְׁהַרְגִישׁ הַלּוֹקֵחַ בְּהַמּוֹם בְּהַחֲפֵץ שְׁמֹכַר לוֹ מְשַׁבְּיעוֹ אֶף בְּטַעֲנַת סָפֵק.

וְזֶה דְּלֹא כְּמוֹ שְׁהַבֵּאתִי לְעִיל מִדְּבָרֵי הַתּוֹ"ד וְהַש"ף וְאֶפְשֶׁר לֹא מְהָר"ם לְוַבְלִין לֹא הַזְכִּיר לְחַיִּיבוֹ לְשַׁמְעוֹן שְׁיִשְׁבַּע מִשׁוּם דְּלִשְׁטוֹתוֹ אֲזִיל שְׁהַבִּי הַש"ף מְשָׁמוּ (סי' קכ"ח ס"ק ח') דְּמַגְמָגֵם עַל הַמְרִי"ו הַמּוֹכַר בְּרַמ"א שֵׁם דָּאֵם הָיָה בְּיָדוֹ מְשַׁלַּח חֲבִירוֹ וּפְרַע חוֹבוֹ מַה שְׁעָשָׂה עָשָׂה דְּלִפִּי טַעַם שֶׁל הַיְרוּשְׁלָמִי דְּמַפְיִיסֵינָא וּמַחֲל לִי מְשַׁמַּע דְּאֶפִּילוּ יֵשׁ בְּיָדוֹ מְשַׁלַּח חֲבִירוֹ הַפְסִיד מְעוֹתָיו וְאִם כֵּן לְפִי זֶה אִינוּ צָרִיף לְיִשְׁבַּע שְׁשַׁקֵּר הוּא טַעֲנַת הַסִּיטְרָאֵי דְּהָא אֶף אִם אָמַת הוּא חֲשָׁבֵנוּ לְהַשְׁלִיחַ כְּמַזִּיק פִּינּוֹן דְּמַטַּעַם פּוֹרַע חוֹבוֹ פְטוֹר.

וּלְפִי זֶה יֵשׁ לֹא מְהָר"ם מַה שְׁכ' הַש"ף שֵׁם דְּלַחְנָם נְבוֹכַדְנֶצַּר מִהַרִּי"ו וְהַרַמ"א בְּזָה שֵׁם דְּבַלָּא"ה אִם רוֹצֵה לְשַׁלֵּם מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ מִדְּר"נ וְאִם כֵּן בַּלָּא"ה פְטוֹר דְּמִשְׁתַּעֲבַד לִיָּה מִדְּאֹרֵי יִתְאֵר מִדְּר"נ וְלַחְנָ"ל נ"מ טוֹבָא דָּאֵם נְאָמַר דְּמַטַּעַם פּוֹרַע חוֹבוֹ פְטוֹר אֶף בְּהִנְהוּ בְּיָדוֹ מְשַׁלַּח חֲבִירוֹ אִם כֵּן בְּכַה"ג דְּהַמְשַׁלַּח מְכַחֵשׁ טַעֲנַת סִיטְרָאֵי וְהַמַּלְוָה נְאָמַן בְּמַגּוֹ וְהַשְּׁלִיחַ חַיִּיב לְשַׁלֵּם וְאִינוּ יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ אֶת הַמְשַׁלַּח לְהַכְחִישׁ טַעֲנַת סִיטְרָאֵי פִינּוֹן דְּאֶף אִם הוּא אָמַת פְטוֹר מַטַּעַם פּוֹרַע חוֹבוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְאִינוּ יָכוֹל לֹא מְשַׁתַּעֲבַד מִדְּר"נ פִּינּוֹן דְּאִין לוֹ רְאָיָה

שחייב לו ואם נאמר דחייב מטעם פורע חובו וזה נפטר פינו דפרע משלו יש לומר דחייב לישבע.

ובאמת עינתי במק"ם לובלין (סי' כ"ב) ולא ראיתי שגמגם על גוף הדין של המרי"ו דודאי הסבא נכונה דמטעם מפייסינא ליה אינו יכול להוציא ממון ואם פ"נ אינו יכול המשלם להוציא מן השליח בטענה הזאת ואם משביעין בכה"ג על הספק יש לומר דאינו חייב השליח לשלם עד שישבע הל"ה המשלם להכחיש טענת סוטראי: והנה מדברי הש"ס דקאמר ולעגנו שלומי שליח מאי וקאי על לעיל מניה בעובדא דאבימי דהמלנה בפנינו ואמר סוטראי ומשמע דוקא היכא דהמלנה בפנינו וטוען פ"נ בזה חייב לשלם דאמר ליה למקוני שדרתקה ולא לעוותי פינו דהלנה חייב לפרוע שנית אבל אם המלנה אינו בפנינו והלנה תובע להשליח שיתזיר לו מעותיו או השטר והמלנה אינו בפנינו לתפוע אותו משמע דאינו חייב לשלם ויש להבין למה לא פינו דענות השליח ולא לקח לו השטר מיד המלנה אם פ"נ פשע ושינה בשליחותו דלא נתן לו עד"ז ולימא הלנה הא המלנה תופס השטר בידו לא הנה לה לפרוע ממוני לו.

וברמב"ם (פ"א) משליחין כתב בסתם בחייב לחבירו ממון ושלח לו על ידי שליח ואמר לו אל תפרע חוב זה אלא בעדים ופרעו שלא בעדים חייב לשלם וכן אם הנה החוב בשטר בין שאמר לו תן המעות וקח השטר כו' ונתן בלא עדים ולא לקח השטר חייב לשלם שהרי למקו שלחו ולא לענות ומדלא הזכיר הרמב"ם פ"ל טענת המלנה יש להוכיח קצת דאף אם המלנה אינו לפנינו והל"ה עם השטר ויכול להיות שלא יתבע עוד הפעם להלנה מ"מ פינו דעבר ע"ד משלחו ושיקלם לו ולא לקח השטר מידו וכל זמן שלא הוציא השטר מן המלנה לא הני על הלנה שום חיוב לשלם הני כאלו לקח ממנו של הלנה שלא מדעתו ושיקלם להמלנה דחייב לשלם לו ואף בדין הראשון ששלח על ידו ממון ואמר לו שלא יפרע רק בעדים ופרעו שלא בעדים דחייב לשלם ומשמע מדברי הרמב"ם אף אם הנה מלנה על פה מדלא הזכיר פ"ל שטר.

ובזה יש לומר פ"ל זמן שאין המלנה תובע לו פעם שנית דלא יהיה חייב לשלם פינו דלא נשאר השטר ביד המלנה מ"מ י"ל דגם בזה פינו דשינה מדעת המשלם ופרע לו שלא בעדים הני כאלו פרע לו שלמ"ד הלנה וחייב להחזיר הממון להמשלם ומ"מ מסתימ' הפוסקים לא משמע פ"נ.

רק אף בהניח השטר ביד המלנה מ"מ פ"ל זמן דלא תבעו לפרוע לו פעם שנית אין השליח חייב בפשיעויותו: סי' מד אם נתנו לו בפני עד א' לא אמרינו דאיתרע שטרא פמבואר ברמ"א שם ועיין בש"ך דאם לאחר פרעון תבעו בעד א' ונקקו לשבועה דאורייתא ואז פינו דאינו כופר בהעד ומודה וטוען על פרעון אחר הני מתושאי"ל משלם.

ובתנאים הביא שפ"ן כ' הרשב"א קידושין (דף מ"ג) דכתב בעובדא דאבימי אע"ג דהני ליה עד א' מ"מ בשבועת המשנה לא אמרינו מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואי פיקח הוא יהיב לי באפי סהדי ומוקי קמאי בהלנאה והני לי מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכתב דהרמב"ן ובעה"ת חולקין על זה דבעה"ת הביא מתחילה ראיה מהא דפ' הפותב ע"א מעידה שפרוע' דאי פקח מיתי לשבועה דאורייתא דפרע לה באפי סהדי והדר תובע לה בעד א'.

ופריה אפתי יכולה לומר שתי פתובות הנה הרי דיכול ליטעון על פתובה אחרת והיגנו סיטראי ואין פאן שבועה ודחי לה הבע"ת דהתם היא מןחזקת ולפטור עצמה בטענתה אבל פבא להוציא לא נאמן סיטראי והיגנו אף דסובר דעל ידי טענת סיטראי בטל השטר לגמרי מ"מ פי פרע ברשות רגלים לדבר ומנהגי תפיסתו עכ"פ מבואר דלא פרשב"א: ונראה דיש לחלק דעד פאן לא דן הבעה"ת לחלק בין להוציא או להחזיק רק בדינו שם שחקר דאיגרי דעד א' מעיד דפרעיה בתורת פרעון ולא אדכר ליה דמהאי שטרא פרעיה בזה פיון דאחר כף שייך חזקת השטר שבדידו פשבא עד א' ומעיד דפרעיה ליה בסתמא יש ריעותא ללוה דלא אדכר ליה כלל משטרא אף דסובר דעכ"פ איתרע שטרא מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי פיון שהי' ודאי פרעון איתרע השטר ובטל לגמרי מ"מ אם פרעיה אחר כף והוי כתפס ברשות אין העד ואף שני עדים יכולין להורע לו להוציא מידו פיון דיש חזקה דשטרה בידי מאי בעי וגם איתרע טענת הלוה דלא אדכר ליה השטר וכן בכתובות שם פיון דעד א' מעיד שפרע לה הפתובה ולא תבע מאתה הפתובה מיד ואחר כף פשפרע לה פעם שנית יכולה לטעון שתי פתובות הנה לי פיון דשייך חזקה דשטרה בידי מה שאין פו הרשב"א דכתב דינו על עובדא דאבימי דשם פרע השליח על חוב השטר שבדידו דע"ז נעשה שליח רק הוא המלוה טוען דתופס בעד הסיטראי וכמו שכ' שם הר"ן להוכיח מזה דאף הפורע על שטרו יכול המלוה להחזיק על חוב של סיטראי שבע"פ וכן מבואר ברשב"א בתשובה (ח"ב סיק"ג) דהו דאבימי איגרי שאמר לו אבימי שקול שטרא וכשהזכיר להם את השטר בשעת פרעון היא מדאמר להו לבסוף הבו לי שטרא והמה אומרים סיטראי אנחנו קבלנו לפרעון חוב אחר עיין שם.

ובזה אם היו ב' עדים ודאי לא היו נאמנים ועל זה דן הרשב"א דכיון דנסתלק הגורם ומודה שקבל המעות שליח נעשה עד ויהיה מתוה שאינו יכול לישבע משלם ועל זה כתב פיון דהעד מעיד שבדין שקל דבתורת פרעון אתא לידיה ולא ניתן לחזרה וטענתיהו לאו אמנה היא דלכ"ע דידיה שקל ואין טענתיהו אלא אשטרא דטוען דלא פריעא הוא והעד מסהיד דפרוע ומשתבע שבועת המשנה ומפטר דלא כמו שכ' בתנאים דהרשב"א אתי עלה מטעם דבשבועת המשנה לא אמרינן מתוה רק הואיל דעיקר טענתיהו על פרעון השטר פיון דבין כף ובין כף המעות בא לידו כדין אינו דומה לנסכא דר"א וכן מבואר בתשובת רשב"א בת"א (סי' מ"ח) ביש עד א' שבא לידו בתורת משכון דנאמן עד כדי דמיו ואינו דומה לנסכא דר"א דבא לידו דרוה חטיפה ובזה מעיד דכדין בא לידו וכתב סוף דבריו וכדמוכח לי שמעתתא דאבימי פ' הכותב וכוננתו פנ"ל דהא דעת רשב"א דגבי שבועת המשנה אמרינן מתוה שאינו יכול לישבע מפסיד פמבואר בתשובתו המיוחסת לרמב"ן (סי' פ"ה) בפוגם שטרו דאם אמר על חלק א"י אינו נוטל וחיוב להחזיר השטר עיין שם אלא ודאי דכאן אתי עלה מטעם פיון דעיקר טענתיהו הוא על שטרא דטוען דלא פריעא הוא והעד מסהיד דפרוע משתבע שבועת המשנה היגנו דשטרא אינו פרוע וקצת יש לומר למ"ש בתשובת מהר"י אבן מיגאש (סי' קפ"ב) ומובא בש"מ ב"מ (דף ג') דשבועה להכחיש העד תהיה שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו העד לא בלשון שאין לו כלום דזה הוא לשון שבועת היסות לא דרוה שבועת עד א' לכו אמרו מה לעד א' שכן על מה שהוא מעיד הוא נשבע וא"כ כמו כן שבועת עד א' שמעיד שהוא פרוע צריך גם כן לישבע שלא נפרע ממה שהעיד עליו העד וכיון דאינו מכחיש להעד שמעיד שנתן



לו על פְּרֵעוֹן הַשְּׁטָר רַק שְׂאוּמֵר שְׁזָה הַמְּמוֹן לֹא קִבֵּל עַל חוֹב הַשְּׁטָר רַק עַל חוֹב אַחֵר אִם כֵּן אֵינוֹ נִשְׁבַּע עַל מַה שְׂמַעִיד רַק דֵּהשְׁטָר אֵינוֹ פְּרוּעַ מ"מ יֵשׁ לוֹמֵר דָּהָא כְּבָר הוֹכִיחוּ הָרֵאוּשׁוּנִים מִן הָא דִּיכּוֹל לִישְׁבַע וְלֹא אֲמַרִינָן מְגוֹ דְחִשׁוּד אֲמַמוּנָא חִשׁוּד אֲשִׁבוּעָתָא דְשָׂמָא מְלָנָה יְשִׁינָה יֵשׁ לוֹ עָלָיו דָּאֵם יֵשׁ לוֹ עַל חֲבִירוֹ כְּנִגְדוֹ יְכוּל לִישְׁבַע בְּסַתָּם דְּאֵינוֹ חֵיב לוֹ כְּמִבְּנֵי אַרְבֵּי עָשָׂר וְשִׁמְ"ב"א וְשִׁמְ"ב"מ (דָּף ו') וְרַמ"א (ס' ע"ב) וּמוֹכַח דְּאֵינוֹ חֵיב לִישְׁבַע דִּהְעֵד אוֹמֵר שְׂקָר רַק דְּעַל מַה שְׂמַעִיד הָעֵד דְּחֵיב לוֹ נִשְׁבַּע שְׂאֵינוֹ חֵיב וְהֵינּוּ שְׂאֵין לוֹ אֲצִלֵי כְּלוּם מִמָּה שְׂהַעִיד עָלָיו הָעֵד וְזֶה נִשְׁבַּע בְּאַמְתָּת כִּינָן דְּנִפְקַע הַחוֹב עַל יְדֵי מַה שְׂיֵשׁ לוֹ בְּיָדוֹ כְּנִגְדוֹ וְכוּנָן הַרִיב"ן מִיגָאֵשׁ אֵינוֹ רַק דְּצָרִיף לְהַזְכִּיר בְּשִׁבוּעָתוֹ מִמָּה שְׂהַעִיד עָלָיו הָעֵד אֲבָל לֹא שְׂיִשְׁבַע שְׂהַעֵד אוֹמֵר שְׂקָר וְאִם כֵּן כָּאֵן גַּם כֵּן אִף דְּהוּ' מוֹדָה לְהָעֵד שְׁנַתָּן לוֹ עַל פְּרֵעוֹן הַשְּׁטָר מ"מ יְכוּל לִישְׁבַע דְּמַה שְׂמַעִיד הָעֵד דֵּהשְׁטָר נִפְרַע עַל זֶה נִשְׁבַּע דֵּהשְׁטָר אֵינוֹ פְּרוּעַ כִּינָן דְּלְדַבְּרֵי קִבֵּל זֶה הַפְּרֵעוֹן עַל חוֹב אַחֵר מַה שְׂאֵין כֵּן בְּנוֹסָפָא דַר"א דִּהְעֵד מַעִיד דְּחִטָּף מִחֲבִירוֹ אִם נִשְׁבַּע שְׂהוּא שְׂלוֹ עַל זֶה אֵין הָעֵד מְכַחִישׁוֹ וְאֵינוֹ נִשְׁבַּע עַל מַה שְׂהַעֵד מַעִיד דְּחִטָּף וְכִינָן דְּנִשְׂאָר דְּבָרֵי הָעֵד דְּחִטָּף שׁוּב אֲמַרִינָן חֲזַקָה כָּל מַה שְׂפִיֵד אָדָם הוּא שְׂלוֹ לְכֹף חֵיב לְהַחֲזִיר אֲבָל הֵיכָא דְּבִין כֹּף וּבִין כֹּף הַמְּמוֹן הוּא שְׂלוֹ וְטַעֲנַנְיָהוּ רַק עַל הַשְּׁטָר אִם פְּרוּעַ הוּא אוֹ לֹא וְזֶה יְכוּל לִישְׁבַע דְּאֵינוֹ פְּרוּעַ] וְע"ז פְּתַב הַרְשֵׁב"א דְּאֵי פִקֵּחַ אֵינְדָּה יְהִיב לִיהַ מְנָה אַחֲרֵינָא בְּאִפִּי הַאי סִהֲדָא וּמוֹקִי קִמְאֵי בְּהַלְוָאָה וְהוּי לִיהַ מִתְשַׁאֵיל"מ וְהֵינּוּ נִדְּאֵי בְּדוּקָא דְּמוֹקִי קִמְאֵי בְּהַלְוָאָה כִּינָן דְּנַתָּן לוֹ עַל פְּרֵעוֹן הַשְּׁטָר וּכְשֵׁהוּ' פּוֹרַע לוֹ שׁוּב שְׁנִית נִתְבַּטַּל הַפְּרֵעוֹן הָרֵאוּשׁוֹן וְהוּי כְּבָא לִידוֹ בְּגִזְלָא וּבְחִטָּיָה וְדוּמָה מְמַשׁ לְנוֹסָפָא דַר"א.

וְעֵינָן בְּסִפְרָא גְּתִיבוֹת מְשַׁפֵּט הַגְּדוֹל (דָּף כ"ז) דְּכַתְּבֵי דְּדוּקָא נִקֵּט הַש"ס פ' הַפּוֹתֵב לִישְׁנָא דְּקִמְאֵי דְּדוּקָא לְקִמְאֵי הוּא דְּמַצִּי מוֹקִי בְּתוֹרַת הַלְוָאָה אַעפ"י כְּשִׁנְתָּנוּ לוֹ הֵיךְ בְּתוֹרַת פְּרֵעוֹן דְּכִינָן דְּהַמְּלוּהַ תְּבַע מְמַנּוֹ פַּעַם ב' אַח"ז שְׂיִפְרַעְנוּ גְּלִי דַעֲתִיָּה דְּלֹא קִבֵּל הָרֵאוּשׁוֹן בְּתוֹרַת פְּרֵעוֹן וְנִשְׂאָרוֹ בְּהַלְוָאָה גְּבִיָּה מְמִילָא וּבְעוֹבְדָא דְּהֵי גִינָאֵי סוּף פ"א דְּגִיטִין אַעפ"י שְׂהֵיָה יוֹדַע שְׂעַד א' מַעִיד שְׂאֵינוֹ חֵיב לוֹ כְּלוּם נִתְּנָם לוֹ בְּתוֹרַת פְּרֵעוֹן מִי הוֹצִיאָם אַחֵר כֹּף לְהַלְוָאָה מִפְּרֵעוֹן כְּדֵי לְחֵיב עָלֵיהֶם ש"ד עֵינָן שָׁם וְהֵינּוּ כְּמִן שְׁנַתָּן לוֹ עַל פְּרֵעוֹן וְשִׁחְזִיר לוֹ הַשְּׁטָר כִּינָן שְׂלֵא הַחֲזִיר לוֹ וְלֹא נִתְקַיִים הַתְּנָאֵי וְהַצָּרִף לְפָרוּעַ פַּעַם שְׁנִית נִתְבַּטַּל הַפְּרֵעוֹן הָרֵאוּשׁוֹן וְהוּי כְּבָא לִידוֹ בְּתוֹרַת גְּזֵל וְדוּמָה מְמַשׁ לְנוֹסָפָא וּבְאַמְתָּת אִם הֵי ב' עֵדִים עַל פְּרֵעוֹן הָרֵאוּשׁוֹן עַל הַשְּׁטָר הִ' מוֹצִיאִין מְמַנּוֹ אִף כִּי תְּפּוּס כִּינָן דְּלֹא שְׂיִיף חֲזַקָה דְּשְׁטָרָה בְּיָדֵי וּלְכֹף עַל יְדֵי עַד א' הוּי מִתוֹשַׁאֵיל"מ דְּכָל זְמַן שְׂלֵא נִשְׁבַּע לְהַכְחִישׁ הָעֵד הוּא כְּשִׁנִּים: וְרֵאִיתִי לְמִי שְׂתַמָּה עַל הַרְשֵׁב"א כִּינָן דְּטַעֲנָה דֵּהשְׁתָּא אֵינוֹ סוֹתֵר לְהַעֲדִים אֲלֵא דְּאֵינוֹ נֶאֱמָן טַעֲנַת סִיטְרָאֵי רַק בְּמַגּוֹ מִי עֲדִיף עַד א' מִב' עֵדִים וְהֵרִי בְּמִקּוּם דְּאֵינוֹ נֶאֱמָן לוֹמֵר לְקוּם אֲלֵא בְּמַגּוֹ וּכְשִׁישׁ עֲדֵי רֵאִיָּה דְּלִיכָא מְגוֹ אֵינוֹ נֶאֱמָן וּבְהַרְאָה לְפָנֵי ב"ד נֶאֱמָן הֵרִי אִף דֵּהשְׁתָּא אֲנִן סִהֲדֵי מ"מ אִם לֹא הָרֵאָה לֹא הוּי עֵדִים נֶאֱמָנִין וְהֵכָא נְמִי כִּינָן דְּבִטְעֵנָה דֵּהשְׁתָּא לֹא מְכַחִישׁ סִהֲדֵי וְאִם לֹא הִ' מוֹדָה שְׂקִבֵּל לֹא הוּי עַד וְאֵינוֹ דוּמָה לְנוֹסָפָא דַר"א דְּהַתָּם כָּל זְמַן שְׂלֵא נִשְׁבַּע אִיכָא חַד סִהֲדֵי דְּהוּי כְּב' לְעַנְיָן שְׁבוּעָה אֲבָל כָּאֵן בְּלֹא הוֹדְאָתוֹ שְׂקִבֵּל לִיכָא עַד וּמֵאֵן קְמַשׁוּי לִיהַ עַד בַּע"ד הָא הוּא אֲמַר שְׂעַל חוֹב אַחֵר קִבֵּל וְכַתְּבֵי דְּאֲפִשֵׁר הַרְשֵׁב"א קֵאֵי בְּשִׁיט' הַרְאָב"ן מוּבָא בְּש"ף (ס' מ"ז) וְלֹא קִיִּיל כֵּן.

ונה אינו דוֹדאי דעת רש"א פהספמת כל הפוסקים דאם הוציא בב"ד אחר שטענו לא חשבין לעדי ראיה וכדהוכיח הש"ך שם מפל הפוסקים. וכן מבואר להדיא בתשובות המיוחסות (סי' פ"ד) וז"ל אבל אם קודם שהוציא שמעון המשפון בב"ד נפלה מחלוקת ביניהם שמעון נאמן מפני שבשעת שטען עליו בב"ד נפלה מחלוקת מיד נאמן במגו דאי בעי אמר החזרתיו וכיין שכן אף שהוציא ולבסוף ראיהו תח"י לא הפסיד נאמנתו הראשון כו' עיי"ש מבואר דמהני לו המגו גם אח"כ ולא הפסיד נאמנתו הראשון והטעם כיין שפבר היינו דנין על המשפון או על חיובו וניתן לו הנאמנות מטעם המגו אף דאחר כך אנו עדי הראיה קם דינא מה שהיה נאמן בכת המגו.

ונה שייך במקום שהיינו דנין על החפץ. מה שאין פן בהו דאבימי פבר כ' הרש"ב"א דאז כל זמן שלא נפרע השטר אין טענותיהם על הממון ולא ניתן לחזרה ואין טענותיהו רק על שטרא והוי כעד א' מעיד שהוא פרוע ונשבע וגובה בהשטר.

רק אם פקח הוא ופורע לו השטר ואז כיין דעיקר דיניהם הוא על מנה הראשונה שקבל בתורת פרועון על השטר וכיין דלא החזיר השטר בעד הפרעון שקבל ופרע לו השטר בפ"ע נעשה הפרעון הראשון חוב או גזל בידו כיין דלא ניתן לו על דרך זה ואף דאז הי' נאמן במגו דלהד"ם מ"מ לא הוי טענותיהו על ממון זה פלל רק על השטר ואז לא הוי השליח עד ועכשיו שפבר הודה שקבל ונסתלק הגורם נעשה השליח עד אם פן דומה ממש לנספא דר"א דכ"ז שאינו נשבע להכחישו הוי העד לענין חיוב שבועה כשני' ואם אינו נשבע כיין דהודה דחטר ועל מה שאומר דדידיה חטר אינו נאמן הכא נמי אף פי על ידי הודאתו שקבל הפרעון קמשוי לי' להעד מ"מ כיין שהעד מעיד אחר כך שנית בתורת עדות שקבל ממנו הממון שנתן לו על שטר שפרע לו הלנה אחר כך גזירת הפתוב הוא דכל זמן שאינו נשבע להכחישו הוי כשנים ועל טענת סיטראי אינו נאמן דלאו טענה מעליה הוא ואף דכבר היינו דנין להאמינו על סיטראי מטעם מגו דלהד"ם הא גם אם לא היינו מאמינים לו רק על השטר דלאו פרוע הוא פדין עד א' מעיד שהו' פרוע והיה חייב לישבע והשבועה אינה מבררת שהדין עמו דהא גם בעד א' מעיד שהוא פרוע אף אם פבר נשבע להכחיש להעד אם פקח הוא מיימי ליה לידי שבועה דאורייתא פמבואר בתשובה המיוחסת (סי' ק"ט) משם הראב"ד [ועיין ס' בית מאיר (סי' צ"ו סי"ג) דכתב דיעשה פן קודם שבא לב"ד דאחר כך בלתי אפשר לקיים עדותו מד"ת ולהביאה לידי ש"ד והראב"ד פשיטא ליה להיפך] והיינו אף דכבר נשבע נגד העד להכחישו ומ"מ גזירת הפתוב הוא דלא משביעין שבועת התורה רק לפטור ולא לקטול וכיין דאז היינו דנין שיש בידו השטר ול"ה מחייבין ליה רק מתקנת חכמים יכול אחר כך לעורר עליו הישנות ולהביא העד לפני ב"ד שיעיד שוב שנית שיהיה נשבע שבועת התורה ויפטר הרי אף דאז היינו דנין להאמין להמלנה ומטעם חזקה דשטרא בידי דמלנה מאי בע' ומד"ת מוציאין ממון בזה ואף לישבע להכחיש העד אינו צריך רק תקנות חכמים להפיס דעתו ונשבע ובכ"ז יכול אחר כך להשביעו אחר הפרעון והיינו דכל זמן שהיה נשבע ונוטל אינו שבועת התורה והיינו דנין רק על השטר אם פרוע הוא או לא לכן לא אמרינן קם דינא רק על מה שהיינו דנין להגבותו ואחר כך אף שידענו שמה שתובע ממנו דחייב לו הוא בשביל דאמר דפרע לו ותובע הפרעון הראשון והיה לו חזקה אלימתא דשטרא בידי דמלנה מאי בעי בכל זה אין החזק' זו פוטרת אותו משבועה דרמא התורה עליו

שִׁישְׁבַע לְהַכְחִישׁ הָעֵד וְחֵיב לִישְׁבַע כְּמוֹ כֵּן בְּהֵךְ דְּאֲבִימִי אִף דְּשָׁם מְעִיד הָעֵד בְּבִירוֹר דְּחֵיב לֹו הַפְּרַעוֹן הָא' וְכָאן אִינוּ מְעִיד דְּאִין לֹו סִיטְרָאִי עָלְיוּ מ"מ פִּינֹן דְּטַעֲנָ' סִיטְרָאִי א"נ בְּעֶצְמוֹתוֹ בְּפִרְט כְּשִׁפְרַע לֹו בְּפִירוּשׁ עַל הַשְּׁטֵר דּוֹמָה מִמֶּשׁ לְנִסְפָּא דר"א דְּגַם פִּן הָעֵד אִינוּ מְעִיד רַק עַל הַחֲטִיפָה וְכָל זְמַן דְּלֹא נִשְׁבַּע לְהַכְחִישׁוֹ הוּא פְּשָׁנִים וּמוֹצִיאִין מְמַנּוּ וְהָכָא נְמִי דְּכֻוֹנְתִיהָ אִף אִם הִיא אוֹמֵר לְהֵד"ם לֹא הָוִי הָעֵד בְּעוֹלָם מ"מ פִּינֹן שְׁהוּדָה וּפְרַע לֹו הַשְּׁטֵר שְׁפִיר חֵיב לְהַחֲזִיר הַפְּרַעוֹן הָרֵאשׁוֹן דְּטַעֲנַת סִיטְרָאִי שְׁל עֲכָשְׁיוּ אִינוּ נְאָמֵן דְּכֻבֵּר נִסְתַּלַּק הַגּוֹרֵם וְאִז לֹא הָוִי דְּנִין רַק עַל הַשְּׁטֵר וּז"ב וּפְשׁוּט: שׁוּב רְאִיתִי בְּבִשְׁמִים רֵאשׁ (ס' נ') דְּהַתְּעוֹרֵר בְּהֵךְ דְּאִי פִקֵּחַ הוּא וְנ"ל וּמָה סְבָרָא יֵשׁ בְּזָה וְהָאֵמְדָנָא לְהִיכֹן אֲזַל וְאִם הַמְלִיחָה אוֹמֵר לְהָעֵד שְׁרָאָה הַפְּרַעוֹן הַשְּׁנִי הִנֵּה רְאִיתָ שְׁעֵדִינִן הִנֵּה הַשְּׁטֵר בְּיַדִּי וְעַל פְּרָחֵךְ שְׁעֵדִינִן לֹא שְׁלָם שְׁהָרִי אַתָּה אוֹמֵר דְּמָה שְׁאִין הִלָּה נְאָמֵן דְּאֵלָם כ"כ חֲזַקְתָּ שְׁטֵרָךְ בְּיַדִּי מֵאִי בְּעִי אֵלָא שְׁאִין זֶה הַטַּעַם דְּאִין אֵמְדָנָא הַזֹּאת מְכַחֶשֶׁת עַד א' אֲבָל הַטַּעַם הוּא שְׁהַשְּׁטֵר הוּא בְּיַד הַמְלִיחָה תְּמוּרַת מְמוֹנֹו עַל תְּנָאִי שְׁבָבוּא הַזְּמַן יִשְׁלָם לֹו וּכְשֶׁהִנִּיחוּ הָוִי כְּהִנִּיחַ מְמוֹנֹו שְׁאִינוּ יְכוּל לְהוֹצִיאֹו אֵלָא בְּב' עֵדִים כּו' וְהַתּוֹרָה לֹא חֵיִיבָה שְׁבוּעָה אֵלָא לְפִטוֹר עֲצָמוֹ דְּעֻמְדָה עַל סוּף דְּעֵתוֹ שְׁל אָדָם שְׁכַחְתּוּבְעִים אוֹתוֹ לְשִׁלָּם מְשַׁתְּמִיט אֲבָל לֹא הִבָּא לִיטוֹל אוּ דְנְאָמֵן בְּלֹא שְׁבוּעָה אוּ דְאֵפִילוּ שְׁבוּעָה אִינוּ מוֹעִיל ע"ש בְּאִנְרֵךְ הָרִי דְּהַרְגִישׁ בְּזָה דְּלָמָּה מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ אַחַר כֶּף פִּינֹן דְּחֲזַקְתּוּ דְּשְׁטֵר נוֹדַע וְלָמָּה שְׁכ' לֹא קִשְׁיָא דְּאִז הִנֵּה הַשְּׁבוּעָה רַק לְהַפִּיס דְּעֵתוֹ וְאַחַר כֶּף פִּינֹן דְּבָא לְתַבְּנֹעַ מְמַנּוּ אִינוּ פּוֹטֵר אוֹתוֹ מְשַׁבְּעַת הַתּוֹרָה וּבְאֵמַת צְרִיף שְׁיַעִיד מְחַדָּשׁ פִּינֹן דְּפָנִים חֲדָשׁוֹת בָּא לְכָאן דְּעֵתָה תּוֹבַע מְמַנּוּ מְעוֹת פְּרַעוֹן הָרֵאשׁוֹן שְׁנָתָן וְלֹא קִיָּים תְּנָאוֹ לְהַחֲזִיר הַשְּׁעֵר וְאַחַר שְׁפְרַע לֹו שְׁנִית נְעֻשָׁה מְלִיחָה לְמַפְרַע.

וְכֵן פְּתַב בְּהַפְּלָאָה בֵּאֵה"ע (ס' צ"ו ס"ק י"ז) פִּינֹן דְּאִז לֹא הוֹעִיל עֵדוֹתוֹ עַל חֵיב שְׁבוּעָה דְּאוֹרֵייתָא אִינוּ מוֹעִיל עֵדוֹתוֹ שְׁל אִז עַל אַחַר כֶּף וּבְחִידוּשֵׁיו לְכַתְּוָבוֹ (דף פ"ח) כ' דָּאִם הָעֵד כְּבָר עֲשָׂה פְּעוּלָה עַל פִּיו לֹא מְחֵיב ש"ד וּז"א דְּאִף דְּכֻבֵּר הָעֵיד וְנִתְקַבַּל עֵדוֹתוֹ שְׁיִשְׁבַע שְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן מ"מ אַחַר פְּרַעוֹן הַשְּׁנִי כְּשִׁמְעִיד מְחַדָּשׁ בְּכַחוֹ לְחֵיִיבוֹ שְׁבוּעָה דְּאוֹרֵייתָא כְּמִבּוֹאֵר בְּתַשׁוּבַת הַמִּינוֹחֶסֶת הַנֶּ"ל מִשָּׁם הָרֵאָב"ד [וּקְצַת יֵשׁ לְהַעִיר דְּהוּי עֵדוֹת שְׁאִי אַתָּה יְכוּל לְהַזְמִינָה פִּינֹן דְּאִי יְתוּזִים יְהִיָּה נִפְסָל לְמַפְרַע מִן הַגְּדָה הָרֵאשׁוֹנָה וְכֵה"ג כְּתַבְתִּי לְעִיל בְּדִינֵי עֵדוֹת כְּמָה פְּעָמִים] עכ"פ דְּבָרֵי רַשְׁבֵּ"א נְכוּוֹנִים כְּמוֹ דְּשָׁם מְקַבְּלִין עֵדוֹתוֹ אַחַר כֶּף פִּן נְמִי בְּהֵךְ דְּאֲבִימִי מְקַבְּלִין עֵדוֹת אַחַר כֶּף אִף שְׁהִיָּה לֹו אִז הַמַּגּוֹ לְסַלֵּק מְמַנּוּ תּוֹרַת עֵדוֹת מ"מ פִּינֹן שְׁלֹא הָוִי דְּנִין עַל זֶה וּפָנִים חֲדָשׁוֹת בָּא לְדוֹן עַל תְּבִיעַת מְמוֹן מְפִרְעוֹן הָרֵאשׁוֹן הָוִי מִתְּשֵׁאִי"ל וּמִשְׁלָם: אִף מ"מ נְרָאָה דְּהַרְשֵׁב"א לְשִׁיטְתוֹ אֲזִיל דְּהוּא סוֹבֵר הִיכָא דְּכְשֶׁפְּנִגְדוּ חָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה דְּהוּי מְדְאוֹרֵייתָא מִתּוֹף שֵׁאִיל"ם וְאִף בְּבָא עַד א' לְחֵיִיבוֹ שְׁבוּעָה פִּינֹן דְּאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַע חֵיִיב לְשִׁלָּם כְּמִבּוֹאֵר מְדְבָרֵיו בְּחִידוּשֵׁי שְׁבוּעוֹת (דף ל"א) אוֹלָם מְדְבָרֵי הַגְּהוֹת מִיְּמוֹנֵי ס' מְשַׁפְּטִים (ס' ס"א) מְבּוֹאֵר דְּכָל עֵיְקוֹר דְּמַהֲנֵי עַד א' בְּטַעֲנַת שְׁמָא לְהִיּוֹת מִשֵׁאִיל"ם מִשׁוּם דְּעֵיְקוֹרוֹ לְשְׁבוּעָה קֶאֱתִי דְכ' אִף דְּמִשֵׁאִיל"ם צְרִיף הַתּוֹבַע לִישְׁבַע לר"ת מ"מ בְּנִסְפָּא דר"א נוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה מְפָנִי שְׁהָעֵד מְסִיְעוֹ לְתוֹבַע וְהָא דְּפְרִיף בִּש"ס שְׁבוּעוֹת (דף ל"ב) אֵלִימָא דְּחָשִׁיד לָנָה מִי יֵאֵמֵר דְּמְשַׁתְּבַע הִינֵנוּ בְּחָשׁוּד אִי נִימָא דְּכְשֶׁפְּנִגְדוּ נוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה א"כ הִי מְפִיק מְמוֹנֵי מְנִיָּה כָּל שְׁעֵתָא אֲפּוֹמָא דְּחַד סְהָדִי בְּשִׁלְמָא בְּנִסְפָּא דר"א אִי הָוִי בְּעִי הָוִי טַעֲנֵן לֹא חֲטַפְתִּי וְהוּי נִשְׁבַּע וְלֹא

משלם להכי בטוען דידי חטפתי ואיפא חד סהדי משלם עפ"י עד א' פיון דעיקרו לא אתו סהדי לחייבו ממון קרינו ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל בחשוד אי שפנגדו שקל בלי שבווע' על ידי עד א' נמצא שהיה קם עיקרו לממון דאי אפשר לו להשטם פלל ומשלם היכא דאיפא חד סהדי ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטא אינו קם מעיקרו ועיין מה שכ' אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ב) דאף להסוברים דמדאורייתא אמרינו בחשוד מתשאל"ם היינו במוב"מ אבל בשבועת עד א' לתשובת מיימוני הנ"ל מדאורייתא פטור משום דאין עד א' קם לממון ונשבע ונוטל לא מצינו מדאורייתא ודעת הרשב"א שבוועות שם אינו פן רק דגם ע"י שבוועות עד א' הוי בחשוד משאל"ם לכן הקשה פאן שפיר דכשנסתלק הגורם יהיה לו דין משאל"ם ודן דלאחר הפרעון הוי באמת משאל"ם אם פקח הוא אבל לשיטת הגהת מיימוני דדוקא בנספא דר"א דהעד א' בא רק להעיד על החטיפה ובדיבורו דהודה לדברי העד נתחייב דהי' יכול לומר לא חטפתי ולשבע להכחישו אבל פאן אם מכחיש להעד אין פאן שבוועה פלל נמצא עיקר עדותו לממון קאתי ועיין שם מה שכ' אאמ"ו ו"ל בחשוד אף דהעד אינו מעיד רק דהלנה לו באופן דהי' יכול לומר פרעתי מ"מ מקרי קם לממון דדוקא בנספא דר"א עיקר העדות העד על החטיפה לשבועה קאתי דאם מכחישו נשבע שפנגדו להכחישו אבל בחשוד עיקר לממון קאתי שהיה משאל"ם פשאומר לא לוייתי דכשאומר פרעתי אז לא מהני עדותו פלל וכן כ' בתשובת רע"א ו"ל (סי' קע"ח) אם פן פאן נמי אם מכחישו ואומר להד"ם לאו שם עד עליו דהוא נוגע וכשמודה ומסלק הנגיפה אז אין עדותו רק על ממון ואין עד א' קם לממון וז"ב.

ולנה פנון גם פן כבוד דודי הה"ג הצדיק המנוח מו"ה אליעזר זצ"ל. וגם לא מהני הפיקחות דאם יתבע לו אחר הפרעון גם פן לא יהי' מחוייב לשלם דאין עד א' קם לממון ואף עד א' דעלמא מ"מ אם בא אחר הפרעון אינו בא רק לחייבו ממון פיון דכבר שילם ואינו יכול לחזור עוד ולומר להד"ם שפכר הודה והי' נאמן במגו דלהד"ם אם פן עכשיו אין העד בא רק לחייבו ממון ועיין מה שפכתבתי שם בהגהותי בד"ח שם: ובזה יש לומר במה שכ' בש"מ ריש ב"מ משם רשב"ץ דבנספא דר"א כשיש עד המסייע דדידה חטף פטור ובקצוה"ח (סי' פ"ז סק"ט) חוכך בזה אף דעד המסייע נאמר דפוטרי גם פן במתוך שאי"ל מ"מ בנספא דר"א הוי משאל"ם על החטיפה פיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד דלא חטף והוי כשנים על החטיפה ותו אינו נאמן לומר דדידה חטף.

ועיין מה שפכתב אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני הלנאה (סי' ז') לדון דהחוטף והעד נאמנים במגו דלא חטפתי ולמה שכ' יש לומר פיון דעיקר מה דחייב על ידי העד הוא משום דלא קאתי אלא לשבועה אם היה אומר לא חטפתי וכאן אינו יכול לומר לא חטפתי דעל זה הוי שני עדים ואם פן קאתי רק לחייבו ממון ובזה אינו יכול לחייבו דעד א' אינו קם רק לשבועה.

וכבוד דודי הה"ג זצ"ל הוסיף בזה ליישב קושית התנאים (סי' פ"ז ס"ק ו') למה דהוכיחו דעד המסייע פטור משבועה מדלא פריד ריש ב"מ מה לעד א' שפן אין פיוצא בו פוטרו אם פן אפתי יקשה אמאי לא פריד מה לעד א' שפן אין פיוצא בו פוטרו בטענת שפא דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ולמה שכ' הא דאין עד המסייע פוטר מן משאיל"ם היינו בשבועות שומרין ומוב"מ אבל בשבועת עד א' פשיש לו עד המסייע נהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ סוף סוף כיון דליכא שבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי אף דבשעת עדותו הועיל לשבועה וממילא הוי משאיל"ם מ"מ פשכא אחר כף העד המסייע איגלאי מלתא דלא הועיל העד קמא רק לממון ואף אם נאמר דגם בשבועת עד א' אמרינן בקשוד מדאורייתא משאיל"ם פשיטת רשב"א שבועות הנ"ל היינו משום דסוף סוף עיקרו לשבועה קאתי אי הי' שייך שבועה אבל פשהיה עד המסייע א"ל דעד המחייב עיקרו לשבועה קאתי כיון דעד המסייע פוטר משבועה אם כן עיקר עדות עד המחייב לממון קאתי להיות משאיל"ם ואין עד א' קם לממון.

וכן בנספא דר"א פשיש עד המסייע דדידיה חטף כיון דאם לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא בטענת דידי חטפתי משום דהעד מסייע לו. ועיין ש"ך (סי' פ"ז ס"ק כ"א) וממילא גם בטענת לא חטפתי ליכא שבועה דנאמן במגו דאי בעי אמר דידי חטפתי ואם כן אין לומר דעיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי כיון דאם לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא וע"כ עיקר עדותו לממון קאתי להיות משאיל"ם וכללוא הוא דאין עד א' קם לממון עכ"ד והם נכונים מאד: סי' מה מלנה המוציא שטר מקנים וטוען הלנה שהוא פרוע והמלנה אומר איני יודע אינו גובה בו (ש"ע סי' נ"ט) והוא מבעה"ת (שנ"א) והטעם פתב אף דיש חזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ דמי לחשוד דאפיק שטרך ומשום דאינו יכול ליטבע מפסיד.

ולפי זה אם פתב בהשטר נאמנות דאז אם היה טוען ברי דלאו פרוע הוא היה חייב לשלם. אולם באמת הטור הביא הדין בלי מחלוקת ובחשוד לדין גובה בלא שבועה ואעפ"כ היכא דאמר אינו יודע אינו גובה בו ועיין בדרישה שכתב דהטור למד כן מסברא כיון שאינו יכול לטעון טענת ברי ולכאורה יש לומר דאינו דומה לחשוד כיון דזה רוצה ליטבע רק אנו אין מניחין לו לכה לא מרעינן ליה השטר ול"א בשבועה דרבנן מתוך שאיל"ם ואף לדעת רמב"ם (סי' צ"ב) י"ל דהוא מטעם קנס דקנסו לחשוד כמו שכ' תוס' שבועות (דף מ"ז) ועיין קצוה"ח (סי' פ"ב) ושאר פוסקים סוברים דלא קנסינו ליה ולא מפסיד וכמו שהאריך הש"ך (סי' צ"ב) וזה הפל כיון שטוען עכ"פ טענת ברי ורוצה ליטבע ואנו לא מניחין אותו ליטבע מה שאין כן אם המלנה טוען איני יודע יש לומר לכ"ע הטעם דאינו יכול לגבות משום דאינו יכול ליטבע מפסיד ובזה האלימו חז"ל התקנה דאם לא כן מאי אהני בתקנתן דאם יאמר הלנה אשתבע לי דלא פרעתיך דחייב המלנה שבועה יערים ויאמר דאינו יודע ועיין ש"ך (סי' ע"ב) בטעמא של הסוברים דהיכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינן משאיל"ם משום דהיכא דהוי ליה למידע אמרינן אערומי קא מערים אם כן בזה י"ל הטעם לכ"ע דאערומי קא מערים ויאמר א"י כי היכא דלא יצטרך ליטבע בנקיטת חפץ ואם כן היכא דיש לו בשטר נאמנות דאינו חייב שבועה יש לומר דגובה אף מסתימת דברי הטור משמע דלעולם אינו גובה בא"י ועל פירוש הטעם משום דברי ושמא ברי עדיף היכא דמסייע חזקת ממון לבעל הכרי וכמו שכ' בקצוה"ח ואם כן אף אם יש בהשטר נאמנות גם כן א"ג בו: וראיתי בקצוה"ח שהביא ראיה דאין המלנה גובה בטוען שמא מהא דאמרינן פ' הכותב בטעמא דפוגמת צריכה שבועה משום דפרע דניק דאיפרע לא דניק והתם לא חיישינן למשקר במזיד כמו שכ' תוס'

שם אם כן מוכח דהיכא דהמלוה מסנפק בפרעונו אינו גובה דאם לא כן נהי דלא דייק  
ויאמר בפני ב"ד דאינו יודע נמי גובה ושבועה זו מה טיבה.

ולענ"ד אין ראיה דהא יש להבין למה לא נימא כמו כן גבי שכייר דהדין הוא דנשבע  
ונוטל ועקרוה רבנו לשבועה מבעה"ב ונשדנה אשכיר משום דבעה"ב טריד בפועלו  
וקסבר שנתן לזה ולא אמרינו שישבע בעל הבית כי היכא דלידו' ובתוס' מס' שבועות  
(דף מ"ה ע"ב) ד"ה פי כתבו פינן שהתחיל לכפור שוב לא יודה ואין נותן לב להיות  
נזפר פן יהא מוחזק שקר' ויקשה נימא בפוגמת גם כן פינן שהתחיל לכפור שוב לא יודה  
ועל פרחי צריף לומר דכפוגם לאו לגמרי אינו זוכר כמו בשכיר דבעל הבית טריד הרבה  
מה שאין כן בפרעון חוב דמיפרע לא דייק היינו דדמיונו כוזב לו אבל אם ישם על לבו  
אפשר לו לזפור רק דאינו נותן לב על זה כל פה ובשכיר אינו במציאות על פי הרוב  
שיזפור היטב מפני שעסקיו מרובין כמו שכ' תוס' שם משם רישלמי לכן חשו חז"ל  
שאף עפ"י שיתקנו שיהיה חייב שבועה מ"מ יהיה ללא תועלת פינן שאינו במציאות  
שיזפור ודמיונו מתחזק אצלו וכינן שיתחיל לכפור שוב לא יתן לב כל פה פינן דאינו  
במציאות ושוב לא יודה מה שאין כן בפוגמת פינן שיודע שאם יאמר הלנה פרעתי כולה  
יתחייב לישבע נותן מיד על לבו בחזק שלא ישפח מסכום הפרעון לכן רמו רבנו עליו  
שבועה כי היכי דלידוק וכן מבואר שם בש"מ משם הר"ח דכיון דרמו עלה שבועה  
ויודעת דמשתבע תידו' עכ"ד והיינו דבשביל שיודעת דמשתבע תידוק מיד בשעת פרעון  
לשום על לב שיהיה בזכרון בבירור גמור.

ונה נמי הטעם בהא דאמר אב"מ ב"מ (דף ו') דלא אמרינו מגו דחשוד אממון חשוד  
אשבועה משום ספק מלוה שינה וממון איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה ולא אמרינו  
פינן שהתחיל לכפור שוב לא יודה דכיון דיודע שצריף לישבע ישם על לבו שטענתו  
יהיה בבירור גמור שיכול לישבע עליו ואם לא יצטרף לישבע לא ישם על לבו כל פה  
להזכיר את עצמו בבירור מה שאין כן בשכיר דבלתי באפשרות שמיד בשעת מעשה אף  
שיודע שיצטרף לישבע אם יתבענו השכיר שיזפור בבירור ונתאמ' אחר פה אצלו הטענה  
בכרי שפרע לו עד שישבע ע"ז ג"כ.

ולפי זה י"ל לעולם פהנה דיעות הסוכרים בבעה"ת שם דחזקת שטר עדיף ואף באינו  
יודע מוציאין רק בפוגמת חשו חכמים די"ל הואיל ופרע קצת פרע הפל ודמיפרע לא  
דייק כל פה ודמיונו כוזב לו לומר כרי שלא פרע הפל ויגבה שלא פדת פינן דלא דייק  
ורמו שבועה עליו שידע שיתחייב לישבע וישם על לבו מיד לדייק היטב מה שאין כן  
אם באמת טוען אינו יודע ולא נפגם השטר יש לומר דגובה מטעם חזקת השטר רק  
כפוגם רמו שבועה שידע פינן שיצטרף לישבע וישם על לבו אם האמת הוא שפרע  
הפל או לא: ובנה מיןשב דעת הש"ף (סי' פ"ט ס"ק י') דכתב והה"ד בכל הנשבעין  
וניטלין שנוטלין בשבועתן ומוציאין מבעה"ב אם הם מוחזקין ויש להם מגו נוטלים בלא  
שבועה בנקיטת חפץ ואין נשבעין רק הוסת ועמד על זה ש"ב הה"ג מ' צבי הירש  
אויערבאף נ"י אבד"ק קאנין למה כלל הש"ף כל נשבעין ונוטלין ויש בכלל זה גם כן  
פוגם שטרא הא כפר כתבו תוס' הא דלא מהימן בפוגם במגו משום דהוי בדדמי ואינו  
רוצה לשקר ואם כן מה תוס' תת כח לו המגו לפנותו משבועה.

וכבר עמד על זה בספר שער משפט שם ולמה שכ' יש מקום לדברי הש"ך ויש לוומר דמודה היכא דהיה בידו משפון קודם שפרע המקצת דלא מהני המגו פניו דעיקר מאי דרמו רבנן שבועה בפוגם הוא פי היכא דלידוק פניו שיודע שיצטרף לישבע רק הש"ך דקדק בלשונו אם הם מוחזקין נוטלים בלא שבועה ובפוגם כפונתו אם תפס שלא בעדים אחר שפרע המקצת בזה שפיר מהני התפיסה לפוטרו משבועה דכיון דיש לו מגו הפא לו אחר כף מצד אחר נאמן על טענתו דטוען ברי פניו דבשעת הפרעון ע"כ העלה על לבו לדייק שפיר דלא יסמוך עצמו על זה שיתפוס ממנו ויהיה נאמן במגו רק דיבוא לגבות ממנו ולהוציא בדייניו ואז יתחייב שבועה דרמו רבנן עליו פי היכא דלידוק אם כן נותן על לבו שיהיה בירור גמור לו שיהיה בידו לישבע על זה ואחר כף פשיש לו מגו מצ"א מקבלין טענתו הברור לו פניו דלא חיישינן למשקר הואיל דיש בידו השטר.

ומלבד זה יש לוומר אף אם היה בידו משפון מעיקרא דלא תקנו שבועה בפוגם רק כשפא להוציא אבל ביש בידו משפון אף דברי ושפא לאו עדיף הדברי להוציא מ"מ כפר חקרו האחרונים באם יש לבעל השפא חזקת ממון לחוד ולבעל הדברי חזקת מרא קמא אם מוציאין ועיין קונטרס הספיקות בקצוה"ח (פלל א') וצד הספק שלו הוא היכא דאין לבעל הדברי חזקת מרא קמא וכבר הבאתי בהגהותי בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ט') דברי הרמ"ך בש"מ ב"מ (דף ק') דמסתפק באם יש לבעל הדברי חזמר"ק ושם הבאתי דברי אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' קפ"ג) להוכיח מדברי רמ"א (סי' קפ"ה) בפסוסור אומר בנ' אומר בעה"ב למקרו ובעל הבית אומר בק' אין מוציאין מלוקח הרי אף דמסייע לבעל הדברי חמר"ק אין מוציאין.

ולמה שכ' הסמ"ע שם (ס"ק י"ב) אינו ראיה ועיין מה שכ' שם בד"ח בזה וגם למה שכ' המג"א (סי' ת"ט) משם רבינו בצלאל אשפנזי ז"ל דהיכא דיבענו דעשה השליח שליחותו חזקה דלא שינה וזה לכ"ע אף אם לא סמכינו על חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ אם עשה מעשה ודאי לא שונה אם כן שם בפסוסור יש לוומר גם כן כף פניו דעשה שליחותו למפור יש חזק' דלא שינה מן דעת המשלח המוכר וא"ר משם.

ומ"מ במשפון דבע"ח קונה משפון וידענו עפ"י הלנה גם כן שהיה לו בו קנין ובפרט אם גם עכשיו יש לו קנין ומחולקין על סכום הפרעון לא מהני הדברי נגד שפא להוציא. וע' מה שכ' (סי' ע"ב) דעת הרשב"א דהמלנה חשיב מוחזק ועיין שם בדברי משפט (ס"ק י"ב) וכאן עדיף פניו דנשתעבד מעיקרא על הסף שתובע על הפרעון אם כן הוי כפא להוציא ממנו ולא אמרינן ברי ושפא ברי עדיף וזה צ"ע.

ומ"מ כשפא המגו מצ"א אחר שפגם או אחר פרעון המקצת בזה אתי שפיר דברי הש"ך פניו דבלעדי התפיסה היה נאמן בשבועה ורמי על נפשו ומדכר דמדייק שפיר ונאמן המלנה שדייק מעיקרא במגו וכמו שכ': והיכא דנשתתטה המלנה והלנה טוען דפרע דהוי ברי גרוע יש לוומר דגובה האפוטרופס שמעמידין הב"ד ואף דאינו יכול לישבע שלא נפרע מ"מ לא מבעי למה דהכריע הש"ך (סיצ"ב) בחשוד דאף דאינו יכול לישבע לא מפסיד ה"נ לא מפסיד ומוקמינן השטר על חזקתו אלא אף לדעת הרמב"ם וסייעתו דבחשוד מפסיד י"ל דקנסין ליה אבל היכא דא"י לישבע מצד אונס לא.

ועי' קצוה"ח (ס' פ"ב) ונתיבות (סי' ע"ב ס"ק כ"ה) וכאן עדיף דאנו טענינו עבורו ואף דלא מצינו טענה להוציא מ"מ פשיש שטר בעיניו שמה גרוע ובלא הוי ליה למידע לא מפסדינו ליה לשטרא ומכ"ש בנשתטה: ואם בא לגבות מן היורשים בשטר וטוען שמה כ' הנתיבות אף דהוי שמה טוב וברי גרוע מה שהב"ד טוענין עבור ונתומים מ"מ דינו כמו בקשוד שהוציא שטר על יורשים המבואר (סי' צ"ב ס"ב) דאינו גובה וכתב נאפילו כ' בו נאמנות דבטענת איני יודע לא שייך בו נאמנות.

ונה דבר תימא הא בטור שם כ' דהוי כמו מת לנה בחיי מלנה ואח"כ מת מלנה דאינו גובה. ועיין שם בפרישה דכמו דהתם מפסידין בני המלנה הואיל דאינם יכולים לישובע כ"ש במלנה עצמו פשיש אינו יכול לישובע דאינו גובה דהקילו גבי יתומים והוא התקנה עצמו דרו"ש וא"ז בכלל אמרם הבו דלא לוסוף עלה ושם אם יש נאמנות בהשטר דאביהו לא הנה צריך לישוב' גובין פמבואר (סי' ק"ח) אם פן למה יגרע פח נאמנות בשביל שאומר איני יודע הא כל מה דצריך לאלים פח יתומים הוא פשיש חיוב שבועה וכשאינו יכול לישובע נגדם שבועת המשנה אינו גובה אבל במקום שיש נאמנות ואינו צריך לישובע אף דטוען שמה מ"מ י"ל פיון דליכא ברי טוב נגדו מוקמינו השטר על חזקתו אף דשמה גרוע הוא דהוי ליה למידע מ"מ חזקת שטר עדיף דהא הנתיבות בעצמו פתב דאם דבמקום דלא הוי ליה למידע פגון שצוה לפרוע לשליח והמלנה מסופק דאם הלנה חי וטוען שפרע לשליח דפטור כמו שכ' בש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"א) מ"מ לא טענינו עבור היורשים אף שהוא להחזיק והוי כברי מ"מ פיון דהשמה הוא עוב דלא הוי ליה למידע לא אמרינו ברי עדיף דאפילו באיני יודע אם פרעתיך דעת פמה פוסקים דבלא הוי ליה למידע פטור כ"ש הקא עכ"ד.

וכיון דמדמה לאיני יודע אם פרעתיך ושם עיקר הטעם דבלא הוי ליה למידע דנשאר חזקת חיוב ובהוי לי' למידע טענה גרוע הוא ומחזיקין אותו למשקר וטוען שמה אבל אם הנה ברור לב"ד שאינו יודע הנה פטור פמבואר בנתיבות (סי' ע"ה סק"ז) ואם פן פאן גם פן פיון דבלא הוי ליה למידע מוקמינו השטר על חזקתו וגובה מן היתומים ממילא פשיש נאמנות בהשטר ואם הנה טוען ברי לא הי' צריך שום שבועה אף דהשמה גרוע וכי משום דהנה לו לידע ולא ידע קנסינו ליה ולמה לא יגבה מן היורשין; אולם באמת פמה דכ' הנתיבות פיון דהש"ך (סי' קכ"א) מדמה ליה לחנוני על פנקסו לגמרי דמי וכמו בחנוני אם מת אין היורשי' גובין כמו כן נמי לא טענינו בעדם דפרע לשליח.

יש לגמגם בזה דשם הוא להוציא אבל להחזיק בפרט להפוסקים דאף מלתא דל"ש טענינו עבור יתומים למה לא טענינו עבורם דלמא אם הי' אביהו חי הנה טוען דפרע לשליח והש"ך שם לא כתב רק מכח כ"ש כמו בחנוני על פנקסו דנשבע ונוטל מבעה"ב אע"ג דפועלים מכחישין פיון דצנה בעה"ב ליתן כ"ש דהלנה פטור פיון דהרשהו ליתן אבל מ"מ יש לומר דעדיף פיון דהוי להחזיק וטענינו גם עבור יורשים דלמא פרע אביהו והוי להחזיק ובחזקת שטר לחוד פיון דטוען שמה אף דלא הוי ליה למידע אין מוציאין רק היכא דגם הלנה טוען שמה דהוי ריעותא טובא דמיפרע לא דייק ודפרע דייק ובזה יש לומר אף במקום דהוי ליה למלנה למידע דגובה אבל בעדייתומים דליכא ריעותא אנו טענינו אף בלא הוי ליה למידע ואף ביש נאמנות בשטר מ"מ לא מהני נאמנות פיון שטוען



איני יודע וכמו שכ' באורים דנאמנות לא מהני אם אינו יודע היכא דהמלנה טוען שמא אכל אם נאמר דחזקת שטר עדיף ובלא הני ליה למידע גובה מיתומים יש לומר דגם בהני ליה למידע גובה היכא דיש נאמנות ועיין מה שכ' אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' נ"ט) בזה ועיין נתיבות (סי' ע"ח ס"ק א') הא דגובה בשטר אם שניהם טוענים שמא הוא משום דלא ריעא כל כה טענתיה דמלנה דסמך אשטרא ולכה אינו זוכר וכיון דלא ריעא יש לומר דרק אם הלנה מעיז ומכחיש פנגדו וטוען ברי דפרע לו אז אינו גובה אכל בעד יתומים דלא הני טענת ברי טובה מוקמינו השטר על חזקתו רק שבועה צריה ומפסיד מתקנה דרב ושמואל פשאינו יכול לישבע אכל אם יש לו נאמנות י"ל דגובה: והנה ראיתי בתשובת דברי ריבות (סי' פ"ו) דדן במלנה שחמר ללנה אני הולך למקום אחר וצינה עליו שיפרע לסוחר נכרי פלוני והנני מניח בידו שטרך וקבלתו קקבלתי וטוען הלנה שפרע והיה נחפז לקחת ולא לקח ממנו השטר והנכרי החזיר להמלנה השט' ודן פיון דהמלנה אינו יכול לישבע פטור הלנה.

ובמל"מ (פ"ד) מטוען כתב על דבריו שכתב ואע"ג דלא אמרינו מתשאל"ם אלא בשבועה דאורייתא וכמו שכ' רשב"א בתשובה וכתב המל"מ דהדברים פשוטי דעד פאן לא חילק הרשב"א בין שבועה דאורייתא לדרבנן אלא בנשבע ונפער אכל בנוטל אם אינו יכול לישבע א"נ כמו שכתב רשב"א גבי פוגם שטרא בתשובה המנוחסת (סי' פ"ה) מובא ב"י (סי' ע"ב) וי"ל דעד פאן לא כתב הרשב"א רק בפוגם דאינו נוטל רק בשבועת המשנה ואף אם לא טען אנו טענינו ליה בזה אלימי הריעותא וכשאינו יכול לישבע אף בלא הני ליה למידע מפסיד אכל בשבועה דפרע השטר דאי לא טען אנו לא טענינו ליה בזה דן המר"י אדרבי ז"ל די"ל אם אינו יכול לישבע ובלא הני לי למידע דאינו מפסיד.

ועיין תשובת ר"י בן מיגאש ז"ל (סי' ס"ד) במלנה שהוציא שטר חוב והלנה טוען שפכר פרע וגם טענת אין לי דאינו דומה לפוגם שטרא דאנו טענינו שישבע שלא נפרע כולה לכן אין הלנה חייב לישבע שאין לו לפרוע עד שישבע מקודם המלנה אכל בטוען אישתבע לי דלא פרעתיה פיון דאנו לא טענינו לי חייב הלנה לישבע מקודם שאין לו דלא מרעינו ליה לשטרא משום טענה ואף השבועה אין הב"ד מחייבין אותו אלא עד שיאמר אשתבע לי הרי שהשטר אצלם קיים על חזקתו לכן מן הראוי שישבע הלנה שאין לו קודם שישביע את המלנה על השטר עיין שם.

הרי דשבועה מה שהב"ד מחייבין אותו בלא טענת הלנה מביא אותנו לבית הספק ולא שבועה דמשביעין אותו על ידי טענת הלנה דתובע שבועה. כמו כן יש לחלק אף אם בפוגם שטרא וכן בבא ליפרע מיתומים דמפסיד אם אינו יכול לישבע מ"מ אינו ראיה היכא דטוען אשתבע לי דלא פרעתיה באם אינו יכול לישבע די"ל דאינו מפסיד לכן האריה המר"י אדרבי להביא ראיות דאין לחלק דגם שבועת אשתבע לי דלא פרעתיה הוא פועל שבועת התורה ודן דאף בלא הני ליה למידע דפטור הלנה ואינו חייב רק חרם סתם.

אולם הדברים קשים להורע פח השטר במקום דלא הני ליה למידע ואף דהרשהו לפרוע להנכרי מ"מ הא אידכר ליה השטר ואמר ליה אני מניח שטרך בידו ואם פן אף אם נאמר מתשאל"ם מ"מ היינו משום דהרשהו ללנה שיפרע להנכרי הסוחר אולם פיון דהנכיר

לו השטר והוא פשע ולא לקח ממנו השטר כבר שינה בשליחותו דאם היה לוקח השטר מייד הנכרי הסותר לא היה יכול להעזי נגד המלנה ולומר דלא פרע לי כיון דאין בידו השטר להחזיר לו והיה יכול לתבוע מן הסותר בדיניהם או שיחזיר לו השטר או שיתן לו המעות שקבל בעבורו ועכשיו שהנכרי החזיר לו השטר אין לו לתבוע ממנו פלוס והוי פאלו פרע הלנה שלא מדעתו להסותר ובזה נדאי גובה המלנה בשטר.

ואף בשליח אם לא לקח השטר מן המלנה אינו חייב רק אם אמר לו שיקח השטר אבל אם לא אמר לו שיקח השטר אעפ"י שהודיעהו שחוב בשטר עליו פטור דמצי אמר סבר הייתי שאת סומך על אמונתו כמבואר בב"י (סי' נ"ח) משם בעה"ת ועיין שם בש"ך (ס"ק ה') מ"מ הנכרי יש לומר למה שכ' מבי"ט מובא בש"ך שם (ס"ק י') דגם שם חייב ואף דעת הש"ך אינו פו היינו בשליח דאין צריך לעשות שליחותו יותר ממה שאומר לו אבל בהרשהו להלנה לפרוע להנכרי אם לא לקח ממנו השטר אזיק ליה בבירור דהנכרי יכחיש ויחזיר לו להמלן השטר וכיון דגם זה לא ידענו אם שילם וריעותא לפנינו דהשטר ביד המלנה יש לומר דהשטר בחזקתו ול"א בכה"ג מתשאל"ם: שוב ראיתי בנתיבות (סי' נ"ח ס"ק ח') דכתב דדוקא פשאומר ללנה שיפרע לשלוחו בלא השטר אז יכול המלנה לומר את הימנתי דומיא דחנוני על פנקסו אבל כשמרשה לשליח ומוסר השטר בידו לא האמין להשליח שיתן המעות בידו עד שיקח השטר מידו דאז לא יכול השליח לכפור בקבלת המעות אבל בלא לקיחת השטר שיהיה יכול לכפור בקבלת המעות ודאי דלא נתרצה שיתן לו המעות באופן זה ולא האמינו בזה עיין שם ואם פן מכ"ש כשמרשה אותו שישלם לנכרי ומזכיר לו השטר לא הרשהו שישלם לו עד שיקח השטר ושינה בשליחותו ויש לומר דלא נפקע בטענתו השטר: ומ"ש הדברי ריבות דאף אם טוען המלנה ללנה שישבע לו אינו חייב רק חרם סתם גם פן יש לומר אף אם נאמר דהואיל דלא צנה עליו שיקח מהנכרי השטר אינו חייב בשביל זה מ"מ אף אם לא נצטרף הדברי של הנכרי לחייבו בפרט דהוי נוגע ועיין ש"ך (סי' צ"א ס"ק ג') ובתומים שם מ"מ חייב היסת לישבע הואיל דחובו היה ברור וגם השטר הוא בידו.

ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"ו) ובפרט שהוא רגלים לדבר דהניח השטר ביד הנכרי ואף דבטוען אינו יודע אם פרעתי אין הלנה חייב אף היסת על פרחך משום דריעא טובא פחו של שטר דהוי ליה להמלנה לידע אם פרע או לא ובדי של הלנה טובה דחזקה אין אדם מעיז לומר דפרע אם לא פרע לו ולא מחזיקינו לרגלים לדבר במה שהניח השטר ביד המלנה לחייבו בשביל זה היסת.

אבל בלא הוי למידע דשמא דהמלן טובה ובדי דהלנה גרוע דאינו מעיז ורק סומך את עצמו לומר דפרע דנחזיק לדברי הנכרי לשקרן פאשר פיהם כו' ואם פן במה שהניח השטר ביד הנכרי רגלים לדבר טובא דלא פרע ומידי שבווע' עכ"פ לא פטור וגם יש לומר דחייב לשלם כמו דנראה מדברי בעה"ת דבלא הוי ליה למידע גובה ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' קכ"א ס"ק ד') וכאן עדיף כיון דהזכיר לו השטר ואיהו דאפסיד אנפשיה דפרע להנכרי ולא קבל ממנו השטר וצ"ע לדינא: ועיין תשובת ראנ"ח (סי' פ"א ח"א) במורשה שעושה שטר עבור המרשה ואחר כך טוען שפרע להמורשה וכתב ואין שום סברא שמי שהיה אפוטרופס באיזה זמן על נכסי אדם שיהי' נאמן על שטר הינצא

מתחת יד הבעלים שהוא פרוע עיין שם מה שהביא מדברי תשובת רשב"א מובא ב"י (סי' ע"ב) על לוקח שטר חוב מחבירו ואמר הלנה פרעתי למלנה כיון ששטר בידו חזקה שלא פרעו והביא דבריו בש"ך (סי' ס"ו ס"ק ק"י) והוא נגד כל הפוסקים והש"ך כתב דתשובת רשב"א זו הנה המוכר חייב ללוקח בלא"ה והיא משתעבד לו שטר זה מדר"נ ובכה"ג אינו יכול למחול ולומר פרוע.

ונה אינו להמעין בתשובת רשב"א (ח"ד סי' קס"ה) רק דגוי מכר את השטר לראובן שהנה לו על שמעון וכתב שאם אין המלנה רוצה לישבע אין חוששין לו ואין לוקח זה פאומר איני יודע אם הלוייתיה ואם נתחייבת לי אם לאו דכיון ששטר בידו חזקה לא פרעו דאם פן שטר ביד מלנה מאי בעי ואם אין אתה אומר פן אף היורשים לא יגבו שטר חוב שהניח להם אביהם שיטעון הלנה פרעתי את אביכם והיורשים אין להם טענת פרי שלא פרעו ונתרו להיומן פאומר איני יודע אם הלוייתיה ולבסוף דבריו כתב דאפילו הודה הלנה שפרע אינו נאמן עיין שם.

ומדבריו מבואר דלא בש"ך ה"ל וקאמת יפה כתב הראנ"ח דתשובה זו היא נגד כל הפוסקים דאם אינו רוצה לישבע סוברים דאינו גובה ועיין מה שכ' בשער משפט (סי' ס"ו ס"ק י"א) דרשב"א איירי שנפרע קודם המכירה ועל זה אינו נאמן אף במגו עיין שם דכדבריו נראה מדברי הרשב"א בחלק ד' ה"ל.

עכ"פ הרשב"א מדמה לוקח ליורש דגובה מטעם חזקה דשטרא ביד המלנה מאי בעי מהני אף בטענת איני יודע במקום דלא הוי ליה למידע וכמו שכ' הבעה"ת ונראה מדבריו גם פן דבל"ה לי למידע דהוי שמה גרועה גובה המלנה.

ואם שניהם מסופקים בפרעון המלנה והלנה מבואר מדברי הש"ע (סי' פ"ב) דגובה בהשטר וכו' יש לחקור אם לא גבה עדיין המלנה בו וידענו דהלנה טען גם פן שמה ומת אם גובה מיורשיו דהא י"ל אם חי דלמא הנה טוען נזפרתי בבירור שפכר נפרע השטר ובנדאי אם הנה חי והנה טוען נזפרתי דהנה נאמן כמו המלנה אם טוען נזפרתי אחר כך דכתב בש"ע דגובה כמו כן אם אומר הלנה אחר כך נזפרתי בבירור דהוא פרוע דאינו גובה אם נשאר המלנה בספק וטוען שמה א"כ טענינו כל מה דאביהן הנה יכול לטעון או דלמא דנה לא שכיח הוא ואין טוענין עבור יתומים וכה"ג יש לחקור במוב"מ ואמר חמשין ידעתי ושמעתי לא ידעתי דהוי מתשאל"ם ואם שוב אמר נזפרתי ומכחיש בבירור דמהני ואינו חייב אלא שבועה ועיין נתיבות (סי' ע"ה ס"ק ח') דגם באינו יודע אם פרעתי ונ' ידענא ונ' לא ידענא יכול לומר אחר כך נזפרתי רק בנעשה מתוך על ידי עד א' כיון דאז נאמן כב' במה שאמר שלא פרע שוב אינו נאמן לומר אחר כך שנזפר להכחיש העד דנעשה כשנים.

ואאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' ע"ה) הביא ראי' דגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא אינו נאמן לומר נזפרתי מתוספתתנבות (נ"ב י"ב) דהקשו לר"ה ור"י דברי ושמא פרי עדיף למה לי קרא בנ' ידענא ונ' לא ידענא דחייב מטעם מתוך הא בלא"ה חייב מטעם פרי ושמא פרי עדיף והא אף אי פרי ושמא פרי עדיף מ"מ יכול אחר כך לומר נזפרתי אלא נדאי דדוקא היכא דאיכא עד א' והוא טוען איני יודע אינו נאמן לומר אחר כך נזפרתי.

ואפתי יש להבין בדברי תוס' שם דלמה צריך לתרץ דאיפא למידרש שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דשניהם לא ידעי אלא שעד א' מעיד שחייב לתבירו וזה תליא במחלוקת הפוסקים אם טענו בספק על פי עד חייב הא נ"מ אף אם התובע טוען ברי לענין אם טוען אח"כ נזכרתי דמטעם בו"ש הי' פטור ומטעם מתוך אינו יכול לטעון אח"כ נזכרתי כיון דכבר נתחייב על ידי עד א' דהוי כשנים ומשמע מזה דאף בנעשה מתוך על ידי עד א' יכול גם כן לומר אחר כך נזכרתי ודלא כמו שכ' הנתביבות.

עכ"פ היכא דנתחייב מטעם מתוך דיכול לומר נזכרתי יש לתקור גם כן אם מת אם טענינו עבור יורשין דלמא אי הוי אביהן קנים הי' טוען נזכרתי. וענין קצוה"ח ונתביבות (סי' ס"ט) דחקרו היכא דחייב שבועת מודה במקצת ולא נשבע עדיין ומת אם חייבין היורשים לשלם כיון דכבר נתחייב אביהן ושבועה במקום תשלומין קאי וה"נ יש לומר כיון דכבר נתחייב ממון לא טענינו עבורן אם הנהי חיי דהנהי אומר נזכרתי: וענין ש"מ ב"מ (דף צ"ז) בטעמא דמלתא דאמרין מתשאל"ם דהוא כמו אם אינו רוצה לישבע דנתתינו לנכסיו כן פשאומו שאינו יכול לישבע כן נמי אם מת ולא נשבע הוי פאינו רוצה לישבע דכבר נשתעבדו נכסיו.

אולם ברדב"ז (ח"ה סי' ש"א ש"ט) כתב בפשיטות כיון דנאמן בשבועתו לא נתחייב ממון ואינו גובה מיתומים. וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב פ"ק ג"פ (סי' קל"ג) שכ' בהא דגובה מיתומים בשמתיה ומית בשמתיה דמשפח גונוי פגון דא"ח מודה אינו נאמן דנתחייב לשלם על ידי מתוך ענין שם ומדלא כתב בפשיטות דמת קודם שנשבע אלא נדאי דמ"מ כיון דל"נ אביהן רק שבועה אינו גובה מיורשין רק היכא דכבר נתחייב ממון על ידי מתוך בזה יש לומר אף אם הנהי חיי הנהי יכול לומר נזכרתי מ"מ לא טענינו עבור יתומים וכן נמי היכא דטען בחיו דאינו זוכר אם נפרע השטר חוב שפניד המלנה אף דגם המלנה טוען שפא יש לומר דגובה מיורשין ולא טענינו דלמא אם הנהי אביהן חיי הנהי טוען נזכרתי וצ"ע.

וענין בבית מאיר (סי' קע"ח סט"ו) דין בטוען איני יודע אם פרעתי ונתחייב וסירב ושמתנהו ומת אם היורשים חייבים וכ' דבכה"ג אין טוענין עבורם כיון דגם האב שוב לא הוי יכול לטעון ברי ואף דכתב רמ"א (סי' ע"ה) דאם חזר ואמר אחר כך נזכרתי דנאמן מסתבר דהיינו דוקא כל זמן שלא הגיע לשמתא משמע מדבריו דבלא שמתנהו טענינו עבור יתומים אולי אם הי' אביהן חיי הנהי טוען נזכרתי ומה שכ' לדון דלגבי יתומים הוי פאיני יודע אם נתחייבתי כבר השיג עליו אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ד'): והיכא דהשטר הוא תוך זמנו של הפרעון והמלנה מסופק והלנה טוען ברי דפרע למה דכ' הש"ך (סי' ע"ח) דאינו גובה על ידי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו כיון דאיתרע החזקה על ידי השפא של המלנה וכן העלו שם התנאים והנתביבות דאינו גובה ויש לומר דהוא דוקא אם ליכא רק חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לחוד אבל אם עוד יש חזקה דשטרי בידה מאי בעי יש לומר דגובה דהוי חזקה במקום תרתי ויש לומר דתליא בשני תירוצים בתוספת פתובות (דף ע"ו) ד"ה ונחזק דלתירוץ הראשון דכתבו דטעמי האשה עדיפי וכ"נ וכ"ה גרידא דעדיפא מחזה"ג הוא משום דמסייע ליה חזקת ממון וכן חזקה דאין אדם מתפייס במומין מסייע ליה חז"מ ולחד מנייהו יש כח לחזקת ממון לסייע אבל

לתרונתו בהדי הדדי לא מסייע אם כן יש לומר ה"נ כיון דחזקת שטר עדיף ומוציאין ממון רק הואיל דטוען שפא ומסייע ליה חזקת ממון וכן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף ומוציאין ממון רק כיון דטוען שפא איתרע ומצטרף לחז"מ הפרי ולחד מנייהו יש פח לחזקת ממון לסייע להפרי אבל לתרונתו בהדדי לא.

אולם לתירוץ השני שם בתוס' דלקה עדיפי טעמי האשה משום דאפילו לא יהיה אלא אחד מהן אמת או חזקת הגוף או אין אדם שותה בכוס יש לה פתובה ובעל לא מפטר עד שיהא כל הטעמים שלו אמת אם כן פאן לא שייך זה דבא רק בכח השטר אם פרעו והניח השטר אף שהוא תוך זמנו או לא וכיון דאיתרע במה דאומר שפא אמרינן ברי עדיף בצירוף חזקת ממון וכן נראה מסתימת הפוסקים: ואם מודה הלנה דלא פרע השטר רק דטוען יש לי בידך חוב אחר פנגד השטר ויזה נפקע השטר והמלנה אומר על חוב אחר שאינו יודע פתבו הקצוה"ח והנתיבות כיון דהדין הוא בשנים שיש להם חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה אם כן אף אם אמת הדבר דחייב לו לא נתבטל השטר ואין פאן ספק בשטר כלל נשבע המלנה שאינו יודע אם חייב לו וגובה בהשטר.

ואאזמ"ו ז"ל בדברי משפט מגמגם בזה להמבואר (סי' ע"ב) ברמ"א דהיכא דיכול לטעון על מה שפחת ידו יכול ליטבע בסתם דאינו חייב לו פלום היכא דליכא נפקותא ואם כן יכול הלנה לעפב לעצמו מה שחייב לו על השטר עבור חובו והוי פטוען לנה ברי פרעתי ומלנה אינו יודע דפטור הלנה.

ואאמ"ו ז"ל בד"ת חיו"ד (סי' ל"ד) תמה על זה כיון דלעולם זה גובה וזה גובה והיכא דאיכא נ"מ בעיקר הפרעון וכשאינו יכול לגבות מיתמי מפסיד והכא נמי כיון דעכשיו איכא נ"מ דעל טענת הלנה שיש לו בידו פנגדו מפסיד הלנה דהוי המלנה פאינו יודע אם נתחייבתי והשטר חוב של המלנה הוא ברי שלא נפרע צריף הלנה לשלם מה שאין כן היכא דנאמן להחזיק במה שבידו יכול ליטבע סתם שאינו חייב.

וכנראה דעת אאזמ"ו ז"ל הוא שגמגם במה שפתבו הם כיון דבטענה הזאת לא נפטר מחובו רק זה גובה וזה גובה ול"ש חז"מ דלנה דאפתי חייב הוא רק שפא לתפוע מהמלנ' חוב אחר ואף אם אמת הוא דיש לו בידו פנגדו לא נתבטל השטר ואין פאן ספק בשטר ועל זה כתב בד"מ דכיון דאם אמת הדבר דיש לו בידו פנגדו יכול לעשות חשבון על פרעון חוב ובמקום פסיד' עביד אינש דינא לנפשיה וכיון דבחוב ברור זוזי וזוזי הוי פאומר עשיתי חשבון דאין לה בדי ובשפא דמלנה אינו יכול להוציא ממון רק יש לומר דמ"מ כיון דאין ספק על פרעון השטר במה דעומד לפרעון רק מצד אחר מוציאין עם חזקת השטר בלבד ועיין בספר ושב הפנהו (סי' ס"ז) דהעלה גם כן לדינא דנשבע המלנה שאינו יודע וגובה בהשטר: והנה כל דבריהם המה למאי דפשיטא להו להלכה דברי שפא דלאו ברי עדיף ואף היכא דחייב לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה כמבואר בש"ך (סי' ע"ה) משם הרמב"ן עיי"ש אבל להסוברי דהיכא דחייב לציד"ש מהני תפיסה אם כן לדידהו אין המלנה גובה בהשטר כיון דמצד טענת הלנה דיש לו בידו פנגדו חייב המלנה לצאת ידי שמים ומהני תפיסת הלנה החוב שעל השטר בעד חובו.

וראיתי בספר בית מאיר (ס"ס קע"ד) דיצא לדון בדבר חדש ותמה על הש"ך דיש לומר דהרמב"ן לשיטתו דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה ואף בטענת ברי היכא דתחילת דין

הממע"ה אם לא שלא בעדים לכו גבי איני יודע אם נתחייבתי אינו דין רק מטעם חיוב לצאת ידי שמים וכ' דלא מהני תפיסה אכל להחולקים וסוכרים דבספיקא דדינא אף דלהתופס יש נמי ספק אם חייב לו מ"מ מהני תפיסה פינון דהוא מוחזק מכ"ש שיועיל תפיסה בכרי נגד שמה דהא בספיקא דדינא אינו חייב אף לצאת ידי שמים ואם פן למה שפכת הש"ף בת"כ דבטענת פרי אף בספק בפטר מהני תפיסה פינון דיש ספק לנו ומהני טענת פרי מכ"ש באיני יודע אם נתחייבתי דודאי ספק לנו פינון דגם לנתבע יש ספק מסתבר דמהני תפיסה דידיה ואין מוציאין מידו מספק.

ועל פי זה הוסיף עוד להוכיח דע"כ דעת הרי"ף פדעת רמב"ן דלא מהני תפיסה דאל"כ קשה מה הוצרך לבאר בפוגיא דשקה"ד דעונבדא דר"י בר"י ור"ח ל"ה טעות בשקה"ד ולהכי קם דינא בהחלק שפרעו הא אפי' הוי טעות בשקה"ד או בד"מ אפתי אטו משום דאדם עשוי שלא להשביע את בניו הוי ודאי שפן הוא והודאותו הנה אף שלא להשביע זה א"א ומ"מ מידי ספק לא פלטינון רק משום דאפשר דשלא להשביע הודה דממילא פטורין היורשים דהוי כאא"י אם נתחייבנו וא"כ איף אפשר ליהדר דינא מה שפכר פרעו לא יהי' רק כתופס וטוען פרי אלא ודאי דר"י"ף סובר היכא דתחילת הדין הוא הממע"ה לא מהני תפיסה ועכ"ז הקשה הא הוי כתופס ברשות עינין שם דמדחיק את עצמו בזה.

ולדבריו דבכרי ושמה מהני תפיסה אם פן אף דהשטר מבורר דלאו פרוע הוא מ"מ בטוען יש לי בידיה פנגדו והמלנה מסופק יכול לתפוס חוב של השטר על החוב שיש לו בידי פנגדו.

ואף דהש"ף בת"כ (סי' ק"ל) העלה דל"מ תפיס' נגד שטר דמקרי גבוי לענין זה היכא דהספק אינו על שטר זה רק ממ"א כפר השיג עליו האו"ת שם. ובנתיבות בכללי תפיסה (סי' ט"ו) ישוב דבריו ומבואר מדבריו שם דהיכא דליכ' ספק על השטר רק מצד אחר לא מקרי זה שהמעות ביזו מוחזק ולתפוס אף בטוען פרי ובתרי ותרי רק אם נפל ספק על זה ממש כגון שנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע מ"מ לא נמצא מבואר פן בש"ף שם דאף בכרי לא מהני תפיסה כשהספק הוא ממקום אחר ואדרבה מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' כ"ה) מבואר להדיא דהיכא דיש תרי נגד תרי על חוב אחר דאינו גובה בהשטר הברור ומהני תפיסה דשם הנה הנידון דלהאשה הי' כתובה מבוררת והבעל הוציא עליה שטר חוב אחר שנתגרשה והאשה טוענ' שהיתה אנוסה על השטר חוב שנתנה וכתב הרשב"א אף אם יש עדים שהעידו פן שהיתה אנוסה הוי הדין כתרי נגד תרי ומהני תפיסה והבעל פינון דחייב לה כתובה ונדוניא ויכול לומר יש לי בידיה פנגדו וכו' מעות וסיים שם דדין זה שנה בנתגרשה כפרובמי שיושבת תחת בעלה עדיין ואין הפרש ביניהם לענין זה כלל עינין שם הרי מבואר דאף דהשטר כתובה ונדוניא ברור הוא ואין בו ספק רק דבא מצד אחר דיש לו בידיה פנגדו ועל זה יש תרי נגד תרי מ"מ מהני תפיסה ועינין שם מה שכ' בנתיבות (ס"ג י"ג) לתרץ מהא דכ' רשב"א בתשובה (סי' תקע"א) באשה שמסרה לבעלה ותופס כתובתה דלא הוי כתפיסה משום דצריף שומא וגביית ב"ד עינין שם ובהך דתרי נגד תרי לא שייף לומר פן דהא כפר נתגרשה האשה והחוב ברור ומהני תפיסה ועינין מה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' מ"ו) עכ"פ מבואר להדיא דבטענת פרי מהני תפיסה נגד שטר ברור היכא דהדין הוא דתפיסה מהני ואם פן

אם נאמר פמו שכ' הב"מ דבברי נגד שפא מהני תפיסה ממילא אינו גובה בשטר היכא דהילנה טוען יש לי בינך פנגדו והמלנה אומר א"י: אולם לי צ"ע דברי הב"מ בזה ונבא תחילה על סוף דבריו דאף אם נאמר דספק ע"י טענותיהם הוי פדררי דממונ' הוא' דזה טוען ברי וזה שפא ומהני לבעל הב"מ תפיסה דהוי פמו סד"ד וספיקא דתרי ותרי מ"מ ודאי בב"מ גרוע ושפא טוב היכא דלא הוי ליה למידע לכ"ע לא מהני תפיסה פמו דלא מהני תפיסה בב"מ וברי וברי ונסכא דר"א יוכיח וכמבואר בש"מ רפ"ב דכתנבות דאם אי אתה אומר פן לא שבקת חיי לכל בריה פי פל א' תפוס משל חבירו ויאמר יש לי בינך פנגדו וכמו שכ' בזה בספר ת"כ (סי' קי"ד) ורק היכא דהוי דררא דממונא או בספיקא דדינא דהספק הוא אינו דוקא על פי טענותיהם רק הספק הוא מצד הדין בזה מהני תפיסה אבל בספק שהוא על פי טענותיהם אם פן לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד יגזול מחבירו ויאמר דשלו תופס רק דיש לומר פיון שזה טוען ברי וזה שפא הוי פמו דררא דממונא פיון דגם להנתבע הוא ספק בזה מהני תפיסה בטענת ברי נגד שפא אבל היכא דלא הוי ליה למידע פמו ביורשין אף אם הוי טענות שאנו טענינו בעד היורשין כשפא מ"מ גם דררא דממונא ליכא והמוציא מחבירו עליו הראיה והתופס הוא בחזקת גזול והכי נמי מוכח מב"ב (דף ל"ו) בהני עיני דאכלי חנושלא תפסינהו ונהו קא טעין טובא דאינו נאמן רק במגו דלקוח עד כדי דמיהו ומבואר שם בראשונים דבעלים אינם יודעים כמה אכלו ויש עדים דאכלו ואינם יודעים אם מעט אם הרבה כמ"ש שם ברש"ב"ם ואינו נאמן רק במגו ובשבועה.

ואמאי הא לא יהיה רק ספק והתופס טוען ברי נימא דתפיסה מועיל וכב' העלה בת"כ דהיכא דמהני תפיסה אין חילוק בין תופס גוף הדבר שדנין עליו או תופס מטלטלין על חובו ואם פן פיון דתפיס גוף המזיק עדיף ואמאי אם אין לו מגו דלקוח מוציאין מידו ועיין שם ברמ"ה (סי' ע"ז) דהוכיח משם דאמרינו מגו מאינו מעיז למעיז דכי טעין דהכי והכי אכלו מחנושלאי לא ידע מארי עיני אי משקר או לא ואפ"ה מהני מגו ובלא מגו א"נ הרי דל"מ תפיסה ואף דיש לומר דרמ"ה לשיתתו דסובר דאף בתרי ותרי לא מהני תפיסה מ"מ הא הוא סובר דבספיקא דדינא איבעיא דלא איפשטא מהני תפיס' ועדיף מתרי ותרי דשם יש עדים פנגדו כמבואר בת"כ (סי' י"ד) ואף דהתנאים שם גמגם בדבריו בדעת הרמ"ה מ"מ פנראה מדברי רמ"ה בתשובה (סי' רמ"ד) וב"ב פ' חה"ב (סי' קי"ב) דהש"ף פנון האמת לדעתו דסובר בספיק' דדינא מהני תפיסה וא"כ לדברי הב"מ דמדמה ספק דמציאות בטענותיהם לספיקא דדינא למה לא מהני תפיסה אלא ודאי דהיכא דלא הוי ליה להנתבע למידע לכ"ע לא מהני תפיסה בספק דמציאות על ידי טענותיהם.

וכמו כן בעובד' דר"י בר"י פיון דהדין הוא דאדם עשוי שלא להשביע את פניו וליתומים לא הוי להו למידע ואף אנו טענינו בעדם טענת ברי ודאי דלא מהני תפיסה. וכן מוכח כתנבות עובדא דבב"מ דיתמי דתפסי תורא מנייהו ב"ח אמר מחיים תפיסנא דאינו נאמן רק במגו הרי דלא אמרינו ברי ושפא ברי עדיף אף אם תפס ועיין הגהות מיימוני לספר משפטים (סי' ל"ב) דר"י הביא ראיה משם דבב"מ דהש"ף ומהש"ף מוציאין היורשים מן המחזיק מובא בש"ף (סי' ע"ב ס"ק פ"ח) הרי דתפיסה אף בטוענין על גוף הדבר לא מהני בטענת ברי נגד יורשים דלא הוי להו למידע וכמו כן בעובדא דר"י בר"י

ואף דיש לומר דשם לא הוי דררא דממונא ואין פאן ספק דמוקמינן החפץ על מרא קמא מה שאין פן שם פינו דהודה בשעת מיתה הוי פדררא דממונא ז"א פינו דאנן מחזקינן להודאתו ללא פלום דאדם עשוי שלא להשביע את פניו ולבניו לא הוי להו למידע הוי פרי גרוע ודאי לא מהני תפיסה דלדין דאמרינן אדם עשוי שלא להשביע את פניו הודאתו פמאן דליתא ועיין ש"ד (סי' פ"א ס"ק ל"ג) דמשיג על דברי המרדכי באגודה ומדבריהם גם פן מבואר דתפיסה לא מהני.

ואף בהוי ליה למידע וטוען שפא היכא דליכא דררא דממונא מצד עצמותו בלא טענותיהם רק הואיל דזה טוען פרי וזה שפא זה לא מקרי דררא דממונא רק היכא דבלא טענותיהם הוי ספק ממילא כמו במחליף פרה בתמור וילדה דבזה מהני תפיס' לדעת כמה פוסקים פינו דהוי דררא דממונא והספק נולד ממילא פינו שינדענו מהחליפין ולא נודע זמן הלידה ואף דבש"מ כ' שם משם הרא"ש דהא דאם הוא ברשות הלוקח דזכה בו ולא דמי לתוקפו פהו דמוציאין מידו דהתם טוען שפא והכא טוען פרי משמע דמטעם פרי אתי עלה מ"מ שם הוי דררא דממונא בלא טענותיהם ועיין תומים בקת"כ (סי' נ"ד) כמה לחץ בזה וכתב דשם מסייע חזקת מעונבת עכ"פ בליכא פלל דררא דממונא רק עפ"י טענות שפא פאנו לידי ספק בזה יש לומר דלכ"ע לא מהני תפיסה.

וכן נראה מדברי תוס' ב"מ (נף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא דכ' א"נ ר"נ אתי שפיר פסומכס דמודה סומכס היכא דליכא דררא דממונא דהמע"ה. ומבואר דסברו דמצד טענותיהם שפא פרי נגד שפא לא חשיב דררא דממונא וכינן דלא הוי דררא דממונא לכ"ע לא מהני תפיסה ואינו דומה לספק דתרי ותרי דשם אף לדעת רמב"ן מהני תפיסה פמבואר בני"ש וש"מ ב"מ (נף ו') או מטעם דהוי ספיקא דאורייתא או כמו שכ' רא"ש הואיל דטוען פרי ועכ"פ דררא דממונא הוי וכן בספיק' דדינא בתיקו ופלוגתא דרבנותא פבר כ' הש"ד בטעם הדברי' פינו דיכול לומר קים לי פדעת המחייב ודעת המחייב יש בנמצא או מטע' שפכתבו האחרונים דחזקה אינו מקריע הדין מה שאין פן בספק במציאות על ידי טענותיהם יש לומר דכינן דמוקמינן על חזקת ממון בבירור ואין לנו שום ספק המ"מ עליו הרא' והתופס הוא בחזקת גזלן ואף דכ' הרמב"ן בלשוננו בש"מ שם לשיטתו ונ"ל מ"מ למדנו לענין שאר תפיסות פגון המחליף פרה בתמור וכי"ב דאי תפס בסהדי מפקינן מיניה הא למה זה דומה למי שטוען את חבירו מנה לי פינדה והלה אומר אין לה פינדי דאי תפס בעדים מפקינן מיניה ל"ש פרי וברי ול"ש פרי ושפא פגון הלה אומר איני יודע דפטור אי נמי תפס מפקינן מיניה והיינו תקפה אחד בפנינו כו' פרי וברי ותקפ' פהו שפא ושפא דמוציאין מידו עכ"ל ומשמע מדבריו דאם הנה מהני תפיסה במחליף פרה בתמור הנה מהני בברי ושפא גם פן זה אינו רק לשיטתו דאינו סובר דבדררא דממונא מהני תפיסה ולדידך' שוין פל אפין לכן פרט דאף בברי ושפא פינו דהדין הוא הממע"ה לא מהני תפיסה אבל לדעת דבברי מהני תפיסה במחליף פרה בתמור הוא רק משום דהוי דררא דממונא הא בליכא דררא דממונא כמו בתופס מחבירו דלא מהני תפיסה לא מהני אף אם הלה טוען שפא דבזה גם פן שייך לא שבקית חיי דיתפוס מחבירו שיש לו עמו עסקים וחבירו שפחן ויאמר האמת שאינו זוכר וזה אומר שחייב לו ולא אישתמיט אחד מפוסקים להשמיענו חידוש זה דלהסוברים דבטענת פרי בדררא דממונא מהני תפיסה מהני גם פן אף בדליכא דררא דממונא רק פרי נגד שפא.



וכן מצינו היכא דטוען איני יודע אם נתחייבתי דחייב לישבע שאינו יודע ואם נאמ' דמהני תפיסה אחר כף יאמר הלנה אינו בדין שאשבע ואחר כף תתפוס ממני ויצטרף לבטל תביעתו דומיא דכ' הש"ף (סי' פ"ב ס"ק ד') דלכה בטענת סיתראי אינו חייב לישבע עד שיקרע השטר דאינו בדין שישבע ואחר כף יתפוס בעדו וכוונתו אלא ודאי דלא מהני טענה דאפשר שלא יכול זה לתפוס עינין שם והכא נמי דכוונתו אלא ודאי דלא מהני תפיסה: וכן משמע מדברי תוס' ושאר הראשונים דהקשו ב"מ (דף צ"ז) דהיכי מגלגלין שבועה לעולם דיהיה נאמן במגו דאמר איני יודע וכו' דאין זה מגו דאין אדם עושה עצמו מסופק פי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוענו בריא והוא אומר איני יודע ועינין בך"ן שבועות פ' כה"נ ולמה לזה הא בלא"ה אין זה מגו דאם יאמר איני יודע יהיה ביד זה שטוענו בכל פעם לתפוס ממנו ואף דמצינו דאין זה מגרע פח המגו דהא בש"ס שבועות פריה שבועת השומרים דחייב רחמנא היכא משפחת הא נאמן נאנסה במגו דלהד"ם ולא אמרינן דלכה טוען נאנסה שזה אינו יודע ואינו יכול לתפוס ממנו אבל כשטוען להד"ם דחבירו מכיר בשקרו ויתפוס ממנו אחר כף היינו בלהד"ם דלא מהני תפיסה בעדים רק שלא בעדים ומזה אינו מתירא ממנו דישמור א"ע שלא יתפוס ממנו שלא בעדי' כמו דמשמר א"ע מפל גזלן אבל אם נאמר דבכרי ושמא מהני אף תפיסה בעדים דטענת שמא נגד ברי משוי ליה דררא דממונא מזה קשה לשמור את עצמו לכן אומר להד"ם ואין זה מגו דנאמין לו שהיה יכול לומר איני יודע דמפחד לומר איני יודע שיתפוס ממנו לעולם ואף דיכול לומר אחר כף נזכרתי זה אינו דלאחר שתפס ודאי אינו נאמן לומר נזכרתי ואף לאחר העמדה בדין כ' הנתיבות דאינו נאמן לומר שוב נזכרתי מכ"ש לאחר שתפס אלא ודאי דאף באומר איני יודע לא מהני תפיסה.

שוב ראיתי בש"מ ב"מ שם משם הרא"ש דכ' על קושית תוס' הנז' נעוד שהוא סובר אם היה טוען איני יודע אם יתפוס התובע משלו לא יהא יכול להוציא מידו בטענה ספק עכ"ל הרי דקדק לומר שגרע פח המגו משום שהוא סובר דאם יתפוס לא יהא יכול להוציא מידו בטענת ספק וטועה עצמו בזה לכן אומר להד"ם אבל באמת אף אם תפס מוציאין מידו כיון דהדין הוא דברי ושמא לאו ברי עדיף והמע"ה הני התופס כגזלן ומוציאין מידו בשטר שמודה הלנה רק שטוען יש לו בידה כנגדו ועל זה אומר המלנה דאינו יודע דגובה המלנה בשטר ועל טענת הלנה הני פאיני יודע אם נתחייבתי וכמו שפסק הקצוה"ח והנתיבו' אולם מדברי תשובת רשב"א (סי' כ"ה) הנ"ל יש לדון דאף נגד שטר ברור מהני תפיסה: סי' מו הש"ף (ס' ס' ס"ק ח') הביא מחלוקת הב"י וסייעתו עם המבי"ט וסייעתו אם לגבי בע"ח מאוחר שקדם וגבה שיהיה גם כן תקנות השוק שהמוקדם לא יגבה ממנו כשיש בשטרו מטאגמ"ק והכריע נגד הב"י וסובר דלא גרע משאר לוקח ומקבל מתנה.

ובתומים כ' דהב"י סובר רק אם הגבהו הב"ד זה לא שכיח אבל אם הוא בעצמו פרע לבע"ח זה שכיח מאד. והמע"ן בב"י בתשובת אבקות רוכל (סי' קנ"ו) יראה דלא כן הוא רק הב"י סובר דרק במקור ומתנה שכיח ויש בו תקה"ש ולא בפרע בחובו מדהביא ראיה מדברי הטור (סי' ק"ד) שכ' שטר מוקדם שכ' בו מטאגמ"ק טורף מטלטלין שגבה מי ששטרו מאוחר ושם סתם הטור והדין הוא אף בהגבהו הלנה ולא הזכיר תקה"ש וכן בראנ"ח (סי' נ"ד) כתב להדיא בדעת הב"י דאין לחלק בין גבה מעצמו להגבהו ב"ד ואם

כּוֹן לְמֵאֵי דְהַעֲלָה בְּתוֹמִים כֹּהֲבִי וְאַפְּיֵלוּ הַדְּבָר סֶפֶק בְּתַקְנָה אֲוֹקְמִינוּ עַל דִּין תּוֹרָה מִמִּילָא אַף בְּהַגְבֵּהוּ הַלְוָה מְעַצְמוּ ג"כ מִוִּקְמִינוּ עַל דִּין תּוֹרָה וְגוֹבָה הַמְּוֹקְדִים: וְהִנֵּה הַשֵּׁ"ף הִבִּיא רְאִיָּה כִּינּוֹן דְּחֻזְיָנָא בְּמִתְנָה אִיכָּא גַם כּוֹן תְּקֵה"ש מְטַעֲמָא דְלַעֲנִין טְרִיפָה כִּמְאֵן דְּלֹא כְּתִב שְׁשַׁעְבַּד מְטַלְטְלֵי אַגַּב מְקַרְקְעֵי כ"ש לַעֲנִין בְּעַל חוּב מְאֻחָר שְׁקֻדָּם וְגַבָּה.

וּבְתוֹמִים מְשִׁיג עֲלֵיו דָּאֵם כּוֹן אַף נֶגְד שְׁטְרוֹת גִּימָא כּוֹן אֲלֵא הַטְעַם דְּבְמִלְתָּא דְשְׂכִיחַ תְּקֵנוּ וּבְמִלְתָּא דְּלֹא שְׂכִיחַ לֹא תְקֵנוּ. וְיֵשׁ לְדַקְדָּק בְּדַעַת הַשֵּׁ"ף דְּהֵא קִצַּת מְשַׁמַּע מְדַבְרֵי הָרֵא"ש פ' שְׁבוּעַת הַדִּינִין דְּעַצָּם טַעֲנַת מִתְנָה הוּי לֹא שְׂכִיחַ אַף דְּרַמְבַּ"ן כ' שֵׁם דְּטַעֲנַת מִתְנָה בְּמָקוֹם שְׁחִי' לֹו ל"ש מ"מ מְלִשׁוֹן הָרֵא"ש מְשַׁמַּע דְּעַצָּם טַעֲנַת מִתְנָה לֹא שְׂכִיחַ וְע' סמ"ע (סי' נ"ח ס"ק ט"ו) וְכֵן מְבֹאֵר בְּתוֹס' ב"מ (דף ע') דְּאִין טוֹעֲנִין לִיּוֹרְשִׁים טַעֲנַת מִתְנָה מְשׁוּם דְּלֹא שְׂכִיחַ.

וְעַל כְּרַחֲךָ הַטְעַם מְשׁוּם דָּאֵם מְכַר אִיכָּא תְּקֵנַת הַשׁוּק שׁוּב לִיכָּא סְמִיכַת דַּעַת שְׁלַ הַמְּלָנָה עַל הַמְּטַלְטְלֵי כִּינּוֹן שְׁבִידוֹ לְמַכְרָן מַה שְּׂאִין כּוֹן בְּשְׁטְרוֹת כָּל שְׁנָה הַמִּין לֹא שְׂכִיחַ לִיכָּא בְּהוּ תְקֵה"ש לְכֵן גַּם לְגַבֵּי בַע"ח מְאֻחָר יֵשׁ לֹוֹמֵר דְּלִיכָּא סְמִיכַת דַּעַת וְאִינוּ טוֹרֵף מְמַנּוּ הַמְּוֹקְדִים וְעֵינֵן תּוֹס' כְּתוּבוֹת (דף פ"ו) ד"ה לְאֲשֶׁה דְּכְתָבוּ כִּינּוֹן דְּתַקְנַת חֲכָמִים דְּאִינוּ גּוֹבָה מְלֻקְחוֹת הִי תְקֵנַת חֲכָמִים דְּלִיכָּא לְמַלְוָה שְׁיַעֲבֹוד אַף אִם לֹא מְכַר הוּי כְּאֵלוּ זְמַנָּם שְׁנָה.

וְעֵינֵן בְּדַבְרֵי מְשַׁפֵּט (סי' ל"ט) דכ' ע"ז לִיִּישָׁב דְּבָרֵי הָרֵי"ף סוֹף ב"ב דכ' דר"פ סוֹבֵר שְׁעַבְוֹדָא דְּאוֹרְיִיתָא וְהֵא דְּגוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים הוּא מְשׁוּם גְּעִילַת דְּלַת הֵינּוּ דְּמְשׁוּם נַע"ד אֲוֹקְמִי אֲדְּאוֹרְיִיתָא וְהַקְּשׁוּ עֲלֵיו דְּאִי סוֹבֵר שְׁעַבְוֹדָא דְּאוֹרְיִיתָא לְמַה צְרִיף לַנַּע"ד וְכ' דְּכִינּוֹן דְּחֲכָמִים הַפְּקִיעוּ הַשְּׁעַבֹּוד בְּאֵם מְכַר מִמִּילָא לִיכָּא שְׁעַבֹּוד רַק מְטַעַם מְצָנָה אִם כּוֹן אֲמֵאֵי מְלָנָה עַל פֶּה גּוֹבָה מִן יוֹרְשֵׁי הָא לִיכָּא שְׁעַבֹּוד לְכָף אָמַר מְשׁוּם גְּעִילַת דְּלַת אֲוֹקְמִי אֲדְּאוֹרְיִיתָא וְכֵן כְּתָבוּ כְּפֵה מְחַבְרִים.

וְהֵכָּא גַּמִּי דְּכּוֹנוֹתִיָּה כִּינּוֹן דְּהַפְּקִיעוּ הַשְּׁעַבֹּוד מִן הַמְּטַלְטְלֵי בְּאֵם מְכָרָן אִו נִתְּנָן בְּמִתְנָה מְפָנִי תְקֵה"ש הוּי כִּמְאֵן דְּלֹא כְּתִב מְטַאג"ק וְאִם קָדָם וְגַבָּה אִין מוֹצִיאִין מְמַנּוּ. אִוְלָם י"ל דְּתַלְיָא בְּזָה בְּמַחְלוֹקַת הַפּוֹסְקִים בְּמִלְוָה עַל פֶּה מְוֹקְדִים וּמְלָנָה בְּשֵׁטֵר מְאֻחָר אִם קוֹדָם מְלָנָה עַל פֶּה לְהַסּוֹבְרִים שְׁעַבְוֹדָא דְּאוֹרְיִיתָא וְאֵעִפ"י דְּהַפְּקִיעוּ חֲכָמִים הַשְּׁעַבֹּוד אִם מְכָרָן מ"מ לְגַבֵּי מְנִיָּה דִּידִיָּה יֵשׁ לֹו דִּין קְדִימָה הָרֵי דְּלֹא הַפְּקִיעוּ שְׁעַבֹּודוֹ רַק לְגַבֵּי לְקוֹחוֹת כּוֹן גַּמִּי בְּזָה אַף דְּמִתְקֵה"ש הַפְּקִיעוּ שְׁעַבְוֹדָא דְּמְטַאג"ק מ"מ לְגַבֵּי דִּידִיָּה גּוֹבָה מִן הַדִּין בְּתוֹרַת שְׁעַבֹּוד וִי"ל דְּלְגַבֵּי בְּעַל חוּב מְאֻחָר גַּם כּוֹן יֵשׁ לֹו דִּין קְדִימָה אַף לְמַה שְׂכ' הַסְּמ"ע (סי' ק"ד) דָּאֵם קָדָם מְאֻחָר וְגַבָּה לַכ"ע לֹא מְגַבִּינוּ מִיַּד הַמְּאֻחָר דְּלֹא גְרַע מִן שְׂאָר לֹוֹקֵם הֵכָּא גַּמִּי דְּכּוֹנוֹתִי וְעֵינֵן שֵׁם בְּתוֹמִי דְּלֹא נִהִירָא לִיָּה כְּדַעַת סמ"ע בְּזָה וְגַם בְּעֵנִין שְׁעַבֹּוד אִם גְּאָמַר דְּרַק מְטַעַם גְּעִילַת דְּלַת אֲוֹקְמִי אֲדִין תּוֹרָה וְלְכָף גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים אַף דְּהַפְּקִיעוּ הַשְּׁעַבֹּוד אִם כּוֹן בְּהַקְּדָשׁ דְּלֹא שְׁיִיף גְּעִילַת דְּלַת הִנֵּה לָנוּ לֹוֹמֵר דְּאִינוּ גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁין אַף מְקַרְקַע וְלֹא כּוֹן מְבֹאֵר בְּמַס' עֵינֵינֵן וּבְרַאב"ד (פ"א) מְעִירְכִין א"ו דְּאֵף אִם מְכָרָן אִינוּ גּוֹבָה מ"מ הַשְּׁיַעֲבֹוד נְשָׂאָר וְה"נ יֵשׁ לֹוֹמֵר אַף דָּאֵם מְכָרָן גְּפַקַע הַשְּׁעַבֹּוד מִן הַמְּטַלְטְלֵי אַף בְּכְתִב לֹו מְטַאג"ק מ"מ לְגַבֵּי בְּעַל חוּב מְאֻחָר לֹא גְּפַקַע וְכְדַעַת הַב"י וְהַסְּפָמוֹת הָאֲחֵרוֹנִי: שׁוּב רְאִיתִי בְּמַח"א הַלְכוֹת גְּבִיַת חוּב (סי' ב') שְׁהָאֵרִיף בְּזָה לְהוֹכִיחַ דְּעַת הַחוֹלְקִים עַל הַב"י מוֹדִים דְּהִיכָּא דְּלֹא שְׂכִיחַ תְקֵה"ש חוֹזֵר הַדִּין וְנִשְׁתַּעֲבָדוּ בְּשַׁעֲבֹוד גְּמוֹר מְטַאג"ק.

והשיג על הש"ך ומהרי"ט דכתבו דלענין טריפה הוי כמאן דלא כתב דאם פן למה צריף קנין מטלטלי אגב קרקע דאי להיכא דלא הוציאם מיזדו שיהיה לו דין קדימה סגי אם שפדום בפירוש כמו שהוכיח שם.

וי"ל דדעת מהרי"ט והש"ך דמ"מ נ"מ שיהיה לו דין קדימה נגד אחר ששפדום בפירוש ועשאם אפותקי ובקנין מטלטלי אגב קרקע. וגם לגבי יתומים נ"מ שישפדו מדינא אם לא כ' בחיי ובמותי דדעת הסמ"ע והב"ח (סי' קי"ז) דאין בו דין קדימה רק אם כתב בחיי ובמותו ועיין מ"ש לעיל (סי' ב') ועוד למה שכ' בש"מ ב"ק (דף ל"ג) משם הרא"ה בשפדום בפירוש לא סגי עד דעושה משיכה או הגבהה דכסף אינו קונה הה"ד שפדום.

ועיין מה שכ' אאזמ"ו בדברי משפ"ט (סי' ק"ד) אם פן צריף קנין מטאג"ק אכל לעולם לגבי בעל חוב מאןחר יש לומר דשייף גם פן תקנת השוק ונפקע השפדום אם קדם ונכה אולם פבר הספימו כל האחרונים פדעת הב"י.

אף בתשובת נו"ב מהד"ק ח"מ (סי' י"ז) כ' דיכול לומר קים לי פש"ך וסייעתו וכ' מי הוא אשר יערב לבו לגשת להוציא מיד המוחזק: וראיתי שם במח"א דכ' אף דגם במתנה עשו תקנת השוק הוא מטעם דאי לאו דעבד ליה נייחא אכל מתנה לבניו אין בו תקנת השוק דלא שייף האי טעמא וכן כ' בכה"ג הגהות ב"י (ס"ק ט"ו) משם הרש"ך ז"ל.

אולם מדברי תשובת מבי"ט ח"ג סי' ג') שם דן בנתן לבתו גדינא וכ' דלדעת הרא"ש דגם במתנ' יש תקנת השוק אין בעל חוב גובה ממנה הרי דאינו מחלק בין נותן לבתו או לאחר ועיין דו"פ (סי' צ"ז) דהוכיח מדברי ב"י דשייף תקנת השוק בכסות אשתו ובניו ואין בעל חוב גובה ואולי יש לחלק דגדינא הוא כמו ששייף יותר תקנת השוק ממתנה דהוא תיקון עולם דלא יתרצה להתחמך דלמא יבוא בעל חוב ויגבה וכן מכסות אשתו ובניו שייף יותר תקנת השוק.

לדמות לבעל חוב פיון דחיוב' עליו כמובן: ועיין ש"ך (סוף סי' קכ"ו) שהביא משם תשובת מהר"ם אלשיך באם המטלטלין מונח ביד המלוה והלוה המחזיק לאחר בקנין מעמד שלשמן גובה חובו אם יש לו בשטר שפדום מטאג"ק כמו בשטרות דלא אמרינן בהו תקנת השוק פיון דלא יצא מרשותו לגמרי ובש"ך חולק עליו דכיון דקנה מה לי אם במשיכה או בקנין אחר וכיון דקנה בקנין מעמד ג' מה בכך שהוא עתה ברשות הבעל חוב ובאורים כתב על דברי הש"ך דאין דבריו מוכרחין ובפרט קנין מעמד ג' תקנתא דרבנן הוא ותקנה"ש גם פן תקנת' ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ועיין ב"ש אה"ע (סי' ק' ס"ק ט') דכ' היכא דמכרו היורשים מטלטלין אם יש בכחן מטאג"ק ועדיין בידה המטלטלין והוא מכר או נתן לאחר אין צריף ליתן להם דבכה"ג לא שייף תקנת השוק ומבואר דסובר אף אם הקנה בקנין המועיל מן הדין כמו מטאג"ק או חליפין בקנין סודר מ"מ כל שפדום בידה המטלטלין לא שייף בו תקנת השוק לא בלבד במע"ש שהוא מצד התקנה ועיין ש"ך (סי' שנ"ו) ובגמתיבות שם.

ולכאורה יש לומר דגם בהא דאין מוציאין למזון אשה ובנות מנכסים משועבדין מפני תיקון העולם דהוא גם פן רק היכא דלוקח פבר הוא מוחזק בקרקע בקנייתו אכל היכא דהבנות הן מוחזקות בזה לא מוציאין מיד הבנות ויש לומר דזה הוא פונת הרשב"ם מס'

ב"ב ר"פ מי שמת מועטין ונתרבו מאי ברשות יורשים קנימי א"ד סלוקי מסלקי יורשין ופשוט מהא דאמר ר"א אמר ר"י יתומין נשקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה ששקרו מכרו.

וכ' שם רש"ם קודם שעמדו בדין לגבות לבנות ועיין שם בתוס' ורא"ש מה דהקשו על זה ויש לומר דהא הרש"ם כ' שם הטעם דאין מוציאין למזון אשה ובנות מנכסים משועבדים אם כן לאחר העמדה בדין והב"ד החזיקו הנכסים ביד הבנות גם כן עדיין אינו שלקם רק הב"ד מרשה להם שיכולין למכרן כמו שכ' שם הרא"ש ובש"מ רק כפונתו דמ"מ הבנות באין על הנכסים מצד שעבוד דבלא עמדו בדין אין מוציאין למזון הבנות מנכסי משועבדי מפני תיקון העולם אבל פשעמדו בדין והב"ד החזיקו הנכסים ביד הבנות כמו שכ' רש"י מס' סוטה (דף כ"א ע"ב) שוב הוי פאלו הבנו מוחזקין ולא מצינו שתקנו חז"ל שהלקוחות יטרפו מבעל חוב אף שלא זכו בהם רק בתורת שעבוד דמ"מ הוי פלהוציא ובאמת גוף הנכסים עדיין שייך ליורשים ולענין זה אין חילוק בין העמדה בדין ללא עמדו בדין רק החילוק אם יבא לגבות מצד שעבוד כיון דלא הוי כמוציא מיד הלקוחות ואתי שפיר בזה כל קושיות תוס' ורא"ש שם.

ואולם תוס' ורא"ש סברי כיון דאינו באין רק מטעם שעבוד לגבות לא מהני העמדה בדין דמ"מ הוי כבא להוציא מיד הלקוחות ושייך בזה תיקון העולם. ומ"מ יש לומר דמודו היכא דהוא מוחזק בגוף הדבר במטלטלין דלא עשו תקוה"ש בזה להוציא.

וכדעת המר"ם אלשיך: ובתשובת גינת נרדים (ח"ב פלל ה' סי' ה') הוכיח כדעת הש"ך דחולק על מהר"ם אלשיך והביא ראיה שכן מבואר בתשובת ב"י דיני פתובה באחד שמכר שפחה ולא כתב שטר והניחה בביתו של מוכר ואחר כך מת המוכר ותפסה האלמנה שנשמתעבדה לה ממטלטי אגב מקרקעי ופסק דמהני תקנת השוק שלא לטרוף הרי אף דלא בא ליד הלוקח גם כן שייך תקנת השוק ואחריו החזיק שם (סי' ט') הגאון בעל גט פשוט ובית דינו לפסוק כדעת הש"ך.

ומה שכ' התנאים לדון מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינו. מצינו בכמה מקומות בכה"ג דתקנה שתקנו חכמים בפני עצמן מועילים בכל גווי וכמו דקנין מעמד שלשתן תקנה בפני עצמה הנה דהוי קנין המועיל ותקנת השוק היא תקנה בפני עצמה ממילא כל תקנה בקנין המועיל אף שהוא רק מטעם תקנה שוב הוי כמו תקנה בקנין דאורייתא ושייך בו תקנת השוק ועיין מה שכ' לעיל דיני דינינים (סי' ז') להוכיח מן פמה דוכתי דבכה"ג לא שייך לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינו ועיין שם בגו"ר דהביא משם הר"י הלוי ז"ל דעד כאן לא חלק בעל הש"ך על המר"ם אלשיך רק בנידונו דתקנה במעמד ג' דהוא קנין אלא וחוץ הלכה ללמ"ס ובעל ג"פ כתב עליו דהדבר פשוט דאינו אלא תקנת חכמים כמבואר בגיטין דשוניגהו רבנו כהלקתא בלא טעמא ומניין לו דהוי הללמ"ס עיין שם.

ואולם מצאתי בחידושי ריא"ז כ"י שם שכ' באמת דהוי הלכה למשה מסיני ועיין רמ"ה ב"ב (פ"ט סי' פ"ג) שכ"ן בקנין מעמד ג' קונה מדאורייתא ואינו יכול למחול וכן בס' קרית ספר מבעל המבי"ט (פ"ו) ממכירה כ' וז"ל מעמד שלשתן הוי הלקתא בלא טעמא ונראה דהוי מדאורייתא עיין שם ועל פירוש הפנונה כיון דאמרו חז"ל דשוניגהו כהלקתא בלא טעמא הוי כמו הלכה למשה מסיני בלא טעם והוי קנין חזק ביותר [ובזה מיושב בפשיטות דברי רמב"ן ב"ב דהוכיח דמכירת שטרות הוא מן התורה מש"ס קידושין (דף

מ"ח) במקדש בַּשֵּׁטֶר חוֹב דְּאַחֲרִים דְּקִתְנֵי מְקוֹדֶשֶׁת וּמִשְׁמַע דְּמְקוֹדֶשֶׁת גְּמוּרָה וּכְבֵר עֲמָדוּ  
כָּל בְּעָלֵי תְרִיסִין הָא שֵׁם קִתְנֵי גַם כּוּן בְּקִדְשָׁה בְּמִלְוָה עַל פֶּה בְּמַעְמַד שְׁלֵשֶׁתָּם דְּמְקוֹדֶשֶׁת  
וְזֶה לִכ"ע הוּא רַק דְּרַבְּנָן וְלִהַגְ"ל כִּינּוּן דְּשׁוּיָנְהוּ רַבְּנָן פְּהִלְכְתָּא בְּלֹא טַעְמָא הוּא קִנְיָן חִזְק  
בִּיּוֹתָר כַּהֲלַמְמ"ס וַיֵּשׁ בְּזָה לְהֶאֱרִיף הֶרְבֵּה אִכ"מ] וְכַוֵּנָת אוֹתוֹ חֲכָם ז"ל שְׁפָתַב שְׁהִשְׁ"ף  
אִינוּ חוֹלֵק רַק הֵיכָא דְהֵיכָא קִנְיָן מַעְמַד שְׁלֵשֶׁתָּן שְׁהוּא קִנְיָן חִזְק וְדִינוּ כְּמוֹ הַלְלָמ"ס.

אם כן אף דלא הוי רק מדרבנן ומתקנה מ"מ לא נוכל לגרוע הקנן משאר קנינים ולבוא  
עלה מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינן ויבדאין הלכה פהגי בתראי: ולכאורה נאמר בזה  
דהוי ספק בתקנה וכל ספק בתקנה מוקמינן על דין תורה כמו שכ' הרא"ש בתשובה  
מובא בטור אה"ע (סי' קי"ח) והכא נמי כיון דמד"ת טורף הבע"ח ורק מספק תקנת  
השוק איתנו עליה נימא דאוקמי' על ד"ת וכן כתב בתשובת מהרח"ש חאה"ע (סי' נ"ד).

אולם ממה שכ' הב"י דבמתנה אמרינן גם כן דאינו טורף מתקנת השוק דמוקמינן הפמון  
בזחוקתיה וכן מבואר בתשובת מהר"ם הקצרות (סי' ק"ל) לענין תקנת השוק בלוקח  
מגנב אם הוא במתנה כ' דבגיטין הוא איבעי' דלא איפשיט' אי מתנה כמכר ולא מפקינן  
ממונא הרי דאף בספק בתקנה בזה אין מוציאין ממנו והטעם כיון דבעיקר התקנה ליפא  
ספק רק אם הוא בפלל התקנה אין מוציאין מיד הפוחזק וע' במח"א שם ובהלכות גזילה  
(סי' י"ב) ועיין רמב"ן ב"ב ריש פ' מי נשמת שכתב לפרש דברי אדמון שאמר בשביל  
שאני זכר הפסדתי לא החולק על רבנן רק דספוקי מספקי ליה וכתב דמפאן הוציא ר"י  
משם ר' יוחנן דיתומים שפכרו דאין מוציאין משום דמספק אין מוציאין מיד הלוקח  
וקשה אם כן למה בנכסים מועטין יקחו הפנות כיון דהוא ספק אם פה הנה תקנות חכז"ל  
דהפנות זיונו רק דוקא בנכסים מרובין או אף במועטין אם כן למה לא הווי היתומים  
כמחזקין והפנות הווי ספק בתקנה דמוקמינן על ד"ת וע"כ דסובר כיון דהתקנה הוי נדאי  
עדיף: סי' מז דעת רמב"ם דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אף על פי שקנו מידו לא  
נשתעבד והש"ע (סי' ס') כ' דחלקו עליו כל הבאים אחריו ונקטינן דמשתעבד ועיין  
בש"ף דהפוחזק אינו יכול לומר קים לי ובכנה"ג הביא הרבה פוסקים דיכול לומר קים  
לי.

והקשו על הרמב"ם ממתניתין דא"מ לאכיל' פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים  
אבל מב"ח גובה הרי דיכול לחייב את עצמו בדבר שאין לו קצבה והמל"מ (פי"א)  
ממכירה הביא משם מהרש"ח ומהר"ש הלוי דאם נתן לו שום דבר כדי שיתחייב חל  
החיוב דאגב זוי גמר ומשעבד נפשיה.

ויש לגמגם בזה למ"ש בש"מ כתובות ריש פ' אף על פי על שאלת רבני צרפת על מה  
שנהגו לכתוב תוספות אפילו מי שאין לו שום דבר וכ' כיון שמקנה לה בסודר הוי ליה  
לוקח שאף על פי שהסודר אינו שונה אלא פשוט הוא קונה אותו הסודר באלף זוז וגבי  
לוקח לא דייגינן ליה מקנה דבר שלא בא לעולם אלא שמשעבד מה שעתיד להרויח  
בעבור מה שלקח הרי דנקטינן מה שמקנה בסודר דקונה אותו הסודר בעד אלף או  
באלפים אם כן מהני כמו בעד זוי ומניין לנו לומר דאגב זוי גמר ומשעבד נפשיה ולא  
בעד הסודר: ובמל"מ שהביא מדברי ריטב"א כתובות דהוכיח דלדעת הרמב"ם אין לחלק  
בין בחנם לקבלת שכר דאם לא כן הו' בנושא אשה ופסק לזון בתה חמש שנים דדעת

הַרְמַב"ם לְפִי שְׁפָסַק בְּשַׁעַת גְּשׁוּאֵינּוּ וְשִׁיעֵבֵד נִפְשִׁיהּ מְדַרְב גִּידֵל הָא בְּלֵא"ה אִיכָא שְׁכָר שְׁנִישְׂאָת לֹו הָאִשָּׁה וְכֵן בְּעָרְב שְׁהִלְוָהוּ עַל אַמּוּנָתוֹ וְלֹא מִתְחַזֵּיב בְּדָבָר שְׂאִינוּ קְצוּב אֱלָא וְדַאי דַּאִין לְחַלֵּק בְּהָא עֵינָן שָׁם וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַבִּין אִם כֵּן דְּנִיאָמַר בְּאִשָּׁה אִיכָא שְׁכָר שְׁנִישְׂאָת לֹו מַה פְּרִיָּהּ הַש"ס ר"פ הַנּוּשָׂא עַל ר"ל וְהַנְּכַרְח לְתַרְזֵן בְּשִׁטְרָא פְּסִיקְתָּא וְכַדְר"ג תַּפ"ל דְּחִזֵּיב לְזוּנָה מִטַּעַם שְׁכִירוּת וְאִין צָרִיךְ קִנְיָן וְכַבֵּר עֲמֵד עַל זֶה בְּס' בֵּית מֵאִיר (ס'י נ"א) וְכַתְּב לְתַרְזֵן דַּאִינוּ דוּמָה לְחַלִּיצָה וְשְׁכִירוּת פּוֹעֲלִים דְּשָׁם עֵיקַר הַדְּבָר נַעֲשֶׂה בְּעִבּוּר הַפְּסִיקָה מַה שֶּׁא"כ בְּקִדּוּשֵׁינּוּ אֵינָם מוֹעִילִים הַקִּדּוּשֵׁין בְּכַף וְאִינָה עוֹשֶׂה בְּעֵד הַפְּסִיקָה ע"ש וְזֶה דוּחַק גְּדוֹל דַּאִף דְּמַצִּינוּ בְּתַנָּאֵי דִּישׁ לֹוּמַר דְּצָרִיךְ לְהַתְּנוּת בְּשַׁעַת מַעֲשֶׂה וְאִם לֹא אַחְוֵלֵי אַחִיל עֵינָן תּוֹס' כְּתוּבוֹת (דף ע"ד) ד"ה אֱלֵמָא הֵינּוּ תַנָּאֵי דַּאִין כְּאִן חַיּוּב לְקַנְיָם הַתַּנָּאֵי אֲבָל בְּפְסִיקָת הַפּוֹעֲלִים כֵּינָן דְּמַבְּנָאָר מַש"ס ב"ק וּפּוֹסְקִים וּש"ע דְּחִזֵּיב לְקִתּוּן כֹּל מַה שְׁנִידָר אִם כֵּן אִף שְׁקִדְשׁ אַחַר כֶּף מ"מ יִתְחַזֵּיב מִצַּד שְׁכִירוּת.

וְעֵינָן מִהֶרְשֵׁד"ם חַיּו"ד (ס'י ע"ט) שְׁפָתַב שָׁם לְדוּן בְּאַחַד שְׁחִזֵּיב אֶת עֲצָמוֹ לְמַשְׁנֵדָּה עִם אַחֻתוֹ כְּשִׁיבּוּא לְהַכְּנִס לְחֻפָּה כֶּף וְכֶף וְאַחַר כֶּף כְּסוּסָה דְּחִזֵּיב מִצַּד שְׁכִירוּת אִף בְּלֵא קִנְיָן עֵינָן שָׁם.

וְצָרִיךְ לֹוּמַר אִף דְּבִשְׁטְרֵי פְּסִיקְתָּא צָרִיךְ לְדַר"ג וְדוּקָא אָב לְבַתּוֹ אוּ לְבָנוּ וּבְגִשְׁוֵאִין הֶרְאִישׁוּנֵי וְאִחַ לְאַחֻתוֹ לֹא כְּמַבְּנָאָר בְּפּוֹסְקִים וּבש"ע אה"ע וְכֵן יֵשׁ אוֹמְרִים דַּאִם הַפְּסִיקוּ בְּדָבָרִים אַחֲרִים לֹא הֵינּוּ דוּקָא בְּחִזֵּיב לְבַתּוֹ לְנִדּוּנָא אוּ לְבָנוּ דַּאִינוּ מְחִזֵּיב מִצַּד שְׁכִירוּתוֹ כֵּינָן דַּאִינוּ מְחִזֵּיב אֶת עֲצָמוֹ רַק לְבָנוּ אוּ לְבַתּוֹ אֲבָל כְּשִׁמְחִזֵּיב אֶת עֲצָמוֹ לְכַשְׁנִגְדּוֹ חִזֵּיב אִף בְּלֵא קִנְיָן מִצַּד שְׁכִירוּת אִם כֵּן מַה הַקְּשָׁה הַש"ס עַל ר"ל.

אַחַר כֶּף מְצָאֵתִי בְּתוֹשׁוּבַת כְּהֻנָּת עוֹלָם (ס'י ס"ט) דְּכַתְּב דְּלֵא כ' מִהֶרְשֵׁד"ם הֵכִי כ"א בְּנִידּוּן דִּידֵיהּ שְׁכ' לְהַמְשִׁנְדָּה שְׁהִי בְּמָקוֹם אַחַר כְּשִׁיבּוּא מִשָּׁם לְהַכְּנִס לְחֻפָּה עִם אַחֻתוֹ שְׁיַתֵּן לֹו כֶּף וְכֶף וְכֵינָן דְּהַשְׁלִים שְׁלִיחוֹתוֹ לֹא גֵרַע מִשְׁאָר שְׁלִיחוֹת אֲבָל בְּשִׁיחֻבֵין שְׁמַתְנִין זֶה עִם זֶה וְלִיכָא אֱלָא אֲמִירָה בְּלַבַּד דְּלִיכָא טַעְמָא דְּשְׁלִיחוֹתוֹ כֹּל לְכַף צָרִיךְ מְדַר"ג וְדוּקָא בְּאָב עַל בְּנוֹ וּבַתּוֹ דְּגַמַר וּמְקַנָּה אֲבָל לֹא בְּאִחַ לְאַחֻתוֹ וּמ"מ קִנְיָה מַה פְּרִיָּהּ הַש"ס מִמְתְּנִיתִין הָא יֵשׁ לֹוּמ' דְּמִטַּעַם שְׁכִירוּת חִזֵּיב.

שׁוּב רְאִיתִי בְּס' הַמְּקַנָּה אה"ע שָׁם שְׁכ' בְּנִישְׂאָת עַל פִּי הַפְּסִיקָה חִזֵּיב מִן הַדִּין וְהָא דְּלֵא מוֹקֵי מִתְּנִיתִין בְּשַׁעַת גְּשׁוּאֵינּוּ דְּשִׁיחֻבֵין לְבַתּוֹ אִינוּ נִלְמַד אֱלָא מִדִּין עֶבֶד כְּנַעֲנִי וְלִדְעַת הַרְמַב"ם לֹא מְהַנִּי לְעַנְיָן מְמוּנָא וּלְפִי זֶה יֵשׁ לֹוּמַר דְּהַרְמַב"ם מוֹדָה דְּבִשְׁכָר יָכוּל לְחִזֵּיב אֶת עֲצָמוֹ אִף בְּאִינוּ קְצוּב וּמִינְשֵׁב קוֹשֵׁי הַרִיטְב"א וְעוֹד כ' שָׁם הַמְּקַנָּה לִדְעַת הַסּוֹכְרִים דְּגַם בְּמָמוֹן מְהַנִּי הִילָךְ מְנָה וְיִקְנָה פ' הַשְּׂדֵה דְּלֵא מְהַנִּי כְּשִׁאוּמַר בְּלִשׁוֹן אֶתְּוֹן וְלֹא בְּלִשׁוֹן חַיּוּב דְּלֵא מְהַנִּי בְּמַתְּנָה אִף בְּקִנְיָן לֹא מְהַנִּי נְמִי מִדִּין עֶבֶד כְּנַעֲנִי [וְעֵי' מַה שְׁכ' אַמ"ו ו' ז"ל בְּדָבָרֵי חַיִּים דִּינֵי קִדּוּשֵׁין (ס'י ל"ה) בְּזֶה וְעֵינָן מַה שְׁכ' לְעִיל (ס'י ד') לְתַרְזֵן קוֹשֵׁי הַזֹּאת בְּדָרָה אַחַר] וְעֵינָן רמ"ה ב"ב (פ"א אוֹת כ"ו) דְּהַקְּשָׁה אִם קִנְיָן אֶתְּוֹן לֹא מְהַנִּי אִמַּאי חִזֵּיב לְזוּנָה ה' שְׁנִים וְכ' אִי לר"י כֵּינָן דְּאָמַר חִזֵּיב מִשְׁתַּעֲבֵד וְאִי בְּשִׁטְרֵי פְּסִיקְתָּא כֵּינָן דְּדָבָרִים הַנְּקַנְיָם בְּאֲמִירָה גְּמָרוּ לְאַקְנוּיָה נְמִי בְּהֵאֵי לִישְׁנָא וְזֶה כְּדָבָרֵי הַמְּקַנָּה.

וּמַה שְׁהַקְּשָׁה הַרִיטְב"א מְעָרְב דְּלֵא מְהַנִּי בְּדָבָר שְׂאִינוּ קְצוּב אִף שְׁהִלְוָהוּ עַל אַמּוּנָתוֹ יֵשׁ לֹוּמַר דְּשָׁם בְּעֵינָן בְּהֵאֵי הַנְּאָה לְהוֹצִיא מִיַּדִּי אֶסְמְכָתָא דְּכָל עַרְבוּת הָנִי אֶסְמְכָתָא וְלֹא

גמר ומשתעבד דסבר שיפרענו הלנה ובההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה  
אם פן מה דהוי ערב על דבר שאינו קצוב לא גמר ומשתעבד ועיין פרישה (סי' קל"א)  
דאף הסוברים ד יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב מ"מ בערב מודים הואיל דאיפא  
תתי אסמכתא ודבר שאינו קצוב: וראיתי בספר מים חיים מבעל פ"ח (סי' י"ג) שהביא  
דברי הטור (סי' רל"ב) דלדעת רמב"ם דלא מהני מחילה בדבר דלא קניין ולא ידע אם  
רב או מעט וכ' משאר וכסות דלא קנייצי ומהני מחילה ל"ק על הרמב"ם דהא פוסק  
בשעת קידושין וכמו דמהני החיוב כמו כן מהני מחילה.

ועוד הקשה ממפתח דאחולי אהלה גביה אף על גב דלא ידעה בפטרות כמה סף היא  
מוחלת אפ"ה הוי מחילה מעליא. ולמה שכ' דבעד מחיר הדבר מתחייב שם נמי מחמת  
הנאת בעילה מחלה לגמרי כמבואר פתובות (דף ל"ט ע"ב) משל דמפונה לאדם האומר  
לחבירו קרע שיראין שלי והפטר ועיין שם בתוס'.

ובלא"ה לא קשה משם כמו שכ' הוא בעצמו שם לנישבמריש פ' הכותב כתב לה דין  
ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן הרי זה אינו אוכל פירות בחייה אע"ג דלא ידע כמה  
סף הוא מוחל וכ' דשאני התם דמדין סילוק מהניא ההיא מחילה דמוקמינן בכותב לה  
ועודה ארוסה וכן הביא הכנה"ג משם מהרשד"ם דסילק מהני אף בדבר שאינו קצוב  
לכ"ע ומחילה דמפונה גם פן מטעם סילוק הוא כמבואר שם בר"ן דמדמה לפותב  
לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסיך ומהני מחילה אף לגבי קנס אע"ג דעדיין לא נתחייב  
נהנינו דאינה מוחלת החיוב ממון או קנס רק גופה מחלה לו.

ומה שכ' עוד שם להקשות על דברי רמב"ם דהא לאו מפח האי קושא דהוי דבר שאינו  
קצוב מוקמינן לה הכי בכותב לה ועודה ארוסה ל"ק גם פן דאם הנה מהני הלשון הנה  
מהני עכ"פ מחילת השעבוד שיש לו לבעל בהקרקע שיש לה דנה הוי דבר שיש לו קצבה  
דמוחל שעבודו מקרקעות שיש לה.

ועוד למה שכ' הבעה"ת דלר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מהני נמי קנין  
ומחילה בדבר שאינו קצוב ועיין קצוה"ח ביאור דבריו אם פן הנה יכול לומר דסתם  
מתני' ר"מ הוא לכה פריה דלשון זה לא מהני ואין להקשות מתוספתא המוב' ברא"ש  
ריש פ' הנושא כ' לזון בת אשתו ושברה האשה לבעלה לא הועיל לו פלוג' לקטן  
ואין חבין לו ומשמע דוקא מחילת אמה לא מהני הא אם הבת היא גדולה ומחלה מהני  
הרי דמהני מחיל' אף בדבר שאינו קצוב דיש לומר דנ"מ אם פכר עברו ימי מזונות שלא  
נתן לה דחייב לתת לה דמי מזונות וכבר ידועים דמי מזונות דבנה הנה מהני מחילתה רק  
פינן שהיא קטנה הנה ס"ד דכיון משום הרוחה דאמה פסק לה דמהני מחילת האם קמ"ל  
דזכין לקטן ואין חבין לי'.

[ועיין שם ברא"ש דהביא רישא דתוספתא כ' לזון בת אשתו או פן אשתו הרי הן כבע"ח  
כו' ואחר כה נקט התוספתא כ' לזון בת אשתו ושברה האשה לבעלה ולא נקט פן אשתו  
יש לומר דהתוספתא אשמועינן דזכין לקטן ובאמת החיוב שמתחייב בעלה לזון בתה אם  
היא קטנה בבו קטן לא מהני להתחייב לקטן כמבוא' ברשב"א ור"ן גיטין (דף ס"ה)  
ובח"מ (סי' רמ"ג סי"ט) רק פשמוזה על ידי קנין סודר אבל בקטנה מהני כמבואר  
במהרי"ט (סי' כ"א) ועיי"ש בקצוה"ח ובגמתיבות משפט (דף קי"ז): ושכ"מ שצונה לתת

לאחר מותו דבר שאינו קצוב כ' בתשובת לחם רב (סי' קצ"ט) דיש לומר פיון דדברי שכ"מ פכתובין ומסורין דמו מודה הרמב"ם דמהני אף בדבר שאינו קצוב פמו שכ' המרדכי דמהאי טעמא מהני מתנת שכ"מ אף באסמכתא וכ' פיון דדברי רמב"ם הם דעת חיד דחינו להו בקל והיכא דאתמ' איתמר.

וראיתי בס' חק"ל (סי' ל"א) שהביא ראיה מירושלמי פ' אלמנה ניוזנית ר' חגי ב"ר אבא ש"מ שאמר יזונו בנותי בלא פה אין בנותיו ניוזנות לא צרי' דלא אלא מהו שיזונו מממשועפדים מהו שיזונו ממטלטלין ובעי אי צנואתו היתה שיזונו אותן מתנאי ב"ד או יבוא מנתנתו ונזונו מן מטלטלין ולדעת הרמב"ם היא מזונות הוי דבר שאינו קצוב אלא נדאי דמודה הרמב"ם דבשכ"מ קני ולכאורה י"ל הא עכ"פ לא נפשט האיבעי דר' חגי.

אולם יש לומר דהא מיד שם אחר פה איתא בירושלמי אתא עובדא קמי' ר' יוסי שכ"מ שאמר ינתנו אותיותיו לפלוני א"ל אין שכ"מ מזכה אלא בדברים שהו נקנין או בשטר או במשיכה ואלו נקנין במשיכה ובשטר פהדא דתני כו' ר"נ אומר ספינה ואותיות נקנית במשיכה ובשטר כ' ולא משו משו ולא כתב לא עשה פלוס עד שיכתוב וימשו וי"ל דמיתי למפשט האיבעיא דר' חגי פמו דחינו דלא אלומי דברי שכ"מ אף דשינו לומר שלא תטרף דעתו מ"מ מלתא דליתא בברי בקנין לבד רק משיכ' ושטר לא מהני בדבור בשכ"מ פן נמי באמר יזונו בנותי מזכסי דלא מהני בקנין הואיל דהוי דבר שאינו קצוב לא מהני נמי לגבי שכ"מ ולפי זה לש"ס דילן ב"ב (דף קנ"א) דקאמר בשכ"מ שאמר שטרי לפלוני אף על פי שלא משו קנה ודעת רמב"ם (פ"י) מזכיה וש"ע (סי' רנ"ג) דאף אין צריף לומר קני לה הוא וכל שעבודו ודעת רש"י מוכא שם במ"מ דעכ"פ צריף לומר בפירוש שיקנה הוא וכל שעבודו ובקרבן עדה שם תמה דהרי מפורש בירושלמי דל"ק וכדעת הרשב"א.

ולא אדע תמיהתו הא בירושלמי קאמר רק פיון דנקנין במשיכה ושטר אין שכ"מ מזכה אלא בדברים שהו נקנין או בשטר או במשיכה ולדבריו אף אם אמר בפירוש שיקנה הוא וכל שעבודו לא קנה עד שיכתוב וימסור אבל לש"ס דילן ב"ב שם דאמרינן אעפ"י שלא משו דברי שכ"מ פכתובין ומסורין דמו יש לומר דאף אם אמר סתם תנו שטר פלוני לפלוני ולא אמר הוא וכל שעבודו זכה אעפ"י שלא משו ולא כתב וכדעת הרמב"ם פיון דדברי שכ"מ מהני מטעם שלא תטרף דעתו פכתובין ומסורין דמו.

ולפי זה ממילא יש לומר דנפשט האיבעיא דר' חגי בשכ"מ שאמר יזונו בנותי מזכסי דמהני אף במלתא דליתא בבריא מטעם דמתנת שכ"מ פירושא שווייה רבנן ומהני אף בדבר שאינו קצוב: אף מדברי הירושלמי אינו ראיה פלל דהא פבר כתב הכ"מ לתרץ קושית הראשונים שהקשו על הרמב"ם מהא דפריף הש"ס ב"ב יפיר ל"ל הא יכול ליתן במתנה הא בדבר שאינו קצוב לא מהני לדעת הרמב"ם וכ' הכ"מ דאם יש לו קצבה למעלה אף דאין קצבה למטה מהני ויכול לקנין סכום רב ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים פירוש דבריו ואם פן יש לומר לעולם אף בשכ"מ לא מהני דבריו להקנות דבר שאינו קצוב ומזונות אף דהוי דבר שאינו קצוב היינו במתחייב ומשעבד פל נכסיו שיש לו ושיהיה לו אבל באמר יזונו בנותי מזכסי לא יש שום חיוב הגוף לא עליו שמת ולא על היורשים אם פן יש קצבה למעלה דלא משעבד לזה רק נכסיו שישארו אחריו



ולא יותר גמר ומשעבד אף כל נכסיו לזה אף דאין לו קצבה למטה מ"מ פיון דיש קצבה למעלה מהגני ועיקר איבעית ר' חגי הנה אם פונונתו הנה כמו שחייב בתנאי ב"ד או להוסיף זכותם שיזונו אף ממשעבדי היינו מה שימכרו הבנים כמו שמפרש שם הק"ע וגם ממטלטלין.

ומ"מ העלה הכנה"ג מהד"ב והביא משם הפ"מ דבשכ"מ אפילו בדבר שאינו קצוב מקני: ולכאורה קשה על דברי רמב"ם מחיוב שומרים דמחייבים א"ע כל שומר לשלם כפי חיובו שחייבו התורה כמו"ש תוס' פתובות (דף נ"ו) ומשעבד נכסיו לשלם כפי דמי החפץ ששנה בשעת פשיעה או אונסין בשואל וללשון אחד בש"ס פתובות חל החיוב אף למפרע משעת משיכה והרמב"ם (פ"א) משאלה כנראה שפוסק פו הרי אף דאין דבר קצוב למעלה יכול לשעבד עצמו ואף ש"ח יכול להתנות שיתחייב בשואל ובש"ס ב"מ פריף במאי בדברי' ומוקי.

שמואל בקנו מידו הרי דבקנו מהגני ור' יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפק ליה קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה עכ"פ חזינו ד יכול לשעבד נפשיה אף בדבר שאינו קצוב.

ועיין רמב"ם (פ"ב) משכירות שכ' כל תנאי בממון קנים ואין צריף קנין ויש לדקדק הא בזה לא שייף תנאי לבטל המעשה ועיין בש"מ וריטב"א ב"מ (דף צ"ד שם) משם הראב"ד דהקשה ל"ל קנין הא כל תנאי שבממון קנים ותימצו דאם יתבטל השמירה כ"ש שיהיה פטור לכה צריף לשמואל קנין ולר"י משום דהוי כמקבל הנאה להתחייב על ידי שיוצא עליו שם אדם נאמן ואפשר מה שכ' הרמב"ם כל תנאי שבממון קנים קאי על הרישא שכ' שם מתנה שו"ח להיות פטור ועל צד החיוב דמתנה להיות חייב בשואל לא כ' שום טעם וסובר דאף דאמר ר' יוחנן בההיא הנאה דקא נפק קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשי' מ"מ ודאי הדין לא פלוג ואף באיש המוחזק לנאמן ואדם חשוב וגדול ואמיד שאחד הפקיד אצלו דבר מועט דאנן סהדי דלא יש שום הנאה להשומר מ"מ יכול לשעבד א"ע פיון דעל פי הרוב אמדנה חכז"ל דעת בני אדם דגמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה לא פלוג ואמרינן בכל מקום דתנאי קנים וכשחייב את עצמו בזה גמר ומשעבד נפשיה.

עכ"פ הא הוי דבר שאינו קצוב ובכל זה מהגני בקנו מידו או מטעם דגמר ומשעבד בהאי הנאה וצריף לומר דבאמת לשמואל דמוקי בקנו מידו אפשר אף דמתנה להיות בשואל אינו מתחייב באונסין רק כפי מה ששנה עכשיו ואם נתייקר אינו חייב לשלם כדמי שווייה משעת אונסין ושאר שומרים ושואל שאני דרחמנא חייבם.

ולר"י דקיי"ל פנותי' דבההיא הנאה מתחייב הוי כמו דמקבל פסוף בעד החיוב ומהגני כמו בפוסק לבתו או לבנו דמהגני אף בדבר שאינו קצוב ועוד יש לומר דבההיא הנאה דקא נפיק קלא דאינש מהימנא עדיף דהיא הנאה הנמשכת וגם אז בשעת אונסין ואז נתברר ויש קצבה לחיובו גם אז יש לו הנאה הזאת וכל החיוב.

אף אם נאמר דחל החיוב רק משעת אונסין אם פו הנה יכול לחזור מקודם ועל פרחף דחל החיוב מהשתא על שעת אונסין ויש להתבונן עוד בזה: סי' מח המקבל עליו לזון

חֲבִירוֹ סֵתֶם דַּעַת הַרְשָׁבָא דְמִשְׁמַע כָּל יָמֵי חַיֵּי וְדַעַת הָרָא"ש דְנִפְטָ' בְּשָׁנָה אַחַת מוּבָא בְרַמ"א (ס' ס"ג) שְׁנֵי הַדְּעוֹת וּבִתְנָמִים (ס"ק ח') פְּתוּב דְאִין פְּאָן מַחְלֻקְתָּ כִּי הַרְשָׁבָא מִיִּירֵי בְּנֶדֶר שְׁקַבְלָא עֲלֵיו לְזוּן אֶת עֲנֵי וּסְתָם נְדָרִים לְהַחְמִיר וּלְכַף הַבִּיא הַרְשָׁבָא רְאָיָה מְאוּמַר יֶאֱסְרוּ פְּיֹרוֹת עָלֵי דְסֵתֶם לְעוֹלָם מִשְׁמַע וְהָרָא"ש לֹא מִיִּירֵי מִתּוֹרַת נְדָר וְהַמְמַע"ה.

וְהַמְעִינָן בְּב"י ח"מ (ס' ר"ז) יִרְאֶה דְדַעַת הַרְשָׁבָא אַף בְּמִמּוֹן דְסֵתֶם לְעוֹלָם מִשְׁמַע דַּכ' מִשְׁמַע כָּל שְׁמִקְבָּל עֲלֵיו לְזוּן אוֹ שְׁמִזְכָּה לְאִישׁ בְּנִכְסָיו מְזוֹנוֹת סֵתֶם כָּל זְמַן שְׁצָרִיף מְזוֹנוֹת מִשְׁמַע וְכ' וְאִין פֻּן דַּעַת הָרָא"ש וְעִינָן בְּמִישְׁרִים וְשֵׁם מְבוֹאֵר דְאִיִּירֵי בְּנוֹתוֹן שְׁזָה לְחֲבִירוֹ עַל מְנַת שְׁיִזוּן בּוֹ יֵשׁ מִי שֶׁכ' שְׁיִזוּן אוֹתוֹ כָּל יָמֵי חַיָּיו עִי"ש בְּדַבְרֵיו וְכֵן פְּתָבוּ כָּל גְּדוּלֵי אַחֲרוֹנִים דְלַדַּעַת הַרְשָׁבָא סֵתֶם אַף בְּד"מ לְעוֹלָם מִשְׁמַע: וְעִינָן תְּשׁוּבַת הָרָאנ"ח (ח"א ס' ק"ב) שְׁפָתַב לִיִּשְׁב לַדַּעַת הָרָא"ש הָא דְאוּסַר פְּיֹרוֹת עֲלֵיו דְמִשְׁמַע לְעוֹלָם וְלֹא מִטַּעַם חוּמְרָהּ הוּא דְהָא אֲתִיָּא לִידֵי קְנָלָא הוּא דְבִשְׁבוּעַת שְׁוֹא אִיִּירֵי דְאוּכַל לְאַלְתֵּר וְכַתְּב דְשֵׁם הַטַּעַם מִשׁוּם דְאִיזָה זְמַן תַּתָּן לוֹ כְּמוֹ שֶׁכ' הָרָא"ש אֲבָל לְמְזוֹנוֹת יֵשׁ זְמַן קְבוּעַ מִשְׁנָה לְשָׁנָה דְכִשְׁאַדָּם מְכִין צְנֻרָה מְזוֹנוֹת מְכִין אוֹתָם מִשְׁנָה לְשָׁנָה לְכַף יֵשׁ לוֹמַר בְּמִקְבָּל עֲלֵיו לְזוּן חֲבִירוֹ שְׁנָה אַחַת קְאָמַר עִינָן שָׁם.

וְע"ז הַשְּׁיֵג עֲלֵיו מֵהַר"ט (ח"ג ס' מ') דַּא"כ אִם הִיָּה בְּאַמְצַע הַשְּׁנָה שְׁאִין דְרָף אֲזַ לְהַכִּין צְרָכֵי הַשְּׁנָה הַגִּי לִי לְמִימַר ל' יוֹם כְּמוֹ שְׁמַצִּינוּ בְּעֶרְכִין מְנִיחִין לוֹ מְזוּן ל' יוֹם וְכ' הוּא דְטַעְמָא שֶׁל הָרָא"ש בְּאוֹתוֹ הַנְּדוֹן עֵילָה מְצָא בְּקַבְל לְזוּן אֶת פ' אוֹ יִתֵּן לוֹ ק' זְהוּבִים לְשָׁנָה וְלִשׁוֹן זֶה מְסוּפָק אִם ר"ל בְּעַד שְׁנָה וְהִיָּינוּ שְׁנָה אַחַת אוֹ לְכָל שְׁנָה וְכַד בַּעַל הַשְּׁטָר עַל הַתַּחְתּוּנָה וְעִינָן ש"ף (ס"ק ט"ז) דַּכ' גַּם פֻּן דְמִשׁוּם דְגִילָה דַּעַתוֹ שְׁנָה אַחַת הוּא דְחִיִּיב בְּשָׁנָה וּבְלֹא"ה מִשְׁמַע מְדַבְרֵיו דְדִנָּין בְּכָל הַפְּחוֹת שְׁנוּכַל לְדוּנוּ.

וּמֵהַר"ט ס"ל בְּתִירוּץ הַלְזָה דְגַם הָרָא"ש מוֹדָה דְלְזוּן לְעוֹלָם מִשְׁמַע רַק בְּנִידוֹן הָרָא"ש פִּינּוּן דְאִיפָא לְמִימַר לְשָׁנָה אַפְּוֹלָה מִקְלָתָא קְאִי לְזוּן אוֹ יִתֵּן ק' זְהוּבִים הַכָּל לְשָׁנָה אַחַת וּמְבוֹאֵר מְדַבְרֵיו דְבִסֵּתֶם לְזוּן מוֹדָה הָרָא"ש דְמִשְׁמַע לְעוֹלָם וְכֵן בְּתִירוּץ הַשְּׁנֵי שָׁם כ' דְסֵתֶם חִיּוּב מְזוֹנוֹת לְאוֹ לְעוֹלָם מִשְׁמַע מְדָלָא פִּירֵשׁ כָּל יָמֵיו שְׁאִם הִיָּה פְּנוּי וְיִשְׂא אִשָּׁה אוֹ הִי עֲנֵי וְהַעֲשִׂיר לִיפָא חִיּוּבָא דְסֵתֶם מְזוֹנוֹת בְּזִמְנָן שְׁהוּא צָרִיף לְהִיּוֹת נִיזוּן אֲצִלוּ מִשְׁמַע כְּמוֹ שֶׁכ' הַרִיטְב"א וְכִינּוּן דְסֵתֶם לְשׁוֹן לְזוּן הַתָּמַר מְפָלְלוּ אַף כְּשִׁמְצִינוּ שָׁם עֵילָה לוֹמַר דְהִיָּינוּ שְׁנָה שְׁנֻזְפָר בְּשְׁטָר וְעֲלֵיו סְמָךְ שְׁלֹא פִּירֵשׁ אֲבָל כָּל הַמְתַּחֲזִיב סֵתֶם בְּכָל מִינֵי חִיּוּבִים לְעוֹלָם מִשְׁמַע עִינָן שָׁם בְּדַבְרֵיו מְבוֹאֵר גַּם פֻּן דַּעַתוֹ דְהָרָא"ש אִינּוּ חוּלְק עַל הַרְשָׁבָא רַק בְּנִידוֹנוֹ הוּאִיל דְנֻזְפָר שְׁנָה וְדִלָא כְּמוֹ שֶׁכ' הַשְּׁ"ף הַגָּ"ל.

וְעִינָן שָׁם שְׁהַעֲלָה כ"כ בְּאוּמַר תְּנוּ בֵּית זֶה לְדִירָה מִשְׁמַע גַּם פֻּן לְעוֹלָם וְדִלָא כְּמוֹ שְׁהוּכִיחַ הָרָאנ"ח מְדַבְרֵי הַרְמְב"ם (פ"י) מְזַכֵּיָה שֶׁכ' הָאוּמַר תְּנוּ בֵּית זֶה לְפְלוּנֵי כְּדֵי שְׁיִדוּר בּוֹ עַד זְמַן פְּלוּנֵי דְמִשְׁמַע דְּוָקָא בְּקַבְעַ לּוֹ זְמַן אֲבָל בְּסֵתֶם מִשְׁמַע לְשַׁעֲרָה עַד שְׁיִפְרֵשׁ דִּי"ל דְלַרְבוּתָא נְקֻט אַע"ג דִּלָא הַקְנָה לוֹ גוּף הַבֵּית לְגַמְרֵי דְבְרֵיו קְנִימִים אֲבָל אַף בְּסֵתֶם מִשְׁמַע לְעוֹלָם וְעִינָן רַמ"א (ס' רי"ב) וּבִסְמ"ע וְטו"ז וְש"ף שָׁם: אַף קָשָׁה עַל הַמַּר"ט הָא הָרָא"ש בְּתִירוּבָה (פְּלָל ו') כְּתַב הַדִּין בְּאוּרָף עַל קְהַל שְׁפִטְרוּהוּ לְאַחַד מִמֶּס דֵּיִשׁ לְדוּן לְשׁוֹן הַפְּטוּר לְכָל הַפְּחוֹת שְׁאֲנוּ יְכוּלִין לְדוּנוּ דְכָל הַפָּא לְהוּצִיא יְדוֹ עַל הַתַּחְתּוּנָה וְכַתְּב שָׁם דְאֵף דְבִש"ס גִּיטִין גְּבִי עַל מְנַת שְׁתַּנִּיקֵי אֶת בְּנֵי דְסוּבֵר רַבָּא בְּסֵתֶם בְּעֵי ב' שְׁנִים הוּא

משום דלצעורה קא מכוון הלכה אנו דנין לשונו להחמיר אבל לא כן בממונן ואם הקהל אומרים לא פטרנוהו אלא מן המס הראשון היינו שומעין להם ואחר כך פתב המקבל עליו לזון חבירו בסתם או יתן ק' לשנה דין זה פדין הראשון ובשנה אחת פטרו וידברי מהרי"ט הנה מהראוי לומר דבסתם פטור משמע לעולם כמו כל מיני חיובים במחייב סתם לעולם משמע.

ואולי יש לחלק דלפטור ממס עדיין לא חל שום חיוב ובכל פעם חל חיוב מחדש בעת הצורך לכן נקטינו הפטור בפחות האפשרי מה שאין פו בחיוב כיון דלא פירש ומחייב את עצמו בסתם אמרינו דלעולם משמע.

אולם ממה דמחלק הרא"ש מהך דגיטין דאנו דנין לשונו להחמיר משום דלצעורה קא מכוון משמע דאין לחלק כמו שכ' דאם לא פו הנה לו לחלק בפשיטות דשם כיון דיבענו דצריף שיינק הבן ב' שנים ולאביו השומוש כל ימיו אמרינו דכוננתו הנה לכל זמן שיצטרף מה שאין פו לגבי פטור ממס דעדיין לא חל החיוב לכה אנו דנין לשון הפטור לכל הפחות שאנו יכולין לדנו ומזה נראה דהרא"ש ס"ל דלעולם הולכין אחר הפחות וכמו שכ' הראנ"ח.

ואם פו צריף ליישב ראיות הרשב"א מנדר סתם דלעולם משמע והמרי"ט שם הביא דברי המרדכי מס' שבועות לחלק בין סתם נדרים לסתם נזיר דלא הני רק ל' יום דשאני איסור גברא מאיסור חפצא והקשה על זה דאם פו בשבועות דהוא איסור גברא מן חפצא נימא דלא הוי לעולם והביא ראיה דהדין גם באיסור ושבועה בסתם דלעולם משמע וכן מבואר מדברי הרא"ש מס' שבועות וכן פוסק הרמ"א יו"ד (סי' רל"ו ס"ד) אף לקולא בנשבע סתם שלא יישן דהוי שבועת שוא ויישן לאלטר וכן בלא אנוכל בסתם והיינו כמו שכ' הרא"ש דאין זמן תתן לו ובאמת יש לומר דכוננתו הנה שלא יעשה סיבה לישן וגם שיהיה גיעור עד שבעל פרחו יתקפנו השנינה ובכל זה כיון דסתם הנה שלא יישן ואמרינו דכוננתו הנה על השנינה וכיון דלא נתן זמן הוי פלעולם והוי שבועת שוא ואמאי בחיוב או בפטור בסתם לא אמרינו דכוננתו הנה לעולם: וראיתי במח"א הלכות שבועות (סי' ו') בנשבע לחבירו להיות שותף עמו זמן מה יצא ידי שבועתו ואף דבנדר סתם לעולם משמע דוקא במידי דשב ואל תעשה סתמא לעולם משמע והכי מפלגינן בתנאין בין היכא דכל דבר שהוא בקום ועשה כגון על מנת שתניקי את בני פיון שהניקתו יום אחד סגי ואילו אמר על מנת שלא תשתי יין לעולם משמע והביא דברי המ"מ (רפ"ז) מאישות (ופ"ח) מגירושין עיין שם ובזה מיושב דברי הרא"ש וכן כתוב בס' פהונת עולם לתרץ דברי הרא"ש פו לחלק בין דבר שהוא בשב ואל תעשה דמשמע לעולם לדבר שהוא בקום ועשה דסגי במיעוט האפשר.

אולם דברי המח"א דסתם כפר תמה עליו בס' קהלת יעקב דהא על פרחו דעת הרשב"א דאין לחלק ואף אם בגיטין יש לחלק מ"מ בממונן דלהרנחה מכוון סתמא לעולם ואף בתנאים כמבואר חידושי רשב"א גיטין וברבינו רנוחם הנ"ל ומ"מ דברי הרא"ש אתי שפיר בזה לחלק בין שב ואל תעשה לקום ועשה ומלשון הרא"ש (פ"ג) משבועות שכתב

דאינה זמן תתן לו לא מסתבר שלא יאסר אלא רגע אחד משמע קצת דהיכא דיש סברא למעט האיסור ממעטינו.

אולם מדכ' בשלא אישן דוקא באמר יום אחד או יומים דבסתמא הנה נאסר לעולם אמאי הא יש לומר דכוננתו הנה שלא ישתדל שיששן אבל אם יחטפנו שינה זה לא אסר עליו על פרכה דסובר סתמא הוא לעולם ואם פן למה נחלק בין קיום ועשה לשוב ואל תעשה ומ"מ צריף לומר דלעשות מעשה אין סברא שישייב לעשות בכל עת ומה שכתב הרא"ש דמס אמרינו דכוננתם הי' על המס הראשון אף דהוי שב ואל תעשה כב' הגאונים מהרי"ט אלגאזי והח"ל דגם שם הוי קיום ועשה שהקהל ישלמו בעדו: ויש לחקור בדעת הרא"ש דכ' אלו היו הקהל אומרים לא פטרנוה אלא מן המס הראשון היינו שומעין להם מה כוננתו אם דוקא פשוטענין הקהל טענות ברי דכוננתם הנה פה אבל אם אינם זוכרים מה הנה אז בדעתם יש לומר דמודה הרא"ש דסתמא לעולם משמע וכן מה שכ' אחר פה במקבל לזון חבירו בסתם או יתן ק' לשנה דין זה פדין הראשון ובשנה אחת נפטר הוא גם כן רק פשוטענין ברי דכה הנה כוננתו אבל פשאינו זוכר יש לומר דגם בזה סתמא לעולם משמע.

או דלמא דלאו דוקא בטענת ברי ומסתמא גם כן לא אמרינו דלעולם משמע ובפרט למה שכ' הגאונים הנ"ל לחלק בין קיום ועשה לשוב ואל תעשה דבקום ועשה לא אמרינו סתמא לעולם אם כן לא צריף לטענות ברי רק סתמא ג"כ יד בעל השטר על התחתונה.

ובנתיבות כתב בטעם דברי הרא"ש אף דהלשון של סתם משמע טפי לעולם לגבי נדרים הוא משום דרוב בני אדם אומרים לישנא דסתם וכוננתו לעולם ובנדרים אזלינו בתר הרוב ולא מהימן לפרש דבריו נגד הרוב כמבואר יו"ד (סי' רי"ו) אבל במזמן לא אזלינו בתר הרוב וכיון דיש מיעוט דאזמן מועט אמרו גם כן לישנא דסתמא אינו יכולין לחייבו ולדבריו הנה נראה גם כן דאף בטענת שמה אין מוציאין ואף באומר שאינו יודע מה הנה כוננתו מ"מ כיון דאין מוציאין מזמן הרוב הממע"ה ומה שכ' הרא"ש אלו הנה הקהל אומרים הוא לאו דוקא.

אולם נ"מ עכ"פ אם הלו' טוען ברי שפך הנה המדובר על לעולם וזה אינו זוכר דאף דברי ושמה לאו ברי עדיף ואף פשוטעניע לו הרוב מ"מ אם תפס אין מוציאין מזדו. ועיין נתיבות (סוף סי' רל"ב) ובספרי ח"ר בשו"ת (סי' ד') שם הבאתי דברי בעה"ת דמשמע מדבריו דבכ"מ שהרוב מסייעו מהני תפיסה.

גם יש נ"מ באם מת המתחייב אם טוענין עבור היורשים דסתמא לא הי' כוננתו על עולם דאם נאמר דרוב הוא גם בחיוב סתם על לעולם יש לומר דעכ"פ על ידי הרוב הוי פלא שכיח ולא טוענין בעד יתומים ואם נאמר לחלק בין שב ואל תעשה לקיום ועשה נדאי בקום ועשה הוי כספק השקול והמע"ה.

ויקצת יש להתבונן בדברי ש"ף יו"ד (סי' ר"ח ס"ק ה') שכתב דאף ת"ח אינו נאמן רק היכא שיש במשמעותו ב' לשונות אבל היכא דאין משמעותו אלא לשון א' שהוא נדר גם ת"ח אינו נאמן לפרש ולמה שכ' האחרונים דע"ד א' נאמן נגד הרוב אף פשוטענין נגד רוב ואינו מברר שנה מהמועט אם כן למה אינו נאמן לפרש דבריו ולומר שהוא מן המועט

וְצָרִיךְ לומר דהוא מטעם דהוי דברים שבלב דאינו דברי וכיון דעפ"י הרוב הוי לשון נדר אף דנאמן דבלבו לא הי' פן ומקראוי להאמינו ובפרט לגבי נפש' דאדם נאמן על עצמו מ"מ אזלינו בתר הרוב ולא בתר דבריו שבלב ולכן בסתם ג"כ אף דנאמר דיש מועט שאמרו סתם על זמן מועט מ"מ אינו נאמן לפרש דבריו לגבי איסור נדר דהוי דברים שבלב ונקטינו הלשון שעל פי הרוב סתמא לעולם מה שאין פן לגבי ממון דאין הולכין אחר הרוב בזה הדברים שבלב הוי דברים ועיין תוס' פתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל ובפנ"י שם ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני אונאה (סי' ד') ואכ"מ בזה: ועיין בשעה"מ (פי"א הי"ו) ממכירה דתמה על מוהרש"ך ז"ל בקהל שפטר מפת הפטור שעשו להם הקדמונים פיון שקבלו בסתם החיוב חל לעולם דאף אישתימיט מיגיל דברי תשובת הרא"ש הנ"ל וכו' דדוקא היכא דליכא אלא דררא דממונא בלא איסור שבועה ביה פיון דיד בטל השטר על התחנותה דגין הפטור על הפחות אבל היכא דיש איסור חשש שבועה בדבר ביה אמרינו פיון דלא קבע זמן ואסר עליו בשבועה דעתו על לעולם דאי פנונתו לזמן ידוע לא הוי מעייל אינש נפשיה בספק איסור פיון דלשון סתם משמע גמי לעולם הוי ליה לפרש דבריו שלא ליכנס בספק איסור ומהאי טעמא דן המורש"ך ז"ל שם פיון דהיה חשש איסור שבועה בדבר אמדינו דעתיהו שהיה דעתו לפטור לעולם עיין שם.

והנה מה דפשיטא ליה דמצד איסור שבועה אמדינו דעתיהו דהי' לפטור לעולם דעת מהר"ם מינץ לא כן הוא מובא בכנה"ג (סי' מ"ב ס"ק י"ו) דהיכא דהלשון תלוי ומסופק יד בעל השטר על התחנות' אפ"י יש חרם או שבועה או תק"כ והוא תמה עליו הא ס' שבוע' להחמי' והביא דברי תשובת רשב"א דספק חרם להחמיר בכה"ג וכתב דנדאי הנשבע או המקבל בחרם יחוש לעצמו אבל הב"ד אין כופין על כף פיון שהלשון מסופק ידו על התחנותה הרי מבואר דרק מספק שבועה יחוש לעצמו אבל לא אמרינו בשביל כף לדון מטעם דהוי ליה לפרש מפני חומר שבועה שבו ומדלא פירש אמרינו אומדן דעתו לטובת הזוכה ועיין שם בתומים (ס"ק ה') דמהר"ם מינץ איירי דרצה להתיר שבועתו רק דאין להתירו שלא בפני שפנגדו וכיון דבדיעבד מותר אף שלא בפניו וכיון דיש פאן ספק הו' ליה ספיקא דרבנן עיין שם ואם פן בגידון דמוהרש"ך ז"ל הוי יכולין הקהל להתיר החרם אם נאמר דלא חייבים רק מצד שקבלו עליהם בגזירת נח"ש וגם פיון שהקהל של עכשיו לא פטרוהו רק המוקדמים אם פן לא היו צריכי' קהל של עכשיו לחוש על ספק איסור שבועה של הקדמונים פיון דמן הדין יד בעל השטר על התחנותה והם אינם עוברים בספק איסור אלא נדאי דהמורש"ך ז"ל דן שם דלשון סתם הוא בנדאי לעולם: סי' מט המתחייב לזון את חבירו ורוצה במעות הדין עם מקבל המתנה ואם התנה בפירוש לזונו על שולחנו אינו חייב רק לפי ברפת הבית (סי' ס' ג) ועיין בסמ"ע דסתם לזונו משמע שיהיה גזון פרצונו פדרה העולם.

וראיתי בס' בית מאיר (סי' קי"ד) שכ' דמלשון תשובת הרא"ש שבטח"מ (סי' ר"ז) משמע קצת דוקא שם שהתנה פראוי לפי פבודו הוא דיכול לטעון דמים אני רוצה. ובתשובת רשב"ש (סי' ת"ס) כתב שיש לסמוך דברי הרא"ש במה שכ' שרואין אם הנה מתפרנס כל ימיו בתוך ביתו שדומה לפוסק לזון בת אשתו ה' שנים דלא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אלא מולך מזונותיה למקום שהיא הרי דכל הפוסק לזון לאו דוקא על



וכן כ' בנתיבות (ס"ק ז') והדברים מבוארים בש"מ פתובות משם הריטב"א להוכיח מן הירושלמי דקאמר חלמה כמו שגשאת מטה פבר מטה דאף דלא נתחייב רק פשראוי לזון אז אעפ"י שאין צריף נותן לה דמי מזונות אם כן לא תימא דחלמה הוי פאינו ראוי לזון לקה אמר דלא כן הוא רק חלמה הוי כמו שגשאת פנין דעכ"פ ראוי למזונות חייב לתת דמי מזונות שהי' צריף פשהיה פריא: והנה הב"ש אה"ע שם כתב דרק בגשאת דיש לה מזונות ממקום אחר אז צריף ליתן דמי מזונות משום דחדא פרסא אית לה אבל פשראין לה מזונות ממקום אחר אין צריף ליתן רק מזונות ולא דמים והנתיבות הכריע דבמחייב לזונו לחבירו משמע שיתן לו מעות רק אם התנה בפירוש לזון על שולחנו אינו חייב בדמים ועיין בבית מאיר אה"ע שם.

ולא אדע אם ליפא שום נ"מ בין דמים לפירות אם כן אף בהתנה על שולחנו פנין דאין צריף ליתן דמים רק לפי ברכת הבית למה לא יתחיי' ליתן דמים דכגון זו כופין על מדת סדו' כמו בהך עובדא דרחיא סוף פתובות דאם אית ליה לשוכר טחינא לרחיא כופין אותו על מדת סדום והקא נמי פנין דצריף לקנות עכ"פ בעדו מזונות לתת לו לפי ברכת הבית אף דהתנה על שולחנו מה נ"מ להמתחייב אם יתן הממון או המזונות ואם יש לו נ"מ פגון שיש לו מזונות בביתו מוכן וטורח לו למכור כפי חלקו שצריף להמקבל כפי ברכת הבית או שהמתחייב ימצא מקום לקנות המזונות בהקפה ולא מעות ודאי כשאומר והתנה לזונו על שולחנו יכול לפטור את עצמו מפל וכל אם אינו רוצה בפירות.

וכן אף באומר סתם לזונו מניין לנו לומר דיפסיד ויתן דמי מזונות משלם ואף דלשון לזונו משמע מעות שיקנה מזונות פרצונו מ"מ יש לומר היכא דלית ליה פסידא אבל ביש לו פסידא בין פירות לממון מניין לנו ובאמת בתוס' פתובות שם דכתבו דבמתניתין ליפא פסידא והמתחיי' כי יחייב דמי מזונות ממה שיהיה נותן מזונות עצמן היינו דמסתמא איירי בזה ומה שמבואר בירושלמי הוא אומר פירות והיא אומרת מעות הדין עמה ומזה הוכיחו הראשונים במקבל לזון אין הפוננה דוקא מזונות עצמן רק שיהיה לה לזונה כפי רצונה לקנות והכל כשליפא נ"מ רק אם כפי ברכת הבית או יותר אמרינן לזונה כפי רצונה אבל מ"מ דלא יהיה לו להמתחייב הפסד שיש בין גוף המזונות או הדמים: וראיתי בספר נתיבות משפט הגדול הספרדי ז"ל (דף קח"י) שהוכיח מדברי הריטב"א ורשב"א פתובות שם שכתבו והוא הדין אם יש לה מזונות ממקום אחר ששניהם נותנין לה דמי מזונות שלמין כדאמרינן גבי גישאת משמע בפירוש דדוקא כשיש לה הוא דנותנין לה דמים אבל כשאין לה פנין דאית ליה פסידא בנתיב' דמים מנתינת פירות לאו כל כמינה אלא נותן לה מזונות ולפום ריהטא אינו מוכרח ראיתו לדייק מזה דדוקא כשיש לה מזונות ממ"א ובלא"ה נותן לה מזונות דיש לומר דהם לא איירי ביש פסידא בין מזונות עצמן למשלם דמי מזונות אבל הם קאי דלא תימא דמתניתין אתי לאשמועינן דלא תימא דלא חייב את עצמו רק פנין שאין לה ממקום אחר להתפרנס אז חייב את עצמו לזונה ודוקא כשגשאת דעל זה נכנס בחיובו אבל בלא גשאת רק הקרה לפניה מזונו' ממ"א ניימא דשוב לא יתחייב פתבו דבכל אנפי קאי בחיובו לתת דמי מזונו' אבל מ"מ יש לומר דחייב לתת דמים ממש דע"ז נכנס בחיובו בלשון לזונה.

וּכְמוֹ שֶׁכ' הַסַּמ"ע: אָף אִם נֶאֱמַר דֶּהֱחִיּוּב הוּא לְזוּנְוֹ הִינּוּ פְרָצוּנֹו בְּבֵיתֹו וַיִּקְנֶה לְנַפְשׁוֹ מֵהַ שְׂרִיטָה פְדֻרָה הַעוֹלָם אִם כֵּן לְאִיזָה צִנְרָה כ' הָרָא"ש רִישׁ פ' הַנוֹשֵׂא עַל דְּבָרֵי הַיְרוּשָׁלְמִי תַנָּא זָנָה ה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנִים בֵּין בִּינְיָן בֵּין בְּזוּל הִיָּה בִּינְיָן וְהוֹזְלוּ אִם הוּא גָרַם נוֹתֵן בִּינְיָן וְאִם הִיא גָרְמָה נוֹתֵן בְּזוּל הִיָּה וְהוֹקֵרוּ בֵּין שְׁהִיא גָרְמָה בֵּין שְׁהוּא גָרַם נוֹתֵן בְּזוּל פִּירָשׁ אִם הִיָּה הַמְזוֹנוֹת בִּינְיָן בְּה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנוֹת וּל"ג לָהּ וְאִתְ"כּ הוֹזְלוּ אִם הוּא גָרַם שְׁעֵיפֵב מְלִיתָן לָהּ צָרִיף לִיתָן לָהּ כִּשְׁע' הַיִּנְיָן אֲבָל אִם הָרֵאשׁוֹנִי הִיָּה בְּזוּל אֵינֹו חֲטִיב לְשַׁלֵּם בִּינְיָן אֲלָא דְמִי אוֹתָן שְׁנִי פְעִין שְׁגָזַל וּמָה צָרִיף לָזָה הָא לֹא נִתְחַטְּבֵיב מְעוֹלָם בְּמִזְנוֹת דְּנִקָּא רַק בְּדְמִי מְזוֹנוֹת שְׁל ה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנִים וְאוּלַי סוֹבֵר הָרָא"ש אָף דֶּהֱנִיזוּן יָכוֹל לֹמַר דְּמִים אֲנִי רוֹצֶה מ"מ אִם רוֹצֶה דְּנִקָּא בְּמִזְנוֹת צָרִיף לִיתְתְּלוּ לְכָהּ כ' הָרָא"ש דְּלֹא עֲדִיף מְגִזְלָה בְּמָה שְׁלֹא נָתַן לָהּ ה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנִים וְאֵינֹו מְשַׁלֵּם רַק פְּעִין שְׁגָזַל הִינּוּ דְמִים שְׁל הַחֲמִשָּׁה שְׁנֵי הָרֵאשׁוֹנוֹת.

אָף מ"מ קָשָׁה אִם כֵּן פְּשָׁהּ הִיא הַה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנוֹת בִּינְיָן אָף אִם הָעֵכוּב הִיָּה מְמַנָּה מ"מ כֵּינֵן שְׁלֹא זָן אוֹתָהּ בְּה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנוֹת כֵּינֵן דֶּהֱיָתָה יָכוֹלָה לֹמַר דְּמִים אֲנִי רוֹצֶה לְמָה לֹא יִשְׁלַם לָהּ הַדְּמִים כְּמוֹ שְׁהִיָּה בְּשָׁנוֹת הַיִּנְיָן.

וְרֵאִיתִי בְּבֵית מֵאִיר שֵׁם דְּעַמֵּד עַל זָה וְכ' דְּדוֹקָא אִם טוֹעֵנַת אִז דְּמִים אֲנִי רוֹצֶה אִז חֲטִיב לְשַׁלֵּם כְּפִי הַיִּנְיָן רַק דְּאִיָּרִי שְׁלֹא תִבְעָה אִז מְמַנֵּו פְלוּם וְהַעֲיָכּוּב הִיָּה שְׁהַרְגִיל' קִטְטָה וְהִלְכָה מִבֵּיתֹו וְכָל פְּמָה שְׁלֹא תִבְעָה לֹא נִתְחַטְּבֵיב וְלִהְיֵי מְשַׁלֵּם בְּדְמִי הַזּוּל וְזָה דְּחִסָּק גְּדוּל לֹמַר בְּלִשׁוֹן הַיְרוּשָׁלְמִי אִם הִיא גָרְמָה דְּאִיָּרִי דְּנִקָּא בְּאִנְפֵּו זָה גַם אָף אִם הִלְכָה בְּעֵצָמָה וְלֹא תִבְעָה מְמַנֵּו פְלוּם מ"מ כֵּינֵן דְּאִם הִיָּתָה תוֹבְעַת מְמַנֵּו אִז הִיָּה חֲטִיב בְּדְמִים וְכִי בְּשָׁבִיל דְּלֹא תִבְעָה תִפְסִיד כֵּינֵן דְּאִין כָּאֵן מְחִילָה וּמִזָּה נִרְאָה דְּבִאָמַת אֵינָה יָכוֹלָה לְתַבְרַע דְּמִי מְזוֹנוֹת כְּשִׂאִין לָהּ מְמַקּוּם אַחַר לְכָהּ כֵּינֵן שְׁהִיא גָרְמָה שְׁלֹא זָנָה הִיא הַה' שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנוֹת נוֹתֵן כְּשַׁעַת הַזּוּל: וְעֵינֵן בְּמַח"א דִּינֵי רִבִּית (ס' מ') שְׁחַקֵּר בְּהַלְוָה סָאָה בְּסָאָה בְּדִרְבָּה הַיִּתֵּר וְאַחַר כָּהּ נִתְיַקְרָה הַסָּאָה וְתִבְעָה מִהַלְוָה וּל"ג לוֹ וְאַחַר כָּהּ הוֹזְלָה אִם סָגִי כְּשִׁנּוֹתֵן לוֹ עֲכָשְׁיוֹ הַסָּאָה אוֹ דְחֲטִיב לִיתָן כְּפִי מָה שְׁהִיָּה שְׁנֵה בְּשַׁעָה שְׁתִּבְעָה שְׁהִיָּה בִּינְיָן וְכ' דְּרָאָה לְאַחַד מְגִדוּלֵי הָאֲחֵרוֹנִים דְּכֵינֵן דְּלֹא פְרַעוּ אִז חֲטִיב מְדִין מְזִיק וְכ' דְּזָה לֹא הִנֵּי אֲלָא גָרְמָה אָף מִיְרוּשָׁלְמִי הַנִּזְל' יֵשׁ רֵאָה דְחֲטִיב כְּשַׁעַת הַיִּנְיָן וְכ' דִּישׁ לְדַחְחוֹת דְּהִתָּם לֹא נִתְחַטְּבֵיב בְּפִירוֹת רַק בְּדְמִים שְׁשׁוּיֵן הַמְזוֹנוֹת וְהִנֵּי כְּמוֹ דְנִתְחַטְּבֵיב בְּדְמִי מְזוֹנוֹת ה' שָׁנִים אֲבָל זָה לֹא נִתְחַטְּבֵיב בְּדְמִים רַק בְּפִירוֹת כָּל שְׁיָתָן כְּמוֹ שְׁלִקַּח סָגִי.

וְשׁוּב הִבִּיא מְדָבְרֵי הָרָא"ש דְּכ' הַטַּעַם כְּעִין שְׁגָזַל נִרְאָה דְּס"ל דְּל"ג בְּדְמִים כִּי אִם בְּמִזְנוֹת וְלָזָה אִם הַמְזוֹנוֹת נִתְיַקְרָו יִתֵּן כָּל כָּהּ מְזוֹנוֹת וְלִמְדֵנוּ מִזָּה כָּל שְׁנִתְחַטְּבֵיב לְתַת לְחַבְרֵוֹ מֵהַ בְּזַמֵּן פְּלוּנִי וְלֹא נָתַן הַרִי זָה דִין גְּזֵלָן יֵשׁ לוֹ וּמְשַׁלֵּם כְּמוֹ שְׁהִיָּה שְׁנֵה בְּאוֹתָהּ שְׁעָה עַכ"ד.

וְיֵשׁ לְדַקְדָּק בְּדָבְרֵי לְמָה דְּסוֹבֵר דְּנִתְחַטְּבֵיב בְּדְמִים לְזוּנָה אִם כֵּן כֵּינֵן דְּחֲטִיב בְּחֲמִשָּׁה שָׁנִים הָרֵאשׁוֹנִים נִתְחַטְּבֵיב דְּמִי מְזוֹנוֹת שְׁל שְׁעַת הַיִּנְיָן אֲמַאי בְּאִם הִיא גָרְמָה נוֹתֵן בְּזוּל. גַּם מָה שְׁהוֹכִיחַ מְדָבְרֵי הָרָא"ש דְּבְמִזְנוֹת נִתְחַטְּבֵיב וְהוֹכִיחַ מִזָּה דְּאִם נִתְחַטְּבֵיב וְלֹא נָתַן דִּין גְּזֵלָן יֵשׁ לוֹ וּמְשַׁלֵּם כְּמוֹ שְׁהִיָּה בְּאוֹתָהּ שְׁעָה יֵשׁ לְהַבִּין דְּמ"מ אִם הָעֵיפֵב מְמַנָּה לוֹ הִיָּה דְלִית לִיהּ דִּין גְּזֵלָן מ"מ כֵּינֵן שְׁלֹא קְבָלָה מְזוֹנוֹת וְהַרְוִיחַ הַמְתַּחְטְבֵיב לְמָה לֹא יִשְׁלַם כְּכָל מָה שְׁהוֹרִיחַ וּבְדָבְרֵי הָרָא"ש יֵשׁ לֹמַר דְּכָהּ מְסַתְּמָא הִיָּה חֲטִיבוֹ לְזוּן אוֹתָהּ וְאִם לֹא תִרְצָה



ותעפב נשאר חייב לזונה ה' שנים ויכול לזונה פשעת הזול אבל בהלוה סאה בסאה דחייב לו בסאה אף פשלא תבעה מהלוה הא מ"מ הרויח במה שאכל אז הסאה הגה או שמכרו ולמה לא ישלם לו כפי דמיו אף אם לא הוי בגזלן וצריף לומר דסובר דאמרינו דכף הגה חייבו בסאה פירות לתת לו בזמנו ואם לא תבעה יכול לומר הרי שלף לפניה כיון דל"נ גזלן רק פשתבעה ולא רצה ליתן אז הוי בגזלן ומשלם פשעת הגזילה.

אף קשה על המח"א הא בהלכות נזקי ממון (סי' א') הביא מחלוקת הראשונים אם במזיק אמרינו גם כן כמו בגזלן כל הגזלנים משלמין פשעת הגזילה ואם הזיק דבר שהיה שנה אז ה' ובשעת הפרעון הוזה ואינו שנה רק ד' אם משלם פשעת הגזילה דיש לומר בגזקין נותן לו כלי פמותו או דמיו ולסגי ובהלכות ריבית הוכיח מדברי הירושלמי והרא"ש הג"ל דאף במזיק חייב לשלם פשעת ההיזק דהא במחייב לזון ליפא מידי שיחול עליו שם גזילה במה שלא זן ובכל זה חייב לשלם פדמעיקרא מכ"ש במזיק בידים ולמה שכ' שם המח"א דדעת הרא"ש דגם בגזקין צריף לשלם פשעת ההיזק יש לומר דהרא"ש פתובות אזיל לשיטתו ולכף פשנתניקר יקר חייב לשלם אף אם לא נתחייב בדמים רק במזונות אבל למ"ש שם דדעת רש"י ותוס' דבמזיק משלם פדהשתא אם כן אמאי חייב פדמעיקר' בהי' ביוקר והוזה לא יהיה אלא פהזיק בידים דאינו משלם רק פדהשתא' ולידידהו צריף לומר דכף הגה החייב דמי מזונות ה' שנים הראשונים וכמו שכ' המח"א: וראיתי בספר אבני מלואים (ח"ב סי' קי"ד) שהביא ראי' מדברי הרא"ש פתובות הג"ל להכריע פדברי מהרש"ל המובא בפ"ה (סי' ע"ד) במלוה לחבירו לזמן ותובעו בזמנו ונדחהו הלנה בלף ושוב ובין כף נפסל המטבע דחייב לשלם מטבע היוצא אחר כף והש"ף חולק על זה ובתנאים שם כ' דהוי רק גרמא בעלמא וכ' דאין להוציא מיד המוחזק וכ' הקצוה"ח להכריע דכל שהעיקוב מן הלנה הוי ליה בגזילה ממש וכל דליתא בעינא משלם פשעת הגזילה וכמו בפירנסה דצריף לשלם פשעת היוקר וזה ממש פדברי המח"א.

אולם למה שכ' דיש לדון דהיכא דליתא בעינא לא שייף בו דין גזלן רק כמו מזיק ותליא במחלוקת הפוסקי' אם במזיק משלם ג"כ פדמעיקר' או פדהשתא ויש לומר דהרא"ש שפכת בפירנסה דחייב מטעם דכל הגזלנים משלמים פשעת הגזילה דסבירא ליה דגזלן ומזיק דין אחד להם אבל להסוברים דרק בגזלן הוא גזה"כ לשלם פדמעיקרא ולא במזיק על פרחף הא דהיה ביוקר והוזה דחייב לשלם פדמעיקרא פמבואר בירושלמי הוא מטעם דכף נתחייב דמי מזונות ה' שנים הראשונים פל שהעיקוב הגה ממנו אינו ראיה מזה לנגידון דמהרש"ל ואם כן מי יכול להוציא ממון נגד דעת הש"ף והתנאים והנה פוסקי' המובא במח"א דיני נזקי ממון דס"ל דבמזיק לא דנין בי' הדין דכל המזיקין משלמין פשעת ההיזק וסגי בתשלומי דמים פדהשתא.

ומ"מ יש לדון בנגידון דמהרש"ל הג"ל והמח"א בהלוהו סאה בסאה ולא נתנו לו בזמנו ואחר כף הוזה כיון דעכ"פ גרמא הוי פשלא נתן לו פשתבעו ובא עי"ז לידי הפסד וכיון דהלנה הרויח בזה דהוא הוציא המטבע וכן הסאה שהיה צריף ליתן לו ונהנה ומשתרשי ליה ובכה"ג היכא דהרויח דעת המרדכי וכמה פוסקים דחייב לשלם פמבואר ברמ"א (סי' רצ"ב) אולם דעת המרש"ל בעצמו מובא שם בפ"ה דחולק עי"ז וסובר אף היכא דהרויח במה דמבטל פיסו של חבירו גם כן פטור אם כן צריף עיון בזה להוציא ממון:

והא דחייב לפרוע בזמן היקור כ' הטו"ז באה"ע שם דהוא דוקא ביקור דשכיח אבל יוקר דלא שכיח הוי פאונס דלא שכיח ולא קיבל עליו והביא דבריו בב"ש שם ובס' בית מאיר שם הניח דין זה בצ"ע דאינו דומה בקבל עליו אחריות אונסים שהוא פולל כמה מיני אונס אמרינו דל"ש לא אסיק אדעתיה אבל במקבל עליו פרט ענין מזונות מדחייב אף ביקור אסיק אדעתיה להתחייב בשינוי ממה שהוא עכשיו חייב לאסיק אדעתיה אף יותר דל"ש ומדלא התנ' חייב וקשה לחלוק בסברא קלושה בזה על הטו"ז וב"ש דמצינו בכל מקום מה דלא שכיח פלל לא צריק להתנות ולאסוקי אדעתיה והוי כמו אונס ומצינו לנו לחייבו במאי דלא צריק להעלות על דעתו ובספר אבני מלואים שם הביא ראיה מדברי תוס' פתובות (דף נ') דס"ל דבמזונות ה' שנים חייב נמי ברפואה שאין לה קצבה דבכלל מזונות הוא ונחלה הוי ליה אונס כמבואר ריש פתובות ואע"ג דתוס' פתבו שם דחלה הוי ליה אונס דשכיח ול"ש היינו לענין גיטין אבל כ"ע מודו דהוי אונס גמור וכיון דחייב ברפואה אם הוי בכלל מזונות הוא הדין ביקור בין שכיח או לא שכיח ואיני מבין דבריו דבשכיח ולא שכיח דהוי ליה לאסוקי אדעתיה ומדלא התנה ירד לחייב את עצמו אף בזה כיון דס"ל לתוס' דרפואה בכלל מזונות אבל במידי דלא שכיח דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שפיר י"ל דלא נחית לחייב את עצמו בזה.

ובס' שער משפט כתב גם כן לחלוק מסברא דדוקא במקבל על עצמו אחריות אמרינו מאי דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה לא נתחייב פלל באונס בזה מה שאין כן במחייב את עצמו לזון ה' שנים כיון דכבר נתחייב אף דלא אסיק אדעתיה יוקר בזה אמרינו מזלו של הנותן גרם אף דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה מ"מ הא כבר נתחייב והביא ראיה מהא דמבואר יו"ד (סי' רל"ב) במי ששידך בתו ונדר לתת סף ידוע ונשבע על זה ואחר כך נתקלקלו החובות שלו ואין לו ממה לפרוע חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו פטור מטעם דהוי לו אונס והדין הוא רק דפטור משבועה אבל אם נתחייב בשטר וקנין באופן המועיל וירד מנכסיו חייב אף למפור בית דירתו וכלי תשמישו וכ"כ בפשיטות בספר בית הלל אה"ע (סי' נ') ואין חילוק בין מי שנתחייב או לזה מעות בכל ענין אין משיירין לו אלא כפי דין הסיידור ולא אמרינו אדעתיה דהכי לא נתחייב אלא נדאי לענין חיוב ממון כיון דנתחייב ונשתעבדו נכסיו לא אמרינו אדעתיה דהכי לא נתחייב דשעבודא ממילא חייב ומזלו גרם.

ואינו ראיה פלל דנדאי בנתחייב בממון וחיוב' רמאי עליו לשלם אף אם ירד מנכסיו מ"מ נשאר חיובו ונשתעבדו כל נכסיו שיש לו ובכל עת שיש לו חייב לצא' יד"ח לשלם ואמרינו מזלו גרם ואף אם הוא מפת מדינה מבואר (סי' שכ"א) בקבלנות דאינו מנפה לו אף דלא שייך מזלו גרם אבל אם פרט חיובו על פרט היינו לזונו על זה אנו דנין אם אסיק אדעתיה יוקר דל"ש או לא ואם נאמר דלא אסיק אדעתיה לא ירד לחייב' באופן זה ונתבטל החיוב מעיקרא ולא שייך לומר מזלו גרם כיון שהוא מפת מדינה ואם נאמר דכיון דלא אסיק אדעתיה לא נתחייב בזמן היקור ואף אם הוול אחר כך אינו מחויב למלאות הזמן שהיה ביקור דל"ש מה שאין כן היכא דחייב את עצמו בממון לעולם חיוב' רמאי אקרקפת' דגבר' לשלם לכן אף דלא אסיק אדעתיה שירד כ"כ מנכסיו מ"מ כיון דנשאר שעבוד הגוף נשתעבדו נכסיו וחיוב אף למפור כפי סידור בע"ח אבל פאן הספק על עיקר החיוב אם נתחייב פלל לזון בזמן יוקר דלא שכיח ואם נחזיק בזה הואיל דלא

אסיק אדעתיה אינו מחויב כלל לזון ואף אחר כך לא נתחייב למלאות החיוב אף אם הונל פינון דהתנה רק על זמן הזה וכינון דלא נחית על יוקר דלא שכיח כלל נתבטל החיוב מפל נכל ואינו דומה לחיוב כללי דחל על גופו ונשתעבדו נכסיו עוד הביא ראי' מדברי רשב"א פ' הגזקין שהקשה על רש"י דס"ל דבחיוב לזון חמש שנים הוי דבר שיש לו קצבה ממה דמזונות אשתו הוי דבר שאין לו קניין ואם נאמר דיוקר דלא שכיח אינו בכלל החיוב נימא דשאני מזון אש' דחיוב אף ביוקר דלא שכיח לכה הוי אין לו קצבה אלא נדאי דאף במתחייב חייב אף ביוקר דלא שכיח וראיה הזאת הביא גם כן בס' ב"מ שם.

אולם אינו מוכרח כ"כ דיש לומר מידי הוא טעמא דא"ח ביוקר דלא שכיח כלל הוא משום דלא אסיק אדעתיה ובשביל זה גם כן הלקוחות לא יחושו על זה דלא אסקו אדעתיהו ועיין בספר הפלאה אה"ע (סי' קי"ד ס"ק ג') מ"ש בזה וכנראה מסכים גם לדברי הטו"ז לכן אין להוציא ממון בזה: סי' נ כתב הרמ"א בקבל לזון לאחד ואשתו והתחיל לזון ומת' אשתו פטור ואפילו קצב סף לצורך מזונותיה אפילו הכי פטור מחלקה ועיין בש"א (ס"ק י"ז) דבמזונות סתם פטור לגמרי אפילו מיורשיה ובקצב לה סף חייב לשלם ליורשיה רק מבעלה פטור.

ובנתיבות כ' דהרמ"א איירי שקצב וקצב גם כן זמן המזונות כגון שהתחייב סף קצוב לצורך מזונות של ה' שנים דאז פטור אפילו מיורשיה כשמתה תוך זמן וכמו שכ' הח"מ אה"ע (סי' קי"ד ס"ק י"ג) וראיתי שם בס' בית מאיר דכ' דהטו"ז לומד בדברי הרשב"א בתשובה מדכ' וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב שחייב עצמו מעכשיו שהעיקר תלוי אם חיובו נתלה בהשנים כגון לזון ה' שנים אז אין החיוב נגמר מעכשיו עד בא זמן שנה בשנה חל עליו חיוב ליתן וכבר קיי"ל לי ולא ליורשיה ולא ליורשיה ולכן דייק הרשב"א וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב אלא שחייב עצמו מעכשיו נמצא מיד חייב כל הסף ושפיר מוריש החוב ולכן למד הטו"ז מזה היכא דהבטיח בת"כ ושבועה שאין החיוב רק בהגיע הזמן חל עליו החיוב לקיים שבועתו וכינון שמת אין בידו להוריש ולכן אף אם התחייב בסף ר' לצורך מזונות ה' שנים אין זה אלא פנותן מתנה לעני ליקח לו טלית וקנה בו חלוק שמ"מ קנה פינון שהחיוב נתברר בפעם אחד מעכשיו ולא נתלה החיוב בזמן השנים והניח דין זה בצ"ע.

ואני ראיתי בתשובת רשב"א (ח"ד סי' רמ"ח) הגדפס בשאלוניקי והוא בבאיור יותר ממה שגדפס מפבר (סי' תתק"ע) שהוא מקור דברי רמ"א הג"ל ומבואר בדברי הח"מ דרק כשלא קבל לזון זמן ידוע רק סף מעות לצורך מזונות סתם וחייב עצמו חוב גמור מעכשיו באותו סף ממון רק שקבע זמנו' מחולקים לפרעון אותו חוב ולפיכך אין באותו טענה שקבל עליו לזונה פינון שמתה אין בו ממש שאילו קבל עליו זה לזון ה' שנים או שחייב עצמו בממון ידוע למזונות ה' שנים ומתה לסוף ב' שנים בכענין זה לא הוי מתחייב לפרוע ליורשי אשה אלא פנגד שנים שעברו עד שלא מתה הא משנים הנותרות אינו חייב פלום לפי שזמן ידוע קבל עליו ואיננה לקבל מזונותיה ומבואר להדיא בדבריו דאף במחייב עצמו בממון ידוע אם קצב זמן בעד מזונות אף דמתחייב בסף מסוים מעכשיו פינון שהזכיר וקצב בעד זמן למזונות פטור כשמתה ואינו חייב אף ליורשיה ומה שסיים הרשב"א גם שם אבל עכשיו לא שקבע זמן למזונות אלא לצורך מזונות סתם

אלו רצו הם להוציא באותו סף ביום אחד הרשות ביגדו וגם הוא שלא קצב זמן באותו  
מזון הוא שחייב עצמו מעכשיו והם יזונו את עצמם כמה שירצו היינו פיון שלא קצב זמן  
למזונות ואף בהשטר שכ' בו שם וקבעתי להם זמנים לפורעם להם לא נזכר שהוא בעד  
דמי מזונות רק מתחילה כ' בו שהתחייב את עצמו כף וכף מעות לצורך מזונותיהם לכף  
חל החיוב אף שמתה האם הונזכר בזמנים של הפרעון שהוא בעד מזונות גם כן פשמתה  
אינו חייב לפרוע.

ומכ"ש אם מיד קצב זמן שחייב את עצמו לשלם בעד מזונות ה' שנים כף וכף אם מתה  
בתוך הזמן אינו חייב אף לירשיה לשלם רק מזמן העבר וכדברי הח"מ: ועיין שם  
בהפלאה (ס"ק ה') שדן בדברי טו"ז וב"ש שם דאף בהתחייב א"ע ליתן איזה סף במתנה  
ליום המוגבל לא חל חיוב המתנה עד אותו יום ואם מת קודם אין יורשים זוכים בו כמו  
במתחייב לזון ה' שנים ובמתה אין היורשים יורשים דאין החיוב חל אלא יום יום וזה  
שאמר בירושלמי מתה כפר מתה ולא אמר סתם פטור אלא הטעם פיון שמתה קודם  
החיוב ומדמה להא דמבואר בש"ע (סי' רנ"ג סעיף י"ו) באם אמר ר' וזו לפלוני  
בגדונגיתה אין לתת עד שתנשא ואם מתה בגתים אין לירשיה פלוס אבל אם אמר  
לגדונגיתה צריך ליתן לה מעכשיו ואם מתה זכו היורשים הרי דירנשה תלוי בזמן הגתנה  
אע"ג דשעבוד מתחיל מיד ולמה שכ' שם הרמ"א דיש חולקים וס"ל אם אמר ליתן  
להשיא' מתה לא זכו היורשים ה"נ במזונות טעמא משום דפרט למזונו' אבל בשאר חיוב  
מתנה חייב ליתן ליורשים פיון שהשעבוד חל מיד וכתב דמלשון הירושלמי שכ' כפר  
מתה משמע פיון שמתה קודם החיוב.

ואולם מתשובת רשב"א הנ"ל מבואר באמר לצורך מזונות סתם דירשיה יורשין אותה  
ונזקא בקבל עליו מזון ידוע ואיננה לקבל וכן אם אמר בעד זמן ידוע אבל היכא דנתחייב  
מעכשיו אף שאמר בעד מזונות יורשיה יורשים אף בלא הגיע זמן פרעון בסתיה.

ומה שכ' מהא (דסי' רנ"ג) כפר כ' שם בקצוה"ח דעיקר החילוק באמר חפצים לגדונגיה  
אז אין נותנין לה רק כשתנשא אבל אם אמר לתת ר' וזו הוא רק כמראה מקום ונותנין  
לה מיד והביא שם מדברי הרשב"א והריטב"א דאם אמר ר' וזו לגדונגיתה דחייבין לתת  
מעכשיו ואם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה דכה"ג לא הוי קפידא אלא כמראה  
מקום כמו בנותן דינר לעני ליקח בהם חלוק שרשאי ליקח בו טלית.

ומתשובת הרשב"א הנ"ל מבואר ג"כ כן דאף באמר והתחייב לצורך מזונות אם לא אמר  
לצורך מזונות ה' שנים יורשיה יורשים אותה ועיין שם בהפלאה (ס"ק י"א) בגידון  
דרמ"א הנ"ל מתשובת רשב"א שכ' ולענין אם חייב ליתן ליורשיה לא כ' פלוס ונרא'  
דמליא בפלוגמת הפוסקים (סי' רנ"ג) דהכא פיון שפירש למזונות הוי לי' כמו להשיאה.

וברשב"א בתשובה הנ"ל מבואר דירשיה זוכין בכל מה שחייב עצמו לה ואפילו במה  
שלא הגיע זמן פרעון עדיין. ויש לומר אף לדעת הרמ"א שם הוא דזקא בגדר להשיא  
יתומה דאיכא אומדנא שלא התחייב רק על מנת לקונסה ועיין במרדכי פ"ק אף עפ"י  
בש"ג משם הר"י מווינא ז"ל שכ' דאומדן דעת הוא שזה לא הפריש מעותיו אלא לצורך  
מצוה ולא לדבר הרשות שיאכלום היורשים ויעשו בהם צורכיהם וזה נמי אפשר דעת  
הרמ"א מה שאין פי כשהתחייב כף וכף במתנה פיון דהחיוב חל מעכשיו אף שאמר בעד

מזונות כ"ע מודים דנכו בהו היורשים כמבואר מדברי תשובת רש"ב"א הנז' ועיין בתחם סופר חח"מ (סי' קמ"ז) פנראה סובר בדעת רש"ב"א דדוקא אם פבר קבל הממון אבל להוציא גם רש"ב"א מודה וי"ל דהוא דוקא היכא דאיכא אומדנא דלא נמן רק לעשות המצוה אבל במחייב סף מסנים בעד מזונות מבואר מדברי הרש"ב"א הנז' ל דירושיה יורשים אף החיוב ותייב לשלם להיורשים ועיין בד"מ אה"ע (סי' נ"ג אות א') שכתב אף דהרש"ב"א כ' באמר לנשואין שצריה ליתן לה מז' מ"מ מודה לרבינו חיים דאם מטה המעות חוזרים רק שצריה ליתן לה מז' ואין ממתניגים עד זמן הנשואים ע"ש.

ועל פירוש אף דמבואר מדברי הרש"ב"א הנז' דאף אם לא נמן עדיין יורשיה יורשים צריה לחלק דדוקא בנדר ליתומה שרוצה שיעשו בממונו המצוה לבין חייב את עצמו לאחר בעד דמי מזונות ודברי הפלאה צ"ע: ומה שדקדק ההפלאה דלא קאמר בירושלמי מטה פטור רק פבר מטה שהטעם הוא דעדיין לא חל החיוב פבר מבואר בריטב"א דהפירוש הוא דלא נתחייב אלא פשראויה לזון אעפ"י פשראינה צריכה פשנשאת אעפ"כ נותן לה דמי מזונות הוא משום דראויה היא למזונות אבל מטה אינה ראויה למזונות והא דלא קאמר בירושלמי פטור דשם הוא איבעיא מטה פמי שנשאת לשון שאלה אם צריה לשלם ליורשיה והתשובה הי' מטה פבר מטה משום דלא נתחייב רק בראויה לזון אבל בנדאי החיוב חל מז' רק לזמנים שצריה ולכן דוקא במתחייב לזון ה' שנים אמרינו דבאינה ראויה לזון לא נתחייב אבל אם אמר והתחייב סף מסנים לצורך מזונות לפירע בזמנים מחולקים פינון שלא פרט הזמנים ויכולה להוציאם בפ"א בזה יורשי' יורשים.

ומה שכ' הב"מ לזון בדברי הרש"ב"א בתשובה המובא בסמ"ע (סי' רמ"א ס"ק ח"י) באומר שדה נתונה לה על מנת שתתן לי כל שנה פ' וכו' דאם מת אינו נותן ליורשיו דהטעם הוא משום דאין לו חיוב מהשתא שיוריש לבניו וכיון דאינו בעולם אמרינו לי ולא ליורשי אבל אם אמר על מנת שתתן לי חמשים זוז ה' בכל שנה שאם מת תוף הזמן מחויב ליתן עד תשלום הסף לבניו ולא דייקינו בזה לי ולא ליורשי רק העיקר תלוי אם נתברר החיוב מעכשיו בפעם אחד ולא נתלה החיוב בזמן השנים.

אינו מוכרח פלל דנדאי יש לומר דעיקר החיוב חל מז' אף אם אמר בסתם שיתן כל שנה פ' וכו' ובמחייב ליתן בעד מזונות הטעם הוא פינון דאינה ראויה לזון. והו' דתשובת רש"ב"א במחייב ליתן כל שנה דאינו חייב ליורשים הוא משום דתנאי מקילתא אחריתא הוא פמו שכ' מהרי"ט (סי' מ') דעד פאן לא אמרינו לי ולא ליורשי רק בתנאי אבל במתחייב לתת פ' וכו' אם מת חייב ליורשיו דמפחו ירתי ולא אמרינו לה ולא ליורשיה עיין שם בדבריו דתלוי ברצונו ואינו לא חיוב ולא זכיה אין לנו לדקדק אלא בלשון התנאי דירושיו לאו מפחו ירתי דהא איהו גופיה לא זכה ביה ובלשון התנאי אין יורשים במשמע מה שאין פן בחיוב עיין שם בדבריו ואף דיש להבין מה שכ' דתנאי תלוי ברצונו ואינו חיוב ולא זכיה יורשיו לאו מפחו ירתי ולמה נדקדק יותר בלשון התנאי ממה דנדקדק בלשון החיוב וצריה לומר דס"ל דתנאי כל זמן שאינו מבואר אמר מבטל המעשה מה שאין פן בחיוב פינון דנתחייב בבירור גמור מעכשיו יורשיו גם פן בכלל ועיין בתשובה שבסוף ס' מנחת יעקב (סי' ז') דאזיל בתר איפכא ובספר פה"ב (דף י"א) דמשיג עליו: ובספר מח"א דיני זכיה ומתנה הקשה על המרי"ט מד' הירושלמי הנז'

דאע"פ שהיא פבעל חוב מתה אינו משלם ליורשיה וְהביא מד' ריטב"א גיטין דמי דנתחייב לחבירו לתת לו פל שנה וְשנה לו ולא ליורשיו קאמר וְהעלה לחלק בין דבר הקצוב פגון שנתחייב לתת לי ק' בכל שנה עד ה' שנים לו וליורשיו משמע אע"ג דבתנאי לו ולא ליורשיו אבל בנתחייב סתם לתת לו פל שנה אין פאן דרף לומר שירשו בניו אחריו שהוא עדיין לא נכה בחוב אלא חייבא הוא דאיפא ולא ליורשיו וכ' שלמד זה מדברי הריטב"א ר"פ הנושא הג"ל שלא פטרו אלא מפני שאינה ראויה למזונות ולא קאמר בפשיטות הטעם דלה ולא ליורשיה קאמר כמו שכ' בגיטין עכ"ד ולא אבין מה זה שכתב על המרי"ט איהו אישפתמיטתיה מ"ש הר"א ש מירושלמי דאעפ"י שהיא בע"ח אינו משלם ליורשיה הא שם עיקר הטעם משום דאינה ראויה לזון כמ"ש הריטב"א ואם פן שפיר יש לומר דבחיוב לא אמרינן לה ולא ליורשיה כמו שכ' מהרי"ט רק חילוקו הוא מדעת עצמו לחלק דאף דאמרינן דבזה נעשה חוב עליו דהרי זה כמו שנתחייב לתת ה' מנים דהיורשים ירתי זכות החיוב הוא דוקא בזמן קצוב מה שאין פן כשאומ' לתת פל שנה וְשנה סתם לא ירתי ומישיב בזה דברי הריטב"א דמוכח מדברי פ' הנושא דאינו פוטר רק משום דאינה ראויה למזונות הא לאו הכי ירתי היורשים ובגיטין כתב דלו ולא ליורשיו וקאמר.

אולם המעיין בריטב"א גיטין (דף ע"ד) יראה דבלאו הכי לא קשה דהא פתב שם אחר שכתב דבמתחייב לחבירו פה וכה בכל שנה לו ולא ליורשיו פתב אבל מי שמתחייב לחבירו מחמת שלנה ממנו אעפ"י שאין פתוב בשטר אלא לו אמרינן לו ולבאי פחו משמע ובהא נדאי לא פליגו רבנן דלא פליגו אלא בתנאי ובמה שמתחייב לחבירו מרצונו אבל אם לנה ממנו בכי הא נדאי ל"פ עכ"ל אם פן יש לומר דאף בחיוב דמתחייב ליתן פל שנה לו ולא ליורשיו הוא רק פשמתחייב מרצונו אבל בפוסק עם אשתו לזון בתה חמש שנים דאינו מרצונו הפשוט רק בשביל דלא התרצה אשתו אליו להנשא עד שיפסוק לה לזון בתה הוי כמו הלואה.

ועיין מה שכ' לעיל בקושית האחרונים דלמה צריך לתרץ בש"ס כדר"ג הא בלאו הכי חייב מטעם שכירות ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ה) וכיון דלא נתחייב מרצונו לכה אי לאו משום דאינה ראויה לזון הוי ירתי יורשיה: היכא דפוסק האב מזונות ודירה לבנו וכלתו כה וכה שנים או לבתו וחתנו ומתה בתו או בנו דעת הטו"ז דמחויב ליתן לזון פלתו וחתנו וח"צ והב"ש הספימו ע"י אולם בתשובת שבות יעקב חולק עליהם דאין לחייבו ואומדנא חזקה הוא ובתנאים כ' דחוכה למעשה.

והריק"ש ז"ל כ' פיון שפלל בתו עם חתנו פנונתו בהיותם יחד לבד ואומדים דעת הגותן ואינו דומה למקבל עליו לזון בת אשתו דהתם לא תלאה באמה פלל ומשום חובת נשואין אפטר שרצה להתחייב לעולם וליכא אומדנא מה שאין פן בכלל שניהם.

ואפילו למ"ד משמע כ"א בפ"ע ה"מ בשו"ן אבל באחד עיקר ואחד טפל לו לא מצי למימר כ"א בפ"ע שיהיה הטפל עיקר לבדו וכ' ועוד דאיכא אומדן דעת וכן עמא דבר וכן העלה להלכה בספר בית מאיר אה"ע (סי' קי"ד ס"ו) עיין שם.

ויש להסתפק אם הוא דוק' היכא דמתה בתו או שמת בנו דנפסק החיוב ויש אןמנדא אכל  
אם היא בתיה או הבן אם העיקר מוחל להמתחייב אם נפקע החיוב מן מן השני דעל זה  
לא שינה כל פה האןמנדא.

אולם למה שכתב הריק"ש ז"ל דלא נוכל לומר כל א' בפני עצמו שיהיה הטפל עיקר  
לבדו הלא נמי פיון דהעיקר מוחל חיובו יש לומר דנפקע גם פן חיוב הטפל או דיש לומר  
דמ"מ פיון דהעיקר הוא בחיים רק שרוצה לומר חיובו ולמחול דמ"מ לא נפקע חיובו  
על השני ויש סברא לכאן ולכאן וצ"ע ועיין תשובת לחם רב (סי' קצ"א): סי' נא כתב  
הטור (סי' ס') והמתחייב את עצמו בדב' שלא בא לעולם או אינו מצוי אצלו חייב אע"ג  
דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"מ פשהקנהו לו בלשון מכר או מתנה אכל  
בלשון חיוב חייב לפיכך לא מבעי כ' לו מודה אני לה שאני חייב לה פה וכה מדות פירות  
שהוא חייב לו שהרי הודה לו בהן אלא אפילו אמר הווי עלי עדים שאני מתחייב עתה  
לפלוני פה וכה מדות פירות שהיא חייב ונדקא בלשון חיוב חל האחריות והשעבוד על  
החיוב אכל הנותן מתנה דבר שאינו מצוי אצלו או שלא בא לעולם אפילו כתב לו שעבוד  
על שדה או קבל עליו אחריות על כל נכסיו אינו פלום דאפילו נתן לו משכון על מתנה  
זו לא קנה דמנה אין פאן משכון אין פאן כ"ש שעבוד דגרע ממשכון.

ובש"ע העתיק דברי הטור בתוספת דברים בלשון חיוב שאני מתחייב לפלוני פה וכה  
חייב והוא שקנה מידו וכ' הסמ"ע והש"ך דאפילו לדעת הסוברים בקנו מידו ליתן או  
אתן הו"ל קנין דברים מ"מ פאן שחייב נפשו ליתן הפל מודים דקנה.

ובכנה"ג הביא משם הר"ש הלוי ז"ל דלא מקרי לשון חיוב אלא מודה אני שאני חייב  
אכל אומר אני מתחייב שאתן לא הוי לשון חיוב ועיין בנו"ב מהד"ק (סי' כ"ה) בתשובת  
חתנו הגאון זצ"ל הביא דברי הר"ש הלוי הג"ל וכו' ומדברי הסמ"ע לא משמע פן: ולא  
אדע הא מבואר פן להדיא מדברי הרמ"ה המובא בטור (סי' קנ"ז) דכ' אם קנו מידו  
דמתחייב ליתן פה וכה דרף הודאה הוא אי נמי דרף שעבודא דשעבד נפשיה להכי לאו  
קנין דברים הוא והדברים מבוארים באורף ברמ"ה ב"ב (פ"א סי' כ"ו) דרק בקנה לתת  
או לזון או לבנות שאין הקנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה והנתינה  
אין בו ממש אלא מעשה בעלמא ומצי למיהדר ביה דלא משמע דמתחייב מהשתא למיתב  
אלא לשון הבטחה דלא משמעבד אכל בקנה מניה דמתחייב ליתן דרף הודאה או דרף  
שיעבודא דשיעבד נכסי להכי לאו קנין דברים הוא וכבר תמה על דברי מהר"ש הלוי  
ז"ל בספר בני יעקב (דף צ"א ע"א) דבאומר הרני מתחייב שאתן לכ"ע מהני דהקנין  
חל על גופו והביא ראיה מתשובת רשב"א שכב"י (סי' קצ"ה) דהקנין מתקן הלשון והוי  
פמתחייב אף דאמר אתן וע"כ דהיכא דהוי בלשון חיוב לכ"ע חייב אף באומר אתן עיין  
שם.

והגאון הג"ל הקשה לדעת הסמ"ע מב"ב (דף קמ"ט) דנפק אודיתא מביה איסר הא הנה  
יכול לחייב את נפשו ליתן מעות המופקדים ליד רב מרי אלא ודאי דלא מקרי חיוב רק  
אם אמר מודה אני שאני חייב והיינו אודיתא ועיין שם בתשובת הגאון בעל נו"ב מה  
שפלפלו שניהם הרבה בזה.

דאיסר הָיָה יְכוּל לְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ לְרַב מְרִי וְשִׁיגְבָה מְמוֹן זֶה מְרָבָא. וְתַמְהָנִי שְׁלֵא הִבִּיאוּ דְבָרֵי תְּשׁוּבַת רְשָׁב"א (ס' רנ"ב) וּבְמִינוּחָסֵת דְּעִמְדָּה עַל זֶה דְּהָיָה לְרַב מְרִי לְכַתּוּב חוּב עַל נְכֶסֶי וְיִגְבָּה מְרָבָא וְהוֹכִיחַ מְזַה דְּמִטְלָטְלִין הַמְּוַנְחָסִים בְּיַד אַחֲרִים אֵין בְּעַל חוּב גּוּבָה מְנַכְסֵי הַגֵּר כְּמוֹ דְּאִינוּ גּוּבָה מְמִטְלָטְלֵי דִּיתְמִי וּבְאַמַּת קָשָׁה הָא לְדַעַת הַרְשָׁב"א הִיכָא דְּשַׁעְבַּד בְּפִירוּשׁ מְטְלָטְלִין גּוּבָה אַף מִיתְמִי וּכְבָר עֲמַדְתִּי עַל זֶה בְּהִגְהוּתִי בְּדְבָרֵי חַיִּים דִּינִי הֶפְקֵר (ס' א') וְאִכ"מ עכ"פ הִדִּין בְּרוּר דְּלֵא כְּמַהֲר"ש הַלּוֹי ז"ל: וּמ"ש שְׁם בְּנוֹ"ב אִם הָיָה אִיסָר מְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ לִיתֵּן אוֹתוֹ מְמוֹן שְׁבִיד רַבָּא דְּאִינוּ יְכוּל לְתַתּ מְעוֹת אַחֵר רַק אוֹתוֹ מְמוֹן וְגַם אִם נֶאֱבָדוּ הַמְּעוֹת אֵין אִיסָר חַיֵּיב בְּאַחֲרִיּוּתוֹ כֵּן דַּעַת הַגְּאוּן מו"ה יוֹסֵף ז"ל וּבְעַל נ"ב מְסָפִים לְזֶה אֲבָל לֹא שְׁיִהְיֶה יְכוּלָת בְּיַד אִיסָר לְסַלֵּק בְּמְעוֹת אַחֵר דּוֹ"א פִּינּוֹן שְׁאִין גּוּף הַמְּטַבֵּעַ נִקְנָה לר"מ הַבְּרִיָּה בְּיָדוֹ לְסַלְקוֹ בְּמְמוֹן אַחֵר עֵינֵן שְׁם (ס' כ"ח) וְהִנֵּה הַדְּבָרִי מְבִנְאָרִים בְּתְּשׁוּבַת מַהֲרִ"ט (ס' פ"ד) דְּכַדִּי שְׁיַחּוּל חַיִּיב עַל גּוּפוֹ צָרִיף לֹאמֵר דְּמִשְׁבָּא לְעוֹלָם מְשַׁתְּעַבַּד בְּהֵם מְעַתָּה שְׁיִתְחַיֵּיב בְּאַחֲרִיּוּתָן עַד שְׁיִתְנַם וְאִם אֲבָדוּ פּוֹרַע לְהֵם מְמָקוֹם אַחֵר שְׁאִם אֵי אַתָּה אוֹמֵר כֵּן אֲלֵא שְׁמַחַיֵּיב לְתַתּוֹ בְּיָדוֹ כְּשִׁיבֹאוּ לְעוֹלָם וְלֹא יֵהָא בְּאַחֲרִיּוּתוֹ אִם כֵּן לֹא חָל חַיִּיב עַל גּוּפוֹ כִּלְל וְהוּי לִיָּה כְּקִנְיֵן דְּבָרִים וְאִם בְּאֵת לֹאמֵר שְׁיִהְיֶה חַיִּיב עַל תְּנַאי שְׁלֵא יִתְחַיֵּיב בְּאַחֲרִיּוּתוֹ הוּי לִיָּה תְּרַתִּי דְּסִתְרִי אֶהְדְּדִי וְהוּי לִיָּה תְּנַאי וּמַעֲשֵׂה בְּדָבָר אֲחֵד עֵינֵן שְׁם וּבְסִפְרָ בְּנֵי אֶהְרֵן (ס' נ"ו) וְנֶאֱמַר שְׁם גַּם כֵּן תְּשׁוּבַת מַהֲרִ"ט ז"ל וְכ' כֵּן לְתַרְצַן דְּלָמָּה צָרִיף יִפִּיר יִפְרַנּוּ לְאַחֲרִים הָא אַף בְּנַכְסִים שְׁיִבֹאוּ לוֹ אַחֵר כֶּף יְכוּל לְהַשְׁתַּעְבַּד בְּדָבָר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְכ' נְמִי דְּאָף דִּיכּוּל לְשַׁעְבַּד גּוּפוֹ לְהַחוּב לְכְּשִׁיבֹאוּ לוֹ נְכֶסֶי חָל שְׁעַבּוּדוֹ מְעַתָּה וְאִם הָיָה מְחַיֵּיב לְבֵן הַזֶּה כְּשִׁיעוּר פִּי שְׁנַיִם בְּנַכְסִים אִם נֶאֱבָדוּ מְקַצְתֵּם אַחֵר מוֹתוֹ גּוּב' חוּבוֹ וְאָבִיו אִינוּ רוֹצֵה בְּכֶף לְחוּב שְׁאָר בְּנָיו וְגַם אִינוּ רוֹצֵה לְהִתְחַיֵּיב לְשׁוּם אָדָם בְּחַיּוֹ וְחַיִּיב אִם לֹא אֲחֻזָּר לֹא מְהַנִּי עֵינֵן שְׁם.

וּבְנִתְיָבוֹ (ס' ר"ג) כ' דְּבָדָבָר יְדוּעַ יְכוּל גַּם כֵּן לְחַיֵּיב דִּיכּוּל לְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ שְׁיִתֵּן לוֹ פִּירוּת דְּקָל שְׁיִבֹאוּ לְעוֹלָם וְהַמְרִ"ט כ' עַל קוֹשְׁיָא דִּיכִּיר בְּזֶה פִּינּוֹן דְּהָאָב אִינוּ רוֹצֵה לְחַיֵּיב עֲצָמוֹ שְׁיִתֵּן לְהַבֵּן תִּיכָף כְּשִׁיבֹאוּ הַנְּכֶסֶים לְעוֹלָם דְּאוּלֵי יִצְטָרֵף לְהֵם רַק שְׁבָנִיו יִתְנוּ וְאוֹתָן אִינוּ יְכוּל לְחַיֵּיב וְעַל עֲצָמוֹ לֹא קָבַל שׁוּם חַיִּיב אֲבָל אִם מְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ לִיתֵּן לוֹ דָּבָר יְדוּעַ הַחַיִּיב חָל עַל גּוּפוֹ.

אוּלָם הַמְּעֵינֵן בְּדְבָרֵי מַהֲרִ"ט יִרְאֶה דְּסוֹבֵר דְּחַיִּיב הַגּוּף בְּלֵא אַחֲרִיּוּת לֹא מְהַנִּי וְאָף דִּיכּוּל לְחַיֵּיב חַיִּיב הַגּוּף בְּפִירוּת דְּקָל לְכְּשִׁיבֹאוּ לְעוֹלָם הֵינּוּ שְׁמַשְׁעַבַּד נְכֶסֶי מְעַכְשָׁיו לְכְּשִׁיבֹאוּ לְעוֹלָם וּמֵאִז אַחֵר שְׁבָאוּ לְעוֹלָם הֵן בְּאַחֲרִיּוּתוֹ וּלְפִי דְּבָרֵיו שְׁל הַנּוֹ"ב דְּפָטוּר אִם נֶאֱבָדוּ הַנְּכֶסֶים מְהַנִּי חַיִּיב הֵינּוּ אִם יְכוּל לְסַלְקוֹ בְּדְבָרִים אַחֲרִים דל"ה הַחַיִּיב דְּנִקְא בְּגוּף הַדְּבָר הַיְדוּעַ רַק אוֹ תְּמוּרָתוֹ: וְהִנֵּה בְּכַנְה"ג כְּתִב אִם מְחַיֵּיב א"ע בְּדִשְׁלַב"ל אִם מֵת הַנּוֹתֵן קוֹנְדָם שְׁבָא לְעוֹלָם לְכ"ע הַיּוֹרְשֵׁין פְּטוּרִין וּבְקִצּוּה"ח כ' פִּינּוֹן דְּחַיִּיב הוּא עַל גּוּפוֹ וְלִיתָא בְּהַתְּזָרָה.

וּבְנִתְיָבוֹת כ' דָּאִם חַיֵּיב בְּדָמִים אוֹ בְּדָבָר יְדוּעַ אִם לֹא יִתֵּן מְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ בְּכֶף וְכֶף הוּי כְּתוּלָה תְּנַאי בְּדִשְׁלַב"ל ע אֲבָל אִם מְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ שְׁדָה זֹו כְּשִׁאֲקִתְנָה אֵתָן לָהּ וְכָל זְמַן שְׁלֵא קָנָה לִיכָא חַיִּיב עַל גּוּפוֹ דְּבִידוֹ שְׁלֵא יִקְנָהוּ וְכֵן פִּירוֹ' שְׁיִוְצִיא הַדְּקָל דְּלִיכָא שׁוּם חַיִּיב עַל גּוּפוֹ קוֹנְדָם שְׁיִבֹאוּ לְעוֹלָם לֹא עֲדִיף שְׁעַבּוּד וְחַיִּיב לְרַבְּנָן מִלר"מ וּכְשִׁמַּת פְּטוּר



דזכו היורשים קודם שבאו לעולם דהא אף אם נאבדו הפירות מיזו פשבאו לעולם הנה פטור הנותן מחיובו וכשזכו היורשים קודם שבאו לעולם נדאי דנפטור הנותן מחיובו.

והמענין היטב יראה שאין נ"מ כל פה לדינ' בין דעת הקצוה"ח ודעת הנתיבות רק קנטב המחלוקה הוא אם מהני חיוב על דבר ידוע ושללא ינהי באחריותו דגם הקצוה"ח מודה לסברתו דאם מת קודם שבאו לעולם דכבר זכו היורשים וככל דברי הנתיבו' מבואר בכנה"ג אה"ע (סי' נ"א) ושם הביא דברי תשובת הרשב"א דחיוב הני על גופו ולא על ממונו וכ' הכנה"ג דאין ספק במנחי במחייב שיתן פירות שיוציא הדקל אם מת קודם שיצאו דאין בניו חייבין ליתן ומחלק שם בין מחייב את עצמו אעפ"י שאין לו נכסים דנשתעבדו כל נכסיו הבא לידו אחר פה קודם שמת ובחיוב פירות דקל אם בא לעול' קודם שמת קנה המקבל אבל אם מת קודם לא קנה המקבל לפי פשבא החיוב על הפירות פקע זכותה ונפל קמי יורשיו וכ' דיש לפקפק למה לא ביאר זה הרשב"א ז"ל ובה גם הקצוה"ח מודה רק דסובר פדעת המהרי"ט דאם ליכא אחריות רק חיוב הגוף פשיבא הפירות לעולם שינפה המקבל זה לא הוי רק כמכר ועל פרוץ צריף לומר דגופו משתעבד ומשעבד נכסיו על זה ליתן הפירות ואם נאבדו חייב באחריותו וצריף ליתן התמורה וסובר כיון דנשתעבדו נכסיו מעכשיו לזה לכשיבא לעולם שחל למפרע אם פן אף אם זכו היורשים מקודם כבר נשתעבדו כל נכסיו על חיוב זה.

וכן משמע נמי מדברי הרמ"ה ב"ב הנז' דכ' כי קנו מניה דמחייב ליתן דרף הודאה אי נמי דרף שיעבדא דשעבד נכסי להכי משמע דצריף לשעבד נכסיו ואל"כ הוי רק קנין דברים: והא דמבואר בר"ן ר"פ הכותב בבבאור דברי הירושלמי אילין דכתבין אי מיתה בלא בני פל מה דילה תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקניי דאינו מתנה עמה שלא יירשנה אלא יורשה ומתנה דמתזיר להם ירושתה ובכה"ג מהני אף לאחר שנשאת דרך מחייב עצמו להתזיר ליורשים ושם בנדאי הוא רק חיוב הגוף ושללא באחריות ויש לומר דגם פן משעבד נכסיו מהשתא על חיוב שמקבל עליו פשיבא הירושא בעולם שירשנה זכו היורשים מפחו שיחזיר להם ומאז הנכסים הנה באחריותו.

וראיתי בהרב מהריק"ש ז"ל אה"ע (סי' ס"ט) דכ' וצ"ע במה יקנו שלא יוכל לחזור בו כיון שאינו מתחייב בדבר או חפץ ידוע וכ' ומ"מ כבר הורה הזקן. ולא אדע כיון דמשעבד גופו ומחייב את עצמו מעכשיו שכל מה שינפה בירוש' אשתו יחזיר ליורשיו ומשעבד נכסיו על זה מעכשיו למה יהי יכול לחזור [וענין במהרי"ט (ח"א סי' ל"ח) באם נתנה אחר פה לבעלה כל נכסיה במתנות גמורות אין ליורשים אלא מה ששיירה וכיון דהי יכולה למכור וליתן במתנות אין להם ליורשים אלא מה שתשייר ובאבני מילואים אה"ע (סי' צ"ב) כתב כיון דמדין תקנות אנושא הבעל הוי פלוקט ראשון וכיון דהתחייב להתזיר ליורשיה ממילא אין המתנה חל דכבר הוא שלו ומחויב להתזיר ליורשיה כמו שחייב את עצמו ולא נראה פן.

וענין תשובת מהר"ב אשכנזי ז"ל (סי' י"ז) דרצה לומר נ"מ בין סילוק הבעל ללשון חיוב דבסילוק נשארה היא פפנויה דעלמא לגבי ירושה דמצית לעשות בנכסיה מאי דבעיה אבל בלשון חיוב שמחייב להתזיר ליורשיה ומפחו זוכים יורשיה אפטר לומ' שלא תוכל לתת לאחרים והעלה דאין לחלק בין מחילתה לבעלה לנתנתה לאחרים בין לשון סילוק

ללשון חיוב דחיוב אגידה במה שתראה היא לתת וכל מי שיזנפה בירושלם מן הבעל להחזיר לו וכי מדלית פח הבעל מירושלם מדינא ומסבא תשארה היא שלשה על נכסיה בחייה כשארה הירושין עיין שם ויש לדבר בזה טובא אכ"מ.

וראיתי שם בסוף דברי הא"מ דצינין לעינין במה שכ' (סי' ר"ג) בקצוה"ח בשם מהרי"ט וצ"ע עכ"ד וכוונתו פינן דאין פאן אחריות לא מהני החיוב וכבר כתבתי דיש לומר דכשבא לעולם חל האחריות למפרע על נכסיו ושפיר מהני החיוב אף לדעת מהרי"ט: ברם דעת המ"א ששון ז"ל מובא במ"מ (פ"ח) ממכירה באומר ומתחייב למפור לו שדה שלו דמהני הרי אף דליפא חיוב אחריות מהני גם כן מדין חיוב.

שוב ראיתי בקצוה"ח (סי' ר"ו) דעמד על זה והעלה שם דלא מהני בלשון חיוב גם כן שם רק באומר מכורה לה מעכשיו וכו' הוא באמת דעת הרש"ד (ח"ג סי' פ"ד) והוכיח כן מדברי תשובת הרשב"א שבב"י שם דלא מהני דמחייב את עצמו למפור וכ' דאינו דומה לדברי הרמ"ה שבטור (סי' קנ"ז) בקנה מידו שמתחייב ליתן פדו וכו' לא הוי קנין דברים דיש לחלק חילוק ברור אין צריך לטרוח לכתבו וקל להבין ומהר"א ששון (סי' קל"ג) הביא דבריו ובספר בני יעקב (דף ס"ד ע"ג) מבאר החילוק דלתת החיוב חל על גופו ששעבד נפשו לאותו דבר והוי דבר שיש בו ממש אע"ג דנתנה אין בו ממש מ"מ ל"ק מידו על הנתנה אלא על החיוב אבל בקנו מידו למפור סוף סוף המכירה אין בו ממש עיין שם בדבריו ואפתי אין בו פדי שביעה החילוק אולם אם נאמר בדברי מהרי"ט דהיכא דליפא חיוב אחריות לא מהני אתי שפיר דהוי קנין דברים אולם בכל זה גם שם כתב הכנה"ג (סי' ר"ו אות י"א) דדעת המבי"ט דקנין מהני ומילתא אלימתי הוא והוי פאומר שמתחייב את עצמו למפור וכן מבואר במבי"ט (ח"ב סי' כ"ו) ומזה מוכיח גם כן דדעתו נגד סברת בנו מהרי"ט ז"ל וחיוב מהני אף היכא דליפא חיוב אחריות ואף הסוברים דלא מהני חיוב למפור כפשטות דברי תשובת הרשב"א שבב"י (סי' ר"ו) לא נחתו לומר דהטעם הוא בשביל דליפא חיוב אחריות ובמהריק"ש ז"ל שם כ' הטעם בדברי רשב"א הנ"ל משום שאמר שאם ימכרנו לא ימכרנו אלא לו במקנה פינן שמהקנין על השליקה לא יחול דהוי קנין דברים ולסברתו אם מחייב את עצמו למפור מהני.

וכן יש לומר בדעת רמ"א שם (סוף סי' ר"ו) שכתב בדלא אמר מעכשיו אעפ"י שקנו מידו ששש"מפור זהא מכור לו לא ק' דהוי קנין דברים כמו שנתבאר (סי' ר"ג) ועוד דהוי אסמכתא משמע מדכ' כמו (סי' ר"ג) דלאו מטעם דהוי קנין אמת דזה נתבאר (סי' רמ"ה) ושם אף דרמ"א הכריע דאמת לא מהני אף בקנין מ"מ הא דעת הרא"ש ורשב"א דמהני רק פאן אף לדעתם לא מהני דהוי קנין דברים וכיון דבסי' (ר"ג) אינו מבואר רק קנין לא מהני על דבר שאין בו ממש נדאי דעת הרמ"א דכאן גם כן פינן דהקנין הוא על השליקה הוי קנין על דבר שאין בו ממש מה שאין כן היכא דהקנין הנה שיימכרנו תליא במחלוקת אם מהני קנין אמת ועיין בספר המקנה הלכות קידושין (סי' נ"א ס"א) דהוכיח מדברי הרמ"א (בסי' ר"ו) הנז' דפוסק דקנין אמת לא מהני.

עכ"פ מבואר מפל הני רבנותא דחיוב מהני אף בליפא אחריות ודלא כדעת הקצוה"ח בדברי מהרי"ט. ובאופן זה פינן דליפא שעבוד נכסים נדאי הירושלים פטורין וכדברי הכנה"ג אה"ע הנז': ועיין ב"ש אה"ע (סי' נ"א ס"ק י') דרצה לפרש בדברי מהרי"ו

דְּסוּבֵר דְּאַפִּילוּ אַם קַנְנָן אֶתְּנָן מְהֵנִי לִית לִיה זְכוּת רַק כּוּפִין אוֹתוֹ שְׂיִתְּנָן וְאִם מֵת פְּטוּרִין הַיּוֹרְשִׁין וּבְקִצוּהָ"ח (ס"א רמ"ה) נִגְרַר אַחֲרָיו וְכ' לְתַרְזֵן בְּזָה מַה שֶׁהַקְּשָׁה הַמ"מ (פ"ח) מִזְכִּיָּה בְּדַעַת הַרְשָׁבָ"א דְהַאִיף קָנָה הָא מְבוֹנָאָר מִמַּס' גִּיטִין (דף מ') דְהַכּוֹתֵב בְּשֵׁטֶר אֶתְנַנְ' ל"ק וְכ' הַמ"מ וְאַפְשָׁר לְדַעַתְּם דְּטָפִי עֲדִיף קַנְנָן מִשֵּׁטֶר וּמִזָּה פְּתָבוּ אַחֲרוֹנִים לְחֻלְק בְּפִשְׁטוּת בֵּין קַנְנָן לְשֵׁטֶר וְכַתֵּב הַקִּצוּהָ"ח דְּאִינוּ מְוַכְרַח דִּיש לֹאמַר אַף בְּשֵׁטֶר מְהֵנִי רַק שָׁם עֵינָר פְּלוּגְתָא דְרַבִּי וְרַבְּנָן אַם קָנָה מִיָּד וּנ"מ לְגַבִּי יוֹרְשִׁים עֵינָן שָׁם.

אוּלָם הַמְעֵינָן בַּמַּהֲרִי"ו יִרְאֶה דְבָרוֹר לִיה דַּע"י קַנְנָן אַם מְהֵנִי קַנְנָן אֶתְּנָן הוּא מְטַעַם דְּנִשְׁתַּעְבַּד גּוּפוֹ וּנְכֻסֵּיו וְכֹן הַעֲלָה שָׁם הַב"מ וְגַם אַף דַּהַמ"מ כ' בְּלִשׁוֹן אֶפְשָׁר בְּדַבְרֵי רַמ"ה ב"ב שָׁם מְבוֹנָאָר הַדְּבָר בְּבָרוֹר פְּשָׁהֲבִיא סְבַרְת רַבְּנוֹת' בְּתַרְזִי דַס"ל דְקַנְנָן אֶתְּנָן מְהֵנִי כ' דְכִמָּאן דְקַנְנָן מִנִּיה דְמַחְזִיב לִיתְּנָן דְמִי וְכ' הָא דַס"ל לְחַכְמִים בַּמַּס' גִּיטִין אֶתְנַנְה לֹא לָא קָנִי אַע"ג דְמָסַר לִיה לְשֵׁטֶרָא הוּא מְשׁוּם דְשֵׁטֶר לָאו לְשַׁעְבּוּדִיָּה לְנוֹתָן לְמִיתֵב קְאָתִי אֶלָּא לְאַקְנוּיִי גּוּפָא דְשָׂדָה בְּהַאִי שֵׁטֶרָא וְאַתְנַנְה לְשׁוֹן הַבְּטָחָה מְשַׁמַּע דְמַקְנִי לִי לְמַחֲר בְּשֵׁטֶר אַחַר אוּ בְקַנְנָן וּלְכַף לָא קָנִי אֶבְל קַנְנָן לְשַׁעְבּוּדִיָּה נְפִשְׁיָה נְמִי קְאָתִי וּלְכַף אַף בְּלִשׁוֹן לְהַבָּא נְמִי מְשַׁתַּעְבַּד וְעֵינָן שָׁם דְסִיִּים וּמִלְתָּא צ"ע.

הַרִי דְלָא נִיחָא לִיה לְתַרְזֵן הַף דְגִיטִין בְּכַף וַע"כ דַס"ל דְאִם מְתַחֲנִי לִיתְּנָן הַיּוֹרְשִׁים ג"כ חֲזִיבִין פִּינָן דְאַשְׁתַּעְבַּד גּוּפָא. אַף יֵש לֹאמַר דְהָא דְלָא מְתַרְזֵן פִּן בַּרמ"ה דַס"ל אַף אַם נֹאמַר דְהַיּוֹרְשִׁין אֵינָם חֲזִיבִין בְּמַחְזִיב עֲצָמוּ בְּדָבָר יְדוּע בְּלֹא אַחֲרִיּוֹת מ"מ לָא נִיחָא לִיה לֹאמַר דַר"מ יְהִי סוּבֵר דְקָנָה הַיִּינוּ לְגַמְרֵי דַמַה"ת פִּינָן דְלָא הַתְּחִיב אֶת עֲצָמוּ רַק לְתַת וְלֹא הַקָּנָה הַשְׂדָּה מִיָּד וְעַל פְּרָחָף הָא דְקַתְנִי בְּבַרְיִיתָא ר"מ אֹמַר קָנָה הַיִּינוּ זְכוּת זֶה שְׂצָרִיף לִיתְּנָן לֹא וּבְזָה אַם מֵת אוּ מְכַר לְאַחַר אִינוּ יְכוּל לְהוֹצִיא מִן הַיּוֹרְשִׁין וְהַלּוּקֵחַ וְנַחְמִי ס"ל דְלָא קָנָה הַיִּינוּ אַף חַיִּיב לִיכָּא וּלְכַף מַחְלָק רַמ"ה בֵּין קַנְנָן לְשֵׁט.

וּמִדְבְּרֵי הַנ"י רִישׁ ב"ב יֵש לְהוֹכִיחַ דַס"ל לְהַסּוּבְרִים דְקַנְנָן אֶתְּנָן מְהֵנִי חֲזִיבִין הַיּוֹרְשִׁין גַּם פִּן לְתַת וְכֹן אַם מוֹכֵר לְאַחַר פְּשָׁאָמַר אֶתְנַנְה לָף בְּקַנְנָן סוּדָר מוֹצִיא הַמְקַבֵּל מִיָּד הַלְקוּחוֹת דְהַקְּשָׁה לְהַגְאֹנִים הַסּוּבְרִים דְקַנְנָן אֶתְּנָן לָא מְהֵנִי מְהָא דַמַס' ע"ז בְּאָמַר פִּי מְזַבְּנִינָא לְהַאִי אַרְעָא לְדִידָף מְזַבְּנִינָא לָף בְּמַאָה וּמְכָרוּ בַק"כ לְאַחַר דְזוּזִי אֲנָסוּהוּ וְקָנָה הַשְּׂנִי הָא אַם מְכָרָה בְּמַאָה קָנָה הַרְאִשׁוֹן וְאַמְאִי קַנְנָן דְבָרִים בְּעֻלְמָא הוּא וְתִרְצוּ דְשָׁם בְּאָמַר מַעֲכָשׁוּי וְקַנְנָן מִיָּדוּ דְלָאוּ קַנְנָן דְבָרִים אֶלָּא מוֹכֵר בְּתַנְאִי הוּא מְשַׁמַּע הָא לְהַסּוּבְרִים דְקַנְנָן אֶתְּנָן מְהֵנִי נִיחָא לִיה הַף דַע"ז וְאַמְאִי הָא אַף דְקָנָה מ"מ לָא הָנִי רַק חַיִּיב פְּשִׁימְפֹר יִמְפֹר לֹא וְכֹל זְמַן שְׁלֹא זָכָה בְּגוּף הַשְׂדָּה אַמְאִי לָא מְהֵנִי מְכִירְתוֹ וּבְאַיְזָה זְכוּת יוֹצִיא מִיָּד הַלּוּקֵחַ הַשְּׂנִי אֶלָּא וְדַאי דְסוּבֵר דְחַיִּיב הָנִי פְּמְכָר מְמַשׁ וּמוֹצִיא מִיָּד הַשְּׂנִי.

וְהִכָּא דְמַחְזִיב אֶת עֲצָמוּ לְמְפֹר לֹא בֵית פְּלוּנִי כ' הַנְּתִיבוֹת דְלָא חָל חַיִּיב פִּינָן דְאִין בְּיָדוֹ וְהַחַיִּיב ע"ד פְּרָטִי לָא מְהֵנִי רַק אַם יִקָּנָה שְׁחִיבִי לְהַעֲמִיד לֹא וְהַבִּיא פִּן מִדְבְּרֵי תְּשׁוּבַת הַרְאֵנָ"ח ז"ל (ח"א ס"א ס"ו) אוּלָם הַרְאֵנָ"ח עֲצָמוּ (ח"ב ס"א ל"ו) חֲזוֹר בּוּ וְהַעֲלָה דְבְּחַיִּיב לְכ"ע מְהֵנִי הֵן ע"ד פְּרָטִי הֵן שְׁלֹא ע"ד פְּרָטִי וְכַבֵּר הַאֲרִיף וְהַרְחִיב הַדְּבוּר בְּזָה הַרַב בַּעַל דְבְּרֵי אֶמֶת בְּקוּנְטֵרַס הַשְּׁבִיעִי וְהַבִּיא דְבְּרֵי הַרְאֵנָ"ח הַנְּ"ל וְהַנְּהַה הַרְאֵנָ"ח שָׁם פְּתַב מְמַשׁ עַל הַנְּיָדוֹן שְׁנִשְׂאָל בַח"ר וְכַנְרָאָה שְׁהַדְּבָרִים בְּחֻלְק שְׂנִי הוּא סִיּוּם הַפְּסָק שַׁבַּח"ר וְגַם שָׁם לָא נִדְפַס סִיּוּם הַדְּבָרִים וְהוֹסִיף עוֹד דְלָא בְּעֵינָן שְׁיַחְזִיב עֲצָמוּ בְּפִירוּשׁ וְלֹא שְׁיַשְׁעַבַּד נְכֻסֵּיו

רק פּשָׁאָמֶר דְּבַר פְּלוּנֵי אֲנִי נוֹתֵן לָהּ אוֹ אֲנִי מוֹכֵר מִשְׁמַע דְּמַחְזִיב עֲצָמוּ דְּלֵא הָוֵי דְּבַר שְׁלֵא  
בָּא לְעוֹלָם אֲלֵא פְּשָׁאוֹמ' דְּבַר פְּלוּנֵי מְכוּר לָהּ אוֹ נִתּוּן לָהּ וּש"מ דְּבַדְבָּר שְׁהוּא בְּעוֹלָם  
מִיָּהָא מְתַחֲזִיב אָדָם אֲפִילוּ שְׁאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְאֲפִילוּ לְדַעַת הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְסִינְיַעְתָּם  
שְׁיִרְאָה קֶצֶת דַּס"ל דָּאִין מְתַחֲזִיב בְּדַשְׁלַבְל"ע בְּדְבַר שְׁאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ מְתַחֲזִיב מְשׁוּם  
דְּנִשְׁתַּעְבַּד מוֹכֵר וְאִף לְהַחֲלִיקִים עַל קֶצֶת גְּאוּנִים וּמָהֶם הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְסִינְיַעְתָּם גְּבִי  
אַרְעָא וְדִיקְלֵי דְּלֵא מְחִי' לְקִנּוּת דִּיקְלֵי ז"א אֲלֵא פְּשָׁלֵא קִבֵּל עָלָיו לְקִנּוּת אֲלֵא שְׁאָמֶר  
מְכוּרִים לָהּ אוֹ גְּתַחֲזִיב וְלֵא קִנּוּ מִיָּדוּ אֲבָל מְחִיב עֲצָמוּ בְּקִנְיָן חִיב לַכ"ע וּמְשִׁיג עַל  
הַתְּה"ד (ס' ש"ף) דַּכ' בְּמִי שְׁנַתְּחִיב לְקִנּוּת מְרַגְלִיּוֹת וְלִמְפֹּר לְחַבְרִיּוֹ וְהִיָּה בְּקִנְיָן דָּאִינוּ  
חִיב לְקַיִים הַמְּקַח דְּמִצִּי לְמִימֵר קִים לִי פְּדַעַת הָרִי"ף וְסִינְיַעְתּוֹ וְכ' הוּא דְּלֵא דַּק  
דְּכְשָׁנְתַחֲזִיב בְּקִנְיָן אִף בְּחִיּוֹ סָתָם שְׁהוּא חִיב כ"ש שְׁהוּא חִיב מְפֹרְשׁ וְכ"ש שְׁבִפְרִיּוֹשׁ  
שְׁעַבַּד עֲצָמוּ וּנְכָסִיו לְזָה עַכ"ד וְהָרַב בְּעַל בּוֹנִי כ' דְּלֵא נְתַבְּאָר בַּתְּה"ד בְּלִשׁוֹן חִיב אֲלֵא  
שְׁהַקְנָה לוֹ בְּקִנְיָן וּבְעַל ד"א כ' דְּתַלְיָא בְּזָה אִם קִנְיָן אֲתָן מְהִי וְלְדַעַת הָרְשָׁב"א קִנְיָן  
מִקְלָתָא אֲלִימְתִי הוּא וּמְתַקֵּן הָעֵנְיָן פְּאֵלוּ מְחִיב עֲצָמוּ בְּאוֹתוֹ דְּבַר עֵי"ש: וְיֵשׁ לוֹמֵר דְּזָה  
טַעְמָא דְּרַבִּינוּ נְסִים הַמּוּבָא בְּבַעַל הָעֵיטוּר מֵאִמ' מְכִירַת קַרְקָעוֹת דָּאִם מוֹכֵר מְתַנִּי לִיה  
לְאִקְנוּיֵי לִי דְּשַׁלְבַל"ע וְאֲדַעְתָּא דְּהָכִי יְהִיב לִיה זִוְיָ דְּחִיב לְקִיּוּמִי לִיה תְּנָאוּ וְרָא'י  
מִתּוֹסְפֵת' דְּתִרּוּמָה מוֹכֵר חֶפֶץ לְחַבְרִיּוֹ בְּחִזְקַת שְׁיֵשׁ לוֹ וְנִמְצָא שְׁאִין לוֹ חִיב לְהַעֲמִיד לוֹ  
מְקַחוֹ וְכֵן מוּבָא בְּמֶרְדְּכִי ב"ב פ' הַמּוֹכֵר וְעֵינֵן ב"י (ס' ר"ט) וּבִש"מ ב"מ (דָּף מ"ז) הִבִּיא  
מִשְׁם הָר"י מִיגָאֵשׁ ז"ל שְׁהִבִּיא דְּבָרֵי רַבִּינוּ נְסִים וְתַמָּה עָלָיו דְּהֵאִיף עָלָה בְּדַעַתּוֹ דְּבַר זָה  
וְהוּא דְּשַׁלְבַל"ע וְאִם דַּעַתּוֹ לְפִי שְׁנִמְצָא בְּשׁוֹק דְּבַר שְׁבָא לְעוֹלָם הוּא תִּפּוּק לִיה שְׁהָרִי  
לֵא מְשִׁף הַשְּׁתָּא דְּבַר שְׁהוּא בְּרִשּׁוֹתוֹ לֵא קִנְיָן עַד שְׁיִמְשׁוּף דְּבַר שְׁאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ קִנְיָן יִצִּיבָא  
בְּאַרְעָא וְגִיּוּרָא בְּשְׁמִי שְׁמִיָּא וְסָבְרָא זֹה הִיא בְּלִמִּי נְכוּנָה וְהַתּוֹסְפֵתָא אִין לְסַמְּוֹף עָלֶיהָ  
עַכ"ד.

וּי"ל דְּסִבְרַת רַבִּינוּ נְסִים הוּא מְשׁוּם חִיב אֲתִי עָלָה דְּהַמּוֹכֵר מְחִיב אֶת עֲצָמוּ וְאִיִּרִי  
דְּאָמֵר אֲמִפְּוֹר לָהּ דְּהוּא לִשׁוֹן חִיב לְדַעַת הָרִאנ"ח וּבְעַד כְּסָף יְכוּל לְחִיב אֶת עֲצָמוּ. וְעֵינֵן  
בַּמַּח"א דִּינֵי קִנְיָן מְעוֹת (סוֹף ס' י"ד) אִם נִתְּן הַדְּמִים עַל דְּבַר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְנִתְּחִיב  
הַמּוֹכֵר בְּלִשׁוֹן חִיב לְתַת לוֹ אוֹתוֹ דְּבַר הָרִי זָה נִתְּחִיב בְּנִטְלִית הַדְּמִים כְּנֹז' מְמָה שְׁכ'  
הָרַמְבַּ"ן בְּתַשׁוּבָה (ס' רכ"ה) עַכ"ל.

וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַבִּין הָא מְבוּאָר רִישׁ פ' הַזֶּהָב דְּזָהָב מְחִיב אֶת הַכְּסָף אֲבָל הַכְּסָף אִינוּ  
מְחִיב אֶת הַזֶּהָב וְאוּלַי ס"ל דְּנִקְא בְּדְבַר הַבָּא לְעוֹלָם לֵא עֲדִיף מֵאִם הִי' הַדְּבַר בְּעֵינֵן בְּיָדוֹ  
דְּלֵא מְהִי מִצַּד קִנְיָן פֶּן נְמִי מִצַּד חִיב לֵא מְהִי אִף דְּבַחִיב לֵא שְׁיִיף לוֹמֵר נִשְׁרְפוּ חִיטָּיָה  
מ"מ מְשׁוּם לֵא פְּלוּג אִינוּ קוּנָה כ"כ אִינוּ מְתַחֲזִיב מֵה שְׁאִין פֶּן בְּדְבַר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם  
לְר"מ דַּס"ל אָדָם מְקַנָּה דְּבַר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְיְכוּל לְמַפְּוֹר פִּירוֹת דְּקָל וְאִף בְּלֵא אָמֵר  
מְעַכְשָׁיו ע"כ דְּקוּנָה בְּכָסָף פֶּן נְמִי לְדִידֵן אִף בְּמוֹכֵר מֵה שְׁיֵשׁ לוֹ מְטַלְטְלִין אִינוּ קוּנָה בְּכָסָף  
מ"מ שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ מְהִי חִיב עַל יְדֵי קִבְלַת הַכְּסָף וְסוּבֵר רַבִּינוּ נְסִים  
ז"ל פִּיּוֹן דְּאֲדַעְתָּא דְּהָכִי יְהִיב לִיה זִוְיָ חִיב הַמּוֹכֵר לְקִיּוּמִי תְּנָאוּ.

וְעֵינֵן בַּמַּח"א דִּינֵי מוֹכֵר דְּשַׁלְבַל"ע (ס' ג') דְּחִזּוֹר בּוֹ וְכ' דְּבָרֵי הָרַמְבַּ"ן הִנּוּ וְהַעֲלָה דְּבַתֵּר  
דְּאָמְרוּ חֲכָמִים שְׁלֵא יְקִנּוּ הַמְּעוֹת רַק לְעֵנֵן מִי שְׁפָרַע כְּמוֹ כֵּן לֵא מְהִי נְמִי חִיב אֲלֵא

לענן מש"פ ומ"מ בדעת הגאון והראב"ה שבמקדכי הנז' יש לומר דמטעם חיוב אתו עלה ואין לומר הא בתוספתא שהביאו ראיה לדינם איתא במוכר בחזק' שיש לו ונמצא שאין לו אז חייב ואי מטעם חיוב אתי עלה אדרב' עדיף כשידע שאין לו דאז ודאי אדעתא דחיוב נחתו תרונניהו והפסד מחייב אותו להעמיד לו המקח שמכר מה שאין פן כשמוכר בחזקת שיש לו ועיין בש"ף (סי' ר"ט ס"ק ט') משם רשד"ם אולם מדברי המקדכי וראיותיו שם מבואר דסברו בדעת הר"נ והראב"ה אפילו בידיע שאין לו ולמה שכ' זה עדיף ממה דמכר בחזקת שיש לו.

ויש לומר לדבריהם הך דתוספתא הוא לרבותא דלא מבעי במוכר בחזקת שאין לו דלא חל המכר כלל דודאי אדעתא דחיוב נחית אלא אפילו בחזקת שיש לו פיון דלא ייחד לו הדבר אין פאן שם קנין רק שם חיוב וחייב לדעתם אף לקנות בעבורו ולקניי חובו.

ובש"מ ב"מ (דף ט"ז) כ' משם הרמ"ך וז"ל ואיפא מ"ד הה"ד אע"ג דלא הנה בראשונה ביהיא שעתא אי אמר ליה שדה אחת בית סאה אני מוכר לך אי קנו מניה מעכשיו אע"ג דהשתא לית ליה ארעא כלל מחייבנו למיזבן פיון דמשכית לזבוננו ורבינו הגדול ז"ל חלק ע"ד כמו שגבאר פ"ק המוכר הבית ומדבריו מבואר דע"כ אתי עליה מטעם חיוב דכיון דקנו מניה מעכשיו מתקנינו ליה ללישנא דרצה לחייב את עצמו ובאמר אני מוכר לך הני כלשון חיוב.

ואם פן אינו ראי' מדעת הרי"ף והרא"ש ב"ב דס"ל גבי ארעא ודיקלי דאינו חייב להעמיד דחלקו על העיטור וגם במקדכי פ' המוכר הביא דברי רבינו נסים גאון ז"ל במכר חטים דדינר וקנו מידו וקבל הדמים דחייב להעמיד לו אם פן מבואר פיון דקנו מידו אלם פח הקנין להתחייב וכן מצאתי אחר כך בספר בני אהרן (סי' צ"ז) דגם פן כ' בטעמו דמשום חיוב אתי עלה ובלא קנין אפשר גם ר"נ מודה דאינו מתחייב.

ובר"ש (פ"ו) דתרומות הקשה גם פן מתוספתא הנז' מב"מ (ט"ז) בגזלן שמכר השדה בין הפיר הלוקח בין לא הפיר אי חזר ולקח מבועלים הראשונים קונה רק מטעם דכי היכי דליקום בנאמונתו אכל בלא"ה לא קנה וכו' דשמא יש לחלק בין מטלטלין לקרקע ובתשובת רע"א ז"ל (סי' קל"ד כ') דאין קיום לדעת העיטור המוכר בטור (סי' ר"ט) דס"ל בדבר שא"ב חייב לקניי תנאו רק לחלק בין קרקע למטלטלין כמו"ש הר"ש.

ונה זמן רב אמרתי פיון דהר"ש כ' בלשון ושמא יש לומר דמהא דב"מ אינו ראיה דהא בלא"ה לדעת רבינו נסים וראב"ה דהם ס"ל במוכר ארעא ודיקלי דגם פן חייב להעמיד ולא ס"ל לחלק בין קרקע למטלטלין יש לומר דס"ל דיש לחלק בין אמר שמוכר שדה זו למוכר שדה סתם כמבואר בב"מ שם לחלק בכך פן יש לומר בזה אף דחייב להעמיד היינו במוכר סתם שיתן לו כך וכך או שדה סתם בזה יש לומר דסמכה דעתו והואיל דשכית למיזבן חייב להעמיד לו אכל כשמוכר לו שדה זו ונמצא שאינו שלו שגזולה היא בזה לא הותנה להעמיד לו וכיון דמכר דבר שאינו שלו ולא נחית כלל אדעתא דחיוב ובפרט בלא הפיר בו הלוקח ואף בהפיר בו לדעת הר"ש מ"מ פיון דשם איירי שהחזיק בהשדה ונכנס בה דלרוב פוסקים בזה אמרינו דניחא לי' דליקום בהקמנותו כמבואר שם בראשונים ובש"ע (סי' שע"ד) ודאי לא נחית אדעתא דחיוב ואף אם יהי טעמא דהנה פוסקים דחייב להעמיד אף בלא חיוב מ"מ יש לחלק בין שדה זו לסתם כמובן.

ועתה ראיתי בספר ד"א שב"ה פנונתי בזה לדעת רבינו ירוחם שהקשה גם פן על התוספתא הנ"ל מגמ' דב"מ וכ' דהתם מכר לו דבר מסוים דאז לא קנה אבל כשלא מכר לו דבר מסוים רק דבר פלוני ולא אמר זה צריף לקנות אם אין לו.

שוב ראיתי בש"מ (ד' ס"ט) משם הר"ן ו"ל דהקשה גם פן קושית הר"ש ומתיר גם פן לחלק בין דבר שאינו מסוים לדבר המסוים יע"ש בדבריו. ויש לומר דבדבר המסוים כמו שדה זו אף בחיוב מפני אינו מתחייב לקנות וכמו שכ' הראנ"ח בח"ר וכמו שהעלה הנתיבות ומ"מ אינו מוכרח כל כך פנין דלא אתי עלה בתורת חיוב ויש לומר דבחיוב מפני ממש לכ"ע אף בשדה זו מועיל החיוב ומתימא על מרן רע"א ו"ל שהעלים עין מדברי הר"ר ירוחם והר"ן ו"ל: אולם רוב הפוסקים ס"ל כל זמן שלא נתחייב בפירוש הן אם אומר אמפור לה הן אם אומר מכור לה הן דבר שהוא ברשותו הן בדבר שלא בא לעולם ל"ק ואינו חייב לקנות וכמו שכ' התה"ד בה"ד דינא דמרגליות.

ומ"מ כ' שם התה"ד בטרח לקנות וקנה אמרינו פי היכא דליקום בהימנותו צריף להשלימו והוי מחוסר אמנה אם לא יתקיים לראובן ופסק פן הרמ"א (סי' ר"ט ס"ה) ובפוסק על השער שבשוק מבואר שם דאם חוזר חייב לקבל מי שפרע ודעת הסמ"ע לחלק בין דבר המצוי לקנות קאי במש"פ מה שאין פן באינו ברשותו אף שהוא בעולם פנין דאינו מצוי לקנות לא קאי במי שפרע דבכל מקום קאי במי שפרע אם הוא דבר הבא לעולם אף דא"ב והדבר תלוי בשני תירוצים שבכ"מ (פ' כ"ב) ממפיר ובב"י בבדה"ב אם ביצא השער ומצוי לקנות הוי קנין דאורייתא או לא רק לענין מי שפרע ומדברי הרמ"א שם שכ' אם טרח וקנה צריף לקיים מקחו פי טרח אדעתא דהכי דליקום בהימנותו וכדברי התה"ד ואיירי בלא יצא השער ול"ש לקנות ומבואר להדיא דרק בטרח וקנה אז מחויב לקיים ואם אינו מקיים הוי רק מחוסר אמנה ובמי שפרע לא קאי והרמ"א קאי ע"ד המחבר ומבואר דלא פייפינו ליה דכסף אינו קונה ואף בגזלן בחזר ולקחה דקנה הלוקח מבואר ברמ"א (סי' שע"ד) דהוא רק בלא הפיר בה וגם שם אמרינו בגמ' ב"מ דקנה בההיא הנאה וכתבו שם כמה ראשונים ובש"מ דאיירי דהנגזל ידע ומקנה ללוקח ואף להסוברים שם דהנאה הוא כסף או חליפין מ"מ במטלטלין שלא היו ברשותו דהנאה שהאמין כבר חלה ועבר וכיון דהרמ"א העתיק דברי התה"ד מבואר דרק כשטרח חייב לקיים דבריו שלא יהא מחוסר אמנה ולא שקאי במי שפרע ומבואר דסובר כמו שכ' המחבר דיכול לחזור ולא קאי במי שפרע ואף מחוסר אמנה לא הוי אם אינו קונה ודלא כמו שכ' שם הש"ף (ס"ק י"ב) ומה שכ' שם שפן הוא לקמן (סי' רט"ז) אינו מוכן מה ראיה משם דשם כ' רק דלוקח מחויב לקבל ואינו יכול לחזור.

וענין בכ"מ (פ' כ"ד) ממכירה ובמהריב"ל שציין שם הש"ף אבל שהמוכריה מחויב לתת זה אינו מבואר שם וברא"ש ב"ב פ' המוכר כ' שראוי לקנות לקיים דבריו אבל לא דהוי מחוסר אמנה אם אינו קונה והתה"ד הוליד דכשקנה צריף לקיים דבריו ומ"מ לא לענין מי שפרע רק שלא יהיה מחוסר אמנה: ובלבוש בע"ש שם (ס"ה) כ' אם טרח המוכר וקנה צריף לקיים מקחו דנדאי אדעתא דהכי טרח כו' לפיכך קנאו זה בקנייתו של זה עכ"ל ולא אבין מניין לו זה דאף אם קנאו ע"ד דליקום בהימנותו ולתת ללוקח מ"מ כמה קנאו וכמה פירפרו הראשונים ו"ל בב"מ שם בהא דחזר ולקחו מבועלים

הראשונים דבמה קנה הלוקח או מטעם שליחות והנגזל מקנה ללוקח ויש כתבו מטעם פספס וגם שהלוקח יושב בהקרקע ועשה קנין חזקה ובדבר שאינו ברשותו רק שקונה אחר כך לא שייכי הנה טעמים וגם שם הוא דוקא לדעת הרמ"א שם בלא הפיר בו ובש"מ ב"מ (דף מ"ז) בדברי הר"י מיגאש ו"ל דאינו חייב במי שפרע רק אם קנה אחר כך דאז יכול להשלים דבריו חייב במי שפרע ובלא קנה מן הנמנע לחייב אותו במי שפרע ומבואר דאף בקנה מוטל עליו רק חוב להשלים דבריו אבל לא שקנה הלוקח והר"י מיגאש ו"ל לשיטתו דסובר אף היכא דלא שייך קנין מן התורה דברים ואיפא בהדי מעות קאי באבל והתה"ד נראה דקאי בשיטת הר"י ו"ל ורמב"ם דסוברים דהיכא דליכא קנין מה"ת לא קאי באבל ובניצא השער על פרחו דחל הקנין מעות מן התורה וכתירוץ הראשון שבכ"מ שם ולכך קאי במי שפרע ובאינו מצוי אף כשטרח וקנה לא הוי רק מחוסר אמנה אבל שיקנה לגמרי זה לא שמענו ובודאי גם פוננת הרמ"א פן הוא ושם בלבוש (ס"ו) בפוסק על השער שבשוק ולא הקנהו לו בא' מדרכי הקנאה אם חזר בו מקבל מי שפרע מבואר דסובר דמהני קנין סודר דעל פרחו פינו דקאי במי שפרע בכסף לבד משום דלא הוי בדבר שאין ברשותו וזה בניצא השער ומצוי לקנות בשוק ובאינו פן לא מהני קנין בעולם ולא קאי במי שפרע אם פן מה מועיל בטרח וקנה שהלוקח יקנה קונה בקנייתו ודברי הלבוש צ"ע.

ובאמת יש להבין בדברי תה"ד דהוא הביא דברי רשב"ם ב"ב (דף ס"ט) גבי ארעא ודיקלי דאינו מחוייב לקנות אלא כדי שלא יהא מחוסר אמנה מבואר דאף בלא קנה הוי מחוסר אמנה מה צריך לפלפל באם כבר קנה דאדעתא דהכי קנה הא מ"מ לא קנה עדיין הלוקח ויכול לחזור ואף לא קאי במי שפרע ומחוסר אמנה הוא אף בלא קנה כמו שכ' הרמב"ם.

וכנראה הרא"ש חולק על זה דכ' שם דראוי לקנות לקניי דבריו ומשמע פשאינו קונה אף מחוסר אמנה לא הוי. ועיין תשובת הרא"ש (פ"ל ק"ב) בנודר לחבירו בנו למולו אף אם הקנהו בקנין סודר אחר שנולד לו בן דלא מהני דקנין דברים בעלמא הוא וכתב דאף מחוסר אמנה אין כאן דאפילו למ"ד יש בו מחוסר אמנה בדברים ה"מ בדברים שישנם בעולם ויש בהם ממש אבל בדבר שלא שייך בו קנין לית ביה משום מחוסר אמנה ומטעם זה לא דמי נמי למתנה מועטת דכיון דלא שייך בו קנין לא שייך בו מחוסר אמנה עכ"ל ומבואר בדבר שלא בא לעולם דלא שייך בו קנין לא שייך בו מחוסר אמנה: וראיתי בתשובת רע"א ו"ל שם דכ' מדלא כ' הרא"ש ב"ב הנז' שלא לעבור על מי שפרע והא בקרקע נמי היכא דל"ק במעות שייך מי שפרע משמע דסובר כהר"י מיגאש דאם אינו רוצה לקנות אינו במי שפרע והוא כ' פן לדעת הש"ך דסובר דאף באינו מצוי לקנות ולא יצא השער גם פן קאי במי שפרע.

אבל לפנינו מבואר בדברי הרא"ש בתשובה בדבר דלא שייך בו קנין אף מחוסר אמנה ל"ה ומבואר דאף אחר שיקנה אינו במי שפרע ועל פרחו דהרא"ש סובר דרק בניצא השער קאי במי שפרע הואיל דשייך בו קנין על ידי קנין סודר ואולי יש לומר הואיל דשייך בו חיוב דאף דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו מהני ויכול לחייב את עצמו ולשעבד נכסיו לזה קאי בדברים במי שפרע.

אולם זה דוחק להמעיין בתשובת הרא"ש שם [נעיין סמ"ע (סי' ס"ו) דמחולק עם הע"ש במוכר שטר חוב בלא פתיבה ומסירה אם יש בו משום מחוסר אמונה אם חוזר בו. ולכאורה תליא זה במחלוקת הרשב"ם והרא"ש ב"ב הנ"ל אולם יש לומר למה שכ' הרא"ש בתשובה הוא דוקא בדבר שלא בא לעול' וא"ב דלא שייך בו פלל קנין אבל בשטר דעכ"פ יש בו קנין בכתיב' ומסירה יש לומר דהוי עכ"פ מחוסר אמונה נעיין בד"מ יו"ד (סי' רס"ד) נרמ"א שם ובש"ף דכ' דאף הרא"ש (פלל י"ב) מודה דאסור לחזן' ויש להעיר מתשובת הרא"ש (פלל ק"ב) הנז' ומדבריו במס' ב"ב שם: עוד יש להעיר בגוף הדבר דדעת הסמ"ע והע"ש דבדבר שא"ב ומצוי לקנות ויצא השער דקונה מדין תורה בכסף וכן מבואר בתשב"ץ (ח"ד סי' י"ג) שפן הוא דעת הרשב"ץ מדברי הרמב"ם דאם נגמר המקח בקנין סודר חייב המוכר לקנות וכן הובא שם מדברי ריבות (סי' ע"ד) ולכאורה י"ל דלא עדיף מלר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומ"מ קודם שצא לעולם יכול לחזור ונימא גם כן בהקנהו על ידי קנין סודר דבר המצוי בשוק ויצא השער דעכ"פ י"היה יכול לחזור ולדעת הסוברים באומר מעכשיו לר"מ אינו יכול לחזור כן בקנין סודר יש לומר בדבר שצא השער מהני מעכשיו אבל באומר שמוכר פירות שיקנה יש לומר דיכול לחזור.

ולפי זה מה שכ' הפוסקים בפוסק על השער שבשוק כשאינו רוצה לקנות דקאי במי שפרע על פרחף איירי באומר שמוכר לו מעכשיו ונחל בזה הק"ס פיון דמצוי לקנות ויצא השער ולכף בנתיב' מעות קאי במי שפרע אבל באומר שמוכר לו מה שיקנה בזה כפר הדרי סודרי למרא ולא מהני בזה קנין סודר ממילא ליתא במי שפרע בקנין כסף.

אם כן בנידון דהתה"ד שם דהי' אומר תן לי המעות ואמפור לה המרגליות כחפצף וקבל קנין על זה להגיע לידו וכ' דיכול לומר קים לי פדעת הרשב"ם ורי"ף דאינו חייב להעמיד ואף רמב"ם דסובר דחייב במי שפרע היינו במצוי לקנות ולא אדע הא לדבריו דלא קנה דהוי קנין אמתן ומה מהני הקנין פיון דלא מכר לו מעכשיו ואף אם היה מצוי לקנות לא הוי מהני הקנין סודר במי שפרע לא שייך רק באומר שמוכר לו אבל באומר אמפור לה לא הוי על קנין מעכשיו וממילא אין כאן במי שפרע ואף אם נאמר במצוי לקנות בשוק עדיף מדבר שלא בא לעולם לר"מ ולכ"ע מהני מעכשיו נעיין נתיבות (סי' רי"א) במחוסר זמן מהני במוכר לו מעכשיו דהוי כבא לעולם מ"מ דוקא כשמוכר לו מעכשיו יש לומר דמהני קנין סודר ובכסף קאי במי שפרע אבל כשאומר אמפור לה ומקבל קנין שגיע לידו בזה לא הוי רק קנין אמתן מהראוי לומר דלא מהני ויכול לחזור אף אחר שקנה וצריף עיון בדברי התה"ד: סי' נב והנה מה שכ' הטור בנותן מתנה דבר שלא בא לעולם אפילו כ' לו שעבוד על השדה או קבל עליו אחריות על כל הנכסים אינו פלום דמנה אין כאן משכון אין פאן והוא מתשובת הרי"ף והבעה"ת כמו שכ' הב"י.

והבעה"ת (שער מ"ג) כ' הנותן מתנה לחבירו מה שקנה ומה שיקנה לא זכה במה שיקנה ואם קבל אחריות להעמיד מתנה לא מהני פיון דלא יחול המתנה לא יחול השעבוד וכ' אבל אם נתן לו קרקע באחריות ובאותו אחריות כ' לו נכסים לשעבד שקנה ושיקנה כ' לכל שעבוד מהני דאקני וכ' תשובת רמב"ן בנותן מתנה מה שיקנה ושעבד נכסיו וקבל אחריות להעמידו בידו חייב להעמידו בידו ואם לאו זוכה בהם מדין אחריות והוא שכ'



דאקני באחריות ול"ל מתנה אין פאן שעבוד אין פאן שיכול אדם לחייב עצמו באחריות בחיוב שאינו חייב וא"כ נראה שזה חולק על דינא דתשובת הרי"ף וכבר נסתפקו בזה הרבה פל גדולי האחרונים הגד"ת שם ובס' בני יעקב (דף צ"א ע"ד) דאי אפשר לומר פן בדברי הבעה"ת והב"י דהרמב"ן חולק על הרי"ף.

והבני יעקב שם כ' לפרש דדינא דרי"ף גם הרמב"ן מודה ודינא דרי"ף הוא דמשום שעבוד המתנה שעבד לו נכסיו וכיון דאי לאו המתנה לא הוי משעבד נכסיו אלא מפני שהוא סובר שהמתנ' קיימת שעבד לו נכסיו לקיום המתנה בכה"ג מתנה אין פאן שעבוד אין פאן אבל דינא דרמב"ן הוא שיודע שאינו יכול ליתן מתנה מה שיקנה ורוצה להקנות לו מה שיקנה אשמועינן דין חדש דמצוי לשעבד נכסיו מה שיקנה בלא שום שעבוד חוב קודם ואשמועינן דיקול לשעבד מה שיקנה וגובה מדין האחריות.

וגם בזה אינו ברורין של דברים דמניין לנו לחלק בזה דדינו של הרי"ף הוא סובר דמתנ' קיימת אטו אם שניהם יודעים דמתנה אין פאן הואיל דהוא דבר שלא פא לעולם ניקא דהרי"ף מודה דכוננתם הי' על האחריות וחיוב וגם בדינו של הרמב"ן אטו אם הנה אינם יודעים דהמתנה לא מהני לכלום ניקא דגם שעבוד וחיוב אחריות אין פאן.

והש"ף כ' דהרמב"ן איירי שחייב עצמו בכף וקבל אחריות להעמידה לכף החיוב חל על גופו להעמידה בידו והיינו בקבלות אחריות לחוד ל"מ רק כשאמר בפירוש שחייב בחיוב גמור להעמיד המקח דאז מחויב מפח חיובו.

ובנו"ב (ח"א) שם תמה חתנו הגאון זצ"ל דאם פן מה ענין אחריות לכאן דאינו מעלה ומוריד רק מחמת חיוב על גופו ומה שפירש הגאון הנז' דברי הרמב"ן כפר דחה שם הגאון בעל נו"ב וגם פירוש של בעל הנו"ב הוא דוחק גדול כמו שמבואר שם.

ובספר תורת חסד (סי' רל"ו) הביאו בעל דברי אמת (דף ס"ו) כ' גם פן דדברי הטור אינו אלא בשעבוד נכסים אבל בחיוב שפיר דמי דטפי עדיף חיובו משעבוד ואינו מוכן הא בדברי בעה"ת מבואר דאיירי במקבל אחריות להעמיד מתנת מה שאקנה בידו וכו' דל"מ פיון דמתנה אין פאן לא יחול השעבוד והאחריו' ועל זה הביא אחר כף דברי רמב"ן והם פסותרין דבריו וגם בטור כ' גם פן בנותן מתנה שאינו מצוי אצלו אפילו קבל עליו אחריות על כל נכסיו אינו פלום הרי דחיוב אחריות גם פן לא מהני וליכא נמי בין שעבוד לאחריות רק אם קבל אחריות שמתחייב בחיוב גמור וכמו שכ' הש"ף.

ובד"א שם הביא דברי תשו' הרשב"א המוכא ב"י (סי' ס"ו) בהקנה שטרות במסירה בלבד וחייב עצמו ונכסיו בקנין שאם לא יפרע לו הלנה שיהא רשות בידו לכופו לשלם לו מנכסיו פל אותו הסף דחייב שאין האחריות תלוי במה שהדין נותן שקנה או שלא קנה והביא שם שבתשובת רבינו בצלאל ז"ל הקשה דנימא הקנאה אין פאן אחריות אין פאן והוא ז"ל הביא שמצא דברי הרשב"א הנ"ל (ח"ב סי' קצ"ד) דהביא ראיה ממפר שדה והפיר בה שאינה שלו שאם קבל האחריות יש לו שבח לדעת הבעה"מ וכתב עוד דמ"ש משם הרב אלפסי באומר נתתי לה כף וכף זהובים בקנין וכתבתי לה שעבוד על נכסי שתגבה מהם אלו הזהובים דלא מהני ומסתברא שאינה דומה לזה ועוד שאף אותו

תשובה אינן ברורין כל הצורך וכ' בד"א ולמדנו ממנה שיש חילוק בין דברי הרי"ף ו"ל לתשובת הרשב"א וכדברי הש"ף עיי"ש.

והנה כי כן מתחלת דברי רשב"א שכ' להביא ראיה לדינו ממוכר שאינו שלו דאין המוכר מוכר ואף המוכר בעצמו יכול להוציא מידו אם חזר ולקח מהבעלים הראשונים על תנאי הידועים בגמרא במקומו ואפ"ה בגמרא שזדה שאינו שלו יש לו מעות ויש לו שבח מפני אחריות ולא עוד אלא אפילו בהפיר כו' מבואר דלא ס"ל לחלק בין סתם אחריות בין אחריות מפני רש"ף רק אחר כך הביא תשובת הרי"ף וכ' מסתברא שאינו דומה לזה ולא ביאר שום טעם.

ועל פירוש דלא אתו עולה לחלק בין סתם אחריות דלא מהני לחיוב אחריות מפני רש"ף עדיין אינו מוכן אמאי בגמרא שאינו שלו יש לו שבח מפני סתם אחריות ועל פירוש הנה לו להרשב"א סברא אחרת להפריד בין הדבקים ולא ביאר לנו ככל הצורך לקצרי שכל פמוני.

ובתומים (ס"ק י"ב) נסתבר הרבה בזה דהא בקבלת סתם אחריות בלשון המבואר בגמ' מבואר אף דקנין אין פאן אחריות יש פאן: ובנתיבות העלה בזה דדוקא בדבר שלא פא לעולם דשניהם יכולין לבטל המקח ואין פאן שום מקח אף אחר הקנין והוא מטעם דלא סמכא דעתיה האמור בגמ' ב"מ וכיון דאין פאן מכירה אין פאן אחריות מה שאין פן במוכר שזדה גזולה דסמכא דעתיה דלוקח ובחזר ולקחה מבעלים הראשונים קנאה הלוקח והלוקח קנאה בקנין הראשון שעשה בהשדה ומטעם זה אין הגזלן יכול לבטל הקנין עד דאתי הגזל וטרף ליה ומחויב ליתן השדה להלוקח כל זמן שלא טרף ממנו הגזל פמבואר בבעה"ת ובמל"מ (פ"ט) מגזילה והלוקח אף דמברר בעדים שהשדה גזולה אמרינן ליה אחוי טרפה פמבואר סמ"ע (סי' רכ"ו) והטעם פינון דהמכירה קיים בין הלוקח והגזלן כל זמן שלא פא הגזל וכיון דיש פאן מכירה יש פאן אחריות עיי"ש.

בדבריו והדברים מוקשים לי למאד מלבד דבתשובת הרשב"א הנ"ל מבואר להיפך שכ' במוכר שזדה שאינו שלו אין המוכר מוכר ואפילו המוכר בעצמו יכול להוציא מידו אם חזר ולקח הרי דפשיטא ליה דאף דאין המוכר יכול להוציא מיד הלוקח בטרם שלקחו מבעלים מ"מ אין פאן מוכר ומה דהביא מבעה"ת דהמוכר אינו יכול לבטל המקח לא ראיתי פן בבעה"ת רק בהפיר בה שהיא גזולה בזה כ' דלאו כל פמיניה אלא קיימא בידיה עד דאתי גזל והיינו פינון דידע הלוקח ונחית על דעת זה שירד לקרקע ויאכל הפירות וכשיבא הגזל ויטרוף ממנו יגבה מן הגזלן והלוקח אינו יכול לתבוע מעותיו מן הגזלן קודם שיבא הגזל כמו שכ' הרא"ש ב"מ משום דאדעתא דהכי נתן המעות בזה גם המוכר אינו יכול לבטל אבל פשלא הפיר בה הלוקח אם מברר הגזלן בעדים שאינו שלו והמקח הוא מקח טעות יש לומר פינון דהלוקח יכול לחזור ולבטל המוכר ולתבוע מעותיו גם המוכר יכול לבטל ועיין שם במל"מ דס"ל פן בפשיטות דבלא הפיר בה מתחילה יכול הלוקח לתבוע מעותיו קודם שיטרוף ממנו הגזל והיינו אף דיכול לומר אחוי טרפה פמבואר (סי' רכ"ו) זה דוקא כל זמן שלא נתברר בבירור גמור אבל פשנתברר הדבר לגמרי יכול לתבוע מעותיו מיד ואינו יכול המוכר לומר שיחזור ויקנה מן הגזל ואין שומעין לו בזה.

ואף דבסמ"ע נשם (ס"ק י"א) כ' דאפילו נתברר הערעור אין הלוקח יכול לחזור פשפבר  
נתן המעות היינו כמו שכ' נשם דהראה השטרות ואינו מקיומין אינו יכול להוציא המעות  
מיד המוכר עד שיהיה שטרות מקונימים לגמרי והיינו אם המוכר אינו מודה אבל אם  
המוכר מודה או דנתברר בבירור גמור שאינו שלו ודאי הלוקח יכול לחזור ולתפוע  
מעותיו וכמו שכ' המל"מ בפשיטות.

ומה שכ' המל"מ דאף בלא הכיר בו המוכר אינו יכול לבעל עד דאתי נגזל כמו בהכיר  
בו יש לגמגם באמת למה לא הא פיון דהני מקח טעות ואף באונאה דיש מחלוקת  
הפוסקים אם המאנה יכול לחזור כמבואר (סי' רכ"ז) וכן במום במקח כמבואר סמ"ע  
(סי' רל"ב ס"ק י"ב) מ"מ בדבר שאינו שלו יש לומר דלא יחול המקח כלל ושניהם  
יכולין לחזור והא דכ' הרשב"א בתשובה דהמוכר יכול להוציא אם חזר ולקח נקט  
בפשיטות דלאו נשם מקר הוא ובנדאי אינו יכול לבטל המקח כל זמן שלא נתברר אבל  
אם נתברר שאינו שלו מקר יש לומר בלא הכיר בה שניהם יכולין לבטל פיון דאין פאן  
שם מקר.

ומה שכ' הנתיבות דבחזר ולקחה הלוקח קנאה בקנין הראשון אינו פן דעת רוב  
הראשונים נשם במס' ב"מ ובריטב"א נשם כ' והשתא קא מקני ליה וכן בש"מ נשם משם  
הר"ן והרשב"א או מטעם דהאי הנאה חשיב ככסף או דקונה בעד הלוקח וכמבואר נשם  
טובא בזה וכן מבואר נשם ברש"י ותוס' דגמר ומקנה כשלקחו מבועלים הראשונים אבל  
קודם לכן אין פאן נשם מקר דהוי דבר שאינו שלו ואף אם נאמר דהמוכר אינו יכול  
לחזור כל זמן שלא בא הנגזל על פרחה מטעם אחר.

ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה (סי' מ"ב) ודיני מתנה (סי' ז') אבל  
נשם מקר לא הני ואם פן אמאי חייב באחריות סתם נימא קנין אין פאן אחריות ושעבוד  
אין פאן כמו במוכר דשלב"ע: וקצת יש לומר הטעם דהיכא דלא אפשר לעשות קנין  
המועיל ביותר ממה שעשה כמו במוכר דבר שאינו שלו דנעשה קנין המועיל באם הנה  
שלו ואין שום חסרון בעצם הקנין בזה מהני קבלת אחריות דאנא איקום ואשפי דהוא  
להצילו מביאת הטורף ואף דלא חל המכר מ"מ פיון דנעשה קנין המועיל אם הנה שלו  
ממילא חל חיוב האחריות סתמא פיון דנחתו בקנינים זה למפור וזה לקנות ולא מבעי  
בלא הכיר בה הלוקח דנדאי הנה פוננת המוכ' לחייב את עצמו בחיוב אחריות ויכול  
לחייב את עצמו אף שאינו חייב ואף בהכיר בה לדעת בעה"מ גם פן פיון דשניהם יודעים  
ונחתו על דעת המכר ואין חסרון בעצם הקנין רק במה שאינו שלו לכך אמרינו דקבלת  
אחריות הוא בחיוב בפני עצמו מה שאין פן בנגידון דהרי"ף באמר נתי לה פה וכו'  
זהובים בקנין דהחסרון הוא בעצם הקנין דלא נעשה כהוגן בזה אף דמשעבד נכסיו פיון  
דבלתי באפשרות לתמן הקנין רק בחיוב אמרינו דהחיוב קאי על הקנין וכיון דקנין אין  
פאן חיוב אין פאן וכן במוכר דבר שלא בא לעולם פיון דבלתי באפשרות לעשות קנין  
המועיל רק בגדר חיוב וכיון דכתב בלשון מקר לא מהני קבלת אחריות פיון דאינו  
באפשרות על נשם מקר ולא יש אופן קנין בזה רק חיוב וכיון דלא התחייב את עצמו רק  
בשם אחריות על המכר ומכר אין פאן גם חיוב אין פאן מה שאין פן במוכר דבר בעין  
ששייך בו קנין ונשם מקר רק שהוא אינו שלו בזה נתפס האחריו' בפני עצמו ואמרינו

הא דכתב בלשון מכר הי מטעמי אחרים או שאם חזר ולקחה מהבעלים כל זמן שלא חזר המוכר ממכירתו בפני עדים שיחול המכירה מאז כמו שכ' הריטב"א ב"מ שם והלוקח סמך דעתו על זה וחיוב לא מהני לא מיבעיא אם נאמ' דחיוב על דבר פרטי לא מהני כמו שכ' לעיל ודאי אם הנה יודע הלוקח ל"ה נחית על זה בלבד אלא אף אם מהני החיוב יש נ"מ בין חיוב למכר כמוכן ולקח פינן דנעשה קננו המועיל מהני האחריות גם כן.

ובשטרות אם מסר ואמר קני לה הן וכל שעבודן ואם לא יפרע לה מכאן ועד יום פלוני גבה בסוף השטרות מנכסי וקנו מידו דכ' הרשב"א דגובה שם ודאי הנה התחייב בפני עצמו באחריות חיוב מפונש והרמ"א (סי' ס"ו ס"א) דכתב אם קבל אחריות אם לא יגבה הלוקח השטרות צריך לקיים מה שקבל עליו ולדעת הסמ"ע שם תיב כפי כל שווי של החוב היינו אף דברשב"א כ' באחריות מפונש שם הנה הנידון במתנה ובמכר יש לומר דסגי בסתם אחריו והוי כחיוב בפ"ע והא דמסר לו ואמר לו קני לה כו' היינו למשכון שיהיה עכ"פ בידו השטרות ולדעת הש"ך שם דהאחריות אינו רק על דמים שנתן אם לא פירש ודאי אתי שפיר פינן דסובר דאם הלוקח חוזר קאי במי שפרע הוי שם מכר על זה ובנדאי חל האחריו ועיין שם בתנאים (ס"ק ג') ובנתיבות אם במכר הוי איסור ריבית ובמה שכ' אאמוז"ל בד"ח שם להסכים עם התנאים: ועיין שם בש"ע (סי' ס"ו סל"ד) דגם במוכר שט"ח אמרינן אחריות ט"ס ואם אחר מברר ששטר זה שלו או שלקח מהמלנה תחילה גובה הלוקח מהמוכר מדין אחריות ואם הוציא הלנה שובר ששטר זה פרוע קודם לכן הרי זה מקח טעות והמעות חוזרים ובתנאים שם (ס"ק ס"ב) כ' הא פשנתברר שאינו שלו גובה כל דמי השטר ובנמצא פרוע אינו גובה רק דמי המקח משום דהוי כמוכר דבר שאינו שלו דהנה אופן שיועיל המכירה וניתן לכתוב מה שאין כן בפרוע אי אפשר לקיים המקח בשום אופן ובקצוה"ח שם (ס"ק ל"ח) משיג עליו דהטעם דניתן לכתוב לא מצינו רק שייגבה משעבדי וכתב הוא משום דבנמצא שאינו שלו ליכא מום בגוף המקח אלא שאינו שלו ובנמצא פרוע או מחול קודם ליכא שטר חוב רק נייר בעלמא ומש"ה הוי מקח טעות ומ"מ מבואר משם דאף בסתם אחריות כל שאינו החסרון בגוף המקח רק מצד שאינו שלו תיב באחריות.

ושם קשה אף דכ' הב"י שם בפירוש דברי הטור דמדין אחריות גובה כל השטר ומדין מקח טעות המעות חוזרין הא בד"מ שם מביא דברי הרא"ש בתשובה (פלל פ"ט) שהמוכר שטר חוב באחריות ויצאו עדים שפרוע הוא צריך להשלים לו השטר כדי שיהא ראוי לגבות בו החוב דהיינו אחריותו שקבל עליו ותיב ליתן דמי החוב כפי מה ששנה שטר פשר פנה הרי דפשיטא ליה דתיב מטעם אחריות אף במום בגוף המקח להשלים כל שווי השטר.

אולם במקר יקשה הא בזה פינן דאי אפשר להעמיד לו השטר והוי מום בגוף המקח דלא קנה נייר בעלמא אם מתחייב לשלם יותר מדמים שנתן הוי רבית. וראיתי בתשובת הרא"ש שם ואינו מבואר שם פלל דין זה במכר ודן במי שנתחזק לו שט"ח על חבירו ומסר השטר לבנו של הלנה וקבל עליו אחריות החוב ויצאו עדים ששטר זה הוא פרוע וכ' דתיב כמין כל השטר לפי הנכסים שיש ללנה ולפי אלמותו.

ולמה כ' הד"מ הדין במוכר דבנה יש לומר לכ"ע הוי ריבית. ואף לדברי הנתיבות הנז' בשטר פרוע פיון דלא חל המכר לשום דבר הוי ריבית גמור וצ"ע.

עכ"פ מבואר מדברי הרא"ש דאף במקח טעות בגוף הדבר שקנה שעבוד ולא נתן לו רק נגיר בעלמא ואין כאן שום מכר כלל גם כן גובה מדין אחריות ומזה מבואר נמי דלא כמו שכ' הנתיבות (סי' ס') הנז' דכ' דוקא ביושב בערקע ומכרו הוי שם מכר וחל האחריות אבל במוכר דבר שלא הוחזק בו כלל הוי כדבר שלא בא לעולם ולא חל האחריות פיון דשניהם יכולין לחזור בו דהא בנידון דתשובת הרא"ש הנז' הוי מקח טעות ולא מסר לו כלל מה שמכר דנגיר בעלמא מסר לו דהשעבוד כבר נפקע פיון דכבר נפרע השטר ואפ"ה חייב באחריות כפי מה ששנה השטר למפור לדעת הרא"ש וצ"ע בכל זה.

ובפרט בהך דינא של תשובת הרי"ף דאמרין חייב אין כאן אחריות אין כאן דפוסק בש"ע בזה בלי חולק והרשב"א כתב שאינן ברורין ושהרב העיטור חולק בזה וכן הובא דברי בעל העיטור בתשובת הגהות מיימוני (סי' ס"ו) וכמ"ש הרב דברי אמת שם ויש לומר דאם תפס זה דנותן לו וקבל אחריות דאין מוציאין מידו: ובהך דכתב בש"ע דבלשון חייב חייב והוא שקנו מידו תמה הש"ף דהא באתם עדי סגי לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' מ') דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ובתומים העלה למה שכ' הש"ף (סי' מ') דחייב שאינו בהחלט כי אם דרף תנאי שיתחייב אינו חייב רק בקנין ואם כן פאן פגון שהוא בדבר אפשר אם יבוא לידו צריף קנין וכן הסכים על ידו בנתיבות דהוא כ"ש בחיוב בדבר שלא בא לעולם אין לה תנאי גדול מזה.

ולי קשה דאף דהש"ף (סי' מ') כ' כן ליישב הקושיא שהקשו על הרמב"ם ממתנה שומר חנם להיות כשואל דפריף במאי בדברים דבשומר פיון דהחייב הוא על תנאי אם יאבד דמי לערב שכ' הר"ן דדמי לאסמכתא ולא מהני רק בקנין הא מ"מ דעת הר"ן אינו כן בדעת הרמב"ם וכמו שכתב הש"ף בעצמו שם וגם אף אם נאמר כן יש לומר דהוא דוקא בתנאי שאינו רוצה בו שיתקיים כמו בערב דאינו רוצה שהלנה לא יפרע בעצמו רק אם לא יפרע מחייב עצמו וכן במתנה שומר חנם להיות כשואל דאינו רוצה שיקרה האונס בזה כל זמן דליכא קנין אינו גומר ומחייב עצמו אבל במחייב עצמו בדבר שיבא לידו ורוצה ונפץ בזה שיבא לידו וגם במתחייב מעכשיו שמסלק כל האסמכתא למה לא נאמר דגומר ומחייב את עצמו באומר אתם עדי כמו במחייב שלא על תנאי כן נמי גומר ומחייב את עצמו ליתן אם יבא לידו ועיין תשובת רש"ך (ח"ב סי' קס"ג) שציין עליו הש"ף (ס"ק י"ט) דמבואר להדיא דבחיוב ליכא אסמכתא.

והא דכ' הרמב"ם המחייב כו' בלא תנאי עיין ב"י סוף (סי' ר"ז) דכ' הרמב"ם דאין זה אסמכתא היינו דס"ד פיון שאינו חייב לו כלום לא גמר ומקני כי היכי דאמרין באסמכתא קמ"ל פיון דבלא תנאי מתחייב ודאי גמר ומקני דאסמכתא לא הוי אלא כשתולה הדבר בשום תנאי וכדאמר דבא כל דאי לא קני.

ומבואר דרק בכל דאי לא מהני חייב אבל בדבר שאינו בגדר תנאי וקנס רק בחיוב לכשיבא לידו מעכשיו כל אפיו שוין דמהני חייב לדעת הרמב"ם אף בדבר שאינו חייב: וראיתי בספר חק"ל מהדו"ב שכ' להוכיח דדעת מרן הב"י ז"ל דאף חייב על תנאי מהני ממה דכ' בתשובת אבקת רוכל (סי' קל"ד) שדן באחד שנתחייב לחבירו בסך ידוע בכ"י

בתנאי שיעשה השתדלותו מערעור פלוני וזה אומר שלא עשה השתדלותו ולא קנים תנאו וכתב פיון דהיה חיוב על תנאי עליו לברר שקינים התנאי וכל שלא בירר פטור מחיובו הרי שגם חיוב על תנאי הוי חיוב גמור עיין שם.

ומש"ה לא איך'י' כלל דשם היה החיוב בעד השתדלותו והוי כפועל וכו' ודאי כ"ע מודים דהמתחייב את עצמו לפועל שאם יעשה הפעולה ישלם לו פה וכה דחייב לשלם מצד שכירות אבל בחייב בדבר שאינו חייב יש לומר דאף לדעת הרמב"ם לא מהני רק בחיוב בהחלט גמור אבל על תנאי יש לומר דלא מהני וכמו שכ' הש"ך (סי' מ') והוא הדין בדבר שלא בא לעולם וא"ב וכמו שכ' התרומים.

אף דעת הש"ך דסובר פאן דאין לחלק בזה יש לומר כמו שכ' דדוקא תנאי שאינו רוצה שיתקיים דהוי כעין אסמכתא וכמו שכ' הר"ן ז"ל אבל בתנאי שרוצה שיתקיים וגומר ומחייב בהחלט כשיבוא הדבר לרשותו יש לומר דמהני החיוב אף בלא קנין הואיל דהוא חייב במעכשיו וכמו שציין הש"ך משם תשובת הרש"ך הנז'.

אף קצת קשה דהש"ך לכאורה סותר ד"ע בזה דהא כ' (סי' פ"א ס"ק ו') על דברי רמ"א שם באומר לחתנו העשיר תלמוד עם בנה ואני אשלם לה דפטור פיון דבלא"ה חייב ללמד את בנו יכול לומר משטה הייתי בנה וכ' הש"ך דאפילו אמר אתם עדי פטור דאפי' להרמב"ם דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב היינו דוקא פשמתחייב בלא תנאי כלל מה שאין פן במתחייב על תנאי שילמוד עם בנו או שיעבירו או שיתלחץ ועיין שם בנתיבות דקנין או שטר מהני לחייבו ולא דמי לחליצה דלא מהני קנין דשם הוי כידוע האונס אבל בנידון הנז' דאין אונס בדבר מהני קנין ואתם עדי לא מהני ומשום שכירות אינו חייב פיון שמתחייב בדבר עיין שם ואמאי לא מהני אתם עדי פיון דבזה מסולק טענת השטאה וזה רוצה בכה שימצא דבריו למה לא יתחייב פיון דאינו דומה לחיוב על תנאי דשם אינו רוצה בקיום התנאי ואמרין דלא גמר להקנות מה שאין פן היכא דרוצה בקיום התנאי דומה ממש למתחייב את עצמו לכשיבא לידו דדעת הש"ך דאין צריף קנין וחיוב גמור מעכשיו מסלק האסמכתא וצריף לומר דהש"ך בדבור זה אף דסובר דאתם עדי מסלק טענת השטאה דבתירוץ השני שכ' שם ועוד יש לומר דבכה"ג אנו סהדי אף שאמר אתם עדי להשטאה נתכונן פיון שלא הוי יכול לעשות בענין אחר אין לחיוב על מה לחול פיון שלא נשתעבד בקנין.

ולתירוץ הראשון סובר דלא שייף השטאה באתם עדי רק פיון דנתחייב על תנאי היינו אף דרוצה בקיום התנאי שילמוד מ"מ פיון דהחיוב לא הוי בהחלט רק אם יקיים התנאי בכה"ג לא גמר ומחייב דהוא סובר כשיקיים המצוה המוטלת עליו בודאי לא יעזי לתבוע ממנו החיוב וימכור מצוה המוטלת עליו בעד בצע כסף דאם יתן איש כל הון ביתו באהבה בוז יבוז לו וכבר פירש הנזה"ק דברי דהע"ה שאמר וזה ד' חסד פי אתה תשלם לאיש כמעשהו דהחסד הוא מהקב"ה שמשלם לאדם שכר המצוה כפי ערוף היקר בעיני אדם אחר שכבר עשאה דקונם לכן לפעמים אדם מבטל מלקיים המצוה בשביל הפסד ריוח כל דהו בעוה"ר אבל לאחר המעשה לא ימכור אותה בעד כל הון ואם פן הכי נמי נאמר אף דבאומר אתם עדי לא פיון להשטות מ"מ אינו גומר ומחייב את עצמו פי חושב בלבו

באם יעשה המצנה וילמוד עם בנו יתבייש אחר כך מלתבוע ממנו שִׁכְרוּ וחיובו חלף פְּעוּלַת הַמְצָנָה.

אבל בדבר רשות אף דמחייב את עצמו שלא בהחלט רק בקיום התנאי אם רוצה בקיום התנאי ואין פאן אסמכתא מהני החיוב: ודברי הר"ן פתובות ר"פ הנושא צריך ביאור פינו דמתרץ בד' הרמב"ם דה"ט בערב דלא מהני ביה אתם עדים לפי שהוא דומה לאסמכתא למה מדחיק את עצמו לתרץ הא דבמתנה שומר חנם להיות פשוט לאו דוקא בקנו מידו דהה"ד באתם עדי ונקט קנו מידו שהיא ההקנאה היותר רגילה הא שם לא הוי בהחלט רק אם יאנוס ודומה לאסמכתא וי"ל למה שכ' המרדכי סוף פ' השוכר את הפועלים במתנה שומר חנם להיות פשוט וז"ל ולא אמרי' אסמכתא הוא דכל דאי לא קני דש"ה דמעיקרא בתחילת מסירתו עליה סומך והימוני הימניה ובהיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה דכל תנאי בממון פנה תנאו קנים היכא דלא גזים ובידו וראיה מפ' המקבל אם אוכיר ולא אעביד דל"ח אסמכתא והתם בלא קנין עכ"ל וצריך להבין הא במתנה שומר חנם להיות פשוט לא הוי בידו שלא יארע אנוס וצריך לומר דעיקר הפונה פינו שהמפקיד מוסר בידו חפץ והוא אינו מחזיר לו שום דבר יותר ממה שנתן לו רק החפץ או התמורה ממה שהיה שנה בשעת אנוס לא מקרי אסמכתא ומ"ש דלא גזים ובידו היינו פינו דאינו מחייב עצמו להחזיר יותר ממה שנטל ונחבירו מסר בידו מקרי לא גזים ובאם אוכיר ולא אעביד אף דנותן לו יותר מ"מ הנה בידו וכן פירש דבריו בס' פה"ב (דף נ"ט) אם פן לכך נמי לא מתרץ הר"ן לדעת רמב"ם דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב דבמתנה שומר חנם להיות פשוט דל"מ בדיבור באתם עדי משום דדומה לאסמכתא דבאמת אין שם שייכות לאסמכתא פינו דהתנה וחיוב את עצמו רק להחזיר מה שקבל ואף בשם אסמכתא לא הוי מה שאין פן בערב דהוא לא קבל מאומה דומה לאסמכתא ואף דבערב מהני מ"מ שלא בשעת מתן מעות פינו דלא הוי חיוב בהחלט דומה לאסמכתא ולא מהני בדיבור והש"ך שם (סי' מ') לא ס"ל לחלק בזה רק בכ"מ דלא הוי חיוב בהחלט דומה לאסמכתא ולא סגי לחייב את עצמו בדברים אבל פל זה הוא רק היכא דאינו רוצה שייבא לידי חיוב מה שאין פן במקנה בהחלט דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו יש לומר לכ"ע דמהני חיוב על אנאי פינו דרוצה בקיום התנאי: ועיין מהרימ"ט (ח"א סי' קל"א) שכ' בדברי הרמב"ם סו"פ (י"א) ממכירה פשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כו' דסברו פל דאי אסמכתא משום דמהשתא לא גמר לקנות אלא פשוט לתקיים תנאו ובהיא שעתא לאו לביה עליה שלא הוי סבר לבא לידי כך ואפילו בקנין יש בו דין אסמכתא וכמו שכ' שם המ"מ והכ"מ שם הקשה הא לעיל כתב הרמב"ם דקנין מעכשיו אין בו דין אסמכתא ולמה הוצרכו לחייב ולמחול וסתם ק"ס הוא במעכשיו וכ' לתרץ דנדאי פל קנין שאדם מתנה אפילו לאחר זמן פמו שפי' מעכשיו רק לענין אסמכתא שתלוי בקיומו של תנאי אע"ג דהשתא מקנה או משעבד לו אם ינהי פך מ"מ הקנין מתלה תלי ולא גמר ומקנה והא דאתמר אם אמר מעכשיו לא הוי אסמכתא היינו פשהקני' ואמר לו קני מעכשיו דמהיא שעתא אית ליה ללוקח הנאה מיני' דלכי מקיים תנאה הוא שלו למפרע ולוקח אוכל פירות ואם הקנה על ידי מטלטלים קנוים ובזה גמר להקנות הואיל ונתן לו בעין יפה דלא הקנה בגופא מהיום ופרי לאחר זמן אבל היכא דלא יתב ליה מידי אלא דמשעבד ליה בחוב אפילו אמר מעכשיו פינו שאינו זוכה בו אלא משעת

קיומו של תנאי או ביטולו אין פאן ינפי פח במה שהקנהו מעכשיו שאי אפשר לקנון שיקנה אם לא מעכשיו ומה הוכח' יש שגמר להקנותו וע' שם עוד בדבריו.

ובס' חק"ל שם הקשה עליו מדברי הטור (סי' רנ"ג) בבריא שאמר אם ילדה זכר דכ' פינון דחייב עצמו ליתן מנה ומשעבד לזה נכסיו ואסמכתא נמי ליפא אלא פכל מתנה שהיא על תנאי שמתנה אם תעשה פה שתהיה מתנה ואם יתקיים התנאי יתקיים המתנה.

ואין זה השגה דכל ענינו של המרי"ט שם בנדידונו וכן בדברי הרמב"ם הפל הוא בתנאי שאינו רוצה בקיומו בזה סובר דהוי אסמכתא פינון שאין פאן הוכח' שגמר להקנות אבל בתנאי שרוצה בקיומו דדעת פמה פוסקי' ובפרט ה"ר יונה והרשב"א המובא ב"י (סי' ר"ז) דבכל אנפי ל"ש לאסמכתא ואף להחולקים היינו בלא קנון וחיוב מהשתא אבל בקנון וחיוב מהשתא לכ"ע לא הוי אסמכתא.

וכמו כן בחיוב אם אינו בהחלט דלא מהני לדעת הרמב"ם במחייב בדבר שאינו חייב וכמו"ש הש"ך (סי' מ') היינו בתנאי שא"ר בקיומו בזה אינו גומר ומחייב את עצמו אבל בחיוב שרוצה שיבא לעולם כמו במחייב א"ע בדשלב"ע י"ל לדעת הרמב"ם דמהני אף בלא קנון: ראיתי בס' שמחת יו"ט מהגאון אור עולם מהרי"ט אלגזי ז"ל (דף פ"ו) שיצא לדון בדבר חדש דאף דמתחייב אדם בדבר שלא בא לעולם הוא דוקא רק היכא דליפא אלא חד ספק אם יבא לעולם או לא אבל במקום דאיכא תרי ספיקא פגון המתחייב ליתן קנס עבדו אם יגחנו שור דאיכא תרי ס' מי יימר דמתנגח ודלמא מודה ומפטר פינון דהוי רחוק שיבא לא גמר להשתעבד אף בלשון חיוב.

ולדבריו הנה מקום לומר דחיוב לרבנן לא עדיף מלר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דאמרינן רק בפירות דקל דעבידי דאתו פן נמי בחיוב אולם מבואר תוס' ב"ב (דף ע"ט) דהיכא דאיכא חד מי יימר הוי פעבידי דאתו רק היכא דאיכא תרי מי יימר אף נראה כמו שכ' תוס' שם דהיכא דהגוף הוא בעולם הוי כמו עבידי דאתו וכיון דעיקר הטעם דיכול לחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם הואיל דהחיוב על גופו מניין לנו לחלק בין חד מי יימר לתרי מי יימר וכמו דיכול להתנות בדבר שלא בא לעולם בכל אופנים פן נמי בחיוב.

הן אמת דכפי דעת התה"ד והגהות מרדכי (פ"א) דב"מ בהא דמה שאירש מאבא מכור לה דלא אמר פלוס מבואר דמה שאדם מתחייב עצמו בדבר שאינו בידו קרינן אסמכתא' ואינו גומר בדעתו להקנות ועיין במח"א דיני אסמכתא (סי' ד') ובדברי אמת (דף ס"ז) [ועיין נו"ב תנינא חאה"ע (סי' נ"ד אות י"ב) ודבריו צ"ע מדברי הראשונים ב"מ שם אכ"מ] ואם פן יש מקום לומר דע"כ לא מהני חיוב רק בחד מי יימר ולא בתרי ספיקי אולם באמת פינון דדעת פל הפוסקים דחיוב לא תליא באסמכתא וכמו"ש הטור (סי' רנ"ג) דחיוב אינו דומה לאסמכתא אם פן אין לנו לחלק בין חד מי יימר לתרי.

ועיין ש"ך (סי' רנ"ג ס"ק ל"ה) דכ' דאינו מוכרח מה שכ' הטור בדעת הרי"ף ורמב"ם דבבריא יש לומר גם פן דמודים עיין שם ושם בהא אם תלד אשתי זכר ישול מנה דכ' הטור דליפא למימר אין מטבע נקנית בחליפין שאינו מקנה רק מחייב עצמו ומשעבד לזה נכסיו ושם לא הוי עבידי דאתי דהא יש מחצה זכרים ומחצה נקבו' ומיעוט מפילות



ועיין חידושי רשב"א קדושין (נ"ד ס"ב) דלר"מ ל"מ אם ילדה אשתה נקבה תהיה מקודשת ולא הוי עבידי דאתו מהאי טעמא דמעוט מפילות הוי פתרי מי יימר ואם פן נימא כמו כן במתחייב אם נקבה תטול מאתים דלא גמר ומתחייב פיון דיש פתרי ספיקי אלא ודאי דלגבי חיוב אין לחלק בזה [וימה שיש לדקדק בזה במס' ב"ב (נ"ד קמ"א ע"ב) דפריה ולימא ליה ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועל פתחה דהיה ס"ד לדבר שלא בא לעולם דומה לדבר שלא בא לעולם ולדברי הרשב"א הנז' יקשה הא לא הוי עבידי דאתו אכ"מ] ועיין בס' בית מאיר אה"ע (סי' ס"ו) דהקשה במס' גיטין (נ"ד מ"ג) ואי ס"ד עבד שמכרו רבו לקנס מכור מי איפא עבד דלא מזדבין לקנסא הא אף את"ל דלא מזדבין לקנסא הא אפשר למכרו לקנס שיתחייב עצמו ליתן הקנס להקונה אם נוגח ועיין שם בדבריו דעל ידי מכירה זו לא חשיב העבד שנה מידי הואיל ואי אפשר להקנות הקנס על ידי קניות גוף העבד עיין שם והדברים פשוטים דזה לא חשיב קנין פסד דגרע מאותיות פיון דאין גופו ממון רק שיתחייב מה שיתרחש אם נגח ויתחייב קנס שחייב ליתן להלוקח עכ"פ מבואר גם פן דעתו בפשיטות דאין לחלק בחיוב דבר שלא בא לעולם בין חד ספק לתרי ספיקי: סי' נג שטר שקתוב בו שיפרע ההוצאות על הפפל אסמכתא הוא ואינו גובה ש"ע (סי' ס"א ס"ה) וכ' שם הסמ"ע דנקא בכה"ג דקיבל עליו פולי האי מחשב אסמכתא כמו אם לא אעבד אשלים אלפי זוזי אבל בחיוב סתם הוצאה אין זה אסמכתא דכל תנאי שבממון קיים והביא דברי הד"מ שכ' על דברי תשובת הרשב"א באם כתב בו שישלם כל ההוצאה והפסד שייבא לו מחמת חוב זה ותובע הפסד רינח שהיה לו סחורה מזומנת לקנות והשיב שאינו חייב וכ' הד"מ שטעמו משום דהוי אסמכתא כל זמן שלא הקנה לו בבד"ח כדמשמע מדברי הרא"ש והקשה על זה דאין אסמכתא אלא בדברי קנס פשמשלם יותר ומה שאינו חייב לו אבל כאן שמפסידו דמי להא דאם אוביר ולא אעביד אשלים במיטבא דחייב לשלם ועיין בהגהת דו"פ ובב"ח ופ"ד (ס"ק י') דמסכים לזה וכן פסקו כל הבאים אחריהם רק מניעת רינח אף שהיה סחורה מזומנת לקנות והיה רינח ברור מ"מ מניעת רינח לא קרי הפסד ובאמת פן מבואר בתשובת הרשב"א (סי' רכ"ד בת"א) שזה עיקר הטעם שאין בכלל הוצאה הפסד מניעת רינח: אף הא דפשיטא להו לכולם בהבנת דברי הרא"ש בתשובה שכ' ואם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה לא הייתי פוסק לגבותה אם לא שנעשה הקנין בבד"ח ודלא פאסמכתא דכוננתו על הפפל אבל ההוצאה הצריכה ל"ש בי' אסמכתא.

וכן בדברי תשובת הרשב"א הנ"ל אף שקתב בשאלה שקבל על עצמו לשלם כל הפסד ובקנין גמור ובלא אסמכתא יש לומר דהשואל הרוצה לחייב כל הרינח שזה ג"כ נקרא הפסד לזה פיון דאינו ברור צריה הנה להזכיר לסלק דין אסמכתא אבל בחיוב סתם הוצאה אין זה אסמכתא.

אולם לא אבין מאי דמדמה זאת הד"מ והסמ"ע לאם אוביר ולא אעביד דאם לא גזם חייב לשלם הוא משום דהתם בידו כמבואר במס' ב"מ (נ"ד ע"ד) אבל לחייב את עצמו אם לא יפרע לזמנו שישלם לו ההוצאות לאו בידו וכמבואר בני"י סנהדרין פ"ק ז"ב שכ' דאם לא אתן לך עד יום פלוני אסמכתא הוא דזה הוי בידו ולאו בידו דדעתו דיהיה לו זוזי באותו זמן ומ"מ לאו בידו ממש הוא ועיין בתוס' ב"מ (נ"ד ס"ו) ד"ה ואי אמר דדעתם דזה הוי בידו שיהיה לו מעות באותו זמן ובפנ"י שם תמה דזה לאו בידו הוא דהיה סובר

שִׁיחָה לֹא מְעוֹת בְּאוֹתוֹ זְמַן וְעַתָּה לֹא הַשִּׁיחָה יָדוּ וְזֶה בְּאֵמֶת שֵׁיטַת הַנַּ"י מִשֵּׁם רַבִּינוּ  
[וְדַבְרֵי הַבַּ"י (ס"א ר"ז אוֹת ח"י) שֶׁהִקְשָׁה עַל דְּבַרֵי נ"י ב"מ הֵמָּה תְּמוּהֵינן פֶּאֶשֶׁר כִּבֵּר  
עֲמָדוֹ עָלָיו הַמְּחַבְרִים] וְאִם גַּם בְּגִידוֹן זֶה דְּחִיב אֶת עֲצָמוֹ אִם לֹא יִשְׁלַם לֹא בְּזַמְנוֹ לְשִׁלּוֹם  
לֹא הוֹצֵאוֹתָיו אִף דְּלֹא גִזַּם לַעֲשׂוֹת מִקְלָתָא יִתְרַתָּא פִּינּוּ דְּלָאוּ בְּיָדוֹ לְגַמְרֵי לֹא גָמַר  
לְהַתְחַיֵּיב דְּאִנְדִּין דְּעַתָּה הוּא שְׁלֵא אָמַר כֵּן אֲלֵא מִשׁוּם דְּסָבַר שְׁוֹדַאי יִהְיֶה לֹא זִוְיָ וְאִם כֵּן  
אִף אִם הָיָה לֹא מְעוֹת בְּעֵינָא וְלֹא שִׁלְמָא לֹא בְּזַמְנוֹ וְעַשָּׂה הַמְּלִיגָה הוֹצֵאוֹת טָרַם שְׁנַעֲשֵׂא סָרְכָן  
בב"ד מ"מ פִּינּוּ שְׁלֵא גָמַר לְהַתְחַיֵּיב אֶת עֲצָמוֹ אִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ וְדוּמָה לְהָא דְּחִיב אֶת  
עֲצָמוֹ לְקַנּוּת יִין אֲנָהֵר דְּזוּל שְׁפִט דְּכִינּוּ דְּסָבַר שְׁהֵינן מְצוּי לְקַנּוּת שֵׁם יִלְדָּה וְיִקְנָה אֲבָל פִּינּוּ  
דְּלָאוּ בְּיָדוֹ לְגַמְרֵי לֹא גָמַר לְהַקְנֹת לֹא וְאִזְ אִף שְׁפִשְׁעָה וְלֹא קָנָה לֹא אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ כְּדִי  
הַפְּסִידוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְכַמְבֹּאֵר בְּדִרְיָשָׁה (ס"א ר"ז) [וְעֵינָן בְּנִתְיָבוֹת שֵׁם (ס"ק ט) שְׁחִידָשׁ  
זֹאת מְדַעַתוֹ דְּאִפְּיָלוֹ אִם רוֹצִים לְמַכְרֹר לֹא וְהוּא לֹא רָצָה לְקַנּוּת בְּפִשְׁעֵיהּ גַּם כֵּן פְּטוּר דְּכִינּוּ  
דְּתַחֲזִילַת הַחַיִּיב בְּאִסְמִכְתָּא הוּא לֹא חַיִּיב הוּא וְכַבֵּר קַדְמָהוּ הַדְּרִישָׁה בְּזָה.

ובס' פה"ב דיני אסמכתא (דף נ"ח) כ' על דברי הדרישה שצע"ג ולא אדע הא הסברא  
נכונה פִּינּוּ דְּבַתְחִילַת הַקְּנִינָה הָיָה סוּמְךָ דְּעַתָּה שְׁיִקְנָה ומ"מ החיוב אינו חל הואיל דְּלָאוּ  
בְּיָדוֹ מִמֶּשׁ לֹא חַל הַחַיִּיב] וְה"נ דְּכִנּוּתָא וְאִף דְּחִבִּירוֹ סוּמְךָ עָלָיו וּמְלִיגָה לֹא עַד"ז מ"מ פִּינּוּ  
דְּאִין בְּיָדוֹ לְגַמְרֵי הוּא אֹמֵר לְחַיִּיב אֶת עֲצָמוֹ לְהַסְמִיךָ אֶת הַמְּלִיגָה שְׁיִבְטִיחַ עָלָיו אֲבָל לֹא  
גָמַר לְחַיִּיב אֶת עֲצָמוֹ וְכָל זְמַן שְׁלֵא הָיָה עַל דְּעַתָּה לְסַלֵּק הָאִסְמִכְתָּא לֹא גָמַר לְחַיִּיב אֶת  
עֲצָמוֹ.

וכן מצאתי בתשובת הרמ"ה ז"ל (ס"א ר"ס"ב) שכ' בפטר שפכת בו לחייב את עצמו כל  
מה שיוציא המלנה לגבות ממון זה לסכום חמשה למאה בכל חודש וכו' שאין לו זכות  
בהוצאה אף אם לא הוי בדבר צד ריבית פִּלְל פִּינּוּ שְׁפַתְבּ תְּנַאי הַהוֹצָאָה בְּלִשׁוֹן אִם שְׁהוּא  
אִסְמִכְתָּא וְלֹא נִכְתַּב עִמָּה לְשׁוֹן הַמוֹעִיל בָּהּ לְפִי נִסְחַ הַשְּׁטָר הָיָה לִיהָ אִסְמִכְתָּא וְלֹא קִנְיָא  
וְאִפְּיָלוֹ הֵבִיא זֶה עֵדִים שְׁהוֹצִיא פְּשִׁיעוֹר מַה שְּׁטַעַן לֹא הָיָה גוֹבָה מִחֲמַת תְּנַאי זֶה פְּלוּם עֵינָן  
שֵׁם הָרִי דְּלֹא מִחֲשָׁב חַיִּיב זֶה לְהִכָּא דְּהוּא בְּיָדוֹ מִמֶּשׁ גַּם לְשֵׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּכָל דְּאִי הָיָה  
אִסְמִכְתָּא אִף בְּדָבָר שְׁבִינְדוֹ וְהוּא שֵׁיטַת תְּלַמִּידֵי הַרְשָׁב"א וְהַנַּ"י הַנּוֹ' דְּגַבִּי אִם אוֹבִיר גַּם  
כֵּן אִינוּ מִשְׁלַם מְדִינָא אֲלֵא תְּקָנָה הוּא שְׁתַּקְנּוּ לְשִׁלְמָא וְכַאֲשֶׁר מוֹבָא שֵׁיטוֹת הָאֵלֶּה בַּב"י  
(ס"א ר"ז) וְגַם עֵינָן הַתְּקָנָה אִף דְּכָל דְּאִי הָיָה אִסְמִכְתָּא אִף בְּדָבָר שְׁבִינְדוֹ וְכַאֲשֶׁר דָּאִם אוֹבִיר  
עֵינָן הַטַּעַם מִשׁוּם דְּעַלְיָ סְמָךְ וְהַפְּסִידוֹ קִנְסוּ רַבָּנָן וְעֵינָן בַּמַּח"א דִּינֵי אִסְמִכְתָּא (ס"א ה')  
דְּהִיכָא דְּלִיכָא פְּסִידָא לֹא תְּקַנּוּ וְהִכָּא נְמִי אִף דְּסָמְךָ עָלָיו וְהִלְוָהוּ מ"מ מִי צָוָה לֹא שְׁיַעֲשֵׂה  
הוֹצָאוֹת בְּטָרַם שְׁתַּבַּע אוֹתוֹ לַב"ד וְנַעֲשֵׂה סָרְכָן בְּדִינוֹ.

ועיין רמ"א (ס"א ר"ז סמ"ג) דהביא דעת אלו הסוברים דמה שיש בידו לעשות אם לא  
גזם כגון שאמר אם לא אוביר ולא אעביד אשלם במיטב ולא הוי אסמכתא וקניא משמע  
גם כן רק בזה דהוי פסידא ולא קבל עליו מלתא יתירתא אבֵל בְּשָׂאָר דְּבָרִים דְּלֹא אִפְּסִיד  
לִי רַק דְּאִיהוּ אִפְּסִיד אֲנַפְּשִׁי לֹא קִנְיָא וְכ"ש בְּזָה דְּלֹא הָיָה בְּיָדוֹ לְגַמְרֵי שְׁיִחָה לֹא מְמוֹן  
לְשִׁלְמָא בְּזַמְנוֹ צַע"ג לְהוֹצִיא מְמוֹן הַהוֹצָאָה אִם לֹא נַעֲשֵׂה סָרְכָן: ס"א נַד אֲשֶׁה הַנּוֹ"נ בְּתוֹךְ  
הַבֵּית וְשִׁטְרוֹת פְּתוּבִים עַל שְׁמָה עָלֶיהָ לְהִבִּיא רְאִיָּה פְּמִבְּנֹאָר ש"ע (ס"א ס"ב) וְהַעֲלָה  
הַשְּׁ"ךְ שֵׁם דְּהוּא הַדִּין בְּמִטְלָטְלִין תַּחַת יָדָהּ וְאִיתָ לָהּ מַגוּ דְּלֹא הָיָה דְּבָרִים מְעוֹלָם וְכַדוּמָה

אינה נאמנת דהואיל דנו"נ בתוך הבית עומד הפל בְּחֻזְקַת הַבַּעַל וְהוּי לִיה מְגוּ בְּמִקּוּם חֻזְקָה וְהַשִּׁיג עַל הַסַּמ"ע וּמְהַר"ם אֶלְשֵׁיךָ וּמְהַר"א שְׁשׁוֹן דַּס"ל בְּאַיִת לָהּ מְגוּ דְנֶאֱמַנְךָ וְכִבֵּר הַשִּׁיגוּ עָלָיו הָאֲחֵרוֹנִים בְּרֵאיוֹת הַרְבֵּה דְנֶאֱמַנְתָּ בְּמִגּוּ וְכֵן מְבִנְיָךְ לְהַדְיָא בְּחִידוּשֵׁי רַמ"ה ב"ב פ' חֻזְקַת הַבָּתִּים (ס"א ר"ט) דכ' דְּהוּא הַדִּין אִם אֲשַׁתְּכַח גְּבִיָּה לְאַחַר שְׁפָסַק מִשְׁאוֹ וּמִתְּנֵהוּ מִתּוֹךְ הַבַּיִת וְאִיכָּא סִדְדֵי דְהָאִי מְמוּנָא גּוֹפִיָּה הָוִי שְׂכִיחַ גְּבִי' בְּעוֹד שְׁהִיָּה נו"נ בְּתוֹךְ הַבַּיִת בְּחֻזְקַת אַחִין קָאִי וְכ' וְכִי תִימָא וְלִהְיֶינְךָ אֶהְיֶי מְטַלְטְלֵי מִשׁוּם מְגוּ דְאִי בְּעֵי אָמַר לְקוּחִין הֵן בְּיַדֵי אֵי נְמִי נְתוּנִים לִי בְּמִתְּנָה פִי אָמַר דְּמַעֲיָקְרָא דִּידֵי הָוִי מְהִימֵן ש"ה דְּלִיתְהִיָּה לְמִגּוּ כָּלֵל פִּינֵן דְּהָהּ שְׂכִיחַ הָאִי מְמוּנָא גְּבִיָּה בְּעוֹד שְׁהִיָּה נו"נ בְּחֻזְקַת דְּאַחִין קָאִי וְלִית לִיה חֻזְקָה בְּגִוְיָה לְמַטְעֵן לְקוּחַ הוּא בְּיַדֵי כ"ש דְּלֹא יָכוֹל לֹמַר דְּמַעֲיָקְרָא דִּידֵי הָוִי הָרִי מְבִנְיָךְ דְּמִדְּמָה לְאֶמְן וְלִית לִיה מְגוּ דְּלְקוּחַ דְּאִינוּ נֶאֱמַן אָבֵל בְּמִגּוּ דְּלִהְדַּ"ם נֶאֱמַן דְּוִמְיָא דְּאֶמְן וְכֵן כ' שְׁם דָּאִם לֹא אֶתְבָּרַר דְּאִיכָּא גְּבִיָּה מְמוּנָא כָּלֵל אֶלָּא אִיהוּ מוֹדֵי וְאוּמ' שְׁלִי הוּא שְׁנַפְל מִבַּיִת אָבִי אִימָא אוֹ שְׁנַתֵּן לִי מִתְּנָה מְהִימֵן מְגוּ דְּאִי בְּעֵי אָמַר לִיכָּא גְּבִיָּה וְכֵן נִרְאָה דְּהָא כ' הָרֵא"ש הַטַּעַם בְּאִם מֵת הַנו"נ עַל הָאֲחִין לְהַבִּיא רְאִיָּה מִשׁוּם דְּמִסְתַּבֵּר לְאוּקְמֵי בְּחֻזְקַתִּי הוּא אֶלָּא דְּבַחֲיוּ מִחֻמְרֵי רַב לְהַזְקִיקוּ לְהַבִּיא רְאִיָּה לְפִי שְׁבִידוֹ לְהַבִּיא אָבֵל לְאַחַר מוֹתוֹ מוֹקְמִינֵן אֲחֻזְקַתִּיהוּ וְכֵן כ' הַרמ"ה דְּחֻזְמִירָא בְּעֶלְמָא דְּאַחֲמִירוֹ רַבְּנֵן דִּיכּוֹל לְהַבִּיא רְאִיָּה וְלֹא מַעֲיָקְרָא דִּינָא וְעֲלִיָּה דִּינָא אֲחֻמְרִירוֹ אִיתְמֵי לֹא אֲחֻמְרִירוֹ וְכֵן פְּתַב הַרשֵׁב"א בְּתִשְׁבֻּבָה ח"ב (ס"א מ') דְּרַק מְצַד חוּמְרָא מִחֻמְרֵי רַב שְׁיִהִיָּה עַל הַנו"נ לְהַבִּיא רְאִיָּה אִם כֵּן וְדָאִי מְהִימֵן מְגוּ וְאִף דְּהֵם כְּתִבּוּ עַל אֲוֹנוֹת וּשְׁטָרוֹת שְׁיִזְצִיאוּ עַל שְׁמוֹ מ"מ פִּינֵן דְּהַדִּין הוּא לְרוּב הַפּוֹסְקִים דְּגַם בְּמִטְלְטְלִין שְׁהוּא ת"י דוּמָה לְשְׁטָרוֹת לֹא גָרַע מִשְׁטָרוֹת וְהָוִי רַק מְצַד חוּמְרָא בְּעֶלְמָא שְׁיִבִּיא רְאִיָּה וּמֵן הַדִּין הִיָּה רְאוּי לְאוּקְמֵי עַל חֻזְקַתִּיהוּ לְכֵן וְדָאִי מְהִימֵן מְגוּ.

ומה שכ' הַשִּׁיג מְדַבְּרֵי תוֹס' ב"ב כְּבָר כ' בְּזֵה בְּתוּמִים לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי תוֹס' דְּנֶאֱמַן בְּמִגּוּ: אוּלַם מַה שְׂכ' בְּתוּמִים רְאִיָּה מְהָא דכ' הָרֵא"ש סוּף פ' הַפּוֹתֵב נְטוּר אַה"ע (ס"א צ"ז) מִשְׁם ר"ת בְּאֶחָד שְׁעֵשֶׂה לְאַשְׁתּוֹ אֶפְנוֹטְרוּפּוֹס וְאַמְרָה עַל מְמוֹן הַרְבֵּה שְׁיִשׁ בְּיָדָהּ שְׁהוּא שְׁל אַחֵרִים וְרַצ' הַבַּעַל לְהַשְׁבִּיעָה וּפְטָרָה ר"ת וְהַסְפִּים הָרֵא"ש עֲמוּ וְקָשָׁה הָא בְּנו"נ אִינְהָ נֶאֱמַנְתָּ לֹמַר שְׁל אַחִי הוּא אֶלָּא וְדָאִי דְשָׁם הִיָּה לָהּ מְגוּ וּלְכַךְ נֶאֱמַנְתָּ וְדָנוּ רַק אִם בְּיַד הַבַּעַל לְהַשְׁבִּיעָה תְּמַהֲנִי הָא מְבִנְיָךְ שְׁם בְּרֵא"ש דְּהַקְשׁוּ לר"ת מְזֵה דְהַנו"נ בְּתוֹךְ הַבַּיִת עָלֶיָּה לְהַבִּיא רְאִיָּה אֶלְמָא א"נ וְתִירְצַן דְּהִיָּה בְּרִיָּתָא אִינְרִי לְאַחַר מִיתַת בַּעַל דְּמוֹרְיָה הַתִּירָא דְּטָרְחָ' קָמִי יְתָמֵי עֵינֵן שְׁם אִם כֵּן מְבִנְיָךְ דְּדַעַת ר"ת דְּבִאֲשַׁת אִישׁ לֹא אֶמְרִינֵן עָלֶיָּה לְהַבִּיא רְאִיָּה.

וְהָרֵא"ש וְהַטוּר דְּהַבִּיאוּ דְּבַרְיוֹ אִף דְּמִשְׁמַע מְכָל הַפּוֹסְקִים דְּאִין לְחַלֵּק בֵּין אִשְׁתְּ אִישׁ לְאַלְמָנָ' מ"מ נ"מ הִיכָּא דְּנֶאֱמַנְתָּ כְּגוֹן אִם יִדְעֵנוּ דִּישׁ לָהּ מְעוֹת אוֹ אִם כְּבָר נִתְּנָה לְהַאֲחֵר דִּישׁ לֹמַר דְּאִינוּ חַיִּיב לְשַׁלֵּם כְּאֲשֶׁר יְבִנְיָךְ לְקַמְן אִי"ה וְכַדוּמָה אִם הַבַּעַל יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעָה אָבֵל לֹא אִינְרִי בְּמִקּוּם דִּישׁ לָהּ מְגוּ.

אוּלַם לְדִינָא וְדָאִי דַּעַת רֹב הַפּוֹסְקִים דְּבְּמִגּוּ נֶאֱמַנְתָּ וְכְּמִבְּנְיָךְ בְּרַמ"א אַה"ע (ס"א פ"ה ס"ב): אוּלַם בְּרַמ"א שְׁם לֹא כְּתִבּ רַק אִם טוּעֵנְתָּ שְׁלִי הֵן בְּזֵה יֵשׁ לֹמַר דְּנֶאֱמַנְתָּ בְּמִגּוּ דְּלִהְדַּ"ם אוֹ הַחֻזְרֵי הִיכָּא דְּלֹא רְאוּ אָבֵל אִם אוּמְרַת שְׁל פְּלוּנֵי הֵם יֵשׁ לֹמַר דְּאִינְהָ נֶאֱמַנְתָּ

במגו דדוקא באם אומרת שלי הן לא הוי פלהוציא פנין דהוא ת"י ורשותה אף דכל נ"ו"נ חזקה הוא דכל נכסיה הוא של בעל מ"מ אינו פמוציא ממש מרשות הבעל אבל באומרת של פלוני הם דיש חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ורשותה וחזקתיה הוא של בעל יש לומר דהוי פלהוציא ממש מן הבעל ואינה נאמנת ובזה יש ליישב קצת דברי הרמ"א דכ' פאן בכתבה לאחרים כל שיש לה שנייה לפלוני אם אין ידוע לה נכסים אינה נאמנת.

ובסוף (סי' נ"ו) מבואר דאם הנכסים ת"י מהימנית במגו דנתנם לו והאריכו בזה כל האחרונים: ולמ"ש יש לומר דהא הרמב"ן כ' ב"ב (דף נ"א) דאף באינה נ"ו"נ אינה יכולה להפקיעה הפירות מהבעל דידו עדיף מידה והחולקין מ"מ בנו"נ יש לומר דסברו דרשותה הוי פרשות הבעל והוי כמגו להוציא מרשותו וגם נגד חזקה וכמו שכ' הש"ך ורק אם יש לה מגו וטענת דשלה הוא פנין דהוא תח"י ויש לה רשות לעצמה גם כן אינו חשוב להוציא אבל באומרת של פלוני הוי להוציא ולכן פאן (סי' ס"ב) פנין דהבעל חי ורשותה היא רשות הבעל לא מהני מגו דהוי פלהוציא אבל בסי' (נ"ו) פנין דאיירי דמת הבעל ונפסק רשותה לעצמה ושוב אינה נ"ו"נ שפיר נאמנת במגו אף דהוא במקום חזקה פנין דלא הוי להוציא דהא היא אומרת דמונח ברשות פלוני דידה הוא רשות של פלוני ולכך נאמנת במגו פנין דלא הוי להוציא מרשות יתומים דכבר נפסק רשות שהיה לבעלה פנין דמת ולא הוי נ"ו"נ להיורשים ואף דהוי פלהוציא ממרא קמא מ"מ דעת כמה מחברים דרק להוציא ממש מרשות לא אמרינן מגו להוציא אבל להוציא ממר"ק אמרינן מגו אבל אם הבעל חי חשוב ידה פידו ולא מהני מגו באומרת של פלוני הוא.

ואולם כל האחרונים העלו דאף לומר של פלוני גם כן נאמנת במגו כמו דנאמנת לומר שלי הוא וגם די"ל דבבו"ש אמרינן אף מגו להוציא: והנה הש"ך הביא דעת בעה"ת דדוקא באונות ושטרות יוצאות על שמה צריכה להביא ראיה אבל במטלטלין מהני תפיסת' ובתנאים כ' דהש"ך לשיטתו דלא מהני מגו לכן יפה כ' דבה"ת חולק דדבריו שם הוא בשותף שיש בידו מטלטלין ואומר דלא שנייה לעסק השותפות אם יש לו מגו דלהד"ם דנאמן וכ' דלא קשה מהא דאונות ושטרות יוצא על שם בן הנו"נ דאינו נאמן דדוקא אונות ושטרות דאין תפיסתו מחוננת אבל למה שכ' דביש לו מגו נאמן אם כן הא דכ' הרמ"ה דהוא הדין מטלטלין היינו בלית לה מגו אבל ביש לה מגו נאמנת במטלטלין דשנייה מגו ואין פאן מחלוקת פלל בין רמ"ה ובעה"ת.

ודבריו נפלאים מאד הא להדיא מבואר בבעה"ת (שער נ"א ח"ח) משם ר' נתן בר' מאיר ז"ל וז"ל וקיי"ל כרב הלכה א' מאחין שהיה נ"ו"נ בתוך הבית וכן האשה וכן הבן בנכסי אב אם יש מטלטלין בידם וטוענין שלנו הן שנתנו לנו או אתה נתת לי אפילו לא הוחזקו מעולם בנכסים נאמנים דדוקא אונות ושטרות שהמון הוא בידי אחרים ואין תפיסת השטר מהני להיות המון אלא יהיה המון של בעליהם והשטרות גרידי אחריהם שהרי ודאי כדאמר רב עליו להביא ראיה ואי לא ודאי יחזיר השטרות בחזקת תפיסת הבית עכ"ד.

הרי מבואר לפנינו דאף בלא מגו נאמן במטלטלין ואין צריף להביא ראיה. ובאמת גם דעת רבינו יונה מפנין דרק באונות ושטרות הואיל דלא יש המון ת"י לכך עליה להביא ראיה אבל במטלטלין שהם ת"י ממש אין צריף להביא ראיה מובא דבריו ברדב"ז

(סי' פ"ח) ובתשובת בני אהרן (סי' נ"ד) ונ"ל על הא דאמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה ואתקיה לה ר"פ וסלקא לה בקושא ונאפ"ה הלכתא דעל האחין להביא ראיה וכ' דטעמו של דבר דכי אמרינו עליו הראיה משום סתמא דמלתא כשהוא מלוג משלו להודיע הדבר לעדים מתוך שהחזוק כל מה שיש לו הוא משל שנתפוח ואלו היה טוען בשעת הלוגה בפני שנים שהפעות הם משלו ודאי היה נאמן פינון שהוא מוחזק בפמון ואפילו לרב דוקא באונות ושטרות פליגי דבשעת טענתו הפמון ביד אחרים וכבר הוא חוץ לרשותו בחזקת תפיסת הבית אבל פשמת אין היתומים יודעים במילי דאביהו להבי' עדים שהזמין הלכך הרי הפמון בחזקתו וטוענין אם היה אביהו קיים היה מביא עדים שהפמון שלו מפני שהשטרות בחזקתו עיי"ש ומבואר דחולק על הרמ"ה הנז' וכן כ' שם בס' בני אהרן דר"י חולק.

ובכנה"ג כ' דיכול לומר קים לי כבעה"ת. וראיתי בבית מאיר (סי' פ"ה סי"ב) דכ' דכדעת בעה"ת הוא דעת ר"ת שבתוס' פתובות (דף פ"ח) וכ' דצ"ע קצת אם לא תוכל לומר קים לי ובאמת ר"ת סובר דדוקא באלמנה לית לה חזקה דמורית היתירא ולא בא"א וכן כל הפוסקים חולקין עליו וגם לדבריו באלמנה אינו מבואר דבמטלטלין סובר דנאמנת וכן באחד מן האחין אולם פינון דדעת רבינו יונה ג"כ כדעת בעה"ת דבמטלטלין מהני חזקתו ורק באונות ושטרות עליהו להביא ראיה יש לומר דיכולין לומר קים לי.

וראיתי בכנה"ג מהדו"ב (סי' ס"ב) דמתמה על מהר"ם אלשיך דפוסק בפשיטות כבעה"ת אחר שהרמ"ה והש"ע חולקין וכ' להמליץ בעדו דדברי הרמ"ה הם דוקא באשה דבאשה הנו"נ אף במטלטלין עליה להביא ראיה אבל באחד מן האחין יודה לבעה"ת ובעה"ת יודה לדברי רמ"ה באשה דלכ"ע באחין מטלטלין עדיף ובאשה הנו"נ אף במטלטלין עליה להביא ראיה והרוא' בבעה"ת ירא' דכ"ל שלשתן יחד אחד מן האחין וכן הבו בנכסי אב אם יש מטלטלין בידם וטוען שלנו הן נאמנים.

וכן הרמ"ה אינו מחלק כלל בין אשה לאחד מן האחין דהא כל חילו דהרמ"ה דבמטלטלין גם כן עליו להביא ראיה הוא כמו שכ' בחידושי ונ"ל דהשתא היכא דנפיק שטרא על שמיה קאמרינו דעליו להביא ראיה היכא דליכא שטרא על שמיה לכ"ש ועוד אי אמרת דכי קאי ממונא ברשותיה הממע"ה אלמא כל מאי דקאי ברשותיה בחזקתיה קאי אם כן פי יוצאות השטרות על שמו נמי אמאי עליו להביא ראיה פינון דהאי ממונא דאונות ושטרות פי הוי קאי ברשותיה בחזקתיה הוי קאי השתא דזבין ביה קרקע על שמיה ונפיק שטרא על שמיה מגרע גרע אלא ודאי ש"מ דמעיקרא נמי קאי ממונא בחזקת אחין דאי הוי טעין מעיקרא שלו הו עליו להביא ראיה עכ"ל אם כן מה"ט אין לחלק כלל בין אשה הנו"נ לאחד מן האחין ועיין שם ברמ"ה דלא חיישינו כלל דגזל להדיא מתפיסת הבית ומכונן למיזבן לנפשיה אלא דחיישי' דהני חובות והני קרקעות דזבן אדעתא דתפיסת הבית הוא דזבינהו כשאר ממונא דהוי לתפיסת הבית והשתא הוא דקא מימלך למתפסינהו לנפשיה הלכך בזמן יוצא לאחר שפסקו המו"מ הרי הוא כשאר אדם עיין שם ולדבריו עיקר הטעם דהכל הוא בחזקת תפיסת הבית ואף גוף הקרקע שקנה מחזקינו לתפיסת הבית אף דנכתב השטר על שמו אמרינו דלא אתפנוי אז לגזול הפמון ושזכה לנפשיה בהקרקע אף אם קנה ממעות של תפיסת הבית דעל זה אין לנו ספק דאחזוקי

אינשי בגזלן לא מחזקינו ואמרנו השתא הוא דאיפרעא וקנה אז לנפות בעד תפיסת הבית ועכשיו מימלה ורוצה לגזול לעצמו דאם היה לנו ספק רק על הממון אם נתחייב בהממון שלקח מתפיסת הבית לא היינו יכולין לדון דעליו להביא ראיה פיון דכבר זכה בהשרקע ונ"מ רק לחייבו בממון מספק אין בנדינו לחייבו דאר בדברים שעשויים להשאיל דאינו נאמן לומר לקוח מ"מ דוקא אם אנו דנין על החפץ אבל לחייבו ממון אין אנו יכולין לחייבו יבו כמבואר מדברי תשובת רשב"א מובא ב"י וסמ"ע (סי' ע"ב ס"ק) ובאורים שם (ס"ק פ"ז) חקר דאר בעדי פקדון וראיה דאינו נאמן לומר לקוח היינו כשדנין על גוף החפץ ולא להוציא מעות וה"ל דכונתיה אף בנו"נ דקאי הנכסים בחזקת הבעל ותפיס' הבית היינו דהוי פאמן דאין לו חזקה וכמו שכ' הרמ"ה אם פן אם היינו אומרים דקנה השרקע לעצמו וגזל הממון מן תפיסת הבית לא הי' לנו להוציא מחזקתו דהא באנו לחייבו ממון ולמה עליו להביא ראיה אלא ודאי דאנו דנין על גוף השרקע דקנה בעד תפיס' הבית ועתה נמלה ורוצה להחזיק לעצמו וממילא על פרוך צריף לומ' דאר אם היינו באין לדון על הממון אז גם פן לא הי' נאמן לומר דשלו הוא: ומה"ט יש לומר דהרבינו יונה אינו חולק על שיטת רמ"ה ומוד' גם פן כשפאין לדון על המטלטלין מחזקינו גם פן בחזקת תפיסת הבית ודלא כמו שכ' הבני אהרן רק דסובר דאם היה אומר בעת שקנה השרקע ועשה השטר לפני עדים שהמעות הוא שלו וקונה בעד עצמו שוב אין האחין יכולין להוציא מידו לומ' שנתחייב ממון פיון דאנו דנין עכשיו לחייבו ממון אבל אם דנין על הממון שבידו או מטלטלין יש לומר דא"נ אולם מלשון רבינו יונה שכ' דאם היה טוען בשעת הלואה בפני שנים שהמעות הם משלו ודאי היה נאמן פיון שהוא מוחזק בממון ובשטרות פליגי דבשעת טענתו הממון ביד אחרים וכבר הוא חוץ לרשותו בחזקת תפיסת הבית משמע דסובר דגם אם היו דנין על המעות אז היה נאמן פיון שהוא מוחזק ממש בממון וכמו שכ' הבעה"ת.

עכ"פ ודאי לדעתם אין שום חילוק בין אשה הנו"נ לאחין שאחד נו"נ דלדעתם בכולן מטלטלין מוקמינן אחזקתיה שהיא ת"י ובאונות ושטרות שאין חזקתו מחנור שאין הגוף ת"י על הנו"נ להביא ראיה.

ולדעת ר' יונה סגי אם מביא ראיה שאמר בפני עדים שהמעות הוא משלו ולדעת הרמ"ה לעולם מוקמינן הכל אחזקתיה דבעל ותפיסת הבית הן במטלטלין הן באונות ושטרות פיון דלא מחזקינו דגזל אז בשע' שקנה או שהלנה וקנה ולנה לצורה עצמו רק לצורה תפיסת הבית ועכשיו איפרעא ורוצה לגזול ודברי הכנה"ג צ"ע.

וראיתי בתשובותיו של הכנה"ג ח"מ (ח"א סי' ל') שכ' ורבים וגדולים מהפוסקים סוברים דלא אסיקנא דעליו להביא ראיה אלא באונות ושטרות אבל בשאר מטלטלין על האחים להביא ראיה ועוד דל"א דעליו להביא ראיה אלא דוקא כשבשעת טענתו היו הנכסים ביד אחרים וכבר הם חוץ לרשותו אבל אם בשעת ההלואה היה טוען הנו"נ בפני שנים שהמעות משלו היה נאמן בנדאי פיון שהוא מוחזק בממון כמו שנמצ' פתוב בתשובה לאחד מגדולים האחרונים בשם עליות דרבינו יונה עכ"ד ולא אדע לכלפל דברים האלה הא דא אחת היא וטעמא דר"י הוא דנאמן במטלטלין וכשיטת הבעה"ת ורק באונות ושטרות דאין חזקתו מחנור הואיל דאין הממון ת"י לכו' עליו להביא ראיה

וכשהביא ראיה שאמר אז בזמן שהמזון היה ת"י דשלו הן סגי אבל הכל מטעם זה דבמטלטלין אין צריף להביא ראיה ודלא פשיטת רמ"ה: והש"ף (ס"ק י"ז) העלה דבמת הנו"נ דמודה רב דעל האחין להביא ראיה הוא דוקא באונות ושטרות היוצאין על שמו אבל במטלטלין על יורשיו להביא ראיה.

ובאמת גם הרמ"ה ב"ב שם כ' משום דאיכא שטרות יוצאין על שמו ויש לומר דבמטלטלין אין חזקתן מהני להוציא מתפיסת הבית אולם ממ"ש דחזקתא בעלמ' הוא דאחמירו רבנן דיכול לאיתויי ראיה איתמי דידיה לא אחמירו רבנן משמע דעתו דאף במטלטלין פשיטת על האחין להביא ראיה ובפרט פנין דדעת בה"ת ור' יונה דבמטלטלין לעולם בחזק' המזוקא א"כ ודאי אין להוציא מיתומים: והיכא דקנה הנו"נ קרקע או מטלטלין לאחר שפסק משאו ומתנו ונסתלק מלהיות נו"נ ואיכא סהדי דהאי ממונא גופיה הוה שכיח גביה בעוד שהיה נו"נ תוף הבית אף דאם המעות היה בעין היינו מוציאין מידו ועליו להביא ראיה כמו שכ' הרמ"ה מ"מ נראה דבזה מודה הרמ"ה דאם קנה בעד המעות או הלנה לאחרים דאין מוציאין מידו דיש לומר דוקא אם המעות או המטלטלין בעין ואנו דנין עליהן בזה דנין אחר חזקתיה ורוב ומצוי דכינן שראו המזון בעודו היה נושא ונותן אע"ג דעכשיו נסתלק מ"מ נשארו בחזקתיה אבל אם הוציאן וקנה על שמו פנין דנסתלק מלהיות נושא ונותן חשוב כשולח יד וגזלן ואנו דנין רק על המזון להוציא מידו אבל עיקר הקנין וההלואה שייך לו לבדו בזה יש לומר דדוקא לדברי תשובת הרשב"א הנז' דחזקה דמעיקרא לא מהני להוציא ממון פנין דלא דנו אז על המעות אף דראו עדים הני זויי גופיה אצלו אז מ"מ כל זמן שלא דנו וטענו האחין על זה לא החזקנו בבירור שהוא מתפיסת הבית דלא הוי צריף דאפשר ידעו.

האחין דשלו הוא ועכשיו פשכאו לדון אנו דנין רק לחייבו ממון ולא אלם החזקה הזאת שהמעות היה מתפיסת הבית להוציא ממון ועל האחין להביא ראיה ואף להחולקים על הרשב"א בדברים העשויין להשאיל דמוציאין ממון שם היה עכ"פ חזקת מרא קמא לכו נגדר אחרי לחייבו בממון מה שאין פן פאן לא הוי חזקת מרא קמא רק פל זמן שחי עליו לברר מצד חומרא כמו שכ' הראשונים הנז' ובמת אין מוציאין מיורשיו ודאי לא אלם החזקה הזאת דהמזון שראו סהדי בעודו היה נושא ונותן דנאמר אף אחר שנסתלק מלהיות נושא ונותן דעליו להביא ראיה רק פל זמן שאנו דנין על הני זויי אבל לחייבו ממון כ"ע מודים דהמע"ה: ומהאי טעמא נראה דבנושא ונותן אם החזיר הנפקד להאשה דאינו חייב לשלם לבעל אף דלכתחילה צריף להחזיר להבעל דלא כמו דנראה מתשובת הריב"ש מובא ברמ"א אה"ע (סי' פ"ו) וכבר תמהו שם על זה בח"מ ובב"ש.

ובאמת גם בתשב"ץ (ח"א סי' נ"ט) דנשאל שם גם פן באותו נידון דנשאל עליו הריב"ש ז"ל תמה על זה וכ' דהאיף אפשר לומר דאם אונות ושטרות יוצאין על שמה מחזיקין אותה בחזקת של בעל ואם הפקידה ביד אחרים יהיו בחזקתה אין אלו אלא דברי תימא והראיה שהביא הריב"ש מדברי רמב"ם אינו ראיה דהוא איירי באינה נו"נ אבל בנו"נ דאחר פך יקחם הבעל ואפויכי מטרמא למה לי.

וכבר נחלקו בזה אחר פך המבי"ט והב"י ז"ל פמבואר במבי"ט (סי' רמ"ב) דדעתו גם פן דבנו"נ אין להחזיר בשום אופן ליד האשה והב"י בתשובת אבקת רוכל (סי' קס"ד)

פוסק פְּדָבְרֵי הָרִיב"ש וְסוֹבָר גַּם כֵּן בְּדַעַת הָרַמְבַּ"ם דְּאִין לְחַלְקָא בֵּין נו"נ וְאִינְה נו"נ וְכַמוּ בְּאִינְה נו"נ דְּמַחְזְקִינָן הַנְּכָסִים שְׂבִיבָה בְּחֻזְקַת נְכָסֵי מְלוּג שְׁהַבְעֵל יֹאכֵל רַק הַפְּיֹרוֹת כֵּן כְּנו"נ גַּם כֵּן אִם מֵת הַבְעֵל יִחְזִיר לְאִשָּׁה.

וְהַדְּבָרִי מִתְמַיְהִי הָא דַּעַת כֹּל הָרֵאשׁוֹנִי בְּפִירוּשׁ דְּבִנו"נ בְּחֻזְקַת הַבְעֵל הֵם לְגַמְרֵי וְאִיךְ נִלְמוּד מִסְתַּיְמוֹת דְּבָרֵי הָרַמְבַּ"ם לְהִיפָּךְ וּבִשׁ"ע לֹא פָּסַק הַב"י בְּזֶה רַק הָרַמְבַּ"ם הֵבִיא דְּבָרֵי הָרִיב"ש בְּשֵׁם י"א וּבִל"ס לְדִינָא קִי"ל לְפָדְבְּרֵי הַתְּשַׁב"ץ וְהַמְבִּי"ט.

אוּלָּם מ"מ אִם הִחְזִיר הַנֶּפְקֵד לִיד הָאִשָּׁה וְהַבְעֵל אֵינוֹ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ אוֹ אֶף אַחַר מוֹת הַבְעֵל אִם הִחְזִיר לִיד הָאִשָּׁה וְיִוָּרְשִׁי בַעַל אֵינֶם יָכוֹלִים לְהוֹצִיא מִיָּדוֹ פְּטוֹר הַנֶּפְקֵד דְּאֶף דְּבְחֻזְקַת הַבְעֵל קָאִי הַנְּכָסִים מ"מ עַל זְמַן שְׁלֹא דָנוּ עַל זֶה וְאַחַר כֵּן בְּאִין לְדוֹן לְהוֹצִיא מִיָּד הַנֶּפְקֵד שְׁפָשַׁע בָּמָה שְׁהִחְזִיר לִיד הָאִשָּׁה הַמְמַע"ה וְדוֹמָה בְּמַכ"ש מְדָבְרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבֵּ"א הֵנּוּ בְּדָבָרִים הֶעֱשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וּלְהַשְׁכִּיר כְּשֵׁלֹא דָנוּ עַל עֵינְקַר הַדְּבָר רַק לְהוֹצִיא מִמּוֹן אֶמְרִינָן הַמְמַע"ה וְה"נ דְּכֻוֹנְתִי וְעֵינָן מַה שְׂכ' לְקַמֵּן בְּדִינֵי הַשְּׂיִיכִים (לְסִי' ע"ב) בְּדָבְרֵי הַתְּשׁוּבָה רִשְׁבֵּ"א הֵנּוּ: וְעֵינָן רַמְבַּ"ם אֵה"ע (סִי' פ"ו) בְּקַבֵּל פְּקֻדוֹן מֵאִשָּׁה שְׂאִינְה נו"נ בְּתוֹךְ הַבֵּית דֵּהֲדִין הוּא דִּיחְזִיר לְאִשָּׁה מִיְהוּ אִם הִחְזִיר לַבְעֵל פְּטוֹר הַנֶּפְקֵד וּבִב"ש שָׁם כ' דְּלַדַּעַת רַמְבַּ"ם הַמְעוֹת הֵם בְּתוֹרַת נ"מ וְלִשְׁאָר פּוֹסְקִים בְּמַעוֹת טְמוּנִים יָכוֹל הַבְעֵל לְהַחְזִיק בָּהֶם וְלוֹמַר שְׁלִי הֵם לְגַמְרֵי מִיְהוּ יֵשׁ לְדַמּוֹת לְהָא דְּמְבֹאָר (סִי' נ"ח) בְּשְׁלִיחַ שְׁפָרַע וְלֹא לְקַח הַשְּׁטֵר חוֹב דֵּהֲשְׁלִיחַ יִתְבַּע אֶת הַמְלִנָּה ה"נ יָכוֹלָה לְתַבְּנֹעַ לְהַנֶּפְקֵד וְהַנֶּפְקֵד יִתְבַּע אֶת בַּעֲלָהּ מִיְהוּ יֵשׁ לוֹמַר אַע"ג כְּשֵׁהוּא בְּיָדָהּ יָכוֹלָה לוֹמַר בְּמַתְּנָה גִּיטוֹן לָהּ וְהֵם בְּתוֹרַת נ"מ מ"מ אִם הִחְזִיר לוֹ פְּטוֹר וְלֹא כ' טַעַם בְּדָבָר.

וּבִס' גְּתִיבוֹת הַמְשָׁפֵט הַסְּפָרְדִי ז"ל כ' בְּצָרִיךְ לְהַחְזִיר לְאִשָּׁה וְלֹא לַבְעֵל חַיִּיב הַנֶּפְקֵד לְשַׁלֵּם מִדִּין פּוֹשַׁע וּמַזִּיק וְאֵמ"ו ז"ל בְּד"ח דִּינֵי כְּתוּבָה (סִי' ט"ז) כ' כִּינּוּ דִּהְוֵי כְּדָרְרָא דְּמִמוּנֵי דִּהָא מְהֵנִי תְּפִיסַת הַבְעֵל לְכַף אֵינוֹ חַיִּיב הַנֶּפְקֵד לְשַׁלֵּם כִּינּוּ דִּינֵי ס' בְּדָבָר אִם שְׁלָהּ הוּא אוֹ שָׁל בַּעַל וּמְהֵנִי תְּפִיסַתוֹ כְּמוֹ דְּמְהֵנִי תְּפִיסַת הַבְעֵל.

וְיֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה לְמָה שְׂכ' לְעֵיל דִּינֵי דִּינֵינִים (סִי' ל"ב) לְהוֹכִיחַ דְּאֶף הֵיכָא דְּמְהֵנִי תְּפִיסַת הַבְעֵל ד' מ"מ אִם אַחַר הַתְּפִיסָה הוּי כְּמַזִּיק כִּינּוּ דֵּהֲדִין הוּא הַמְמַע"ה וְאִין הַב"ד יָכוֹלִין לְחַיִּבוֹ דִּינֵי אֹתוֹ כְּמַזִּיק וּמַה"ט דַּעַת הַתּוֹמִים שָׁם בְּטַעַם הַדִּינֵי בְּמִקּוֹם שְׁהוּא תִּיקוּ בִּשְׁ"ס אִם כְּבָר גָּבַהּ דְּמְהֵנִי תְּפִיסַתוֹ חַיִּיב הַדִּינֵי לְשַׁלֵּם עֵינָן שָׁם שְׁסַלְקֵתִי מִמְּנֵי הַשְּׁגוֹת הַגְּתִיבוֹת שָׁם וְה"נ דְּכֻוֹנְתִיהּ אֶף דָּאֵם תְּקַרְף הַבְעֵל אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ מ"מ כְּשֵׁהִחְזִיר לוֹ הַנֶּפְקֵד הוּי כְּפוֹשַׁע וּמַזִּיק.

וּמַה שְׂכ' הַב"ש וְהַנ"מ לְדַמּוֹת לְדִין (דְּסִי' נ"ח) י"ל כִּינּוּ דֵּהֲבַעַל טוֹעֵן דְּשָׁלוֹ הוּא תוֹפֵס וְיֵשׁ לוֹ טַעַנָּה בְּגוּף הַדְּבָר שְׁהוּא שְׁלוֹ בְּזֶה גַּם שָׁם (בְּסִי' נ"ח) אֵינוֹ חַיִּיב לְשַׁלֵּם וְכַמוּ שְׁכַתְּבוּ שָׁם הָאֶחָרוֹנִים וְעֵינָן מַה שְׂכ' לְעֵיל (סִי' מ"ג) בְּדִין זֶה בְּאַרְנוֹכָה לְצַדֵּד דְּפְטוֹר הַנֶּפְקֵד בְּכַה"ג וְה"נ דְּכֻוֹנְתִיהּ יָכוֹל הַבְעֵל לוֹמַר מָה אֵיכְפַת לִי בְּפָסִידֵךְ שְׂאִתָּה חַיִּיב לְשַׁלֵּם כִּינּוּ שְׂאֵנִי מַצִּיל אֶת שְׁלִי וְהַנֶּפְקֵד לְמָה לֹא יִהְיֶה חַיִּיב לְשַׁלֵּם.

אוּלָּם עַפ"י דְּבָרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבֵּ"א הֵנּוּ י"ל דְּחֻזְקַתָּהּ שֶׁל הָאִשָּׁה עַל מַה שְׁהוּא בְּיָדָהּ אֶף דִּיד הַבְעֵל כְּיָדָהּ וְלַדַּעַת הָרַמְבַּ"ם וְסִייעָתוֹ יָכוֹל לְהַחְזִיר אֶף לַבְעֵל דְּמִמוֹן הַנֶּמְצָא בְּיַד אִשָּׁה



בחזקת הבעל הוא ש"יאלכל פירות ואף לשאר פוסקים מ"מ פיון דאין חזקת האשה ברורה אין מוציאין ממון מיד הנפקד אם החזיר להבעל: ויש להתבונן למה שכ' תוס' ורא"ש דאם תקף הבעל אין מוציאין מידו אם מהני תפיסת האשה בהחזרה דאם הטעם הוא משום דהוי דררא דממונא ומהני תפיסת הבעל אם פו פיון דהוי הספק לפנינו מהני התפיסה של האשה בהחזרה והא דהביאו התוס' ראיה מלוגה מן האשה וגירשה אין לה עליו פלום אף די"ל שם הוי כתיפיס' ברשות פיון דהלוגה לו ולקח הממון ברשות וכיון דליכא עליו טענה רק שעבוד בזה י"ל דלכך מוקמינו על החזקה של הבעל דאינו חייב פיון דהספק בחיובו מה שאין פו פשהממון הוא בידי האשה והבעל תופס מאתה י"ל דלא מהני על פרחך דתוס' סבירא להו דאין לחלק בזה פיון דהתפיסה הוא לאחר שנולד הספק וכמו דשם לא מהני המכירה וההלוגה ויששתעבד ועל פרחך דמהני תפיסת הבעל כמו כן מהני תפיסה בעל פרחו גם פו ושם קתני בברייתא לוגה מן האשה וגרשה אין להו עליו פלום משמע קצת דלא יש שום טו"מ נגדו והבעל נאמן ואף תפיסת האשה בהחזרה לא מהני אולם ברא"ש שם פתוב במעות שאין טמונים אפי' תקף הבעל האשה מוציאה מידו בב"ד אבל במעות טמונים אם תקף אין מוציאין משמע דרק בב"ד אין מוציאין אבל אם תפסה מעצמה בהחזרה אין מוציאין שוב מידה וכן כ' בספר הפלאה (סי' פ' סק"ט) דמהני תפיסה בהחזרה דליכא חזקה לא לבעל ולא לאשה והיכא דקיימו זויזי ליקום עיין שם ואם פו ודאי בזה י"ל דאם החזיר הנפקד לאשה דאינו חייב לשלם: סי' נה פתב הרמב"ם (פכ"ב) מאישות הרי שנמצא מעות או מטלטלין בידי האשה היא אומרת במתנה נתנו לי והוא אומר ממע"י הם שהם שלי ה"ז נאמנת כו' וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואם אמרה על מנת פו נתנו לי על מנת שלא יהיה לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן פל מה שארצה עליה להביא ראיה שפל ממון שנמצא בידי האשה בחזקת הבעל הוא ש"יאלכל פירותיו עד שתביא ראיה ואם אמרה אתה נתת לי במתנה נשבעת הדין כו' ואינו אוכל פירותיהן.

ובטעם הדבר דא"נ לומר אחר נתן לה על מנת שאין לבעלה רשות במגו דאתה נתת כ' פל המחברים דבאמת פל ממון שנמצא בידי האשה בחזקת הבעל הוא רק אתה נתת נאמנת לפי שאינה מעיזה בפני בעלה כמו שכ' המ"מ לכך ל"א מגו פזו פיון דחזקה אין אשה מעיזה אלם פל כף להוציא מידה והבעה"ת (שער ו') הביא משם הר"ם פו נתן ז"ל דמפרש דלכך אינה נאמנת במגו דאתה נתת דגרועיה גרועיה דבזה הבעל יורש ובזה אין הבעל יורש ולפי זה אינה יכולה להפקיע מבעל רק היכא דטענתה לגרוע פח הבעל ולהפקיע הירושה וכמבואר בבעה"ת שם אבל להפקיע הפירות יכולה ואם אמרה אחר נתן לי על מנת שלא יהיה לבעלי רשות באכילת פירות אבל לא מירושה דהבעל יורשה נאמנת במגו דהבעל נתן לה וכן מבואר בתומים (ס"ק ב').

אולם ברמב"ן ב"ב (נ"א) מבואר דאינה יכולה להפקיע מבעל אף מפירות וכיון דידו עדיפא מידה וגם משום קטטה לכך א"נ: ולענ"ד יש להוכיח דכן גם פו דעת הרמב"ם דגם מפירות אינה יכולה להפקיע מיד הבעל רק פשאמרה אתה נתת לי דמעיזה בפניה בדבר שידוע הבעל דהא כ' הרמב"ם (פ"ח) מנחלות במד"א באחין ובאלמנה שאין חלוקין בעיסתן אבל בחלוקין בעיסתן שפא מעיסתן קימצו ומבואר דאין צריף ראיה דקימין מעיסתו ורק בשפא סגי ואינו יכול להוציא ועיין מהרש"א ב"ב שם וצריף להבין

למה נקט הרמב"ם רק אלמנה והוציא מכלל זה אשת איש שהיתה נו"נ דכ' שם לעיל מיניה דא"נ נימא גם פן בחלוקין בעיסתן תהיה נאמנת וכן בש"ע (סי' ס"ב ס"א) כש"כ הדין דאשה הנו"נ תוך הבית וכן אחד מן האחין כ' ואם היו חלוקין בעיסתן על האחים להביא ראיה ולא כ' בא"א הנו"נ תוך הבית דין זה.

ואף דכ' הרמב"ם (פי"ב) מאשות דמותר מזונותיה הוא לבעל אין לומר דלקה לא יכולה לומר דמעיסתה קומצה פיון דשייף לבעל ז"א דהא מבואר (פח"י) שם דמותר מזונות אלמנה לירושים וע"כ צריך לומר דהא דאמרינן אימור מעיסתה קומצה היינו כמו שכ' תוס' נזיר (דף כ"ד) המובא במל"מ שם דהיא דקומצה ופחתה מדי שבעה שייף לה רק המותר מפפי שיעור שקצבו לה חכז"ל שייף לבעלה אבל באם עינה א"ע ולא אכלה כפי הנצרך לה זה שייף לה ונכתה בו ולקח נוכל לומר אימא מעיסתה קומצה באלמנה היינו שצמצמה א"ע לענות נפשה ולקמץ מפפי הצריך לה אם פן בא"א נמי נימא פן ועיין רמ"א אה"ע (סי' ע') שכ' משם הטור צמצמה והותרה מאלו המזונות הוא של בעל וכ' שם בעל נו"ב בדגול מרבבה דאם קומצה מעיסתה ואכלה פחות משבעה הוא שלה וכמו"ש המל"מ משם תוס' נזיר.

וכן הוכיח שם הב"מ מלשון הרמב"ם שמשמעתו פדעת התוס' עיין שם ואין לחלק בין אלמנה לא"א. אם פן יקשה למה השמיט הרמב"ם הדין דקומצה מעיסתה לגבי א"א והזכיר במכונן רק באלמנה ואחד מן האחין.

אלא ודאי נראה דסובר דאינה יכולה להפקיע מן הבעל הפירות אף בחייה אף אם אינה מפקיע ממנו הירושה דחזקה הנמצא בידי האשה משל בעל והוא בכלל נכסי מלוג וכמו שכתב הרמב"ן דידו עדיפא ולכן אינה נאמנת לומר דהוא ממה שקומצה מעיסתה פיון דממותר מזונות השייף לה אין לבעל בו פלוג ונאף הפירות אינו אוכל בחייה כמו דמוכח מדברי תוס' נזיר הנז' דיכולה לקנות בעדם בהמה להקדישה וכן מוכח מדברי הר"ן גדרים (דף פ"ח) ועיין ב"ש (סי' פ' סק"י) ובבית יעקב (סי' ע') לקח אם אמר' שהוא ממה שקומצה מעיסתה והוא שלה לגמרי פיון דמפקיעה מן הבעל הממון לגמרי אף מאכילת פירות א"נ ורק בזה חולק הרמב"ן עם הרמב"ם אם נאמנת לומר לבעל דהוא נתן לה במתנה דסובר רמב"ם דנאמנת והוא מטעם שכתב המ"מ דחזקה דאינה מעינה ולפי זה אף באמרה שאחר נתנה לה ע"מ שאין לבעל רשות בחייה ולא להפקיע מירושתה גם פן אינה נאמנת וכמו שכ' הרמב"ן.

ולדברי הר"מ בר"נ שבבעה"ת צריך לדחוק בדברי רמב"ם ולחלק בצמצמ' מעיסת' בין אלמנה לא"א וזה דוחק רב וכמו שכ' הב"מ הנז': והנה בתנאים כ' דאף הרא"ש ותוס' מודים לזה כשאינה מפקיע מירוששה רק מפירות בחייה דנאמנת ואף דכתבו ובא"ח נתן לי במתנה היינו בעל מנת שלא יהא רשות לבעלה בו בחייה אבל לא להפקיע מירוששה.

אולם ברשב"א בש"מ שם מבואר להדיא דנאמנת אף להפקיע מבעלה הירושתו עיין שם ובמ"מ. ולמה שכ' התנאים בדעת הרא"ש יש ליישב מה שהקשה הרב בעל מח"א דיני גדרים ודיני זכיה ומתנה על הרא"ש דפוסק כרב דאין קנין לאשה בלא בעלה רק באומר לה מה שאת נוטנת לפיה ואז אם מתה אין הבעל יורשה ואיך כ' בפ' חזקת דאם מתה רשנה בעלה דהא על מנת שאין לבעלה רשות לא מהני התנאי רק באומר מה שאת

נומנת לפיה ובה היא גופה לא זכי רק מה שנומנת לפיה ולהגז' פיון דעל פרוקו  
הרא"ש איירי בלא הפקיעה ממנו רק הפירות בחייה ולא לענין ירושה דבה אינה נאמנת  
ועל פרוקו פנונתו דנתן לה על מנת שאין רשות לבעלה בחייה באופן המועיל דיאמר  
עכשיו לא תזכה רק מה שנומנת לתוך פיה וקודם מותה יהיה לה קנין עולמית דבה אינה  
מפקיעה מבעלה רק הפירות בחייה ולא הירושה ולכך פשמה גיתן לבעל דלענין ירושה  
א"נ: ובעיקר טעמא דבעה"ת דא"י להפקיעו מירושה יש לומר דהנה התוס' והרא"ש  
כתבו דבקבל מן האשה נאמנ' לומר של פלוני הוא מגו דאי בעיה שקלה ויהבה לי' אבל  
בשעת מיתה דשוכבת ולית לה מגו אינה נאמנת ויש להבין למה להו למגו ואי משום  
דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אם פן אף במגו לא תהי' נאמנת כמבואר (סי' צ"ט)  
דהלנה אינו נאמן על מה שת"י דשל פלוני הוא אף במגו וכבר עמד על דבר זה בתנאים  
(סי' צ"ט) גם קשה אם נאמנת במגו פשהיא בריאה למה לא תהיה נאמנת בשוכבת במגו  
דאי בעיה אומרת שלי ונותנ' לפלוני במתנת שכ"מ או בקנין אודיתא וראיתי בהפלאה  
בק"א (סי' פ"ו) דעמד ע"ז וי"ל בדעת התוס' דהא הרמב"ן הקש' במתה למה חוזר לבעל  
יהיה עכ"פ הדין דיתלקו הבעל עם יורשי האשה פי דלמא נתן לה אחד על מנת שאין  
לבעל רשות בו ובש"מ ב"ב שם מתרץ דדוקא כל זמן שהיא בחייה ויד הנפקד פינדה והוי  
כאלו תחת ידה ואין מוציאין מינדה ואמרינן דסתמא הוא שלה דחזקה כל מה שביד אדם  
הוא שלו אבל פשמה אין הם בחזקתה אלא בחזקת היורש דהיינו הבעלים וכיון דרוב  
הנכסים המצויין בינן הן משל הבעלים אעפ"י שאמרו קודם מותן של פלוני הוא ולא  
הספיק הנפקד להחזיר לבעליהו בחייהו כבר יצאו מרשותו ומטילין אותן אחר הרוב  
ומצוי דהיינו הבעלים עיי"ש עוד בדבריו אם פן פיון דבאמת רוב הוא דהמצוי בינן הוא  
משל הבעלים רק פשהוא בינן או בינן הנפקד מתנגד לזה החזקה דכל מה שביד אדם הוא  
שלו אבל פשאמרה בחייה דשל פלוני הוא אז נגד הרוב ומצוי ליכא חזקה דמה שביד  
אדם הוא שלו.

אבל פשיש לה מגו דאי בעי היתה נוטלת ונותנ' לו נאמנת ואי דהוי נגד חזקה ז"א דהא  
גם לפי דברי הבעל דהוא שלו מוציא מידי חזקה ולכך נאמנת אבל בלא מגו אינה נאמנת  
פיון דהוא ספק השקול אזלינן בתר רוב ומצוי דהם של הבעלים ושוב לא קשה דיש לה  
מגו ליתן במתנת שכ"מ או בקנין אודיתא דמ"מ פיון דלא נתן לו הנפקד ואחר מיתה שוב  
אין בינדה ורשותה ונפלו הנכסים לפני הבעל והוי כאלו הם ברשותו ואזלינן בתר רוב  
ומצוי שהוא של הבעלים כמו שכ' בש"מ.

ולפי זה יש לומר דזה ג"כ טעמו דהבעה"ת משם הר"מ בר"נ דמבואר שם בדבריו משם  
הר"י מיגאש ז"ל דכיון דמתה אינה יכולה להפקיע ירושת הבעל ולכך אינה נאמנת לומר  
דניתן לה על מנת שאין לבעל רשות וכיון דלדבריה אם מתה אחר כך לא ירשנה בעלה  
ויפקע פח הירושה על ידי זה אינה נאמנת גם לענין פירות פיון דלענין ירושה אינה  
נאמנת להפקיע מהבעל אחר מיתתה פיון דאז ליתא ברשותה וממילא מחזקינן דלא נתן  
לה האחר בע"מ שלא יהיה לבעל רשות שוב אינה נאמנת גם לענין פירות.

אבל בטענה דאתה נתת לי במתנה דאינה מפקיעה ירושת הבעל רק לענין פירות שלא  
יאכל בחייה בזה שינוי החזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו. ובאמרה בבריאותה דשל

פלוני הוא דמפקיעה פח הבעל מפל וכל דאמרה עכשיו שאינו שלה נאמנת דרק במה שרנצית להפקיע פח ירושתו אחר מותה א"נ כינו דאחר פך הוא ברשות הבעל זאת אין בכחה כיון דאמרה מקודם דהוא שלה אבל פשאמרה בכריאותה דמוציאה מרשותה לרשות אחר בחייה נאמנת ומינשב בזה גם פן קושית הב"ש אה"ע (סי' פ"ו ס"ק ג') ולפי זה יש לומר דאם לא הספיק הנפקד למסור לפלוני בחייה דאז אין נותנין לו אף פשאמרה בכריאותה וצ"ע בזה ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בזה בד"ח דיני פתובה (סי' ט"ו): ומה שכתבו תוס' שם דאם תקף הבעל אין מוציאין מידו ואינה נאמנת לומר של פלוני הוא דאם לא פן אמאי בלוגה מן האשה ונתגרשה אין לה עליו כלום תהיה נאמנת שלי במגו דשל פלוני והדברים סתומים פאשר עמדו האחרונים ע"ד דמקודם לכן פתבו דשלה עדיף ואח"כ כ' דשל פלוני עדיף ולמה שכ' יש לומר דכשהוא ביז אחר בפקדון דאז פשאמרה של פלוני ומתה ונפל לרשות הבעל ומפקיע מרשות הבעל אזלינן בתר רוב ומצוי אבל כשתפס מיד האשה דאז אם האשה אומרת של פלוני עדיף ממה שאמרה שלי דשלי אינו טענה טובה דרוב נכסים שביד האשה אם אינם של אחרים רוב ומצוי הוא דהוא של הבעל וכשטוענת של פלוני אינה מפקיע מרשות הבעל דהא אומרת דהוא רשות של פלוני דיך ורשות הנפקד הוא רשות של המפקיד והיה ס"ד פשתפס הבעל וטוענת של פלוני נוציא מיד הבעל קמ"ל התוס' דאעפ"כ א"נ כינו דהבעל מוחזק אזלינן בתר המצוי אף נגד אחרים דכל שביד האשה בחזקת הבעל דאם לא פן תהיה נאמנת אף דשלי הוא במגו דשל פלוני ובזה של פלוני טענה טובה כיון דאומרת דהרשות הוא של פלוני ולא שיהי' חזקה כיון דאף לדברי הבעל ליכא למימר בה חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו: ועל הא דכתב הרמב"ם דנאמנת לומר במתנה נתת לי כ' בבעה"ת בתשובת הר"מ בר"נ ז"ל ראיה מהא דמבואר ב"ב שם דאש' הנו"נ בתוך הבית דאינה נאמנת משמע הא אינה נו"נ נאמנת וכ' ואין לומר דב"ב איירי ביתמי ולכך נאמנת הביא שוב מתוספתא דמבואר בנו"נ הן של בעל ומשמע דבעלה חי ואעפ"כ דנקא בנו"נ אבל באינה נו"נ נאמנת וקשה דמ"מ מאי ראיה יש על אומרת במתנה נתת לי דבעל מכחישא בכרי דנאמנת דלמא אינה נאמנת להפקיע ממנו הפירות רק באם טוען הבעל שמא אז אמרינן בו"ש בזה פרי עדיף אף דיזו עדיפא מיזדה ומנ"ל דבכרי ובכרי נאמנת אף באינה נו"נ ויש ליישב בדוחק: ומתוספתא הנז' המובא בבעה"ת קשה לכאורה שיטת ר"ת המובא ברא"ש פרק הכותב דמעשה בא לפניו באשה הנו"נ ואומרת על חפצים דשל פלוני הם דנאמנת והקשו לו מסוגיא דב"ב באשה הנו"נ וכתב לחלק דביתומים מורי' התיירא לכך א"נ אבל בחיי בעלה נאמנת וכבר הבאתי לעיל סי' הקדום ד' הב"מ אם לא תוכל לומר קים לי עיין שם וקשה מתוספתא זו דמבואר דאף בחיי הבעל אינה נאמנת ועיניתי בתוספתא ב"ב (פ"ט) וז"ל בן הנושא ונותן בנכסי אביו אעפ"י כו' יוצאת על שמו הרי הן של אביו ואם אמר מה שירשתי מבית אבי אבי הן יעשה כמפורש בפירושו האשה שנושאת ונותנת בשל בעלה כו' הרי הן של בעלה ואם אמר' מה שירשתי כו' יעשה כמפורש בפירושה עכ"ל ובדין דבן בנכסי אביו בפשיטות איירי במת אביו דאם אביו חי אינו יכול לומר מה שירשתי מבית אבי אבי וכנראה איירי דמת אביו וירושת אבי אביו נתחלק ובזה אינו נאמן והא דנקט הרי הן של אביו היינו ברשות תפיסת הבית מאביו וכן יש לומר בנכסי בעלה היינו במת והא דנקט של בעלה היינו תפיסת בית בעלה פן צריף לדחוק ולדברי

ר"ת משמע לכאורה אף אם הבעל טוען ברי דהוא משלו היא נאמנת דאם לא פן למה כ' הר"ת הטעם דבשל יתומים אינה נאמנת דמור"י התיירא למה לא נאמר הטעם דבשל יתמי טוענין טענת ברי דאם הי' קנים הנה טוען ברי וכמבואר ברא"ש (רפ"ב) דכתובות ואף דלהוציא לא טענינו מ"מ פאן הני פלהחזיק קצת כמובן אלא ודאי דסובר אף בטוען ברי אינו נאמן וכן מדנקט שם דאינו יכול להשביעה בטענות שפא משמע דבטענות ברי תשבע אבל אינו נאמן.

ונדע המעיין שכל מה שפתבתי בדינים אלה הוא ממה שגורשם אצלי מימי עלומי ונדעתי שיש לגמגם בכמה דברים ולהאריך בבניאור דברי הפוסקים בעניני האלה וכאשר העמיק והרחיב הרבה בדינים השייכים לסי' ס"ב אאמ"ו ו"ל בספרו חלק אה"ע דיני פתובה אולם מחולשתי בעוה"ר וגודל תוגיון רוח משמועות המבהילות מאחינו שבגולה בעוה"ה ד' הי' עוזר להם קצרה רוחי לעיין היטב בדברי ואולי יזכנו ד' לבאר עוד בחלק אה"ע בדינים המסתעפים בזה: סי' נו כתב בש"ע (סי' ס"ג) המוציא שטר חוב על חבירו וכו' וכו' שני עדים ואמרו ממנו שאל לזיוף לו שטר זה אעפ"י שנתקנים השטר בחותמיו אינו גובה בו לעולם וכ' הסמ"ע דאף תפיסה לא מהני.

ובתומים כ' פיון דהרא"ש מדמי ריעא דסטראי להך ריעא וכיון דבסטראי מהני תפיסה פן ג"כ פאן מהני תפיסה וכבר פתבתי לעיל (סי' מ"ב) דהנכון כמו שכ' הסמ"ע וראיתי בכה"ג ו"ל ומיהו שטר מקר אף של קרקע אין מוציאין מידו משפט צדק (ח"ב) והודה לו מהר"ש הלוי ו"ל בפתמתו שם עכ"ל ונדברים מתמיהין עין כל הרואה פיון דאף תפיסה במטלטלין לא מהני ק"ו בקרקע דלא מהני.

ועיינתי בס' משפט צדק וראיתי שבמחילה מכבוד תורתו של הגאון בעל כנה"ג קיצר מאד בדבריו ונתן מקום לטעות דשם דן על ענין אחר דאחד הוציא שטר חוב על יורש אחד שמורישו חייב לו ורוצה לגבות חובו מקרקע שירש מאביו והיורש הוציא שטר מקנה שקודם להלואתו מכר לו אביו הקרקע הזאת והביא הבעל חוב עדים שהיורש הנה מהדר אזיופי ועל זה דן דאף דלא מגבינו בשטרי ריעא הוא רק' להוציא אבל לפטור מהני אף בשטרא ריעא והסכים לזה מהר"ש הלוי ו"ל הואיל שהיא כדי להחזיק ממון מעמידין השטר מקר על חזקתו והיינו פיון דבין כף ובין כף הני היורש המוחזק בהקרקע רק שלא נודע לנו אם מפח רנושה ואז הנה חל בחיי אביו שיעבודו של הבעל חוב על הקרקע או שבא לידו בכח מקר בחיי אביו קודם שהלנה הבעל חוב ולא התחיל השעבוד כלל בזה אמרינו הממע"ה ולא מוציאין ממנו להחזיק השטר לזיוף פיון דעכ"פ ספק הוא אבל ודאי תפיסה בשטר ריעא לא מהני.

ואף די'ש לומר לאוקמי הקרקע בחזקת בעלים ואמרינו דלא מכר וכל זמן שהיה אביו בחיים הי' הקרקע שלו והשטר מקר זיוף פיון דהוחזק לזיוף ואם באנו לומר דהשטר הנה בחזקתו מוציאין הקרקע מזמן הפתוב בשטר מחזקת המוכר מ"מ פיון דעכשיו אין שום נ"מ לענין זכיות היורש בגוף הקרקע דבין כף ובין כף הקרקע שלו וזכה בו רק הנ"מ אם חל השעבוד של הבעל חוב אף דגם תפיסה לא מהני בשטרי ריעא מ"מ זה הויכחוחזק מעיקרא וזה בא להוציא אמרינו הממע"ה: ואם מודה הלנה שהשטר אמת ואינו מזויף רק שטוען פרעתי אם נאמן במגו דמזויף מסתפק בס' שער משפט די'ש לומר פיון

דנתקיים השטר בחותמיו והכל מכירין חת"י של העדים בוש לטעון מזונף והוי כמו מגו במקום קול והניח בצ"ע.

ולכאורה יש ללמוד דאינו נאמן מדברי תוס' ב"מ (דף י"ג) ד"ה הא דבנפל ואיתרע אף אם נאמן לטעון מזונף אבל פרעתי א"נ במגו דמזונף דטוב לומר פרעתי שלא יכחישנו שום אדם מלומר מזונף כי ירא שפא יקיימנו ואעפ"י שהקיום אינו מועיל לגבות בו מ"מ אינו טוען ברצון דבר שיכול להכחישו ועיין שם בש"מ דאין להאמינו במגו לגרוע פח השטר.

ואם כן הלא נמי אף אם טוען מזונף נאמן מ"מ כשמודה בהשט' דאינו מזונף אין להאמינו במגו לגרוע פח השטר. אף יש לחלק דוקא שם דטענת פרעתי הוא טענה גרוע דנגד זה יש חזקה דשטרך בידי מה בעי לך אינו נאמן לגרוע במגו בטענה גרוע דמזונף דמסתמא לא פרע והניח בידי המלוה השטר דמי ידע שאחר כך יתרע בנפילה מה שאין כן פאן יש לומר דכיון דהיה יודע שנה איש דמהדר אזיופי הניח אצלו השטר ופרע לו דסמך את עצמו על טענה דמזונף דומיא שכתבו הפוסקים בשטר פקדון דנאמן החזרתי במגו דנאנסו דיש לומר דסמך את עצמו על טענת נאנסו והלא נמי דכונתו אולם זה דוקא אם כבר נתברר שהעידו עדים דמהדר אזיופי יש לומר דפרעו וסמך את עצמו על טענת זיוף אבל אם לא העידו עדים עד עכשיו שהוציא השטר בפני ב"ד לא שייך לומר דפרעו וסמך את עצמו על טענת מזונף דכל זמן דלא העידו עדים בפני ב"ד לא מחזקינן למזונף.

ואף דבש"ע כ' ובאו ב' ואמרו ממנו שאל לזינף לו מ"מ נדאי צריף שיעיד בתורת עדו בפני ב"ד וכמו שכתב בטור עדים שהעידו על ראובן. ואף אם העידו כל אחד בפני עצמו דממנו תבע לזינף לו לא מרעינן להשטר עד שיעידו שתבע לשניהם ביחד וכן אם העידו ששמעו שתבע לאחד לזינף לו לא מחזקינן ליה לזינפן רק בדברים הקרובים אל השכל דאימר זינפי זינפי' כמבואר בש"מ פתובות (דף ל"ו) עיין שם אף אם כבר הוחזק זה האיש ע"י קבלות תרי סהדי דמאתם תבע לזינף בזה יש לומר דאף פריע נאמן במגו: סי' נז כתב בטוש"ע (סי' ס"ד) מי שהפקידו בידו שטרות ומת המפקיד והנפקד טוען מחיים תפסתי אותם למשכון בשביל חוב שיש לי עליו דלגבותם לא הי' מועיל תפיסה בלא פתיבה אם יש עדים שתבעם ממנו בחיים ולא רצה להחזירם לו אז הוי תפיסה ואי לא לא.

ובמקום שיש עדי פקדון וראה דלית ליה מגו וברבינו ירוחם במישורים (נתיב כ"ו ח"ג) כתב דין זה בלשון אחר ותוספת דברים וז"ל מי שיש בידו מןפקד שום דבר מאבי תומים ואמר לאחר מיתת אביהם בדעתיה הנה לתופסם בתורת משכון על מה שהיה חייב לי אביהן נאמן מטעם מגו ד יכול לומר לקוח הוא בידי ואם הנה מןפקד בעדים או שראו עכשיו בידו אינו נאמן ואם היו שטרות שצריף להביא ראיה על המסירה אפי' לא היו מןפקדיו אצלו בעדים אינו נאמן אלא אם כן הביא עדים שתבע לו חובו בחייו ולא נתנם לו ואמר שבתורת משכון הנה רוצה ליטלם והאינדנא דגבי בע"ח ממטלטלי גובה מהם אפילו לא תפס מחיים.

התחיל בטענות הנפקד שיש בידו בפקדון שום דבר והיינו מטלטלין וכשיש לו מגו משמע דנאמן במה שטען שדעתו הנה לתופסם בתורת משכון וכשיש עדי פקדון וראו כ' דאינו

נאמן ואם הנה שטרות כ' דאינו נאמן אא"כ כו' הביא עדים שתבעם לו ולא נתנם ואמר שבתורת משכון הנה רוצה ליטלם מבואר דצריך שישמעו העדים דאינו רוצה להחזיר ושתופס לשם משכון וברא"ש פתובות כ' גם כן דצריך עדים שתבע ממנה מחיים ואמרה שבתורת משכון היא רוצה לתופסם.

ובטור וש"ע השמיטו זאת רק דסגי בגיש עדים שתבעם ולא רצה להחזירם ובנתיבות משפט שם ס"ל בדעת ר"י דסובר פדעת הרי"ף לחלק בין שטרות לשאר דברי דבשטרות אפילו ליכא עדים וראו ג"כ ליכא מגו.

וסובר בדבריו דלאו דוקא שצריך עדים שתבעו ממנו מחיים ולא רצה ליתנו וסגי אם הביא עדים שאמר להם מחיים שפדעתו בחיים לתופסם בתור' משכון סגי דכל שחשב בדעתו לתפוס הוי כתופסם מרשות בעלים עיין שם בדבריו: וקצת יש לומר דהר"י אצל בשיטת הריטב"א פתובות (ד' פ"ה) דמבואר מדבריו דתפיסה צריך להיות דוקא בתופסת ברשות המלנה וכי תבענא מחיים ולא בעי למיתן להו ומעפכנא בחובא הא חשיבה תפיסה ברשותו ובפנ"י שם תמה על זה הא בכל תפיסה למשכון ל"צ להיות מדעת הלנה וכדמוכח ב"ב בעיני דאכלי חושלי.

וכתבתי בכוננת הריטב"א בהגהותי לדברי חיים דיני גניבה (סי' י') להמתבאר מדברי רש"י ב"מ דחצר אינו קונה בנכנס הדבר לחצר אף אם חושב לקנות כל זמן שלא עשה מעשה והכופ' בפקדון דנעשה גזלן וחיוב באונסין הוא דכפירה משוי' לי לקנן ובדברי הרמב"ם וש"מ ב"ק מבואר דכפירה בעינן שיהיה בב"ד ודעת שאר הפוסקים אינו כן כמו שכתבתי שם ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ל"ב) ונודע דתפיסה בלא קנן לא הוי תפיסה ובודאי אם הנפקד הביא עדים שתפס מחיים במעשה קנן הנה מהני רק ר"נ אמר לה אית לך סהדי דקא תבעה לה מינה מחיים ולא יתבית ניהלה משמע דבתפיסה אף בלא קנן הוי גם כן תפיס' והיינו דבתביעה ולא רצתה ליתן הוי נמי תפיסה ולא צריך קנן ובלא תביעה רק שיש עדים שאמרה בפניהם שמעפכת בחובה למשכון לא הוי מהני תפיסה בלא קנן דחצרה לא זכתה לה כל זמן דלא עשתה מעשה ובפרט לדעת רשב"ם דחצר דנפקד דמפקיד הוא ולא הוי תפיסה בקנן וגם אף החולקים על הרשב"ם מ"מ כמו דלא מהני בחושב לשלוח יד בפקדון שיקנה לו חצרו כל זמן שלא עשה מעשה קנן וכמו שהבאתי שמה מדברי מהרי"ט כמו כן לא חשיב תפיסה בקנן חצרו בלא מעשה רק בתבע לה מחיים ולא יתבית ניהליה וגלי דעתה שתופסה למשכון הא חשיב תפיסה מרשותו דכיון דאמרה להבע"ד שתופסת בחובה למשכון דומה לכפיר' והוי קנן ועיין קצוה"ח (סי' רצ"ד) דלומד מדברי התשב"ץ במעכב פקדונו של חבירו שלא ברצון הנפקד הוי כגזלן לחיובו באונסין ואף דהעל' שם דלא משמע כן וגם מדברי התשב"ץ פתבתי שם דאינו ראיה מ"מ היינו דוקא במעכב ומדחה אותו בלך ושוב ואינו כופר ממש אבל באומר שמעפכו למשכון עד שישלם לו המגיע לו אם נתברר שלא הי' חייב לו הוי כגזלן וממילא באם באמת חייב לו חשיב כתופס מרשות הלנה ויוצא מרשות הלנה וחשיב תפיסה בקנן דפקדון כל היכא דאיתא ברשות הבעלים הוא מה שאין כן משכון לעולם אינו ברשותו וכיון דמעכבו מלידתו וגלי דעתו שמחזיקו בתורת משכון בפני המפקיד הוי

כּוֹפֵר בַּפְּקֻדוֹן וְקָאֵי בְרִשּׁוֹתוֹ אֲבָל אִם עוֹשֶׂה קִנְיָן בְּתוֹפְסֵי מִשְׁכּוֹן וְדַאי מְהִינֵי בְּכָל מְקוֹם הַתְּפִיסָה.

וְאִם כֵּן יֵשׁ לֹאמֵר גַּם כֵּן בְּדַאי אִם מְגַלִּי דַעְתּוֹ בְּפָנֵי עֵדִים שְׂתוֹפְסֵי הַפְּקֻדוֹן לְשֵׁם מִשְׁכּוֹן וְעוֹשֶׂה מַעֲשֵׂה קִנְיָן זֶה וְדַאי מְהִינֵי אֲבָל אִם אֵינּוּ עוֹשֶׂה מַעֲשֵׂה קִנְיָן רַק מְגַלֵּה דַעְתּוֹ בְּפָנֵי עֵדִים שֶׁלֹּא בְּפָנֵי הַנְּתַפֵּס אֵין כָּאֵן עֲדִינֵן כְּפִירָה וְהוּי כְּחוֹשֵׁב לְשִׁלּוּחַ יָד בַּפְּקֻדוֹן דְּלֹא קָאֵי בְּרִשּׁוֹתוֹ וְהוּי כְּתַפִּיס' בְּלֹא קִנְיָן וְזֶה נִמְי כְּפִנּוֹת הַרְבִּינּוֹ יְרוּחָם דְּצָרִיף עֵדִים שְׂתַבְעֵ לּוֹ בְּחֵיו וְלֹא נִתְּנָם לּוֹ וְאָמַר שְׂבַתּוֹרַת מִשְׁכּוֹן רוּצָה לִיטְלֵם דָּאֵם אֵינּוּ רוּצָה לִיתְּנָן וְרַק דְּמַדְחֵי אוֹתוֹ לֹא נַעֲשֶׂה כּוֹפֵר בַּפְּקֻדוֹן רַק כְּשֹׂאֹמֵר שְׂתוֹפְסֵי בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן.

וְגַם אִם אָמַר בְּפָנֵי עֵדִים שְׂרוּצָה לְתַפְּסֵי בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן גַּם כֵּן לֹא סָגִי כָּל זְמַן דְּלֹא עָשִׂה מַעֲשֵׂה קִנְיָן. וְהָא דְכַתְּבֵי הַרְבִּינּוֹ יְרוּחָם מִתְּחִילָה שְׂבַדְעָתוֹ הֵיךְ לְתוֹפְסֵי מַחֲיִים בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן הֵינּוּ שְׂמֵ כֵינּוֹן דִּישׁ לּוֹ מְגוֹ נְאֻמָּן שְׂעָשִׂה תְּפִיסָה בְּקִנְיָן אוֹ מִיָּד שְׂבָא לִידּוֹ בְּמִשְׁכּוֹתוֹ חוֹשֵׁב לְתוֹפְסֵי בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן אוֹ אַחַר כֶּף בְּקִנְיָן וּבְשִׁטְרוֹת דְּסוֹבֵר דָּאֵינּוּ נְאֻמָּן בְּמְגוֹ לְעוֹלָם וְצָרִיף שְׂיִבִיא עֵדִים הַתְּנָה שְׂיִבְרָרוּ שְׂהֵי תוֹבְעָם וְלֹא רָצָה לִיתְּנָם דְּבִזָּה סָגִי דְהוּי כְּתַפִּיסָה בְּקִנְיָן אֲבָל לְעוֹלָם יֵשׁ לֹאמֵר אִם לֹא עָשִׂה קִנְיָן רַק דָּאֵמַר בְּפָנֵי עֵדִי אַחַר כֶּף דְּרוּצָה לְהַחֲזִיק בְּהֵם לְמִשְׁכּוֹן ל"מ וְכַדְעַת הַרִיטְבָּ"א.

עוֹד כְּתַב הַר"י דְּהַאֲדָנָא דְּגָבּוּ מִמְטַלְטְלֵי דִינְתֵי נ"מ אִם הֵם שְׂגִי בְּעֵלֵי חוֹבוֹת וְתַפְּסֵי א' מְהֵם שְׂטְרוֹת דְּלֹא זָכָה בְּקַדִּימָתוֹ מַחֲמַת אוֹתָהּ תְּפִיסָה וַיִּחְלַקּוּ הַשְּׂטֵר חוֹב. וּבְנֵה"מ שְׂמֵ תַמָּה עַל זֶה לְמָה יִגְרַע תְּפִיסָה דְּלֹאח"מ מֵאֵם תַּפְּסֵי בְּחֵיִים.

וְהַב"י הֶעֱתִיק דְּבַרֵי הַר"י וְכ' הַד"מ הַטַּעַם דָּאֵין תְּפִיסָה בְּשִׁטְרוֹת מְהִינֵי לְגַבֵּי מְמוֹן וְכִמּוֹ שְׂהִבִיא שְׂמֵ דְּבַרֵי הַמְרָדְכֵי בְּאַלְמָנָה שְׂתַפְּסָה לְמַזוֹנוֹת דָּאֵין מוֹצִיאֵין מִיָּדָה דְּלֹא מְהִינֵי אִם תְּפִיסָה שְׂטְרוֹת.

וּבַב"י אַה"ע (ס' צ"ג) הִבִּיא מַחְלֻקַּת הַפּוֹסְקִים בְּזֶה וְדַעַת הַרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה הַמְיֻחָסֶת לְרַמְבַּ"ן דָּאֵף בְּתַפְּסָה שְׂטְרוֹת אֵין מוֹצִיאֵין מִן הַאֲלָמָנָה וּבַד"מ שְׂמֵ הִבִּיא דְּבַרֵי הַגֵּהַת מְיֻמּוֹנֵי דְּלֹא מְהִינֵי כֵינּוֹן דָּאֵין גּוֹפּוֹ מְמוֹן וְעֵינֵן שְׂמֵ בַב"ש (ס"ק מ"ב) וּבַב"י בְּתַשׁוּבָה כ' לְפָסוּק דְּלֹא מְהִינֵי תְּפִיסַת שְׂטְרוֹת וּבְתַשׁוּבַת מְהַר"ם אֶלְשִׁיף (ס' ד') כְּתַב כֵּינּוֹן דְּרַמְבַּ"ן וְרִיב"ש פִּסְקוֹ דְּמְהִינֵי תְּפִיסַת שְׂטְרוֹת לְמַזוֹנוֹת הַנְּי הֵיא הַמְּוַחֲזָק וּבְתַשׁוּבַת הַרְמַבַּ"ן לֹא כ' שׁוּם טַעַם.

וְלְכַאוּרָה יִרְאֶה דְּלַעֲנֵן לְגַבּוֹת מְהִלְנָה וְדַאי אֵין מוֹצִיאֵין מִמְּנָה דְּלֹא זָכָתָה בְּגוּף הַחוֹב רַק בְּהַרְאֵיהָ בְּעַלְמָא וְלַעֲנֵן שְׂלֹא יִצְטָרֵף לְהַחֲזִיר הַשְּׂטֵר וְאִם יַעֲכַב הַלְוָה בְּשִׁבִיל זֶה לְפָרוּעַ לְהִיתּוּמֵי יֵשׁ לֹאמֵר דְּלַכ"ע אֵין מוֹצִיאֵין מִיָּדָה הַשְּׂטֵר וְעֵינֵן בַּהַג"מ (פ"א) מִמְּתָנָה דְּנִרְאָה מְדַבְּרֵיו דְּרַק לַעֲנֵן גְּבִיָּה מְהִלוּוִים לֹא מְהִינֵי תְּפִיסָה וּבְתַשׁוּבַת מְהַר"ם אֶלְשִׁיף שְׂמֵ כ' בְּדַעַת הַרְמַבַּ"ן דְּדוֹק' בְּשְׂטֵר מְהִינֵי תְּפִיסַתָּה אֲבָל לֹא בְּכַתְּבֵי יָד וְלֹא אַדַּע לְחַלֵּק בְּזֶה דְּהָא בְּשַׁעֲבוּד הַכ' בְּשְׂטֵר לֹא זָכָתָה בְּתַפְּסַתָּה רַק בְּהַנְּיִיר וּמַאי שְׂנָא שְׂטֵר וּמַאי שְׂנָא כְּתִיבַת יָד: וְהֵנָּה הַרְמַ"א (ס' ק"ד) הֶעֱתִיק דְּבַרֵי רַבִּינּוֹ יְרוּחָם הַנּוֹ' בְּשִׁנֵּי בְּעֵלֵי חוֹבוֹת וְלֹא יֵשׁ לְלוֹה לְפָרוּעַ לְשִׁנְיָהֶם דְּמְהִינֵי תְּפִיסַתְּהָא חֲדָה לְגַבּוֹת הַכֵּל וּבְתַפְּסֵי שְׂטְרוֹת אַף הַמְּוַחֲזָם לֹא מְהִינֵי תְּפִיסַתּוֹ בְּשְׂטְרוֹת וַיִּחְלַקּוּ וְעֵינֵן שְׂמֵ בַס"מ"ע וּבַשְּׂ"ף הוֹאִיל דְּלֹא הַנְּי כְּתַפְּסֵי בְּגוּף



המזון ובתומים כ' שם דאם אין הלנה רוצה לפרוע עד שיחזיר לו גוף השטר לענין תפיסת הנגיד הגוי תפיסה גמורה כמו דמהני לגבי תומים הה"ד לגבי בע"ח שני.

אולם מפשטות ד' הר"י לא משמע פן דכ' דלא זכה בקדימתו מחמת אותו תפיסה ויחלוקו השטר חוב משמע דלית ליה להתופס שום זכות יותר מן האחר. והטעם יש לומר דאינו דומה לתופס שטרות מיתומים פנין דהיתומי' אינם יודעין אם תפס מחיים או לאחר מיתה אין צריף הלנה לשלם פנין ש' השטר הוא בעולם ובא התופס בטענה יכול הלנה לומר שיפטר את עצמו עם התופס והוי כאלו הטמין המלנה השטר אבל אם גזל ממנו השטר חייב הלנה לשלם ועיין נתיבות (סי' ס"ד ס"ק ו') בסופו ובזה נמי פנין דכחלן שוין לגבות ממטלטלי ויתרוניהו נשתעבד הלו' לשלם לבע"ח של המלנה שלו מטעם שדר"נ אף דמהני תפיסת בעל חוב האחד מ"מ פנין דלא תפס השעבוד רק הראיה שבו והשעבוד אינו נגדר אחר הנגיד וא"י זה לעכב על הלנה שלא יפרע להשני ממילא מחויב להוציא השטר מתחת ידו פנין דיש זכות לחבירו חייב להראותו בב"ד פדין האומר לחבירו שטר שיש לי בידך יש לי זכות בו דחייב להראותו מדין עדות וכמו שכ' בריטב"א פתובות שם דמה"ט א"נ בשטר במגו דלקוח דנגידא דלנה הוא כל היכא דפרע מפיק מניה ולעכב אינו יכול פן נמי בזה אף דמהני תפיסתו לגופו דנגיד מ"מ לגבי בעל חוב האחר ליפא נ"מ דצריף להראות השיגבה השני חלקו: ובאמת דברי ר"י סתומים וקצרים דמקודם כ' דבשטרות לדינא דגמרא אפילו לא הוי מןפקדין אצלו בעדים אינו נאמן אלא אם פן הביא עדים ועל זה כ' דהאידינא דגבה בע"ח ממטלטלי דיתמי אפילו לא תפס מחיים ונ"מ אפילו אחר התקנה אם הנה ב' בעלי חובות דלא זכה בקדימתו ויחלוקו סתם דלעולם לא זכה בקדימתו לתפוס מחיים.

ובאמת אם תפס מחיים עדיף דבזה לא שייף מטלטלי דיתמי לא משתעבד והדין הוא אף לאחר התקנ' אם יש לאחד מבעלי חובות כ' בשטרו שעבוד מטלטלין קודם לגבות נגד בע"ח האחר דזה גובה מדינא דגמרא וזה גובה מתקנה וכמבוא' מדברי הראשונים המובא בתומים (סי' ק"ז ס"ק ד') ואם פן ה"נ זה שתפס מחיים בתורת משכון משתעבד ליה מדינא ולבע"ח האחר הוא רק מתקנה ממילא יש לנה שתפס מחיים דין קדימה.

וגם יש לומר דאף בלא מגו נאמן לומר דמחיים תפס למשכון פנין דלנגד תומים ליפא נ"מ רק נגד בע"ח האחר וליפא טענת ברי דרק בעד תומים ולוקח טוענין טענות ברי ולא בעד בעל חוב אחר כמבוא' מדברי תשובת הרא"ש ורמ"א (סי' קמ"ו ס"ט) ובתומים שם (ס"ק ה') ולעולם יהי נאמן ועיין בריטב"א פתובות שם וז"ל ודאי אם אמר ממושכנו' הן בנדי אינו צריף פתיבה ומסיר' לענין שיכול לעכבם אצלו עד שתפרע מחוב דהא משכון לאו זכיה גמורה הוא בגופו של משכון דלבעי כומ"ס וכ"ש דהוי תפיסה מדעת בעלים דעדיפא טפי ואעפ"י שאינו זוכה בשטרו זוכה לעכבם ברשותו עד שתפרע וכיון שפן דין הוא שיהא נאמן לומר מממשכנות הן בנדי ומיהו פל שנמצא ברשות אדם לאחר מיתת הבעלים פנין שאינו בתפיסתו ראיה שנתפסו מחיים אינו נאמן לומר פן עד שיביא ראיה או דאית ליה מגו והיינו דלא מהימנא מגו דאי בעי אמרה מממשכנות הן בנדי וזה נ"ל ברור וכן הצעתי לפני מורי הרא"ה ובפני הרשב"א ז"ל [וכנראה לא הודיה לו הרשב"א דהא ממה דמבואר בתשובת רשב"א מובא ב"י וכנה"ג ס"ל דאינו נאמן בלא

מגו לומר דבתורת משפון אף אם אומר ששמדעת בעלים בא לידו בתורת משפון] וזה שייך לגבי יורשים לחלק בין אם טוען בחיים לטוען לאחר מיתה אף דקשה להבין מה סברא לחלק בין אם טוען דבמשפון בא לידו נגד המלוה דנאמן וס"ל דזה הוי פטוען על גופו של דבר לענגן שלא יצטרף להראותו ויכול לעכב בידו וכמו שהאריכו בזה המחברים בדברי רמ"א (סוף סי' ס"ד) עיין שם בתנאים ובנתיבות וע"כ דשייך בזה חזקה שהיא שלו ולמה פשמת לא יהא נאמן.

ומ"מ נגד בעל חוב אחר ודאי מהראוי שיהיה נאמן ואם המלוה היא מבןרת רק שיהיה לו קדימה לגבות נגד בע"ח אחר שפא לגבות בכח תקנתא דגאונים ודאי מהראוי שיהיה נאמן ואולי כן גם דעת הר"י ונקט רק בתופס מיתומים דאז לא מהני תפיסתו נגד בעל חוב אחר ויחלקו וצריף להראות זכותו ואינו יכול לעכב את הנגיד.

ותפיסת שטרות לאחר מיתה פיון דכבר נשתעבד הלנה לשניהם מטעם שעבדר"נ לא מהני לכלום נגד בע"ח האחר ויחלקו ומחיים מועיל התפיסה לעכב השטר מטעם דעל ידי גרמתו של המלוה בא לידו יכול לעכב הפרעון עד דמפשר עמו להוציא שטרו מה שאין כן נגד בעל חוב אחר דלא פשע פלל חייב להוציא זכותו של חבירו מת"י וא"י לעכב בידו השטר ולא קשה קושית הנה"מ הנז': וראיתי בתשוב' מבי"ט (ח"ב סי' קפ"ה) שכ' בתופס שטר מהלנה אין צריף אחר כף לא כומ"ס שאפילו בלא שטר מוציאין מזה מטעם שדר"נ ומועיל לו שטר שתפס שהוא קודם לגבות מן הלנה נגד בעלי חוב אחרים פיון שהשטר בידו וגם הלנה ירצה לפרוע לנה ששטרו בידו ולא לבעלי חובות אחרים כדי לקרוע שטרו ונ"ל שאם פרע לבעל חוב אחר מוקדם ולא חש לשטר שפיז האחר פשיש עדים שפרע לנה פיון דנשתעבד מדר"נ פטור מן החוב והביא פל דברי הרבינו רבנחם ז"ל הנז' וכ' ואפשר שזה הוא אם שניה' שנים אכל פשהוא מוקדם למי שתפס השטר אם פרע לו פטור והיינו משום דתפיסת שטרות קיל מתפיסת מטלטלים דגופן ממון דאף מכירתו הוא מדרבנן ויכול למחול.

ויש להבין דבריו דמבאר דאם זה שתופס הוא מוקדם או שניהם שוין אם פרע הלנה להמאןחר לא מפטר הלנה ממנו ולמה לא הא פיון דאין במטלטלין דין קדימ' ושניהם שוין ומשועבד לשניהם בכח שדר"נ למה לא מפטר.

ומראשית דבריו נראה דבתופס שטר אינו צריף לכתיבה ומסירה פיון דאף בלא שטר משועבד לו מדר"נ ובאמת שפך נראה מסברא ועיין בפנ"י פתובות שם דדעתו דהיא דינש לו חוב ידוע עליו אין צריף לכומ"ס בשטרות דאינו דומה למוכר שטר חוב פיון דבלא"ה נשתעבד לו מדר"נ וממילא קנו לשועבדו דאית ביה ואין צריף אלא תפיסת השטר ובתנאים משגי עליו דאם פרעו במטלטלין לא הוי גביה מדר"נ דקיי"ל יתומים שגבו מטלטלי בחוב אביהן אין בעל חוב גובה דלא שייך שדר"נ רק אם גבו קרקע ולגבות בחייו שייך בכל גונוי שדר"נ ולכך יש לומר דאין צריף פתיבה ומסירה.

אולם פיון דמשועבד לשניהם בכח שדר"נ לכך אם פרע למוקדם מיפטר ולמה לא יהיה פטור אף אם פרע להמאןחר וכ"ש אם שניהם שוין אף דזה תפס השטר מ"מ פיון דס"ל דמטעם דאין מכירתו אף מדרבנן קיל מתפיסת מטלטלין ועל כרחך דס"ל דאף בתופס בעד חובו ומשתעבד לו מדר"נ מ"מ פיון דגם להבעל חוב השני משועבד מדר"נ לא מהני

תפישתו בשטר אם פן לכל מי שפרע מהראוי שיהיה הלנה פטור כמו שהדין הוא אם המוקדם תפס ממנו או המאוחר דאין מוציאין מידו ובפרט קודם שתבע ממנו בב"ד ועיין ש"ף (סי' פ"ו ס"ק י"ד) דאם הלנה יודע דנשתעבד לנה מדר"נ אם פרע להמלנה ש"ל דחייב לשלם שנית ואם נאמר פ"נ דהלנה יודע שנה תפס השטר ונשתעבד לו על חלקו מדר"נ לא הוי לו לפרוע להאחר אם פן אף אם פרע להמוקדם למה יהיה פטור מחלקו ש"ל זה שהשטר תפוס בידו ואם הטעם פ"נ דנשתעבד להמוקדם גם פן אם פן כמו כן יהי בשוין הדין פן למי ששילם נפטר וכנראה מזה לא איירי הר"י פ"ל רק לדון דלא מהי תפיסה פ"ל לגבות רק הדין הוא יחלקו ולא איירי אם פרע הלנה לאחד דיש לומר בכל אנפי מוקדם פ"נ דנשתעבד מדר"נ לנה כמו לנה ומהאי טעמא מבואר ברמ"א דאף כשתפס המוקדם השטר מ"מ הדין הוא יחלקו דלא נשתעבד לנה יותר מלנה: ודע ממה דכתב הרב"י ירוחם בתפס שטרות מיתומים ומשמע מדבריו דאם תפס מטלטלין אחד מהבעלי חובות מיתומי אף דהדין הוא דיחלקו מ"מ אם תפס אחד פ"ל חובו אין מוציאין מידו ודין זה צריך ביאור למה שכ' הקצוה"ח (סי' ק"ד ס"ק ח') לדון דהיכא דמשנעבד לשניהם מטלטלי אגב מקרקעי ושניהם שוין בזמנ' דלא הוי תפיסה אלא אם פן הגבה עפ"י ב"ד דתפיסה למשכון לא תוסיף פח לנה ממה דנשתעבד לשני שיש לו נמי שעבוד מטאג"ק אע"ג דאפתי משכון עדיף עיין שם בדבריו ולדבריו בבאו שניהם לגבות מיתומים דפקע משעבוד הגוף בנה אם תפס בלא שומת ב"ד ל"ש שקונה למשכון פ"נ דאין פ"נ שעבוד הגוף ולא אלם יותר מחבירו שגם לו נשתעבדו הנכסים בחיי הלנה וכן כ' בספרו אבני מלואים (ח"ב סי' צ"ו ס"ק ד') דרק מחיים דלנה דיש שעבוד הגוף וכ"ן דנתחייב גופו נשתעבדו נכסיו וזוהי לקנן משכון אבל פשמת הלנה דפקע שעה"ג ואעפ"י כ' יורדין לנכסיו דאינון ערבין על דבר זה אבל לתפוס למשכון פשמת הלנה לתפוס משכון אי אפשר שיתוסף קנן בנכסים למשכון פ"נ דליכא שעבוד הגוף ומדברי רב"י ירוחם נראה להיפך דדוקא בתופס שטרות לאח"מ מיתומים לא הוי כתופס פ"נ דאין גופו ממון אבל אם תפס מטלטלים קונה שיהיה לו דין קדימה אף דהוא רק למשכון ואולי יש לומר דהרב"י ירוחם ס"ל דגם לגבי יתומים יש שעבוד הגוף שישלמו מנכסי אביהן וכאשר יבואר אי"ה בדיני גביות חוב שפ"נ דעת פ"ה ראשונים.

ולמה שכ' הנתיבות המשפט בכמה מקומות (סי' ס"ו וע"ב ורמ"א) דקנן לעכב הדבר תחת ידו עד שישלם לו יש לו בכ"מ במשכון בלא"ה לא יתכן לומר פ"נ דבליכא שעבוד הגוף לא יהיה יכול לעכב ולקח מהני תפישתו אף לאח"מ נגד חבירו הבע"ח ויבואר עוד אי"ה בנה במקומו.

ובשטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו ולא נזכר פ"ל שם המלנה כ' הש"ף (ס"ק ג') פ"נ דלא צריך פתיבה ומסירה נאמן לומר למשכון תפסתי במגו דלקוח ומשמע מדבריו דאף לגבות בו מהלנה ובקצוה"ח טען ע"ז דהא ניהו דל"ב מסירה מ"מ מסירה מיד ליד בעי וכשתפס לא הוי מסירה מיד ליד.

ונה"ל דכ"ן דהי' בידו בפקדון וחצר דנפקד הוא של המפקיד וכשנוטל למשכון מוציא מרשות בעל הפקדון והוי כאלו חצרו דהוא ידו ורשותו דמפקיד שהוא הלנה מוסר לו לנפקד ודומה קצת להא דמבואר ר"פ הזורק ד"ה ותזיל כשהגט בא מרשותו דבעל

לרשותה הני כאלו נתנו לה ופירשו המפרשים דכיון דהרשות נשתנה הני פתצו שהיא  
ידו דבעל נותן לתצור דאשה והכא נמי דכונתיה.

אף מ"מ קשה להמבואר בפ"ד (סי' ס"ו) דאף בכ"ל לכל מי שמוציאו בעיניו דעת אחרת  
מקנה אם כן מה מהני תפיסה לגבות בו. ובנתיבות כ' פיון דהמלנה חייב גובה ממנו בכח  
שדר"נ על ידי תפיסה ונגד הלנה לא בעי שום קנין.

אולם זה אתי שפיר אם ידענו בבירור שחייב לו רק הנ"מ אם זכה בו התופס מחיים או  
לא אבל אם לא נתברר שחייב לו יש לומר דלא מהני אף נגד הלנה. ובהגהות דרע"א  
ז"ל כ' על דברי הש"ך דלדעת המחבר דצריף שיהיה עדי פקדון וראה ובלא"ה נאמן א"כ  
גם במקרנות ליכא מגו אבל הנ"מ ביסוד התפיסה אף במקרר בעדים דתבעו מניה ולא  
רצה להחזיר דהני תפיסה מעליא דלא מהני רק להחזיק אבל במקרני מהני אפילו לגבות  
ומדלא כ' דבפשטות אף דאינו מבונר שחייב לו או שתפס מחיים לדינא דגמרא נאמן  
במגו אף לגבות נראה קצת דבזה אינו נאמן לגבות והטעם יש לומר פיון דהלנה לא  
נשתעבד לכל מי שמוציאו רק אם בא לידו מהמלנה אז נשתעבד לזה המוציא ואם כן  
אנו דנין על ידי מגו להוציא מיד הלנה והני כמגו להוציא ואף דיש לומר פיון דהלנה  
ליכא נ"מ דבין כף ובין כף חייב חובו ורק אם חייב באמת המלנה שלו לזה שהשטר בידו  
יכול לגבות כל זכותו והני כבא מחמתו דכל זכותו דלנה שלו נשתעבד להמלנה מ"מ פיון  
דצריף לבא על הלנה משטר ממרני זה בכחו דנשתעבד לו הני כלהוציא ואף דהש"ך (סי'  
צ"א) כ' דבכה"ג ליכא ח"מ פיון דודאי חייב לאחד מ"מ ככר העלה שם התנאים דבכה"ג  
הני ח"מ לומר דלא נתחייב לזה ואם כן הני כמגו להוציא ויש לו' כל זמן דלא נודע  
בבירור חיובו של זה התופס אינו נאמן להוציא ולגבות מהלנה במגו דלקוח ואף לדינא  
דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי יש לומר דהני נגד תנאים כלהוציא מחזקתם  
חזקת מרא קמא לומר דנפקע מאתם השעבוד של הלנה כשנאמין לזה שתפסו מחיים.

אולם למ"ש התנאים (סי' קמ"ט) להוכיח דאמרינן מגו להוציא בכרי ושמא ביתומים אף  
דטענינן בעדם טענות ברי וכמו שפכתתי לעיל (סי' מ') אתי שפיר וכן נגד הלנה פיון  
דליכא נ"מ לו דבין כף ובין כף חייב בבירור וזה בא לגבות בכח תפיסתו ולומר דנפקע  
השעבוד מהמלנה ונתחייב להתופס ובא בטענות שמא אמרינן מגו להוציא בכה"ג.

ולכן יש לומר דנאמן במגו דלקוח אף להוציא מן הלנה וכמ"ש הנתיבות לדינא: והנה  
לענין אם נאמן בשטרות דבמשפון בא לידו אף בלא מגו כדי שלא יצטרף להחזיר לו  
דדעת הסמ"ע והש"ך דנאמן אף בלא מגו וכן כ' הנתיבות דהיה ראוי לפסוק דנאמן לומר  
שבא לידו בתורת משכון מתחילה אפילו כשאין החוב ידוע ובקצוה"ח כ' דמוכח מפמה  
מקומות דאינו נאמן רק במגו כמו בהני עיני דאכלי חושלי ובאמת משם אינו ראי' כלל  
דרק בתפס מחבירו וטוען כדי דמיו אינו נאמן רק במגו אבל אם טוען דמתחילה בא לידו  
בתורת משפון ובפרט מדעת הלנה אינו מוכח כלל דלא יהיה נאמן וכמו שכ' הריטב"א  
כתובות דלעפ"ת"י הני כחזקה דמה שביד אדם הוא שלו.

וכדעת הרא"ש בתשובה (סי' ק"ה) ובש"ע (סי' ס"ה ס"ד) דאם טענו היורשים על שטר  
שנמצא ברשות אביהם שאביהם הלנה עליו מעות להמלנה ולקחו למשפון טענתו טענה  
אבל אנו לא טענינו להו ועיין שם בפ"ד משם תשובת הרא"ש משום דלא שכיחא להלות

מעוֹת על שְׁטָרוֹת שְׂאִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹתָם וְכִי דָאָם הָיוּ פְּתוּבִים בְּעֵינָיו שְׂיִכּוּל לְגַבּוֹתָם אֶפְיָלוּ  
יַדְעוּנוּ שְׂאִינָם שֶׁל אַבְיָהוֹן טְעַנְיָנוּ לְהוּי שְׂלֵקְחָם לְמִשְׁכּוֹן.

וְעוֹד כִּי שָׁם הִשְׁ"ף לְהַקְשׁוֹת בֵּינָן דְּהֵרָא"ש אֲתִי עָלָה מִטַּעַם דְּמִלְתָּא דִּל"ש לָא טְעַנְיָנוּ  
לִיְתַמִּי אִם פֶּן לְהַפּוֹסְקִים הַחֹלְקִים טְעַנְיָנוּ לְהוּי וְהִנִּיחַ בְּצ"ע וְכָתַב הַתּוֹמִים שָׁם לְתַרְזַן  
דְּדוֹקָא פְּשֵׁה־יְתוּמִים בָּאִים לְהַחְזִיק וְהָאֲחֵר בָּא לְהוֹצִיא אֲבָל אִם הִיְתוּמִים בָּאִים לְהוֹצִיא  
לכ"ע לָא טְעַנְיָנוּ לְהוּי וְכִינּוּן דְּגוּף הַשְּׁטָר שֶׁל הַמְּלָנָה וְהִיּוֹרְשִׁים רוֹצִים לְהוֹצִיא לִכ"ע לָא  
טְעַנְיָנוּ מִלְתָּא דְלָא שְׂכִיחָא וְהִסְכִּים הַנְּתִיבוֹת ע"י.

וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדַקְדַּק הָא עַל פְּרָחָה פְּנוּנַת הֵרָא"ש הוּא דְכִי דְלָא טְעַנְיָנוּ עֲבוּרָם בְּשִׁבִיל  
דְּהוּי מִלְתָּא דְלָא שְׂכִיחָא אִין רְצוּנוּ דְאִי לֹא"ה הִינּוּ טוֹעַנִין לְהוֹצִיא דְכִבְרַת הַעֲלָה הִשְׁ"ף  
(ס' ע"ב ס"ק מ"ב ומ"ח) דְלָא מְצִינוּ דְטְעַנְיָנוּ בְּשִׁבִיל יְתוּמִים רַק לְהַחְזִיק מֵהַ שְׂבִיבָה  
וְלֹא לְהוֹצִיא וְעַל פְּרָחָה צְרִיף לּוֹמֵר מֵהַ דְּמִבְּנָאָר (ס' ע"ה) דְאִי לָאוּ דְלָא שְׂכִיחָא טְעַנְיָנוּ  
הִינּוּ בֵּינָן דְאִין מוֹצִיאִין מִיַּד הַלְּנָה וְרַק רוֹצִים לְעַכֵּב תַּחַת יָדָם דְּבַכָּה"ג הוּי פְּלִהַחְזִיק וְכִן  
כִּי הַנְּתִיבוֹת (ס' ע"ב ס"ק נ') דְּהִשְׁ"ף שָׁם אֵינְרִי פְּשׁוּרָצִים לְגַבּוֹת מֵהַמִּשְׁכּוֹן דְּאִזְ צְרִיכִין  
לְתַבְּנֵעַ גּוּפוֹ שֶׁל לְנָה תַּחְזִילָה זֶה הוּי פְּלִהַחְזִיא אֲבָל לְהַחְזִיק בְּהַמִּשְׁכּוֹן לְעֵינָיו זֶה הוּי  
פְּלִהַחְזִיק וּבְסִי"ס אֵינְרִי שְׁרוּצִים לְעַכֵּב הַשְּׁטָר וְלֹא לְגַבּוֹת בּוֹ לְכֹף אֲנִי טְעַנְיָנוּ בְּעֵדָם  
אִם הוּא בְּעֵינָיו שְׂיִכּוּל לְגַבּוֹתָן וְאִם פֶּן שְׁפִיר קוֹשְׁיַת הִשְׁ"ף גַּם פֶּן לְהַסּוּבְרִים דְאִף מִלְתָּא  
דְלָא שְׂכִיחָא טְעַנְיָנוּ גַם פֶּן עֲבוּר יְתַמִּי לְמָה לָא טְעַנְיָנוּ לְהוּי שְׂפָאוּ הַשְּׁטָרוֹת מִתַּחְזִילָה לִיד  
אַבְיָהוֹם מִדְּעַת הַבְּעָלִים לְמִשְׁכּוֹן.

וּבְתוֹמִים שָׁם (ס' ע"ב) הַעֲלָה לְהַלְכָה כְּדִעַת הַסַּמ"ע שָׁם דְאִף אֲנִי טְעַנְיָנוּ בְּעַד הִיְתוּמִים  
וְכִן הַעֲלָה לְהַלְכָה בְּתַשׁוּבַת גו"ר (פְּלָל ג' ס' ז') [וּבְאַמַּת שָׁם בְּדִינוּ שֶׁהַתּוֹבֵעַ וְהַנְּתַבֵּעַ  
טוֹעַנִים שְׂמָא יֵשׁ לּוֹמֵר דְּגַם הִשְׁ"ף מוֹדָה] וְאִם פֶּן מ"ש שְׁטָרוֹת לְמָה לָא נִטְעוֹן שְׂקַבְלָם  
אַבְיָהוֹם לְמִשְׁכּוֹן לְהַסּוּבְרִים דְּמִלְתָּא דְלָא שְׂכִיחָא טְעַנְיָנוּ גַם פֶּן בְּעַד יְתוּמִים: אִף יֵשׁ לּוֹמֵר  
לְמָה שְׂכִי הַנְּתִיבוֹת (ס' ע"ט ס"ק י"א) בְּיִשׁוּב קוֹשְׁיַת הִשְׁ"ף שָׁם עַל הַש"ע דְּסַתָּם שָׁם  
דְּבַכ"י שֶׁהוּא תוֹף זְמַנּוֹ וּמוֹדִים הִיּוֹרְשִׁים שֶׁהוּא כ"י אַבְיָהוֹם אִף דְאַבְיָהוֹם הִי נְאֻמָּן פְּרַעַתִּי  
בְּמַגּוֹ דְּמִזְנוּף מ"מ לָא טְעַנְיָנוּ עֲבוּר יוֹרְשִׁים הָא לְהַסּוּבְרִים דְטְעַנְיָנוּ בְּעֵדָם גַּם פֶּן מִלְתָּא  
דְלָא שְׂכִיחָא כְּמוֹ נְאֻסוֹ נִטְעוֹן גַּם פֶּן בְּעֵדָם שֶׁהוּא פְּרוּעַ וְהַעֲלָה דְּמִלְתָּא דְלָא שְׂכִיחָא אִף  
אִם טְעַנְיָנוּ לְהוּי מ"מ לָא הוּי טְעַנְתָּ בְּרִי כְּמוֹ פֶל מֵהַ דְטְעַנְיָנוּ לְהוּי שֶׁהוּא כְּטַעַנְתָּ בְּרִי  
וּבְמִלְתָּא דְלָא שְׂכִיחָא לָא הוּי כְּטַעַנְתָּ בְּרִי אִם פֶּן אֲתִי שְׁפִיר גַּם כָּאֵן בֵּינּוּ דְלָא שְׂכִיחַ שְׂיִלְנָה  
עַל שְׁטָרוֹת לָא הוּי רַק כְּטַעַנְתָּ שְׂמָא וְאִם הַמְּלָנָה שֶׁהוּא אַבְיָהוֹם טוֹעַן טְעַנְתָּ שְׂמָא עַל  
הַמִּשְׁכּוֹן לִכ"ע אִינוּ נְאֻמָּן וּמוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְה"נ דְּכִנּוּתִי.

וּבְפֶרֶט לְמָה שְׂכִי הַנְּתִיבוֹת שְׂאִם גְּזוּל מִמְּנוּ הַשְּׁטָר אִף שֶׁהוּא בְּעוֹלָם כ"ע מוֹדִים דְּכּוֹפִין  
לְלָנָה שְׂיִשְׁלָם וְכוּתְבִין שׁוּבֵר אִם פֶּן מֵהַ יוֹעִיל מֵהַ שֶׁהִיּוֹרְשִׁים תּוֹפְסִין בְּהַשְּׁטָרוֹת וְהֵן  
מִחוּזְקִין אִם לָא נוֹכַל לְטַעוֹן בְּעֵדָם טְעַנְתָּ בְּרִי וְדִאי כּוֹפִין לְלָנָה שְׂיִשְׁלָם לְהַמְּלָנָה וְאִם  
פְּתוּב בְּשְׁטָרוֹת בְּאִנְפֵּן שְׂיִכּוּל לְגַבּוֹת בּוֹ דְכִי הִשְׁ"ף (ס' ע"ה) דְטְעַנְיָנוּ לְהוּי שְׂלֵקְחָם  
לְמִשְׁכּוֹן וְכִי שָׁם הַנְּתִי' (ס"ק י') דְהוּא הַדִּין דְּבַכָּה"ג טְעַנְיָנוּ לְקוּחַ וּמִשְׁמַע מְדַבְּרִיו דְּגוּבִין  
בְּזָה מִן הַלְּנָה וְיֵשׁ לְעֵינָיו בְּזָה דְאִף דְכִי לְכָל מִי שְׂמוֹצִיאֵו מ"מ בְּעֵינָיו שְׂיָבוֹא מִחְמַתָּ דְהַמְּלָנָה  
הֵרָאשׁוֹן וְכְמוֹ שְׂפָתָבוּ הֵרָאשׁוּנִים וּבְתַשׁוּבַת רִשְׁבִּי"א וְכִינּוּן דְלָא טְעַנְיָנוּ לְהוֹצִיא בְּעַד

יתומים כמבואר בפוסקים ובפירוש בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קכ"ח) אם כן באיזה פת יוציאו היתומים הממון מן הלנה וצ"ע בכ"ז ואולי יבואר עוד א"ה: סי' נח המוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו כו' יהא מונח עד שיבא אליהו כמבואר מתניתין סופ"א דב"מ וש"ע (סי' ס"ה) וכ' בתנאים אם אמר איני יודע בב"ד הוא מסופק אם יכול לומר אחר כך נזכרתי דהוי ליה לדייק מתחיל כמו בעדים (סי' כ"ט) וכן מורה לשון יהיה מונח עד שיבא אליהו ולא אמרינו עד דיהיה נזכר ובגמרא כ' בפשיטות דכול לומר נזכרתי דלהרשב"א ספיקו של שלישי הוי כספיקו של הבע"ד ובע"ד מבואר (סי' נ"ט) דכול לומר נזכרתי.

ובאמת יש לחלק דכששטר הוא ביד המלנה הוי חזקה אלימתא דאינו פרוע רק כשטוען איני יודע הוי חזקה שאין עמו טענה ועדיף פרי דלנה עם חז"מ לקה כששוב טוען נזכרתי והוי טענת פרי הוי על ידי פרי שלו חזקה שיש עמה טענה אבל כאן לא שייך כל כך חזקה כיון דאינו ביד המלנה.

רק אם השליש אומר שמונח בידו מן המלנה נאמן מצד שלישי אבל כשאינו יודע מה טיבו איתרע השטר יש לומר דשוב אינו נאמן לומר נזכרתי דאף אם נאמר דכול לחזור מדבריו הראשונים דלאו תורת.

עדות הוא רק כבע"ד מ"מ לא אלה דיבורו לעשות חזקה לשטר זה כיון דכבר איתרע מה שאין כן כשהיה ביד המלנה מעיקרא דחזקה היא חזקה גדולה רק דלא הוי עמה טענה לכן מהני כשחוזר וטוען נזכרתי ועיין ש"ך (ס"ק ס"א) בגמרא שטר בין הקרועים דיש לומר בשעה שהשליש בין הקרועים היה סבר שהוא פרוע וטע' ונזכר עתה שאינו פרוע.

משמע אף דהיה ברור לו פעם אחד שהוא פרוע ולקח השליש בין הקרועים מ"מ יכול לומר דנזכר עתה שאינו פרוע מ"מ זה דוקא כבע"ד דכול לחזור מטענתו ומה שעשה בינו לבינו מה שאין כן בשליש דלא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי.

ובאמת אף בבעל דין יש לומר היכא דעשה מעשה שוב אינו יכול לחזור. וראיה מהא דמבואר (סי' פ"ה) דכול הלנה לומר אלו הייתי חייב לה היה לה לפרוע ממני לא למכור לי ולא ללות ממני ומשמע אף אם המלנה טוען אחר כך שכחתי אז ואחר כך נזכרתי גם כן אינו נאמן דאם לא כן יהיה נאמן במגו ועל כרחיך היינו טעמא כיון דעשה מעשה שטר מכר או הלנאה מן הלנה הוי כהודה בפני עדים דאינו חייב לו ואינו יכול לומר אחר כך נזכרתי ובשליש דהודה בפני ב"ד ואמר שאינו יודע מה טיבו יש לומר גם כן דאינו נאמן לומר נזכרתי: וקצת יש לומר דתליא במחלוקת הרשב"א והרא"ש אם שניהם מודים אם מחזירין אותו ליד המלנה דלדעת הרשב"א דאין מחזירין דחיישינו לקנוניא הרי דריעותא גדולה היא מה שהשליש אינו יודע לקח יש לומר דגם כן אינו נאמן לומר אחר כך נזכרתי.

אבל לדעת הרא"ש דסובר דלא איתילד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד זכור מפת מי בא לידו אם שניהם מודים יעשו כמאמרם אם כן סובר דלא הוי ריעותא בגוף השטר יש לומר כיון דנסתלק מה שהנפקד אינו זוכר דאומר שוב נזכרתי נאמן ומוקמינו השטר על חזקתו ובתשובת רדב"ז (ח"ב סי' תש"ץ) כ' דמתניתין דיקא כדברי הרשב"א מדקתני

יהיה מונח ולא קתני לא יחזיר אלא ודאי אשמועינן דיהיה מונח עד שיבא אליהו משום חשש רמאות וקנוני'.

ויש לומר לדעת הרא"ש דלכך קתני עד שיבא אליהו ולא קתני לא יחזיר דהיה משמע לעולם לא יחזיר אף אם יזכור אחר כך ממי נמסר לידו וזה אינו רק כל זמן דאינו יודע מה טיבו אבל כשנזכר יכול לחזור לכך קתני עד שיבא אליהו היינו דאז יתברר הדבר וכמו כן אם יתברר מקודם כגון שיהיה נזכר דיכול להחזיר.

ויש לומר דזה ודאי כל זמן דלא הגיד בפני ב"ד דאינו יודע מה טיבו ודאי אם יזכור אחר כך יעשה כפי שברור לו ובזה ליכא שום ספק רק היכא דכבר הגיד בפני ב"ד ונתחזק השטר לחספא בעלמא יש לומר דשוב אינו יכול להחזיק השטר לכשר ואם פן לכך קתני במתניתין יהיה מונח דמתניתין דינא קמ"ל כיצד יעשה ואם פן ודאי אינו יכול לקרוע דדלמא יהיה זכור אחר כך אבל מ"מ אם כבר אמר בפני ב"ד דאינו יודע מה טיבו יש לומר באמת דאינו יכול לומר נזכרתי והספמות האחרונים דלעולם יכול לומר נזכרתי: ואם יש עד א' המעיד כדברי התובע ויודע טיבו אף דאין השליש יודע טיבו כ' בתנאים להסתפק דאפשר דיעשה כמאמר העד א' ומדברי הש"ך נראה דאף להחזיר ללנה גם פן אין עד א' נאמן דהא כ' לתרץ קושית הרשב"א בתשוב' דהקש' בהך עובדא דסנהדרין (דף ל"א) הוה איתתא דנפק שטרא מתותי ידה אמרה לי' ידענא בהאי שטרא דפרוע הוי הימנה ר"נ ומה צריך לנאמנות לא יהיה רק פאלו אמרה איני יודע מה טיבו לא היה גובה וכ' הש"ך דנדאי לא הוי גובה רק כל השקלא וטריא שם בש"ס אם להחזיר השטר קרוע ליד הלנה או יהא מונח ולענן זה לא הימנה ר"נ שיתקרע השטר ואמאי הא פיון דבלא"ה הדין דהשטר יהיה מונח למה לא תהיה נאמנת כעד א' דעלמא ובכל מקום דעד א' נאמן אף אשה נאמנת ולענן לקרוע השטר לא עדיף מאבידה דעלמא דדעת הר"ן חולין פגה"נ דמתזירין אבידה כעד א' הואיל דלא הוי הוצאות ממון וה"נ פיון דאין השטר תחת יד המלנה ומנח ביד השליש ואינו יודע של מי הוא אם של הלנה או של המלנה וליכא נמי לענן לגבות בו למה לא תהיה נאמנת להחזיר הנזיר.

א"ו דעת הש"ך פיון דיש ריעותא דאם איתא דפרע מקרע הוי קרע והדין דיהיה מונח בחזקת הלנה והמלנה אין עד א' נאמן וכ"כ ביד מי דמונח אינו נאמן רק מטעם שלישי. שוב ראיתי בנתיבות דפשיטא ליה דאף כשיש עד א' ללנה דהוא פרוע דכמאן דליתא ויניח.

והנתיבות משיג על הש"ך דאם נאמר דרק לענן שיהיה השטר מונח הנה עיקר המו"מ של ר"נ אף דאסתחזק בב"ד השטר מ"מ יש לה מגו דכל מונח הדין דיהיה מונח ביד שלישי שרפנו למחר וליומא אחרתא ולא קשה חדא דהא לעולם יכול המלנה לתבוע להראות השטר בפני ב"ד ואם פן שוב לית לה מגו ועוד למה שכ' הש"ך (ס"ק י"ב) דאם אין הלנה רוצה ליטבע יחזור השטר להמלנה אם פן אם יהיה מונח ביד האייתתא יראה לישרוף השטר דדלמא יהיה החיוב אחר כך להחזיר השטר ליד המלנה וכיון דאסתחזק שוב לית לה מגו דאינה יודעת מה טיבו וז"פ: וקצת יש לומר בקושית הרשב"א לדעת הרא"ש דאם שניהם מודים לא חיישינן לקנוניא ויחזור השטר להמלנה אם פן יש לומר דהך עובדא דבא לפני ר"נ איירי דשניהם מודים הלנה והמלנה דאינו שטר פרוע ואם

היתה שותקת או דאמרה איני יודע' מה טיבו הנה הדין שתחזיר השטר ליד המלוה אף האשה אמרה ידענא בהאי שטרא דפרוע הנה פדי שלא יכול המלוה לטרוף מן הלקוחות ועל זה דן ר"נ וללשון הראשון הימנה דאי בעי קלתיה ולהא"ד לא הימנה פינו דאתחזק מקודם בב"ד אי בעי קלתיה ל"א.

וראיתי בתשובת רשב"א בת"א (סי' רנ"ג) דהביא ראיה דחיישינן לפרעון ולקנוניא אף בלא ריעותא דנפילה מסוף ב"ב בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עוש' קנוניא על הקדש אבל לגבי הדיוט חיישינן ואף בשטר חוב יוצא מתחת יד המלוה הרי דכל מקום דאיפא למיחש לקנוניא חיישינן אף שלא במקום נפילה וכ' וזו ראיה שאין עליה תשובה.

ולדעת הרא"ש יש לומר דרק לענין שבועה חיישינן לקנוניא אבל להפסיד לגמרי לא שמענו וגם שם בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו יש ריעותא דאם ידע דחייב למה לא אמר בפירוש בשעוה דהקדיש דיש לפלוני עליו חוב וכיון דלא פירש בשעוה שהקדיש לקה אם לאו בשכ"מ ולגבי הקדש היינו חוששין לקנוניא מה שאין פן באיני יודע מה טיבו דליפא ריעותא סובר הרא"ש דלא חיישינן לקנוניא ועמ"ש מו"ז ז"ל בדברי משפ"ט (סי' מ"ח ס"ק ב'): ונהנה הא דכתב הרשב"א דספקו של השליש כס' של הבע"ד כ' הגתיבות להוכיח פן דאם לא פן אמאי הדין באינו יודע מה טיבו דיהיה מונח נימא דחלקו פינו דתופס בחזקת שניהם והחלוקה יכולה להיות אמת אלא נדאי דספקו של השליש כס' של הבע"ד והוא מרע ליה לשטרא ולפי זה פשמת השליש ויודעין שהוא מושלש משניהם דהוי פמוחזקין באמת הדין דחלקו.

ואזמ"ו ז"ל בדברי משפ"ט כ' דתופס בחזקת שניהם לא הוי במנה שלישיית רק לסלק הדין דכל דאלם גבר. ובשטר אף דשליש תופס בחזק' שניהם מ"מ לא הוי המלוה פמוחזק מממש בהשטר וכיון דיש להלוה חזקת ממוז לא אמרינן דחלקו להוציא ממנו חצי החוב עיין שם בדבריו.

ויש להביא ראיה לדבריו מדברי שיטה מקובצת סופ"א דב"מ ז"ל וכו' הרמ"ך מצא בחפיסא כו' וכן אם מצא תכריף של שטרות והכריז סתם שטרות ובה זה ונתן סימנין בין לנה בין מלוה הרי זה יחזיר ולא חיישינן דלמא הכי אהדרי' מלוה ללוה פתר דפרעיה הלכך אף למלוה מהדרינן בסימנים ואי ידבי תרנוייהו סימנא והוי של לנה ומלוה אחד נראה לומר פינו דכל חד מינייהו קא טעין מינאי דידי נפל פלגינן להו נינהו ובשבועת המשנה פעין שנים אוחזין בטלית וצ"ע ואפשר לומר דיד בעהש"ט על התחונה ולא ליהדר לחד מינייהו דאפשר דמיניה דלוה נפל ואי תפס מלוה מניה מידי לא מפקי מיניה וכ"נ ע"כ עכ"ל.

ולכאורה יש להבין אמאי סובר מעיקרא דפלגינן להו הא בכל אבידה הדין הוא זה אומר סימנין וז"א סימנין דיניח פמבואר בב"מ (דף כ"ח) ובש"ע (סי' רס"ז) אף יש לומר למה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) דבאבידה הטעם דלא אמרינן דחלקו משום דהמוציא תופס בחזקת כל אדם וגם עכשיו אינו תופס בחזקת שניים האלה הנותני' סימנים פי אולי יבא עוד אחר ויתן סימן כמו שנתנו אלו אם פן אינו תופס בחזקת שניהם לכך לא אמרינן דחלקו והדין דיהיה מונח וזה אמי שפיר באבידה דעלמא אבל במצא



שטרות דאין ספק רק בין הלנה והמלנה ממי נפל והוי פתרוניהו מוחזקין לכה הדין דיחלוקו.

אולם באמת אחרי מחילת כבוד אאמ"ו ו"ל נראה דגם באבידה לא חיישינן לשמא יבא עוד אחר ויתן סי' דהא מבואר ברמב"ם וש"ע שם שכ' יהיה מונח עד שיודה אחד לחבירו או שיתפשו מבוואר דמונח בחזקת שניהם ולא חיישינן לאחרינא ויקש' אמאי לא אמרינן גם שם יחלוקו.

ויבואר אי"ה במ"א ישוב לזה אמאי ל"א שם יחלוקו. ובהך דש"מ י"ל כמו"ש בש"מ ריש ב"מ ובפנ"י שם ובתומים (סי' קל"ח) ליישב הוכחת התוס' משנים אדוקין בשטר דפריה הגמ' ולית ליה לרבי שנים או חזין בטלית אף דשם חד מנייהו רמאי משום דשם לא נוכל לומר דיניית דאם פן לקמה מדה"ד להמלנה דירוים הלנה הפל וה"נ דכונתין אם שניהם נותנים סימנים בהשטרות אם ל"ל יחלוקו רק דיהיה מונח ירוים הלנה הפל.

אולם אחר כף פתב הרמ"ך דאפ"ל דיד בעהש"ט על התחונה היינו פיון דאין או חזין ממש ולא הוי מוחזקין מה דתופס בחזקת שניהם רק לסלק הדין דפרסאי שיהי' פל דאלם גבר וכמו שכ' בדברי משפט ולדברי הגתיות מהראוי היה לומר בזה יחלוקו פיון דהמוצא לא קבל מאחד ובמציאה בא לידו ותופס בחזקת שניהם והחלוקה יכולה להיות אמת דפרע לו המחצית החוב אלא נדאי דחזקת ממון עדיף ואין מוציאין מיד הלנה הואיל דהמלנה לא הוי מוחזק ממש ואם פן בשליש שמת ונדענו דבא משניהם ליד השליש אף דלא מרעי ליה לשטרא בזה שאין היורשים יודעין ולא הוי פספיקו של הבע"ד מ"מ אין מוציאין והדין דיהיה מונח.

ועיין מה שכ' לקמן דיני טו"נ: סי' נט מדברי הש"ך והב"ח והסמ"ע לעיל (סי' מ"א ס"ק י"ט) מבואר דגם באינו יודע מה טיבו פיצד בא לידו השטר דאף אם הוא תוף זמן הפרעון גם פן אינו גובה ובגתיות (ס"ק ח') כתב דרק בנפל דאיתרע וכן בנמצא ביד אחר דאינו גובה אפילו תוף זמנו הוא משום דכשאחר מספק הוי ספיקו של השליש פספיקו של הבע"ד אבל כשנמצא ביד יורשי השליש הואיל דליכא ריעותא דנפילה גובה בו כשהוא תוף זמנו ומדברי הב"ח והסמ"ע והש"ך מבואר להיפך וכן בדברי כ"מ (סו"פ י"ד) ממלנה דכ' בשאינו ידוע שנפל אלא ביוצא מתחת יד אחר ואין אותו אחר זוכר איהו בא לידו מבואר דאינו יודע פלל אם בא לידו מן הלנה או המלנה ואינו שלישי בניהם ואינו יודע פלל איהו בא לידו ובכל זה אינו גובה.

ומ"ש דליכא ריעותא פלל בא"י מה טיבו מדכ"הסמ"ע (ס"ק י"א) משם הרא"ש דלא איתגלד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד זוכר הא דעת הרשב"א דחיישינן לקנוניא וכבר הביא הכנה"ג דברי מהרשד"ם ותשובת רמ"א דאין לחוש לקנוניא אלא היכא דאיכא ריעותא כמו בנפל או במוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו דלדעת הרשב"א כה"ג הוי ריעותא ואף אם מת הוי ריעותא פיון שלא צנה להם אביהן אם פן ממילא אינו גובה אף בתוף זמנו.

אולם המעיין בתשובת רשב"א יראה דסובר אף דלא איתרע פלל במה דאינו יודע מה טיבו מ"מ חיישינן לקנוניא וממיל' יש לומר דאם הוא תוף זמנו לא חיישינן לפרעון וכן

משמע דעת התנאים (ס"ק ה') דביד שלישי לא הוי איתרע לחויש לפרעון תוה זמנו ועיין בתנאים (ס"ק ג') מה שכ' ליישב קושית רשב"א מהה עובדא דסבתא בסנהדרין דאמרה ידענא דשטרא פרוע דאיירי דהלנה אומר איני יודע אם פרעתיך דבלא נאמנות השליש או מצד מגו הנה חייב לשלם מבואר מדבריו דבאומר איני יודע מה טיבו לא הוי פל פה ריעותא וחייב מצד איני יודע אם פרעתיך וכנראה חזקה דא"פ תו"ז עדיף מא"י אם פרעתיך ואם נאמר דבמה דאיני יודע מה טיבו הוי ריעותא דחיישינו לפרעון אף תו"ז פמו כן לא נחייבו בא"י אם פרעתיך: וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ג') דכ' להסתפק בזה אם בריעותא דנפילה חיישינו לפרעון אף באומר איני יודע אם פרעתיך פמו בתו"ז והוכיח מדברי רשב"א הנ"ל דסובר דבאיני יודע אם פרעתיך פטור אף באינו יודע מה טיבו.

ולכאורה קשה להוכיח כן מפח קושית הרשב"א דודאי ידע הרשב"א דיש אנפי לאוקמי הך עובדא באופן דלא יקשה כן דדל נאמנות מפאן רק הוכיח מפשטות הדברים והרשב"א לא סמך את עצמו על הראיה הזאת לבד וגם דינו כ' כן רק להלכה ולא למעשה כמבואר מדבריו להדיא (ח"ד סי' ס"א) דכן עשו רבותיו מעשה אפילו בשטרות שנמצאו חתומים ביד סופר מתא אבל להלכה דוקא במי שנמסר השטר לידו דמסתפק לו עיין שם.

וגם אף אם נאמר דגם באם הלנה אומר איני יודע אם פרעתיך דגם כן פטור מ"מ בנדאי לציד"ש חייב לשלם דלא גרע מאיני יודע אם נתחייבתי דחייב לציד"ש ואם כן שפיר דן ר"נ להימנה להסתבא מטעם מגו דאי בעי קלת' או מטעם שלישי לפטור הלנה לגמרי אף מלציד"ש.

אלא ודאי דהרשב"א הוכיח דבריו דבפשטות הש"ס משמע דלא הוי טענו' שפא רק הכחשה בין הלנה והמלנה. אבל לעולם יש לומר דגם הרשב"א אף דסובר דחיישינו לקנוניא ובשניהם מודים לא יחזיר היינו דספקו של שלישי הוי כספיקו של הבע"ד.

אבל לעולם דלא הוי ריעותא לדון בזה לפוטרו אף בתו"ז וכן באומר איני יודע אם פרעתיך. וראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' קצ"ז) דהניח דין זה בצ"ע אם בריעותא דנפילה פטור אף באיני יודע אם פרעתיך או לא ובאמת בגנוני שכ' אאמ"ו ז"ל לדון פשהמלנה תובע שהיה שטר ונאבד ממנו והלנה מודה דהיה חייב לו בשטר ואומר איני יודע אם פרעתיך והחזרת לי השטר ונאבד ממני.

יש לדון דהמלנה נאמן במגו דלא הי' תובע לו בהשטר רק סתם דחייב לי והלנה הנה אומר איני יודע אם פרעתיך דהיה חייב. ואף למה שכ' הקצוה"ח משם ס' בני שמואל דבמקום ריעותא דנפילה לא מהני מגו מ"מ זה דוקא פשיש ריעותא לפנינו דנמצא דרף נפילה או פשיאיני יודע מה טיבו אם הוי ריעותא אבל באומר דנאבד ממנו במקרה וליכא ריעותא לפנינו יש לומר דנאמן דלא איתרע פלל במגו דלא הזכיר פלל השטר וגם דהוי מגו בעיקר הריעותא בזה יש לומר דנאמן במגו.

ובכו"ש אמרינו מגו להוציא וצ"ע בזה: והיכא דהחזירו השליש להמלנה ומכחיש אותו דיכול לגבות בו כתב הסמ"ע דחייב לישבע נגד עד המכחישו ובתנאים תמה על זה פיון

דאין אדם משים עצמו רשע אינו נאמן לומר שמסרו לו שלא כדין ומה גדר עדות יש כאן.

ובנתיבות כ' דלהסוכרי' דאמרינו פלגינן דבורא אף בחד גופא גבי פלוני רבעני לרצוני ואמרינו שהיה לאונסו ה"נ אף דאמר דנתן לו השטר ברצונו פלגינן דיבורא ואמרינו דחטף ממנו השטר לאונסו.

ולכאורה יש לומר למה שכ' תוס' פתובות (נ"ח ח"י) דבקיזים שטרות דרבנן לא אמרינו פלגינן דיבורא ה"נ שבועה זו אינה רק מדרבנן ולא אמרינו פלגינן דיבורא. אולם כבר ביארתי לעיל דיני עדות (סי' מ"א) דברי תוס' הנ"ל באופן דאף בדרבנן אמרינו גם כן פלגינן דיבורא רק בקיזים שטר' דאין צריך לכל מה"ת בזה לא פלגינן דיבורא לאנרעאי השטר אבל לעולם בכל מה דמועיל העדות מדרבנן אמרינו גם כן פ"ד לקיזים עדותו.

אולם יש לומר דא"ד לפלוני רבעני דשם עיקר העדות הוא שרבע אותו כדי לחייבו ולא איכפת לן אם באונס או ברצון לענן עיקר עדותו אבל כאן דמעיד דממנו בא השטר לידו והוא מסר לו אף דאינו יודע מה טיבו ונאנחנו נוסף על עדותו מה שאינו מעיד דחטף ממנו השטר שזה דבר אחר לגמרי לא מוסיפין על עדותו מה שאינו מעיד ועיין מה שפתיבתי בדברי חיים דיני קידושין (סי' א') ולעיל דיני עדות (סי' מ"ב) כעין סברא זו דלא מוסיפין על עדותו כדי לקיזים עדותו באם נ"מ בעדותו כפי מה שמעיד הוא למה דנאמר פ"ד להוסיף על עדותו וה"נ דכנותיה אולם ראיתי בספר הראב"ן (נ"ח צ"ב) ונ"ל וכן נמי ראובן הוציא שטר על שמעון שהוא חייב לו מנה ושמעון משיבו פרעתי ונפל ממני והעיד יהודה שהוא מצא השטר זה ונתנו לראובן ולוי כמו כן מעיד שראה את יהודה שמצא זה השטר פינן שיש עדים שנפל היה זה השטר איתרע ליה ואעפ"י שהוא ביז המלוה אמרינו דבברי שמעון הלזה כן הוא שפרעו וממנו נפל ואע"ג דאמר שמואל לא חיישינו לפרעון קי"ל כר' יוחנן דאמר חיישינו לפרעון דהא תנאי פנותיה עכ"ל הרי מבואר אע"ג שיהודה העיד שהוא מצא זה השטר ונתנו לראובן ואם כן עשה שלא כדין דהמוצא שטר חוב לא יחזיר ולא אמרינו אאמע"ר וע"כ צ"ל דעיקר עדותו על מציאות השטר דאיתרע פ"א וכיצד בא לידו לא איכפת לן ופ"ד: סי' ס הנה הא דשטר שנפל דאיתרע מבואר מדברי רש"י ב"מ (נ"ח ז') לא יוציא מיזו לא לנה ולא מלנה עד שיבא אליהו או עדים שראו מיז מי נפל מבואר דאם ידוע שנפל מיז המלוה מחזירין למלוה וברש"י שם (נ"ח י"ב) כ' הני ריעי הואיל ונפל איתרע די"ל אם היה פשר היה נזהר בו וכן שם בהא דחיישינו לאיקרי וכתב כ' רש"י ז"ל לכן הופקר להשליכו משמע דעיקר הריעותא מדלא נזהר לשמרו חספא הוא וממילא אפילו ידוע שנפל מהמלוה יש לחוש לפרעון וכבר עמד על זה בקצוה"ח (ס"ק ט') ולכאורה י"ל אם ידוע דנפל ממלוה היכא דיש חשש פרעון בזה פינן דתפיסתו מוכח דלא פרעו כשנראה השטר בידו לכן מחזקינן להשטר שאינו פרוע כמו שהיינו מחזיקין אותו כשנראה בידו אבל בחשש דכ' ללות בניסן ולא לנה דאף כשהיה בידו אין תפיסתו מוכח דנמסר לידו ביום שפתוב רק החזקה הוא על העדים ונחזק' הזאת אנו דנין אם יוצא מתחת ידו אבל כשנפל איתרע וחישינו.

אולם באמת מבואר מדברי הפוסקים דאף בלא חזקה של העדים חזקה הזאת דביום שנכתב נמסר הוא חזקה מעליא ועיין בזה באורף בנתיבות (סי' נ"א): וי"ל בשלמא לענין

חשש פּרעוֹן פּשָׁרָאוּ עֵדִים שְׁנָפֵל מִמֶּנּוּ כִּינּוֹן דִּישׁ חֲזָקָה כָּל מָה שְׂפִיד אָדָם הוּא שְׁלוֹ מִמִּילָא כְּשֶׁאֲנִי דָּנִין עַל הַשְּׁטֵר בְּהַגְיֵר צָרִיכִין לְהַחְזִיר לוֹ הַגְיֵר וּכְשֶׁבֵּא לִידּוֹ בְּהִיתָר מִמִּילָא גּוֹבָה בּוֹ וּלְדַעַת הַרְמַב"ם אִם הִתְחַזְרוּ מִן חֲזָר וְאִם לְדַעַת הַחֹלְקִים דָּאָם כְּבָר נֹדַע הַרְיֵעוּתָא לֹא מִגְבִּינוּ לִיה אִם שְׁהַחְזִירוּ מ"מ כָּאֵן כִּינּוֹן דָּאֲנִי דָּנִין לְמִי הוּא הַגְיֵר גּוֹבָה מִמִּילָא בּוֹ אַחַר כֵּן וְאִם דְּבִנְפִיל' אִתְרַע לְחֹשׁ לְפָרְעוֹן וּמִמִּילָא הַגְיֵר הוּא שְׁל לָנָה מ"מ אִם אִם פָּרְעוֹ יְכוּל לְהִיֹּת דְּהַגְיֵר נִשְׁאֵר לְהַמְלִיחָה בְּשָׂבִיל פְּשִׁיטִי דְסָפְרָא זִייר לִיה.

אָבֵל לְגַבִּי חֲשֵׁשׁ דְּכָתֵב לְלוֹת בְּנִיסָן וְלֹא לָנָה עַד תִּשְׁרִי דְהוּא מְוָקָדָם וּפְסוּל כִּינּוֹן דְּלַעוּלָם הַגְיֵר שְׁל לָנָה הוּא רַק דְּמִקְנָה לְהַמְלִיחָה כְּדִי לְגַבּוֹת בּוֹ בְּמִוָּקָדָם כִּינּוֹן דְּמִן הַדִּין אִינוּ גּוֹבָה בּוֹ מִמִּילָא לֹא זָכָה בְּהַגְיֵר וּמִתְנַרְץ מָה דְעָמַד בַּקְצוּה"ח מְלַעִיל (ס' מ"א) דָּאָם נֶאֱבַד הַשְּׁטֵר בְּעֵדִים דְקִי"ל כּוֹתֵבִין שׁוֹבֵר וּכ' הַשְּׁטֵר כִּינּוֹן דִּידְעֵנוּ דְנִשְׁרַף בְּאֲוָנָס לִיכָא חֲשֵׁשׁ פָּרְעוֹן וּמִבְּנָאָר דָּאָם לֹא יִדְעֵנוּ מִאֲוָנָס אִם דִּידְעֵנוּ מִאֲבִידָת הַמְלִיחָה לֹא מְהַנִּי וְכֵן בְּנִמְחָק שֵׁט"ח וְלָמָּה שֵׁט"ח הֵתֵם כִּינּוֹן דְּלִיכָא שְׁטֵר בְּכַפְּנֵינוּ לְדוֹן עָלֵינוּ לְהַחְזִירוֹ רַק אֲנִי דָּנִין אִם לְכַתּוֹב לוֹ שְׁטֵר אַחַר בְּזָה שְׁפִיר אִתְרַע דְמַהִיכִי תִימִי נְכַתּוֹב לוֹ שְׁטֵר אַחַר מָה שְׂאִין כֵּן כְּשֶׁאֲנִי דָּנִין עַל הַשְּׁטֵר שְׂבִפְנֵינוּ שְׂצָרִיף לְהַחְזִיר לוֹ הַגְיֵר דְשְׁלוֹ הוּא מְטַעַם חֲזָקָה גּוֹבָה בּוֹ אַחַר כֵּן מִמִּילָא וְדוֹמָה קֶצֶת לְדְבָרֵי תוֹס' חֲלוּן (דָּף צ"ז) דָּאִם דָּאִין מִחְזִירִין מְמוֹן בְּסִימָנִים מ"מ מִחְזִירִין הַשְּׁטֵר בְּסִימָנִים כִּינּוֹן דָּאֲנִי דָּנִין רַק עַל הַשְּׁטֵר וּמִמִּילָא גּוֹבָה בּוֹ אַחַר כֵּן וְה"נ כִּינּוֹן דִּידְעֵנוּ דְנָפֵל מִיַּד הַמְלִיחָה אֲנִי דָּנִין עַל הַגְיֵר וְאַחַר כֵּן מִמִּילָא גּוֹבָה בּוֹ מָה שְׂאִין כֵּן בְּאִם אִין כָּאֵן שְׁטֵר לְדוֹן עָלֵינוּ רַק לְכַתּוֹב לוֹ אַחַר כְּמוֹ (ס' מ"א) וְאַתִּי שְׁפִיר גְּמִי הָא דְכ' הָרָא"ש דְלִכְּהַ מִחְזִירִין לְהַמְלִיחָה בְּסִימָן דַּע"י הַסִּימָן מִתְבָּרַר מִיַּד מִי נָפֵל כִּינּוֹן דַּע"כ"פ צָרִיף לְהַחְזִיר לוֹ הַגְיֵר: וְהָא דְמִבְּנָאָר בְּש"ס ב"מ (דָּף י"ז) דְחִיִּישֵׁינוּ לְפָרְעוֹן אִם דְּאִיבְעִי לִיה לְמַקְרַעִיָּה לְשְׁטֵר' אִימַר אִישְׁתְּמוּטִי קָא מְשַׁתְּמִיט לִיה אִי גְּמִי אִפְשִׁיטִי דְסָפְרָא זִייר לִיה הָרִי דְהַחְשֵׁשׁ פָּרְעוֹן הוּא אִם כְּשֶׁנָּפֵל מִיַּד הַמְלִיחָה עַל כְּרִיף צָרִיף לֹא מְרַעֵנוּ לְסַפֵּק סְפִיקָא חֲדָא דְלָמָּה נָפֵל מִהַלְּנָה וְשִׁכַח לְקַרְוַע וְאִם יְכוּל לְהִיֹּת דְנָפֵל מִהַמְלִיחָה מְכָל מְקוֹם יְכוּל לְהִיֹּת דְפָרְעוֹ וְזִייר אִפְשִׁיטִי דְסָפְרָא.

אָבֵל בְּיַדְעֵנוּ דְנָפֵל מִהַמְלִיחָה לֹא מְרַעֵנוּ לְהַשְּׁטֵר בְּשָׂבִיל חֲשֵׁשׁ זָה בְּלִבְד. וי"ל דְזָה גְּמִי טַעְמָא דְהָרָאב"ד בְּרַמְב"ם (פ"ד) מְמַלְּנָה דְחֹלְקֵי עַל הַרְמַב"ם בְּשְׁטֵר שְׂנִמְצָא תוֹף זְמַנּוֹ דְגּוֹבָה בּוֹ וְהַשְּׁטֵר (ס' מ"א) הַרְבֵּה בְּרָאִיוֹת דְאִתְרַע אִם בְּתוֹף זְמַנּוֹ וְעִינְוִשְׁם בַּקְצוּה"ח דְעִינְוִשְׁרָא הָרָאִיָּה הוּא מְפִתְּוֹבָה דָּאִם לְמִאֵן דְלֹא חִיִּישׁ הוּא מְשׁוּם דְלֹא נִתְּוֹן כְּתוֹבָה לְגַבּוֹת מַחֲשִׁים הָא לֹא הִכִּי אִתְרַע.

וי"ל דְהָרָאב"ד סוֹבֵר דְנִדְאִי לֹא שְׂכִיחַ טוֹבָא שְׂשִׁילָם תוֹף זְמַנּוֹ וְיָנִיחַ הַשְּׁטֵר בְּיַד הַמְלִיחָה בְּשָׂבִיל פְּשִׁיטִי דְסָפְרָא וְאִם לֹאח"ז לָמָּה יָנִיחַ הַשְּׁטֵר בְּיַד הַמְלִיחָה רַק י"ל אַעפ"כ כִּינּוֹן דְנִפְלִיָּה לֹא שְׂכִיחָא מְדַנְפֵל וְלֹא גְּזַהַר בּוֹ הַמְלִיחָה וְדָאִי פְּרִוַע הוּא וְחִיִּישֵׁינוּ כִּינּוֹן דְהוּא לֹאח"ז פָּרַע וְסַמָּה א"ע עַל הַמְלִיחָה דְכְּשִׁיתְּבַע מִמֶּנּוּ עוֹד הַפְּעַם יִאמַר אִשְׁתְּבַע לִי דְלֹא פְּרַעֲתִיף וּמִאֲמִין בּוֹ דְלֹא יִשְׁבַע בְּשִׁקָּר.

וְזָה דְוָקָא לְאַחַר זְמַן פָּרְעוֹן אָבֵל תו"ז דָּאִינוּ חֲתִיב לִישְׁבַע וְדָאִי חֲשֵׁשׁ רְחוּק הוּא שְׂפִירָע לּוֹ וְיָנִיחַ אֲצִלוֹ הַשְּׁטֵר וְאִם אִתָּא דְפָרְעוֹ מִקְרַע הָנִי קָרַע לִיה וְאֲצִל הַמְלִיחָה וְדָאִי לֹא הִנִּיחַ אוֹתוֹ דְכְּשִׁיתְּבַע אוֹתוֹ פְּעַם שְׁנִית תו"ז לֹא יִהְיֶה לוֹ שׁוּם טַעְנָה.

מה שאין כן בכחונה דחייבת לישבע אף בתו"ז דחיישינו לצררי לכה שפיר בנפל הנה נאמן לומר פרעתי אם לא משום דלא ניתן פתובה לגבות מחיים. ובדין הא' ברמב"ם שם בטוען שאבד השטר ואין השטר בפנינו והלנה טוען שפרע ליכא ריעותא בטענ' הלנה די"ל שפרע וקרעו י"ל שם פינו דליכא שטר בפנינו נוכל לומר ששאבד מן העולם באונס וליכא ריעותא למלנה ובנפל ונמצא בפנינו ואינו קרוע יש ריעותא לטענת הלנה דלא קרע לכה דעת הראב"ד דגובה: והנה אם המלנה בעצמו מוצא השטר ודאי לא איתרע השטר דלא איתרע שטרא אלא פשהגיע ליד אחר כמבואר בב"ח והביא ראיה דהא בשנים אדוקים בשטר ומלנה אומר שלי הוא וממני נפל ומצאתיו דיחלקו אלמא דאם הנה נודע בעדים שממלנה נפל ומצאו גובה בו ולא אמרינו איתרע שטרא בנפילה והיינו דוק' פשאין זכותו בידו ובא ליד אחר פינו דנפל איתרע ואין מחזירין אכל אם מצאו בעצמו פינו דזכותו בידו ובא לידו בהיתר לא פסלינו משום ריעותא דנפילה ומוקמינו השטר בחזקתו אף נראה דזה נוקא היכא דנאבד מיד המלנה ובא לידו בהיתר ואף דראו עדים דנאבד ממנו או שהודה מעצמו והודאת בעל דין כמאה עדים דמי מ"מ פל דלא בא ליד אחר והמלנה טוען טענת פרי דאינו פרוע בזה מוקמינו השטר על חזקתו אבל אם נאבד ומצאו יורשיו של המלנה פינו דאינם יודעים בטענת פרי דכשר הוא ולא נמצא ברשות אביהם פינו דאיתר' בנפילתו בזה י"ל דאין גובין בו וכן מבואר מדברי ראב"ן (דף צ"ג) וז"ל ראובן הוציא שטר על שמעון וכתוב בו שאביו של ראובן הלנה לאביו של שמעון מנה השיבו שמעון והלא גזירה היתה ונשללו הפתים ואיך בא שטר זה לידך השיבו ראובן מה אמה חש מן השמי' נפל לי דין זה פסק מהא דאמרינו הודאת בעל דין כמאה עדים וכינו דמודה דנפל איתרע ליה ואמרינו פרוע הנה ומן הלנה נפל כדחננו מצא שט"ח כו' מתניתין פינו דנפל איתרע ליה מזלי' וחישינו דלמא אקרי וכתב אלמא משום דאיתרע דנפל אמרינו שפא עכ"ל הרי מבואר דלגבי יורש פינו דאינו יודע אם פרוע הוא או לא איתרע בנפילה ואף דגזירה היתה ונשללו הפתים ולא נמצא דרף נפילה מ"מ סובר פינו דמודה דהנה זמן מה ביד אחרים שלא ברשות המלנה אביהם אף דבא ליד היורש בהיתר לא מגבינו ביה הואיל דאינו טוען טענת פרי דלאו פרוע הוא.

ועיין ברבינו רבנחם נתיב ב' (ח"ב) וז"ל ודברי הפל אם מצאו מלנה עצמו אפילו נודע בעדים שהיה מושלף בשוק אין מוציאין אותו ומנו וגובה בו כדאמרי' בב' אדוקים כלומר מלנה ולנה עכ"ל משמע דוקא כשהמלנה בעצמו מצאו ולא אם היורש מצאו: סי' סא במצא שובר דהדין הוא דלא יחזיר לא לנה ולא לנה נחלקו האחרונים אם הדין הוא דהמלן' גובה בשטרו ואוקי השטר בחזקתו או לא דאף דשובר הנמצא איתר' בנפילתו מ"מ מידי ספק לא יצא ואוקי ממונא בחזקת מרא ודעת הח"מ וב"ש אה"ע (סי' ק"י) דגובה בו וכן העלה הפנ"י בתשובה והסמ"ע והטו"ז מחולקים אם הוא דוקא בשביל דטוען המלנה פרי ולא במקום שחב לאחרים ועיין באחרונים ובקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק ל"ז) ואאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' ס"ה) האריף הרבה בזה והביא ראיות נכונות לדעת הח"מ והב"ש דגובה המלנה מדברי הרא"ש וראשונים סוף פ"א דב"מ.

ומדברי בעל העיטור המובא בש"ג פ"ב דגטין דכ' להוכיח ממה דפריף הש"ס ב"מ וליחוש שפא כתב הבעל הגט ליתן בניסן כו' ואזל הבעל וזבן פרי כו' ולא פריף וליחוש

משום בַּת אַחֲוֹתוֹ ש"מ דַּנּוֹת לָא שְׂכִיחָ' וּכ' וּאֵע"ג דַּאֲפ"ל הֵתָם לִיכָא לְמִיחּוּשׁ מְשׁוּם ב"א דַּאֲפִילוּ לָא מְחִזְרִין לָא קְטְלִינּוּ דַס' נְפֻשׁוֹת לְהַקְל אַפְתִּי כּו' וְאִם נְאָמַר בְּשׁוֹבֵר הַנְּמָצָא גּוֹבָה הַמְלִיחָה וְלִית בְּהַשׁוֹבֵר מְמַשָּׂא אִם כֵּן לְמָה לָא מוֹקְמִינּוּ אַחְזָקַת א"א וּמוֹכַח דַּעַת בַּעַל הָעֵיטוֹר דְּהוּי סָפֵק.

אוּלָּם הַקְּשָׁה עַל בַּעַל הָעֵיטוֹר עַל הוֹכַחְתּוֹ מֵהָא דב"מ דְּסָבְרוּ דַּנּוֹת לָא שְׂכִיחָא הָא שָׁם הַסְּנֵיגָא עַל פְּרָחָה אֲזֵלָא דְּמְשׁוּם בַּת אַחֲוֹתוֹ תִּקְנּוּ זְמַן בְּגַט דְּהָא קָאֲמַר הַנִּיחָא אִי אֲמַרִּינּוּ כִּינּוּן שְׁנַתָּן עֵינָיו לְגַרְשָׁה כּו' אֲלָא אִי אֲמַרִּינּוּ עַד שְׁעַת נְתִינָה וְעַל פְּרָחָה כּר"י דִּתְקַנּוּ זְמַן מְשׁוּם בַּת אַחֲוֹתוֹ וְזַנּוֹת שְׂכִיחָא דָּאִם לָא כֵּן לְמָה תִּקְנּוּ זְמַן הָא לר"י יֵשׁ לְבַעַל פְּיֻרוֹת עַד שְׁעַת נְתִינָה וְתִקְנּוּ זְמַן מְשׁוּם שְׁמָא יַחְפָּה עֵי"ש בְּדַבְּרֵי: וִי"ל דְּבַרְיָ בַעַה"ע עַפ"י מַה שְׂכ' לִינִישׁב דְּבַרְיָ רַש"י גִּיטִין (דף י"ז) דַּכ' דְּכָל גִּיטִין הַבָּאִין לְפָנֵינוּ צְרִיכָה לְהַבִּיא רְאֵיהּ אִימְתִי מְטָא לִידָה וְהַקְּשׁוּ בְּתוֹס' דָּאִם כֵּן מַאי פְּרִיָּה בב"מ עַל הַבְּרִיָּיתָא דְּמָצָא גִּט אִשָּׁה בְּשׁוֹק אֲמַאי בְּזַמַּן שֶׁהַבַּעַל מוֹדָה יַחְזִיר לְאִשָּׁה דְּנִיחּוּשׁ שְׁמָא תִּטְרוּף מְלַקְּחוֹת שְׁלֵא כַּדִּין הָא בְּכָל גִּיטִין כֵּן הוּא דְּצְרִיכָה לְהַבִּיא רְאֵיהּ וִי"ל דְּהָא בְּש"ס גִּיטִין שָׁם פְּרִיָּה פְּתִיבָה וְאוֹתְבִיָּה בְּכִיסְתִּיהּ דָּאִי מְפִיָּיסָה תְּפִיָּיס מַאי א"ל לָא מְקַדִּים אִינְשׁ כּו' וּכ' תוֹס' מְשָׁם רַש"י דְּהַקְּשׁוּנָא הוּא בֵּין לר"י בֵּין לר"ל וְהַקְּשׁוּ הָא לר"ל מְשַׁעַת חֲתִימָה אִין לְבַעַל פְּיֻרוֹת וְכַדִּין טוֹרְפָה וְכַתְּבוּ כִּינּוּ דְּכַתְּבַע"ד דָּאִי מְפִיָּיסָה תְּפִיָּיס מוֹדָה ר"ל דִּישׁ לְבַעַל פְּיֻרוֹת עַד שְׁעַת נְתִינָה וְעֵינָיו שָׁם בְּרַשְׁב"א כִּינּוּ דְּלָא גָּמַר בְּדַעְתּוֹ לְגַרְשָׁה דְּאֵלוּ תְּתִיָּיס וְתִשְׁקוּט הַקְּטֻטָּה שְׂבִינִיהֶם יִקְרַעְנוּ בְּכִי הָא מוֹדָה ר"ל דָּאִין לָהּ פְּיֻרוֹת עַד שְׁעַת נְתִינָה.

וְהִנֵּה הַרְּשָׁב"א וְהַר"ן כ' עַל קוֹשְׁיַת תוֹס' דְּלְמָה כּוֹתְבִין גִּט לְאִישׁ אַעפ"י שְׁאִין הָאִשָּׁה עִמּוֹ נִיחּוּשׁ דְּלָא יִתֵּן עַד תְּשַׁרִּי שֶׁהוּא מְשׁוּם דְּלָא מְקַדִּים כּו' [וְעֵינָיו נ"י ב"מ דַּכ' גַּם כֵּן דְּמְשׁוּם דְּלָא מְקַדִּים כּוֹתְבִין וַיֵּשׁ לְהַתְּבַוֵּן בְּדַבְּרֵי נ"י ב"ב בְּמַתְּנִיתָן דְּכוֹתְבִין גִּט לְאִישׁ דְּכַתְּבַע וְלִיכָא לְמִיחּוּשׁ שְׁלֵא יִתְּנּוּ עַד לְאַחַר זְמַן וְיָבֵא לְחַפּוֹת עֲלֶיהָ אוֹ תִּטְרוּף שְׁלֵא כַּדִּין הַפְּיֻרוֹת שְׁהַרִּי כָּל אִשָּׁה צְרִיכָה לְהַבִּיא רְאֵיהּ אִימְתִי מְטָא הַגִּט לִידָה וְקֻשָּׁה הָא זֶה אֲתִי שְׁפִיר לְעַנְּנָן טוֹרְפ' מְלַקְּחוֹת דְּהוּ מוֹחְזָקִין אֲבָל לְעַנְּנָן חִיפּוּי מְסַפֵּק לָא קְטְלִינּוּ דְּהַרִּי מְשַׁעַם זֶה נְכַתְּבַע בְּיוֹם וְנַחְתָּם בְּלִילָה פְּסוּל לְרַבְּנָן מְשׁוּם שְׁמָא יַחְפָּה וְגַם הָא בב"מ מְבֹאֵר דְּסוֹבֵר כְּדַעַת הַתוֹס' דְּרַק בְּנִפְל אֲמַרִּינּוּ לָהּ אִימְתִי רְאֵיהּ אִם כֵּן נִשְׂאָר הַחֲשָׁשׁ דְּפְיֻרוֹת רַק מְשׁוּם דְּלָא מְקַדִּים כּוֹתְבִין וְצ"ל בְּבִיאוֹר דְּבַרְיָ הַנ"י דְּסוֹבֵר דְּנִדְּאִי לָא מְקַדִּים שְׂכִיחָתָּהּ עֲתָה וְלָא יִמְסוֹר וְאִי דְּבִאָּמַת כ' לְגַרְשָׁה וְרָאָה קָמָה לְקַצוֹר וּמְמַתִּין עִם הַנְּתִינָה בְּזֶה סוֹבֵר כְּמוֹ שְׂכ' תוֹס' דְּנִדְּאִי יִמְסוֹר בְּעַדִּי מְסִירָה וְיִהְיֶה קוֹל וְיִאמְרוּ לְקוֹחוֹת אִימְתִי רְאֵיהּ וְהִנֵּה קוֹשְׁיַתּוֹ דְּנִיחּוּשׁ לְכַתְּחִילָה לְדַלְמָא עֲבִיד כְּדִי שְׁיִרְוִיחַ פְּיֻרוֹת וְאִם כֵּן נִשְׂאָר הַחֲשָׁשׁ דִּיחְפָּה גַּם כֵּן וּמְתַרְץ דְּהַלְקוֹחוֹת יִאמְרוּ אִימְתִי רְאֵיהּ וְהִינּוּ כִּינּוּ דִּיהֵ' קוֹל יִאמְרוּ אִימְתִי רְאֵיהּ כִּינּוּ דְּהַקּוֹל יוֹצֵא שְׁלֵא נְמַסֵּר בְּיוֹם שְׁנַכְתְּבַע וּמְמִילָא שׁוֹב לָא מְקַדִּים כִּינּוּ דְּלָא יוֹכְלוּ לְהַרְוִיחַ וְשׁוֹב לָא חִיָּישִׁין לְשְׁמָא יַחְפָּה כִּינּוּ דְּלָא יִהְיֶה לְתוֹעֵלַת הַפְּיֻרוֹת לוֹ לָא מְקַדִּים בְּשִׁבִיל זֶה לְחַפּוֹת וּז"פ] וְאִם כֵּן הָא דְּהַקְּשׁוּ בב"מ מְנִיחּוּשׁ לְשְׁמָא כ' בְּנִיסָן אַף בְּלֵא מְקַדִּים מ"מ כִּינּוּ דְּנִפְל אִימְתִי וְחִיָּישִׁין טְפִי וְתִקְשָׁה הִנֵּה לוֹ לְהַקְּשׁוֹת אַף לר"ל דְּסוֹבֵר מְשַׁעַת פְּתִיבָה נִיחּוּשׁ דְּכַתְּבָה ע"ד דָּאִי תְּפִיָּיסָה תְּפִיָּיס וְאִזּוּ יֵשׁ לְבַעַל פְּיֻרוֹת עַד שְׁעַת נְתִינָה וְאַף דְּלָא מְקַדִּים מ"מ בְּנִפְל דְּאִימְתִי נִיחּוּשׁ וְכֵן יִקְשָׁה לְנִיחּוּשׁ לְנַכְתְּבַע בְּיוֹם וְנַחְתָּם אַחַר כֶּף וְאַף

דפסול לרבנן מ"מ נִיחוּשׁ דְּעֵדִים עָשׂוּ שְׁלֵא כְּדִין כְּמוֹ דְּמַצִּינוּ בְּמַצָּא שְׁטַר חוּב דְּחִיּוּשֵׁינָן לְאַקְרִי וְכַתְּב.

אף זה לומר דעל עדים דעשו שלא כדין לא חיישינן ובשט"ח דחיישינן היינו דהנה המלנה והלנה ביחד והמלנה נתאחר' כמו שכ' שם הש"מ. אף הראשון קשה ובי' למה שכ' הרשב"א גיטין שם בהא דאמר ר"ל לא הכשיר ר"ש אלא לאלתר אבל מפאן ועד עשרה ימים חיישינן שמא פייס דבנתפייס ובטל להגט אף דחוזר ומגרש מ"מ לא הפסיד הבעל הפירות אם פן נִיחוּשׁ לְזֵה בְּנֶפֶל וְיִקְשָׁה אֵף לִר"ל: לְכָף י"ל דְּעִיקָר קוֹשֵׁית הַש"ס ב"מ הוא דוקא לר"ל דלר"י באמת בכל גיטין אמרינן לה אייתי ראיה רק לר"ל קאמר הניח' למ"ד פנין שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות שפיר היינו לר"ש אבל למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו עד שעה שראוי ליתן ועיין תוס' גיטין דעיקר הטעם הואיל וראוי לתת ועיין שם בפנ"י ובת"ג די"ל דטעמא דרבנן גם פן מזמן הראוי לתת רק דסברו כר"מ דעדי חתימי פרת' לכה בעינן שיתתמו העדים] ועל זה פריה מאי איפא למימר היינו דניחוש שמא כ' ליתן בניסן דזמן חתימה הנה מקודם וכ' על דעת ליתן בניסן אם לא תפייס ולא נתן עד עתה דאז אחר כף נתפייס ושייף לבעל הפירות ואתיא למטרף לקוחות שלא כדין ולכה קאמר הניחא למ"ד משנתן עיניו ולא קאמר למ"ד משעת חתימה והיינו דקושית הש"ס הי' לר"ל אבל לר"י אתי שפיר דבכל גיטין אמרינן לה אייתי ראיה וכשיטת רש"י ולר"ל הקושיא דסובר יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו מזמן הראוי לתת ואם כתבו על דעת אם תפייסה לא הפסיד פנין דעדיין בספק ואינו רוצה ליתן וכיין דנפל נִיחוּשׁ לְזֵה.

ומינשב דברי הבעה"ע דהוכיח מפאן דזנות לא שכיחא ול"ח על שמא יחפה וקוש' הש"ס הי' לר"ל פן אמרתי בגלדותי על דרך פלפול: ועוד נראה קצת ליישב דברי הבעל העיטור מקושית אאמ"ו ז"ל דיש לומר באמת גם לר' יוחנן דזנות לא שכיחא רק חז"ל חששו לתמן גם על המקרה וההנדה ואף המיעוט ואם לא יצטרף זמן בגט יוכל למצוא בכל העולם ברוב הזמן שיחפה על בת אחותו שזינתה ויגרשה בגט שאין בו זמן לכה תקנו לכתחילה זמן.

ועיין מה שכתבתי באורף בענין תקנת חז"ל בדבר דל"ש בספרי ח"ר דיני שפת (סי' ל"א) אולם בגט הנמצא בשוק שהוא דבר דלא שכיח פלל והוא רק על נידון זה על צד המקרה וההנדה דזנות לא שכיחא וגם נפילה לא שכיחא לא חשו חכז"ל שלא יחזיר הגט אם שניהם מודים מחשש דשמא יחפה פנין דאז אנו דנין על דבר פרטי.

אף יקשה אם פן מאי ראיות הבעל העיטור לפסוק כר"ל וי"ל ובי' למה שכ' בש"מ ב"מ שם משם הריטב"א בבבאור קושית הש"ס אף מטעם דלא מקדים הכשירו בכתבו ואותביה בכיסתיה היינו לענין חשש זנות דבאמת לא שכיח מהני סברות דלא מקדים אבל לענין חשש טירפה מלקוחות לא סמכינן על סברא זו דלא מקדים.

וזה י"ל דכוננת תוס' גיטין דהקשו למה כותבין גט לאיש ליחוש שלא ימסור מיד ותירצו דיהי' קול ויאמרו הלקוחות אייתי ראיה ובסוף דברייהם הקשו דניחוש לשמא יחפה וכתבו דלא מקדים וצריף ביאור למה לא כתבו פן מיד באשר באמת הרמב"ן והר"נ מתרצו פן וצריף לומר דעיקר קושית תוס' הי' על חשש קנוניא ובה' לא שייף סברת לא

מקדים אם פן יקשה מאי מהנו בתירוץ דיהי' קול גיחוש דיתן בצניעה ובסתר בלא עדי מסירה ואי דלא ילקלה גיחוש דאחר פה יגרשה בגט אחר בתשרי ובסתר ימסור לה הגט הראשון ולא יהי' קול לגט השני פיון דהיה בזמן הפתיכה ומהלכות תטרוף בגט הראשון אלא ודאי קושית תוס' לא הוי על קנוניא דיש לומר דכל הקושש פירות הוא רק באם יתיקר מפפי מה שמכר הבעל תבא האש' לטרוף בדמים שנתנה להבעל פי זה תהיה חייבת להחזיר מטעם תקנת השוק רק מה שנתיקר ת"י הלקוחות יפסידו [וי"ל דמשום זה לבד לא תקנו זמן רק אחר שתקנו זמן משום הפסד דאשה מפל וכל פסלו נכתב ביום ונחתם בלילה נמי בשביל הפסד דלקוחות באם יתיקר ומגושב בזה מה שהקשו המפרשים לפירוש תוס' אליב' דר"י יקשה הא בעינו זמן דתביא עדי חתימה ונאמר חזקה ביום שנקתב נמסר ותוציא מיד הלקוחות.

ולמה שכ' אתי שפיר דתצטרף להחזיר ללקוחות הדמים שנתנו מטעם תקנת השוק] וממילא לא שכיח קנוני' ע"ז לחוש שיענה לכתוב גט ולא ימסור מיד בשביל ריחוק זה שיתפטר הפירות ובאם יתיקרו אחר פה ירויח.

רק קושית התוס' הי' דגיחוש שיתפטר פה שיתפטר בניסן ולא ימסור עד תשרי ועל זה תירצו שיהי' קול ואם פן שוב יקשה למה לא תירצו תוס' דלא מקדים. ולמה שכ' הריטב"א אתי שפיר דלענין חשש לקוחות לא סמכינן על סבר' לא מקדים.

ולפי זה שפיר קאמר הבעל העיטור דזנות לא שכיח היינו במצא גט דגיחוש לשמא כ' בניסן ולא נתן וזנתה אחר פה ויחפה דבאמת יש חזקה דביום שנקתב נמסר רק לגבי לקוחות לא סמכינן רק מטעם קול ובנפול חיישינן אבל לענין מיתה אף בנפול ואיתרע מ"מ לא קטלינן דיש חזקה דלא מקדים נגד ריעותא דנפילה וסברא זו מהני לגבי זנות דלא שכיח.

עכ"פ כנראה דעת רוב הפוסקים דאוקי השטר על חזקתו ושובר שנמצא דרף נפילה דאיתרע לית ביה ממשא: סי' סב האומר שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזהו כל שטרותי פרועים ועיין ש"ך (ס"ק ע"ה) ויש לחקור באם הלנה אומר שאינו יודע אם שטרו פרוע אם חייב לשלם כמו בכל שטר הינצא מתחת יד המלנה ואינו יודע אם כפר פרע הלנה או לא דאע"ג דהדין הוא (סי' נ"ט) דאינו גובה בו היינו אם הלנה טוען ברי שפבר פרע דבזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אבל אם גם הלנה אינו יודע אם פרע או לא חייב לשלם כמבואר שם בש"ך (ס"ק א') ובש"ע (סי' פ"ב) דבטענת שמא לא מבטלינן שטרא מספק וה"נ נגד כל לנה כשדנין לא מבטלינן השט' מספק באם גם הלנה מסופק או דלמא י"ל דשאני הכי פיון דנדאי הוזה המלנה דיש ת"י שטר א' שהוא פרוע ואיתרע חזקת שטר אצלו לכה אינו יכול לגבות עד שיודה הלנה.

או י"ל אף דידענו דאיתרע אצל המלנה זה חזקת שטר מ"מ נגד כל לנה ולנה שאנו דנין על שטרותיו מוקמינן לכל שטר על חזקתו אם גם הלנה א"י ואף דממנ"פ שטר אחד פרוע הוא לא איכפת לן דומיא דשני בני אדם ההולכים בשני שבילין ושביל אחד טמא ושביל א' טהור דשניה' טהורין ומוקימינן על החזקה לכ"א וכן בב' פיתות עדים המכחישין זו את זו דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה ה"נ כל זמן שגם הלנה אינו



טוען טענת פרי גובין ממנו וראיתי ברש"ם ב"ב (דף קע"ג) ונ"ל שטרותיו פולן פרועין חוץ מאותן שיאמרו עדיין לא פרענו עכ"ל.

משמע מדבריו דעך שלא יאמרו עדיין לא פרענו אינו גובה אף אם הלנה גם פן אינו יודע דאיתרע לגבי מלנה הנה חזקת שטר אחד וכן נראה מדברי תוספתא סוף ב"ב דקתני על דין זה דמתניתין האומר לבנו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע אינה הוא השטרות פולן פרועין וכשהוא גובה אינו גובה אלא מדעת (המלנה) וכנראה הוא ט"ס וצריך לומר מדעת הלנה וכן כ' בס' חסדי דוד שכצ"ל הרי דאינו גובה רק עד שיודה הלנה ואף אם הלנה אומר אינו יודע גם פן אינו גובה.

אולם לשון הנ"י שם הוא שכ"א יכול לומר אני הוא שפרעתי משמע קצת דכה יכול לומר אבל אם אינו אומר אני הוא שפרעתי חייב לשלם דמוקמינן לגבי כ"א השטר על חזקתו ובתוספתא יש לומר דהגירסא הוא באמת אלא מדעת המלנה היינו להורות אם המלנה אומר אחר כה נזכרתי דשטר זה אינו פרוע דנאמן כמו שכ' הש"ך (ס"ק ע"ו) אף זה דוחק פניו דבתוספתא לא קתני רק האומר לבנו משמע דקאי על המתניתין שהיורשים באין אחר כה לגבות וגם בדברי הנ"י י"ל אף דכ' שפ"ל א' יכול לומר אני הוא שפרעתי היינו אף בטענת שפ"א וכ"ז שלא יאמר עדיין לא פרעתי אינו גובה וכמו שכ' הרש"ב"ם וצ"ע לדינא: (בס"י זה יבואר בדינים השייכים לש"ע (סי' ס"ו) ממכירת שטרות ולאשר הדברים ארופים שלא יתבלבל המעיין וליחת ריח בין הדבקים חלקתי באותיות מענין לענין באותו ענין): סי' סג א) קיי"ל בש"ע (סי' ס"ו) דאין אותיות נקנין אלא בכומ"ם ואם מוכר לחבירו שט"ח וחסר הפתיב' פדין לא קנה.

ובאמת דעת כמה פוסקים ראשונים דהלכת' אותיו' נקנות במסירה ותליא בגירסת הש"ס ב"ב (דף ע"ו) ובכנה"ג כ' דכיון דדעת הרש"ב"ם ורב יהודא גאון וכן ריא"ז משם זקינו ובס' בני שמואל כ' שמצא כ' משם ר"י גאון ו"ל היפוך זה אבל בס' העיטו' מצא שדעתו ודעת בעל נתיבות ברש"ב"ם ו"ל ונראה מדברי בעל משפט צדק ד יכול המוחזק לומר קים לי פנותיהו עכ"ד.

ובאמת בהגהות אשרי פז"ב כ' דרה"ג ור"ח והאלפסי והר"ת וה"ג פוסקין דאין אותיות נקנות במסירה אולם בהלכות גדולות שלפנינו מבוא' דפוסק דנקנות במסירה אלא שחידוש דבר בזה ונ"ל (בדף ק"ג) דפוס ישן דהיכא דיהיב ליה לחבריה שטר במתנה ומסריה נהליה בפני עדים קניה ואע"ג דלא קנו מיניה דקיי"ל הלכתא כר"א בגיטין דעדי מסירה פרתיה עכ"ל.

והדברים נפלאים כמו שתמה על זה הרבניו ישעיה הנקן ו"ל בספר המכריע (סי' כ"א) שהביא דבריו וכו' הפסק שלי נ"ל נכון אבל מה שמסתיע מר' אלעזר אינו נ"ל דלא שייכא פלוגתיהו הקא דגם ר"מ מודה בזה מידי דהוי אכל מטלטלי דעלמא דכיון דמסרינהו בידיה קונה ומה אנו צריכין לעדי חתימ'.

ובס' ש"ח הקשה ביותר דהא אף ר"מ ס"ד דגמ' קידושין (ד' מ"ח) דס"ל אותיות נקנות במסירה: ולפי קוצר דעתי יש ליישב דברי בה"ג דראיתי בס' המכריע שהביא דברים משם בה"ג ולא מצאתי אותם בס' הבה"ג שלפני הוא הביא דבריו שכ' אמר אמיר

הלכתא אין אותיו' נקנות בתליפין למימרא דסבר דבמסירה נקנות ומש"ה פתב בתליפין וזה לא מצאתי בבה"ג ומדבריו שבבה"ג שלפנינו נראה קצת דנקנות בתליפין מדכ' אע"ג דלא קנו מיניה דקיי"ל הלכתא כר"א בגיטין נראה מדבריו דאם קנו מיניה אז מהני אף לר"מ.

וסובר הבה"ג דבכל קנינים צריף שיהיה שייכות להקנין אל מה שקונה והקוני' קרק' בשטר יש לו ראיה שהקנה לו אף אם לא נתן התמורה מ"מ יכול להקנות ע"י השטר לבד אף שהשטר הוא רק נייר בעלמא וממה שפתב בו שהקנה לו הקרקע אינו מוכח מתוך השטר פנין דלא חתמו עליו סהדי מ"מ יכול להקנות על ידו אם יש עדי מסירה שפסרו לו בפניהם שפנה יקנה ואף אם מתו העדים אח"כ פבר קנה ע"י שבשעת הקנין היה יכול לברר על ידי העדים ולר"מ לא מהני עדי מסירה פנין שצריף שיתברר מתוך השטר שקנה ממנו הקרקע וצריף שיתחמו עדים ויהיה מוכח מתוך השטר ואז אף אם מסר לו בינו לבינו מ"מ תפיסתו מוכח שפא לידו מדעת בעלים וחיזקה שפיוס שנקתב נמסר וזה אתי שפיר אם בתוך השטר נזכר שם הקונה אבל אם נכתב על שם ראובן ומכרו ללוי דאינו מוכח מתוך השטר שהוא שלו אף דרבא סובר אם נקנו במסירה אין צריף להביא ראיה היינו דתפיסתו מוכח שפא לידו מן הבעלים ומ"מ לעצם הקנין צריף שיתברר גם אחר כך לכל שהוא קנה דאם לא פן לא חל הקנין דאינו דומה לשאר מטלטלין דתפיסתו מוכח דהוא שלו וכל מה שפיד אדם הוא שלו דזה הוי גופו ממון אבל בשטר דאין גופו ממון ורק ראיה שבו שמשועבד קרקעותיו להמלוה אבל אינו מוכח שפכר לזה שהוא ת"י ואמר לו שיקנה הוא וכל שעדודו ועיין קצוה"ח (סי' ע"ב) בדברי רמב"ן בספר הזכות דאינו נאמן לומר שפמנשפן הוא בידו וא"ד ללקוח דתפיסתו מוכחת מה שאינן במשכון דאינו מוכח מתפיסתו דנתחייב לו מקודם וה"נ דכונת' בשטר אף דחיזקה דבא לידו מן המלוה מ"מ אינו מוכח מתוך השטר דהלוה נשבעבד לו דהיינו שהמלוה אמר לו שחזקה על ידי מסירת השטר בהשעבוד וכיון דהלוה יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את לא חל הקנין רק לר"א דעדי מסירה פרתו חזינו דאף דאינו מוכח' מתוך השטר חל הקנין על ידי העדי מסירה פן נמי פשמוכ' המלוה השטר לאחר חל גם פן הקנין אבל לר"מ אינו יכול לחול הקנין על ידי העדי מסירה וצריף שיהיה מוכח מתוך השטר פן נמי זה שקונה השטר שנקתב בו שם אחר אינו מוכח מן מה שהשטר בידו שהוא שלו ויכול הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את אבל אם הקנה השעבוד של השטר על ידי קנין סודר זה הוי פמו שאר דברים שיקנו על ידי קנין סודר אף דאינו מוכח ממה שפידו דזה הוי קנין בפ"ע רק מה שרוצה לקנות על ידי שטר שפא לידו צריף שיהיה מוכח מתוכו.

ולפי זה אתי שפיר די"ל דאף ר"מ סובר פרבי דאותיות נקנות במסירה והיינו בצירוף קנין סודר ול"ק מהא דקידושין הנז' פן יש ליישב דברי הבה"ג. אבל שאר הראשונים והגאונים דס"ל דאותיות נקנות במסירה ל"צ שום ראיה דתפיסתו מוכחת ומנהי לקנין בפ"ע דהמסירה הוי פאלו גם השעבוד פא לידו וכמבואר בדברי הרמ"ה ב"ב (דף קע"ב).

עכ"פ דעת בה"ג גם פן פשפסר לו בפני עדים נקנות במסירה פלא פתיכה וכן דעת ספר המכריע שם דנקנות במסירה לכן יכול לומר קים לי שלא להוציא ממון מיד המוכר. וכן

כתב בתשובת שער אפרים (סי' קכ"ה) דא"י להוציא המזון מיד המוכר: וראיתי בס' שער המשפט דגימגם בזה דהא להסוברים דאינו נקנה במסירה המעות חוזרים משום דהוי מקח טעות ואם פן ממילא פיון דאינו יכול לגבות ולהוציא מיד המלנה פיון דלדין הוי סד"ד ואינו יכול להוציא בלא פתיבה אין לה מקח טעות גדול מזה ודומה להא דמבואר (סי' רל"ב) במוכר דבר שנמצא אפילו ספק טריפה אינו יכול המוכר לומר אייתי ראיה דטריפה פיון דמ"מ מטריפיון מתמת ספק אין לה מום גדול מזה והוי מקח טעות וה"נ פיון דקנה על דעת לגבות החוב ומתמת הס' אינו יכול לגבות הוי מקח טעות והאריה בזה.

ולא קשה כלל לא מפעי להסוברים דבספיקא דדינא מהני תפיסה ואם פן אם הלוקח תופס מן הלנה אין מוציאין מידו ודאי דאינו דומה לנמצא ספק טריפה דשם אנו סהדי פיון דאינו ראוי לאכול בשום אופן הוי מום מבואר מה שאין פן בזה יכול לומר קים לי דנקנה השטר לה במסיר' ועכ"פ אם יתפוס מן הלנה אין מוציאין מידו אלא אף להסוברים דלא מהני תפיסה מ"מ לא נוכל לבטל המקח מתמת המום דשם הוא מום שלא הי' יודע הלוקח מזה אבל ודאי אם הנה מום הגלוי לכל ויודע שהוא ספק טריפה וקנה לא נתבטל המקח וה"נ פיון דהדין נודע דאינו יכול להוציא מן הלוקח בלא פתיבה ומסירה אף אם טוען הלוקח שלא הי' נודע לו מ"מ פיון שלא הוי מום שלא נודע אינו יכול לחזור על המוכר לו מטעם מום במקח רק מטעם דלא נעשה קנין המועיל יכול לחזור מן המקח וכיון דהוי סד"ד דדלמא להלקה אותיות נקנו במסירה לחוד יכול לומר אייתי ראיה דלא מהני בלא כומ"ס ואף דאתה א"י לגבות מן הלנה לא איכפת לי בזה הא קבלת המקח בשלימות בלי מום: ב) וגדולה מזה כ' הרמ"ה ב"ב פ' הספינה (סי' ז"ך) בהא דאמר ר"פ דצריף למכתב ליה קני לה כו' ופריף וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריף ואמר אין לצור וכ' הרמ"ה והוי לי ביטול מקח דהא קיי"ל המוכר שטרותיו לבושם יש להם אונאה ולפריוקא בתרא דלפרקין לקמן גבי צמד ובקר דאי הוי בכדי שאין הדעת טועה מחילה הוי ה"נ הוי מחילה עכ"ד ובש"מ שם כ' משם רבינו יונה ע"ז ודברי תימא הן שפיון שאין דרפן של בני אדם לקנות ש"ח לצור ע"פ הצלוחית ל"ה לנו לתלות יתרון הדמים במחילה אלא הי' לנו לומר שהנה סבר לקנות החוב דלאו פלהו אינשי דינא גמירי והוא חושב שיקנה החוב אעפ"י שלא כתב לו קני לה איהו וכל שעבוד' דאית ביה תדע דלא דינא גמיר דהא אם תאמר שהוא קונה השטר לצור למה הנצרה לו לקנות הנגיר בכתיבה וכי תימא לראיה בעלמ' הא סגי אם כתב ליה קני לה ועוד לא עביד אינש שטר ראי' על זה אלא ודאי דהמקח בטל דמקח טעות הוא שהנה סבר לקנות השט' בכתיבה זו עיין שם עוד בדבריו ומשמע דנקא אם כתב לו שטר וכתב בו קני לה שטר זה בזה אמרינו פיון דטרח לכתוב לי שטר פנונתו הנה על הראיה שבו ולא על הנגיר לבד וכיון דלא דינא גמירי הוי מקח טעות אבל אם מכר לו במסירה בלבד כמו שאר מטלטלין גם ה"ר יונה מודה דהוי בכדי שאין הדעת טועה והוי מחילה ואם פן אף לדין דבעינו כומ"ס מ"מ אם אינו מוכח דכוננתו הנה על הראיה הוי בכדי שאין הדעת טועה ומחילה ומתנה הוי כמו דפסקינו (סי' ר"כ) אלא אף אם נאמר דדעת ר"י דכיון דלא כל אינשי דינא גמירי ויש לתלות בטעות דסבר שבזה קונה השעבוד גם פן ולא הוי מתנה מ"מ זה דנקא להסוברים דבבירור אין הלקה פרבי וצריף כומ"ס אבל לדין דהוי סד"ד דיש לומר דנקנו במסירה

בלבד לא הוי מקח טעות דהא יכול לומר קים לי דנקנה השטר במסירה לבד ואף דלא תוכל להוציא מן הלנה לא איכפת לי בזה אני אומר דחייב הוא לה בדין ומה איכפת לי דלא תשיג ב"ד לזה להוציא ממנו ואינו דומה למוכר ס' טריפה דאין ביד מי להכשיר ויאמר הלוקח להמוכר אף אם הנה בידה לא הנה ראוי לה ונהיה אסור לה לאכול אם פן הוי מום בגוף המקח מה שאין פן בנד"ד אם הנה ביד המוכר הי' יכול לגבות וליפא שום מום בגוף המקח רק מצ"א אתה טעית דהיית סובר דבזה בלבד יכול לגבות מהלנה אני אומר באמת פן הוא הדין שבמסירה בלבד נקנה השעבוד מהשטר והממע"ה ואינו דומה למוכר ספק טריפה ואין לומר דמ"מ הוי אומדנא דמוכח דאם הנה יודע שלא יוכל לגבות מהלנה לא הנה קונה ז"א דלנה יכול המוכר לתקן שיתן לו שטר מכר ושיקנה גם על ידי פתיבה רק הש"מ אתי עלה מטעם פיון שמקודם שיתן לו שטר פתיבה לא יוכל לגבות הוי כמום בגוף המקח ואף דנותן לו עכשיו מחדש הוי פנים חדשות ומכירה בטילה וזה אינו רק אם אתינן עלה בתורת מום במקח אבל למה שכ' דלא הוי מום פיון דאינו דומה לס' טריפה רק באנו לבטל המקח מטעם אומדנא אם הנה יודע אז שלא יוכל לגבות ע"י מסירה בלבד בלא פתיבה לא הי' קונה עד שיתן לו פתיבה גם פן וכיון דעל ידי קים לי לא נתבטל המקח דלא הוי שום מום רק מטעם אומדנא לזה נדאי מהני אם נותן לו עכשיו פתיבה: ג) אף אם נאמר דהוי סד"ד והמוחזק יכול לומר קים לי דנקנה בכומ"ס יש לדון לענין קידושין אם קדשה במלנה בשטר שעל אחרים במסירה בלבד י"ל אף דלא תוכל לגבות מהלנה מ"מ תהנה מקודשת מספק דלמא קנתה השטר חוב ואף דאינו יכולה לגבות מן הלנה מ"מ דלמא באמת חייב לה ויש פאן פסוף ובאה"ע (סי' כ"ח סי"ג) משמע דאם הנה בלא פתיבה ומסירה אין פאן ס' ואפשר דכיון דבלא"ה הוי ספק אם סמכה דעתו משום דיכול למחול הנה לענין זה כס"ס אבל אם בודאי סמכה דעתה יש לחוש לקידושין אם מקדשה בשטר שעל אחרים במסירה בלבד דדלמא הדין הוא דנקנה במסירה בלבד ובשער משפט כ' בפשיטות פיון דאין האשה יכולה לגבות מן הלנה ואין לקדושין אלא מקומו ושעתו.

ויש לדון בזה טובא פיון דעכ"פ מהני תפיסה אם הוי סד"ד ועיין קונטרס הספיקות בקצוה"ח (פל"א) דחקר בזה בקדשה בדבר שיש בו סד"ד וכתב דאם לא מהני התפיסה אף דקדשה בו והוי סד"ד להסוברים דלא מהני תפיסה אינה מתקדשת פיון דהבעלים יוציאו מידה אין אשה מתקדשת בלא כלום והביא דברי תוס' רי"ד קידושין (דף מ"ח) דמשמע מדבריו דאם תפס השני בספיקא דדינא וקדש בו אשה דהוי קידושי ספק וכתב די"ל דמהני תפיסה ס"ל להמפרש בספיקא דדינא ושמעיון מיהת מיניה דבגוונא דמהני תפיסה קידושי ספק הם ולדבריו יש ללמוד דאף שלא תפס רק קדשה קודם שתפס במה דהוי ספיקא דדינא פיון דמהני תפיסה הוי גם פן קידושי ספק דהא פל חילו מדברי המפרש שם בתוס' רי"ד שפי' בהא דקאמר שם בש"ס לפרש הברייתא דקתני התקדשי לי בשטר ר"מ אומר אינה מקודשת ור"א אומר מקודשת וחקמים אומרים שמינ את הגייר אם יש בו שנה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת דאיירי בקדשה בשטר שאין עליו עדים ר"מ לטעמי' דסובר עדי חתימי פרת' ור"א לטעמיה דאמר עדי מסירה פרת' ורבנן מספק' להו אי כר"מ אי כר"א וכ' התוס' רי"ד שרא' למפרש א' שפי' בשטר חוב שיש לו על אחרים ואין עליו עדים אלא שהלנה מסרו למלנה בפני עדי מסירה ור"מ

לטעמ'ן דעח"כ לכן לאו שטר הוא ור"א לטעמיה דהוי שטר וקנתה ורבנן מספקא להו ומזה למד הקה"ס דארף שהווא ספק אם קנתה השטר מ"מ מתקדשת מספק וממילא נלמוד ארף קודם שתפס גם כן הוי ספק קידושין.

אולם לא אדע דהא ודאי פנונת המפרש ארף דהתוס' רי"ד כ' שם עליו דלא יתכן זה הפירוש כלל דאם יש עדי מסירה שהודה לו שהווא חייב לו ל"צ ר"מ לעדי חתימה ולא אמר ר"מ עדי חתימה פרתה אלא בגט ובשט' קידושין דלא מהני הודאת פיו ולא בשטר חוב.

אולם פנונ' המפרש הוא דבשטר חוב גם כן בעינן שיהיה מוכח מתוך השטר ואין שם שטר ארף כשמודו הבעלים רק באם הוא בכ"י או בע"ח לר"מ ולר"א בעדי מסירה ועיין תוס' גיטין (דף י"א) ד"ה חספא דמבואר משם דארף במקומו אם כ' שדה מכורה לה ואין שם לא עדי חתימה ולא עדי מסירה ולא כ"י ארף שהנזותן מודה שמסרו לו לאו פלום הוא ולא קנה ארף דיש הודאת בע"ד דכל דאינו מוכח מתוך השטר ולא יש ראיה ממנו לאו שם שטר הוא ואם כן בהלואה לר"מ ארף עפ"י שמודה בפני עדי מסירה שהלנה לו ומסר לו שטר בלא חתימת עדים לא הוי רק פהודאת פיו וכמלנה על פה ולא שם שטר הוא וליתא במכירה רק במעמד שלשתן כמו שאר מלנה על פה ולדברי המפרש יש לומר דשפיר גרסינן שם בגמרא ורבנן ספוקי מספקי לי' ואינה מקודשת כלל אם לא יש בנייר שנה פרוטה דמספק לא קנתה המלנה דלמא כר"מ דעדי חתימה פרתה ולא שם שטר על זה וליתא בפמכיר' ומספק לא קנתה ואינה מקודשת בבירור פינו דאינה יכולה להוציא בדדייגין מן הלנה ולא מוכח פלום מדברי מפרש לנגידון דהקה"ס שם: ד) ברם למה דמבואר באה"ע (סי' כ"ח) שם ד' הפוסקים דמקד' באיסור הנאה דרבנן שאין לו עיקר מה"ת דחוששין לקידושין ארף דאינו שנה פלום וביאר שם בס' אבני מלואים דיש לומר דלענין קידושין לא בעי דוקא הנאה רק פינו שהווא פסר ודבר השנה פסר ויש לה זכיה בו מתקדשת עיין שם בדבריו ולדבריו אם מקדש בס' איסור הנאה ארף דאסור מספק חוששין לקידושין מספק דדלמא מותר והוי פסר וכן ראיתי מפבר בתשובת יד אליהו (סי' ס"ז) שפלפל בעור ושער דמת ישראל אם אסור בהנאה והעלה דתליא במחלוקת הפוסקים וכ' דלענין קידושין הוי ספק והיתי מתמה עליו דכיון דאסור מספק אין כאן הנאת פסר.

ולפי דברי הא"מ הנ"ל דמתקדשת במעמלה"ח ארף בלא הנאה רק בתורת פסר כן בכל מקום שיש פסר ארף דאסור לו בהנאה מספק מתקדשת דדלמ' מותר ועכ"פ אם מותר הוי פסר ארף דאסור לה בהנאה מספק ויש מקום לדברי יד אליהו הנז' ואם כן גם בנדון דידן דארף דמספק אינו יכול להוציא מן הלנה מ"מ פינו דלהלכה הוי פלוגתא דרבנותא אם אותיות נקנות במסירה בלבד וממילא אם קנתה החוב הוי פסר ויש לחוש לקידושין.

אולם בחידושי לדיני קידושין הרבתי בראיות לבאר דעל פרוח בלא הנאה כלל ארף דהוי פסר אינה מתקדשת. ובלאו הכי אינו ראיה מדברי הב"ש אה"ע דלא חש לספיקא אם אותיות נקנות במסירה דהווא כתב להלכה כפסק הש"ע דאינן נקנות במסירה בנדאי אבל להאוחזים דגל הקים לי דפסקו בכנה"ג ובשער אפרים דאינו יכול להוציא דמי המקח מן המוכר דיכול לומר קים לי פהנה פוסקים דנקנות במסירה יש לומר באמת דארף לגבי

קידושין חוששין פינו דלקנה פוסקים דנקנות במסירה יש לה פסו וגם הנא ממון שנה גם כן מצד הספק דגם הלנה לא ישלם בלא התננת השטר וצ"ע בזה: ומה שהביא השער משפט ראיה מסעיה י"א דאף לענין קנינתו א"נ לומר הלוקח שטר הנה לי ואבד וכ' הרמ"א דכן עיקר ותפ"ל פינו דהלוקח מוחזק יאמר קים לי דנקנות במסירה וכרבא דאין צריה להביא ראיה הנה מלבד דיש לומר נ"מ לענין אם צריה לטעון קים לי וגם אף דבש"ע הכריע פן יש סוברים דיכול לומר קים לי ואף דכ' התומים בקה"ס דלאחר הכרעת הש"ע אינו יכול לומר קים לי מ"מ אינו מבואר ההכרעה כ"כ ועוד יש פמה נ"מ מלבד זה יש לומר דכיון דאנו דנין על השעבוד אם נקנה על ידי מסירה כשאר מטלטלין דזוכה מי שהוא בידו או לא פינו דאין גופו ממון אם כן לא שייך לומר שהלוקח מוחזק דלא הוי מוחזק רק על הנני' ודוקא לרבא פינו דתפיסתו הוי קנין הוי מוחזק אבל אם קיי"ל פאביי דלא הוי תפיסתו קנין אם אין בידו שטר פתיבה אף מוחזק לא הוי ודומה למה שכ' המר"י מינץ בדברי הרא"ש במשיכה בגמל ונהנהגה בתמור דהוי עכ"פ מוחזק אף אם לא קנה משא"כ בהחזיק בשדה לקנות אחרת דכיון דאם לא קנה אף מוחזק לא הוי לכך פל הקודם זכה וה"נ דכונתיה פמובן: ה) ואם מכירת שטרות הוא מן התורה או לא נודע מחלוקת הפוסקים והש"ך הכריע דמכירת שטרות הוא מה"ת והטעם דיכול למחול הוא כמו שכ' תוס' משם ר"ת דשעבוד הגוף ליחא במכיר' רק השעבוד נכסי וכשמוחל השעבוד הגוף נפק' השעבוד נכסי ועיקר יסודו על הרי"ף דהרא"ש והר"ן וסייעתו חשבו דהרי"ף ס"ל פן ולא כן הוא ובתומים פתב דמדכתב הרי"ף הטעם דלכך במתנת שכיב מרע אין היורש מוחל דעשו אותו פמתנה דאורייתא פאלו מטי ליד המקבל ואם ס"ל דמכ"ש דאורייתא הא פל מוכר ונותן הוי דאורייתא ומטי לידו פינו דנגמר המכירה מדין תורה הרי מטי לידו ושליו הוא כשאר מטלטלין ומ"מ יכול למחול ואם פן אין זה טעם פלל דמשום כך אין מתנת שכ"מ נמחל והו"ל להרי"ף לומר דהוי ליה כמו יורש דאורייתא ולא לומר פמתנה דאורייתא וכמטי לידו דמי מה שהוא פכל מכירות אלא ודאי דאם הוי מכירה דאורייתא אינו יכול למחול: ולענ"ד לפי שמצאתי בתשובת ר"י מיגאש ז"ל תלמידו של הרי"ף (סי' ר) וז"ל שם אחר שכ' משם רבינו עוד אמר ומה שאמרנו שהמלנה אי אפשר לתת אותה לשום אדם פמתנה דוקא אם היתה מלנה על פה אבל מלנה בשטר אפשר לתת אותה פמתנ' ויקנה אותה מפני שעבוד השטר על הקרקעות ונהה ליה פאלו הקנה לו דבר נמצא בעין והוי דינה פדין דפקדון ע"כ מזה נראה דשמע מרבו דמלנה בשטר כשיש ללנה קרקעות מועיל מן התורה דאלו מדרבנן הא פל שטר נקנה בכתיבה ומסירה אף אם אין ללנה קרקעות ובלא פתיבה ומסירה הא דעת הרי"ף דאין אותיו נקנות במסירה בלבד.

אלא דכוננתו כשיש לו קרקע הוי המכיר' מה"ת ודינה פדין פקדון רק הזאיל דהשעבוד הוא קרקע צריה כומ"ס ונה פשיטת רבינו חיים מובא בתוס' ב"מ (דף נ"ו) על הא דממעטינו שטרות מדין אונאה כ' דאם יש ללנה קרקעות קנה מן התורה שמוכר לו שעבוד שיש לו בקרקעות.

ולפי"ז הוצרך הרי"ף לומר דהוי ליה פמתנה דאורייתא היינו דהא פמתנות שכ"מ הוא הדין דאין היורש יכול למחול אף כשאין ללנה קרקעות ובזה לא הוי מכירה מן התורה ובכל זאת אינו יכול למחול וגם לא סגי דהוי ליה פאלו הוא מן התורה דהא אף אם

מכירת שטרות הוא מן התורה וכן לדעת ר' חיים הנז' דהיכא דיש ללנה קרקעות הוי כמוכר לו השעבוד ומהני מן התורה המכירה מ"מ יכול למחול מטעם דמוחל לו השעבוד הגוף וממילא נפקע השעבוד נכסי ובכל זה בנותן שטרות במתנות שכ"מ אינו יכול למחול לכן הוסיף הרי"ף משום דהוא כמתנה דאורייתא דמטא ליה לידיה דמקבל.

ונותן לגמרי פאלו פבר גבה המקבל וזקפן במלנה. וי'ו) וראיתי בס' נתיבות משפט על ר"י (דף ס"ט) דכ' דלרבינו חיים פיון דאם יש ללנה קרקעות קנה מן התור' ואדי דלא מהני מחילה.

ומפרש פן גם פן דברי תוס' פתובות (ד' פ"ה) דכ' תימא לר"י דבשילמא כשיש ללנה קרקעות מוכר לו אותו שעבוד אבל פשאין ללנה פלום מה מוכר לו וכ' דלא הוי מוכר מן התורה דאי הוי מוכר אמאי מחול ומשמע דאם יש לו קרקעות אינו יכול למחול.

ולדעתי הענינה אי אפשר לומר פן דמימרא דשמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחוזר ומחלו מחול סתמא קתני אף באם יש ללנה קרקעות ושיטת ר"ח הוא פועין שיטת ר"ת דמוכר לו שעבוד הנכסי ולא השעבוד הגוף.

ועיין ריטב"א ב"מ סוף פ' הנהב ולפי שדבריו נצרכים לנו כ"פ אעתיקם וז"ל מתחילה הביא דמש"ס ב"ב מוכח דמכירת שטרות אף בכומ"ס הוי רק דרבנן וקשיא ליה היכי ממעטינו דאין להם אונאה מקרא וכ' מש"ה פירוש הרב דנודאי מכיר' שטרות דאורייתא מיהו אינו יכול למכור גוף ההלואה דאינו פועין ולהוצאה ניתנה אבל שעבוד קרקעות שהוא פועין הוא מוכר ועל השעבוד חלה המכירה אף מה"ת אבל על גוף ההלואה לא חל קנה מן התורה והוא ברשות מוכר ויכול למחול ואי מחל פקע שיעבוד' דאיך ממילא משום שהשעבוד תלוי במלנה והוא עיקר וכשהמלנה בטילה השיעבוד בטל ומפרש בזה הש"ס דב"ב אי אמרת בשילמא דאורייתא היינו שמתנת שכ"מ נקנית פירושה ויש זכיה להמקבל בגוף ההלואה כמו ליוורש היינו דאינו יכול למחול אבל אם הוא מדרבנן לא עדיפא ממתנת בריא ולמה שפרשנו אם מוכר שטר חוב לחבירו וזה שקנה אותו מחל אותו אין מחילתו מחילה שיכול לומר לא מחלתי אלא מה שקניתי והוא השעבוד אבל גוף ההלואה לא קניתי ואין בידי למחול והו"ל מלנה על פה כף שמעתי והאי דינא לכאורה הוא כפי דברי הרב כפי הדין אבל פי מעיינת שפיר אין הדעת סובלתו דכי אמרינו דאינו קונה גוף ההלואה מפני שאינו יכול להקנות לו דבר שא"ב אף דעת המלנה שיקנה כל אחד חובו והרי הוא כמו שנתן לו רשות שיעשה מן החוב מה שירצה וגם שיקבל ממנו מעות אם ירצה לפרוע מעות ואעפ"י שלא מוכר לו מעות אלא שעבוד והטעם מפני שפבר גלה לו כל דעתו במכירתו שיעשה מן החוב מה שירצה תדע דבתר גילוי דעתו אגלינו דמי לא מודה הרב שאם פרע הלנה להקונה מעות פבר נפטר הלנה ואינו יכול המלנה לבקש מעותיו ע"פ ולומר שלא מכרתי אלא שיעבוד שאם תפרענו קרקע נמצא דבתר גילוי דעתו אגלינו וכיון שיש רשות להקונה לקבל מעות ולהשיבם אליו אם ירצה גם פן יש לו רשות למחול ולומר לו הריני פאלו התקבלתי עכ"ל הצריף לענינינו הרי דאף אם יש לו קרק' ומוכר לו החוב מ"מ גוף החוב אינו מכור מה"ת ומחילתו של המוכ' מהני שמוכר גוף ההלואה וממילא נפקע השעבוד וכן הוא גם פן דעת ר"ח והוא ממש פשיטת ר"ת דסובר מכירת שטרות דאורייתא ומוכר השעבוד נכסי

ושעבוד הגוף נשאר בכת המוכר ולקף יכול למחול שעבוד הגוף ונפקע השעבוד נכסי  
פן לשיטת ר"ח שהוא סובר דצריך על מה לחול המכירה ואם יש ללנה קרקעות חל  
המכירה על השעבוד קרקעות דסובר דשעבוד קרקע בר מכירה הוא ולא גוף הלנאה  
וכשמחל גוף ההלנאה נפקע שעבוד הקרקע ממילא ודינא דשמואל הוא בכל אנפי אף  
אם יש לו קרקעות: זי'ן) ושיטת הסוברים דמכירת שטרות לאו דאורייתא הוא אף דיש  
ללנה קרקעות ונשתעבדו להמלנה מ"מ ליתא במכירה דאינו ברשותו כמו שכ' תוס' ב"ב  
ובנ"י שם משם רבינו יונה פ"ן דעכשין אינו שלו ואינו יכול להקדישו פ"בא  
דבע"חמכאן ולהבא גובה.

אולם צריך להבין דבריהם מה ראי' מהא דבע"חמכאן ולהבא גובה הא שם איירי  
באקדיש מלנה גוף הקרקע שגיבה ולא איירי דמקדיש גוף החוב וכמו שכ' שם רש"י  
מ"ס פסחים דלא הקדיש החוב אלא הקרקע וכשבא לגבותו מן הלנה חוזר מן ההקדש  
לקף לא מהני אבל אם מקדיש גוף החוב או השעבוד י"ל דמהני ועיין קצוה"ח (ס"ק ב')  
דהניח דברי תוס' בצ"ע דכתבו דמקדיש גוף החוב לא מהני אף מדרבנן מנין להו מש"ס  
הנ"ל דלא איירי דמקדיש גוף החוב דהא שם קאמר אי אקדיש מלנה גם אי זבין מלנה  
ובמכר מהני פשמוכר בכתיבה ומסירה וכזאת קשה על רמב"ן מלחמות ב"ק (דף ל"ו)  
דדעת בעה"מ שם דיכול להקדיש מלנה וכ' הרמב"ן דהוי א"ב והביא ראיה מרבא דהואיל  
דמכאן ולהבא גובה לא מהני ההקדש ומאי ראיה מייתי מרבא דלא מהני אם אקדיש  
הקרקע דמ"מ נוכל לומר דאם אקדיש גוף החוב דמהני: וקצת יש לומר דהם סברו דעל  
פ"ק אף לאביי דסובר למפרע גובה איירי דאקדיש גוף החוב וכל שעבודו של המלנה  
שיש לו על נכסי הלנה דאי לא אקדיש רק גוף הנכסים מה שיגבה יקשה חדא מה מהני  
ההקדש הא מ"מ הנה הקרקע פעת אינו ברשותו של המלנה דהא אין ביזו להוציא בדין  
קרקע זו דיכול לסלקו בזוי.

ובהגהותי בדברי חיים דיני מכירה (סי' ל') פתבתי דמנה מוכח כשיטת הרמ"ה בש"מ  
ב"ק (דף ל"ג) דאף דבר שאינו ברשותו ממש כמו גזל מהני ההקדש אם בא אחר פ"ה  
לרשותו. אולם פ"ב פתבתי שם בהשמות דדעת הפ"דכי (פ"א) דב"מ הוא להיפך וכן  
מוכח מפמה ראשונים דלא ס"ל דיהני ההקדש ומכירה אף אם בא אחר פ"ה לרשותו.

ועוד איך מהני ההקדש על גוף הקרקע דאינו שלו ואם נאמר דחל הואיל דנשתעבד לו  
פיצד יתנה היניקה חולין דהא הפירות מזמן ההלנאה עד שגובה הם של הלנה גם הא  
דעת פמה ראשונים דאף הלנה אינו יכול להקדיש גוף הקרקע שהוא ממושפן ביז המלנה  
פ"ן דחל שעבודו פמבנאר יו"ד (סי' רכ"א) ובש"מ פתובות (דף נ"ט) ועיין ש"ך ח"מ  
(סי' רי"א) ובגתבות שם ובד"ח דיני מכירה ומכ"ש המלנה אינו יכול להקדיש אף אם  
נאמר דהגוף שלו אם איגלאי מילתא למפרע דבא הקרקע לידי גובינא מ"מ אז הא הוי  
אינו ברשותו וא"י להוציא בדיינים.

לקף יש לומר דאביי פ"ן דסובר שעבודא ל"ד והטעם כ' הריטב"א (דף י"ג) בקידושין  
משום דאין קנין לתצאין. אם פ"ן אף דרבנן תקנו שישתעבדו נכסי הלנה יקשה מ"מ  
באיזה פ"ח יש לתכמים להפקיע פ"ח הלנה שלא יתנה בכחו להקדיש הא מה"ת הוא שלו  
וברשותו וכיצד יפקיעו פ"ח ההקדש לקף סובר אביי דרבנן אלמוהו לשעבודו דהמלנ'



יהיה פעין שנתף בכל נכסי הלנה לפי ערף חובו ויחול שעבודו של המלנה שכל מה שיגבה יהיה שלו למפרע ואם מסלקו במעות לא נאמר דמשלם לו חובו ונפקע השעבוד ממילא רק הוי פאלו המלנה מוכר השעבוד שלו להלנה והפרעון הוא תמוך' השעבוד ואם מגביהו הלנה קרקע בחובו חל ממילא למפרע הקנן והוי כמו לר' יוחנן במקדש אשה מעכשיו לאחר ל' יום דסובר שיוירי שייר פמבואר קידושין (דף ס') ומבואר שם בראשונים דמתחיל מעכשיו ונמשך הקנן ונגמר לאחר ל' יום על תנאי גם פן דאם יתקיים התנאי יתחיל הקידושין מעכשיו ויגמרו לאחר ל' ואם לא יתקיים יתבטלו ובאופן זה גם פן כש'מלנה מעותיו מקנה לו הלנה נכסיו לשעבודו שייתחיל הקנן מעכשיו ויהיה נגמר כשיגבה ואם לא יבא לידי גובינא רק שישלם לו יהיה חל על זה ההקדש ויהיה למפרע שלו היינו תמור זכותו ויסתלק שעבודו מן הנכסים ובאופן זה ממילא אם מקדיש המלנה או מוכר היינו מה שיבא לידי גובינא חלף שעבודו מהני ואיירי דמקדיש כל קנינו לך שפיר מהני ההקדש ולא הוי כא"ב.

ואם פן שפיר פינון דאיירי לאפיי ע"כ דמקדיש כל זכותו ואעפ"כ סובר רבא הואיל דמפאן ולהבא גובה דלא מהני ההקדש על פרוח דאינו יכול להקדיש החוב ואם מוכר המלנה אף דמכר כל זכותו ובכלל הקרקע שיגבה גם פן לא מהני לרבא רק אם מוכר השטר חוב זה ענין אחר שמוכר גוף ההלנאה והוכיחו תוס' שפיר דאינו יכול למכור החוב לרבא הואיל דמפאן ולהבא גובה דהא אף לאפיי איירי במקדיש גוף החוב גם פן או שמוכר גוף החוב רק לא במסיר' השטר באופן שיגבה הלוקח וההקדש מהמלנה דבזה באמת מהני מדרבנן או במסירה לבד או על ידי פתיבה ומסירה רק הוכחת התוס' דאם תאמר פשיטת ד יכול למכור מן התורה גוף השעבוד מהראוי לומר דמהני מכירת הקרקע וההקדש מה שיגבה פינון דכבר נשתעבד לו: ח) ועיין ריטב"א ב"מ שם שכ' עוד הוצרכתי להוסיף על דברי הרב שאמר שמה"ת חלה המכירה והמתנה בשעבוד שהוא בעין משום דקשה ליה הא אינו יכול להקדישו משום דקיי"ל לרבא דאמר מפאן ולהבא גובה ואי אקדיש מלנה לא קדש וכינון דאינו יכול להקדיש אינו יכול לתת דכל מתנה שאם הקדיש אינה מקודשת אינה מתנה ושלא נשפור דברי הרב נפרש דאינו יכול להקדיש גוף הקרקע עד שיהא שלו מיהו אם היה מקדיש שטר חוב יחול עליו שם הקדש פענין שאנו אומרים במקר שיהיה רשות להקדיש לתבוע החוב ולכשיתברר שיעבודו יחול עליו ההקדש מפאן ולהבא ואין לומר הכא נמי מי איכא מידי דהשתא לא קדיש ולקמיה קדיש דכינון דינש לו עליו קנן כ"ד לגבי השעבוד מחמת אותו השעבוד מתפשט ההקדש בקרקע כשיגבנו בחובו וכן נמי אמרינו באומר הרי עלי מנה להקדש שנשתעבדו כל נכסיו להקדש דאין ההקדש חל עליהן עד שיגבנו הקדש בחובו ואפילו לרבא דמפאן ולהבא גובה מודה הוא שיש לו קניה באותן קרקעו' למפרע שהוא תובע וטורף אותן מן הלוקוחות למפרע מיום ההלנא' דאם לא פן איך יטרון אותן מיהו אותו קניה אינו מועיל לגבי הקדש שיחול עליהן מעכשיו דגבי הקדש רשותו ממש בעינן וכינון שיכול לדחותו מאותו שעבוד לא אקרי רשותו תדע דהא מטלטלי אף דיכול להוציא בדינין אינו יכול להקדישם מיהו אם היה מקדיש שטר חוב חל ההקדש באותו פח שיש לו בשעבוד מפת השטר שהוא ברשותו ויתבע ההקדש החוב כמו קונה שטר חוב מחבירו כמו שפיארנו עכ"ד הרי דהריטב"א מדחיק עצמו לחלק בין אם מקדיש גוף החוב לאם מקדיש שעבוד

מקרקע ש'גיגה ו'התוס' ו'סייעתם סוכרים פ'ינן ד'מכאן ו'להבא גובה אף ד'נשתעבד לו הוי כא"ב ו'לימא ב'מכירה ד'הא שם ע"כ א'יגרי ד'מקדיש פ'ל חובו כנז' ו'ליפא מ'סירה ל'כה לא מ'הני א'בל אם מ'כירת ה'שטר מן התורה מטעם ד'שעבוד הקרקע הוא פ'קרקע לא י'צטרף אף כומ"ס לגבי הקדש א'לא ודאי ד'לא מ'הני רק מ'דרבנן וגוף ההלואה אינו יכול ל'מפוך ד'מלנה להוצאה נ'תנה והוי א"ב ודשלבל"ע ו'השעבוד נ'גרר אחר ההלואה ו'אתי ש'פיר ד'ברי ר'מב"ן מ"ד ב'השגתו על בעל המאור הנז': והנה ד'ברי ר'יטב"א ב"מ סותרין ק'צת ל'דבריו במס' ק'דושין (דף מ"ח) ד'שם הקשה פ'ינן ד'לא מ'כר השה"ג הא'ף הוא יכול לתבוע להלנה וכ"ת ש'בכלל הקנאת ה'שעבוד יש ה'רשאה לתבוע מהלנה אם פ'נ פ'שמת המוכר ת'בטל הה'רשאה ות'בטל המ'כירה ש'הרי אינו יכול לתבוע הנ'כסים שלא י'תבע את ה'ערב ת'חילה כ'דאמרין ב"ב (דף קע"ד) ו'כ' ד'הלנה נ'עשה ב'שעת מתן מ'עות כ'אומר מ'שתעבדנא ל'כל מאן ד'אתי מ'חמתך פ'ל זמן שלא ת'מחול ול'כה אף ב'גר ש'מכר שט"ח ומת ד'פקע ש'עבוד הגוף אעפ"כ גובה הלוקח ו'ע'ין ש"ף ו'באמת אם נ'אמר ד'הוי כ'מו ה'רשאה יותר ה'נה לו להקשות אף אם לא מת המוכר י'היה ב'ידו ב'עודנו חי ל'בעל הה'רשאה פ'ינן ד'על ש'עבוד הגוף לא ח'ל מ'כירה רק על ש'עבוד הנ'כסים ו'אינו יכול לתבוע ה'ערב עד ש'יתב'ענו להלנה גם מה ש'כ' ד'נעשה כ'אומר הלנה מ'שתעבדנא ל'כל מאן ד'אתי מ'חמתך י'קשה א'לא מ'עמה הקנה ל'נולדים מאי א'יפא ל'מימר ו'כ'ר ע'מד על זה בקצוה"ח (ס"ק מ') ו'העלה ד'הוי כ'אלו הלנה אינו ב'פנינו ד'יכול ל'גבות מן ה'ערב ו'ע'ין ב'דברי מ'שפט (סי' ס"ו ס"ק א') מה ד'גמגם על ד'ברי קצוה"ח ו'כ' הוא ד'באמת ע'יקר ס'מיכת ד'עת הוא על ה'ערב ש'הוא ק'רקעות רק ה'א ד'לא י'תבע את ה'ערב ת'חילה הוא כ'מו ש'כ' ר'שכ"ם ב"ב שם ד'למה נ'זלזל ב'נכסיו להוריד ב'הן את המלנה ח'נם ש'מא י'סלקנו ל'נה ב'מעות ולא י'צטרף ל'ירד ל'נכסיו וכ'ינן ד'הלוקח ה'שטר מודיע להלנה ש'הברירה ב'ידו ל'סלק ש'עבודו ש'קנה מן המלנה ש'פיר אם אינו מ'שלם גובה הקרקע ש'זכה ב'שעבודו ש'קנה.

ויש ל'ומר ד'זה פ'נונת ה'ריטב"א ד'כ' ד'נעשה כ'אומר ב'שעת מתן מ'עות מ'שתעבדנא לא ד'משעבד נ'כסיו מ'מש ל'כל מאן ד'אתי מ'חמת המלנה ד'אם פ'נ י'קשה הקנה ל'נולדים מא"ל גם אם פ'נ ל'מה צ'ריך להטעם ד'שעבוד הגוף אינו יכול ל'מפוך י'אמר ד'הוי כ'התנה ל'שעבד ל'כל מאן ד'אתי מ'חמתו אם לא י'מחול.

א'לא ודאי ד'באמת הלנה אין צ'ריך ל'שעבד נ'כסים ל'כל מאן ד'אתי מ'חמתו רק מ'שעבד לו ל'בדו ו'מי ש'יזכ' מ'פחו של המלנה אף ל'נולדים זוכ'ין ב'שעבוד הנ'כסים רק ש'משעבד גופו ש'לא י'צטרכו ד'וקא לתבוע אותו ת'חילה ד'אף ש'אין ב'כחם ל'גבו' ש'למ"ד הלנה שלא ל'זלזל ב'נכסיו ה'א מ"מ אף אם ר'וצה ל'גבות ש'עבודו מ'דעת הלנה ה'א אינו יכול לתבוע להלנה ע"ז ק'אמר ד'הלנה מ'שעבד ל'זה נ'כסיו להמלנה ש'י'היה ב'כחו ל'מפוך ול'תת ה'שעבוד ב'מתנה פ'ל זמן שלא י'פקע ה'שעבוד הגוף מ'פחו ד'המלנה.

ול'כה ס'בר ד'אף ב'גר ש'מת ד'פקע ש'עבוד הגוף מ"מ גובה הלוקח ש'כ'ר הוא מ'שועבד לו פ'ל זמן שלא פ'רעו המלנה לא ד'נכסיו מ'שועבדים לו מ'פחו ד'הלנ' ד'זה ודאי לא רק ש'זכה ב'השעבוד נ'כסיו ו'הלנה התרצה ש'כ'ל מי ש'יזכה מ'פח ה'שעבוד נ'כסיו ב'קנין המועיל י'חח ש'עבודו.

ובזה אפשר לכונן יחד עם דבריו שבב"מ דלכאורה פיון דאתי עלה מטעם גילוי דעתו דהמלנה שיעשה הלוקח עם החוב מה שירצה יהיה יכול לחזור בו אלא ודאי דגם הלנה שעבד לו הקרקעות ע"ד שיהיה בנחו למפור השעבוד לכל מי שירצה ויבא מפחו אף דלא נשתעבד גופו להלוקח וגם לא נכה בחובו היינו גוף ההלנאה רקב השעבוד מ"מ זה שפא מפחו ינכה בהשעבוד כל זמן שלא נמחל מפחו של המלנה השעבוד הגוף וממילא כשפרע להלוקח או שמוחל לו השעבוד נכסיו אינו יכול המלנה לתבוע החוב מן הלנה בעד שעבוד הגוף והיינו גוף ההלנאה דיכול לומר לו הלוקח הרי אני כאלו התקבלתי: (ט) ויש להסתפק עפ"י דברי ריטב"א ב"מ אם לקח גר השטר חוב מהמלנה ומת דנפקע שעבוד הנכסים דזוכה בהן הלנה כזוכה מן ההפקר אם מ"מ יכול המלנה לתבוע מן הלנה גוף ההלנאה בתורת מלנה ע"פ דהא הנה ס"ד דהריטב"א וכן פתב ששמע באם מחל הלוקח לא נמחל רק השעבוד הנכסים וגוף ההלנאה דלא קנה אין בינו למחול והוי מלנה על פה רק דכתב פיון דגילה דעתו שיכול הלוקח לעשות עם החוב כפי שירצה והוי פאלו קבל מעות והחזיר לו דיכול לומר הרי אני כאלו התקבלתי ולכה נפקע גוף ההלנאה וזה אתי שפיר אם מחל בפירוש אבל כשמת דלא שייך פאלו קבל המעות רק ממילא הואיל דאין לו יורשים נפקע שעבוד הנכסים והמלנה פבר נסתלק במקירתו ללוקח מן שעבוד הקרקעו אבל מ"מ פיון דגוף ההלנאה לא מכר י"ל דיכול לתבוע מן הלנה כמו מע"פ פיון דנתחייב גופו לו וצ"ע בזה: וי"ל אף דהמחבר פוסק כבעה"ת בגר שמת והנה בינו שטר חוב ומכר בחייו דנפקע החיוב מלבד די"ל דפוסק דמכירת שטרות הוא מדרבנן ולעולם מהני מחילה ופקע החיוב וכמו שכ' בתנאים (ס"ק ס"ד) י"ל אף לדעת הסוברים דמכירת שטרות מה"ת מ"מ פיון דלא קנה גוף ההלנאה רק השעבוד אף דנשתעבד הלנה לכל מאן דאתי מחמתו לא גוף השעבוד נכסים רק שיהיה בינו המלנה למפור ושלא יערער מצד דאין נפרעין מן הערב תחילה ומצד שעבוד הגוף שנושאר בינו המלנה כ"ז שלא ימחול לו השעבוד הגוף סובר דלא התרצה לזה רק כל זמן שלא יפקע השעה"ג הן מחמתו הן ממילא ואם יפקע שעבוד הגוף בכל אופן שיהיה יפקע ממילא השעבוד נכסי.

ובזה אתי שפיר הא דכ' הריטב"א מס' מפות (דף ד') משם מורו הרא"ה ז"ל במוכר שט"ח אם מחל לו להלנה משום ערבות או שעבוד שום קרקע דשמיין כפה יפחתו דמי החוב מפני כה אם בא למנוכרו ומשלם לו ומבואר דיכול למחול אף שעבוד מקרקע אחת ולכאורה אם נאמר דשעבוד נכסים זוכה מה"ת א"כ למה יכול למחול כ"ז שאינו מוחל גוף ההלנאה וראיתי בס' בית מאיר אה"ע (סו"ס ק"ה) דכ' דלשיטת ר"ת כל זמן שלא מחל גוף החוב הוי פנותו דבר שאינו שלו ואינו דומה להא דמבואר בש"ע דהמוכר יכול להאריך זמן פרועון דשם עכ"פ כ"ז זה מוחל נמי שעבוד הגוף.

וכ"כ הקצוה"ח (ס"ק ל"ז) וכתב דהריטב"א מס' מפות אגיל בשיטת דמהני מחילה משום דמכירת שטרות הוא מדרבנן וזה ודאי ל"נ דשיטת ריטב"א בכמה מקומות משם רבו בשיטת דהוא מה"ת. אולם באמת למה שכ' דהא דיכול לגבות מקרקעותיו בשביל שזכה בשעבודו אף דלא יתבע את הערב תחילה הוא משום פיון דנושאר שעבוד הגוף אצל המלנה והלנה התרצה בזה כ"ז שלא נפקע חיוב הגוף י"ל דאף מקצת חיוב הגוף יכול לסלק ממנו וכיון דנושאר בינו המלנה שעבוד הגוף שישלק שעבודו מקרקע הזאת היינו או בממון או מקרקעותיו שיגבנו וכיון דנסתלק שעבוד הגוף שלא יתבענו לסלק לו חובו

מקרקע הזאת גם הלוקח אינו יכול לגבות שעבודו של הקרקע הזאת אף דכבר זכה בו והני פמוחל דבר שאינו שלו מ"מ הא לא יכול לתבוע את הערב תחילה כ"ז שלא יתבע הלנה ושפיר יכול המלנה למחול השעבוד הגוף שלא יתבענו לפרוע לו מן הקרקע הזאת וממילא אין הלנה יכול לגבות וכמ"ש הריטב"א קידושין: יו"ד) ולכאורה להנה דסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת מטעם דמוכר שעבוד נכסים על פרקה דס"ל שעבודא דאורייתא דאם לא פן לא משפחת מה"ת שיחול מוכר על שטרות ומכח זה תמה בתנאים על הש"ף דבסי' (ל"ט) הכריע דשל"ד ואיככה הכריע דמכ"ש דאורייתא וכן יקשה על שמואל דס"ל של"ד ע"כ מכירת שטרות ל"ד.

וראיתי לאאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני הלנה (סי' ל"ג) דכ' ליישב דכפי המבואר ברמב"ן סוף ב"ב אף אם של"ד מ"מ נחתין לנכסי הלנה לקיים המצוה ועד שאתה כופהו בגוף כופהו בממונו רק פשמת לא יש שעבוד וכן אם מוכר אינו גובה מלוקח אבל פשיש נכסים בינדה הלנה יש להמלנה זכות לכוף אותו על ידי ב"ד לקיים המצוה וזכות זה יכול המלנה למפור לאחר מה"ת.

ואני שמעתי ולא אבין אם פן אם מטעם מצוה הוא דמהני למפור הא לא יש שום שעבוד רק מצד מצוה נחתין לנכסיו למה כ' ר' חיים דמוכר לו שעבוד קרקעות ומוכר לו השעבוד שישיש לו על קרקעות דוקא וגם אם אף דלא חל שעבוד על הקרקעות אם של"ד ומטעם דאין שעבוד לחצאין כמו שכ' הריטב"א קידושין רק זכות מבחוי שישיש לו דנחתין לנכסים שישיש בינדה מצד כפיה לקיים המצוה זה הוא גם פן כמלנה על פה ומה צריך למפור דוקא השטר ובמלנה על פה כ"ע מודים דאינו יכול למפור מה"ת וגם מדרבנן רק על ידי מעמד ג' והא במלנה על פה פשינתברר דלא פריע נמי נחתין לנכסיו לכופו לפרוע מטעם מצוה ובכ"ז א"י למפן פיון דזה לכ"ע הני כדבר שאין בו ממש ולא חל על זה מכירה מה"ת ואם אף בשטר מן התורה לא חל על הנכסים שעבוד רק מטעם מצוה פשיש יחול ע"ז שם מכירה ועוד הא לדעת הרא"ש שטר ראי' אינו יכול למפור כלל רק שטר קנין והא דיכול למפור שטר חוב אף אם של"ד על פרקה או כמו שכ' הקצוה"ח דמוסיף שעבוד על ידי שטר והני שטר קנין או פיון דלדין הפקיעו חז"ל השעבוד ממלנה על פה עושה השטר השעבוד וכמו שכ' הנתיבות אבל אם מה"ת ליכא שום שעבוד מה תוסיף תת פח השטר שאינו אלא לראיה בעלמא וליכא שום שעבוד.

ואף לדעת הסוברים דאף שטר ראיה יכול למפור על פרקה הוא רק מדרבנן: ובתשובת אבקת רוכל ממרן הב"י ו"ל כ' (סי' קכ"ג) באחד שהתחייב לחבירו פשיעקור דירתו מחזקתו שימפן לו ויפצה לסלק המצרנים ומכר זה השטר לאחר ודן הב"י דהחייב לא מהני אולם דן פיון דהמוכר נשבע לפייס המצרנים ולקיים כל הכתוב בשטר הרי יש לו לבעל השטר שעבוד מכח השבועה שנשבע ותראה דיכול למפור שטר שעבוד זה שישיש לו קיום מכירתו דקיום מכירת שטרות דאמר רבנן ומיהו לר"ת שכ' דמוכר שטר חוב לחבירו וחרז ומחלו מחל הני משום דתרי שעבודי אית למלנה על הלנה שעבוד גופו שהוא חייב לפרוע ושעבוד כל נכסיו אם לא יפרע מדין.

ערב ושעבוד שישיש לו למלנה על הלנה לאו בר מכירה הוא וא"כ היכא דליכא אלא שעבוד הגוף אינו יכול למוכרו ואם מכרו אינו מכור וגם הרא"ש סבר דשטר ראיה לאו בר מוכר

היא כו' ושוב כ' להסוברים דמכ"ש מדרבנן אפ"ש דאפילו שטר שאין בו אלא שעבוד הגוף תקנו בו מכירה וכן כ' הטור משם ר"י דשטר ראי' בר מכיר' הוא אעפ"י ש'הרא"ש חולק מידי ספק שבועה לא נפיק עינין ושם עוד בדבריו הרי כמו שכתבנו דהיכא דליכא רק שעבוד הגוף תליא בזה דאם מכירת שטרות דאורייתא אם כן לא מצינו שתקנו בזה ש'הי' יכול למפור אף שטר דאין בו רק שעה"ג ואם הוא מדרבנן תקנו בכל שטרות.

ואם כן קושית התנאים עומדת פחותה דאם של"ד אף דכופין אותו ונחתין לנכסיו מ"מ ליתא במכירה אם מכירת שטרות הוא מה"ת: ובאמת למה שכ' בש"ע (ס"ו) דשטר'ו של כתב ידו הם נקנים בכתיבה ומסירה יש להוכיח דדעתו דמכירת שטרות הוא מדרבנן ותקנו בכל ענין אף שלא יש בו שעבוד נקנים על ידי כתיבה ומסירה דלדעת ר"ת וסייעתו דהוא מה"ת ושעה"ג אינו במכירה אם כן לא מצינו שתקנו בזה וכמו שכ' הב"י בתשובה ומן התורה כ"י לית ליה שום זכות יותר ממלנה על פה.

ובפרישה כ' על מה שכ' הטור בכ"י אף דלא חשיב כשטר לגבות ממשעבדי גובין בו מב"ח אעפ"י דגם מלנה על פה גובה מב"ח מ"מ עדיף כ"י דאם כ' בו נאמנות גובה בו בכל ענין מב"ח ואינו נאמן לומר פרעתי וקשה אם כן הכי ס"ד במע"פ בפני עדים ואמר אל תפרעני אלא בפני עדים או שנותן לו נאמנות יתנה במכירה זה נדאי אינו.

אלא נדאי דעיקר הטעם כיון דהוא תיקון מדרבנן שיכול למפור שטר מקר וכמו שכ' הרא"ש פ"ק ג"פ משום נעילת דלת לכה תקנו שיהיה השעבוד נגרר בטר השטר שיהיה נקנה על ידי כתיבה ומסיר' ולא פליג חז"ל ותקנו גם על כ"י דמ"מ כיון שיש על מה לחול שם מקר על ידי מסירת הכ"י וכתיבה מהני ואף אם ליכא שום תועלת יותר בהכ"י ממלנה על פה ואף להסוברים דנאמן לומר פרעתי על כתב יד פמבואר (סי' ס"ט) מ"מ בר מכירה הוא כיון דיש דבר מה למסור נגרר השעבוד וכל זכותו של המלנה בטר השטר וכמבוא' בלשון רמב"ם (פכ"ב ה"ט) ממכירה.

ואם כן להסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת יש לומר דכ"י ליתא במכירה דלא מצינו שתקנו בזה במקום דליכא שעבוד שיועיל המכירה וקשה על שיטת הש"ך דכ' לעיקר דמכירת שטרות הוא מה"ת למה הסכים לדעת המחבר דכתבי יד הם בר מכירה בכתיבה ומסירה איה מצינו בזה תיקון חז"ל מפני נע"ד דתקנו אף על שטר שאין בו שום שעבוד דהחויב פרעון יתנה נגרר לזכות במסירת השטר ומקור הדין שיכול למפור בכתיבה ומסירה כת"י הוא מתשובת רשב"א ומבואר (סי' תתקפ"ד) דדין שטר יש לו אף שיכול לומר פרעתי אפ"ה יכול למכרו דלמכירת שטרות לא מעלה ולא מוריד והוא סובר דמכירת שטרות מדרבנן לכה לא פלוג עצאו תקנה שיהיה במכירה וכן מבוא' בדבריו (סי' אלה"ח) דכשם שתקנו מכירה לשטרות שיש בהם שעבוד נכסים ה"נ תקנו מכירה בכתב יד כיון דגובה מב"ח מוכרו בכתיבה ומסירה ואף למ"ד דנאמן לומר פרעתי דאטו פקדון מי לא מזדבן וכן בהמנוחות לרמב"ן (סי' ע"ו) כ' דשעבוד נכסיו למכיר' שטרות לא מעלה ולא מוריד וכתב יד דין שטר יש לו אלא שאין לו קולו כן שטר פקדון כולו מזדבני וטעמא דמלתא דאלו מדאורייתא כל השטרות אין להם מכירה לפי שאין גופן ממוזן אלא מדרבנן הוא שתקנו להם מכירה כדי לפתוח דלת בפני לוי וקדעת הרי"ף וכן עיקר ואם כן מ"ש כתב יד דמאי איכפת להו בין אין בו עדים ליש בו עדים עכ"ל הרי

מבואר דכיון דהוא מדרבנן ליפא נ"מ בין יש בו שעבוד לאין בו שעבוד נכסים אבל אם מן התורה איפא במקירת השעבוד מניין לנו שתקנו דאף גוף הלואה נמפר בכתיבה ומסירה דלמא דוקא על ידי מעמד ג' כמו כל מלוה על פה ורק שטר בעדים דיש לו זכות לטרוף ממשעבדי יכול למפור השעבוד נכסים.

ועיין ברדב"ז (ח"ב סי' תשס"ח) דנשאל על מה שכתב הרשב"א דכ"י דין שטר יש לו אלא שאין לו קול זה א"ש אם כ' בו ששעבד לו הנכסים אבל אם לא כ' לו ששעבד לו כל נכסיו האיה יכול למכרו והשיב דאע"ג דלא כתב ושעבדנא לה כל נכסי פמאן דכתב ליה דמי דקיי"ל שעבודא דאורייתא והוה שעבודא הוא דמכר ליה ושפיר מצי למימר קני איהו וכל שעבודא דאית ביה ונראה מדבריו דאף אם מכירת שטרות דאורייתא יכול למפור כתב יד גם כן הואיל דש"ד ונגרר קנין השעבוד אחר מסירת הנגיר ואע"ג דליפא שום זכות נוסף בהכתב יד ממלוה על פה הואיל דעכ"פ נכתב בכ"י ג"כ ואף דלא כ' בי' שעבוד נכסים.

ואולם יקשה בזה שפיר להסוברי דרק שטר קנין יכול למפור ולא שטר ראיה אם כן כתב יד ודאי לא הוי רק שטר ראיה ובקצוה"ח (ס"ק כ') כ' דשטר חוב נתוסף שעבוד על ידי פתיבת השטר ובנתיבות כ' דלא שייך תוספות שעבוד על שעבוד רק כיון דחכמים הפקיעו השעבוד הוי שט"ח כשטר קנין וכבר כ' לעיל (סי' א') להוכיח ממה דמהני מכירה אף לשטר פתובה דבלא פתיבת פתובה חייב מתנאי ב"ד וע"כ דנתוסף שעבוד בשטר שפנה יהיה אף בר מכירה שיהיה נגרר השעבוד בתר מסירת השטר וזה הפל בשט"ח אבל בכתב יד אם לא יש שום תועלת יותר ממלוה על פה במה נתוסף השעבוד אף לגבות מניה דידיה ובעל פתחה צריך לומר דמ"מ על ידי השטר נגרר גם כן השעבוד כיון שהוא דבר למסור.

וא"ל גם כן דרשב"א סובר דאף שטר ראיה יכול למפור וכדעת רבינו ישעיה שפסור וכן דעת רמ"ה פג"פ. דז"א דהרי הש"ע סובר דאינו יכול למפור שטר ראיה ומ"מ כתב יד יכול למפור ועיין ברבינו ירוחם (ני"ד) שם הביא דעת הרא"ש דשטר ראיה אינו נקנה בכתיבה ומסירה ואחר כך הביא משם הגאונים דכתב יד דגובה מב"ח אף דנאמן לומר פרעתי מהני מכירה הרי דאף אם שטרי ראיה לא נקנו בכתיבה ומסירה מ"מ כתב יד עדיף.

ומ"מ צ"ע דמפולם נראה דרק כיון דש"ד איתא במכירה אבל אם של"ד ליתא במכירה: (יב) עוד כתב שם הרדב"ז ונ"ל ומסתברא לי שאין הדברים אמורים אלא בשכתב יד יוצא ממ"א אז יש לו דין שטר אבל אם אין כתב ידו יוצא ממ"א מצי למימר מוניף הוא וחספא בעלמא ואין לו דין שטר ואפילו יודה אחר המכירה שזה כתב ידו אין המכירה פלוס דהשתא הוא דמשוי ליה שטרא דמעיקרא מלוה על פה היתה ואינה נמכרת וברור הוא עכ"ל.

ולא אבין טעמו של דבר למה לא ומ"ש שטר מכתב יד לענין זה הא ודאי במלוה בשטר אף דאינו יכול לקיים חתימת יד עדים אם הלואה מודה מהני המכירה דהא כיון דהשטר אמת הוא לא הוי כמוכר חספא בעלמא ומ"ש כתב יד.

ואפ"ל לדעת הש"ך (סי' מ"ו) דדונקא בשטר בעדים הוי פגחקה עדותן בב"ד ואין צריך קיום רק מדרבנן מה שאין פן בכתב יד. אולם גם שם העלו האחרונים והוכיחו דמקימין פתב ידו מה"ת ומשום דלא חציף לזניף וכן מבואר בתשובת רשב"א המינוחסת (סי' ע"ב) דלא חציף לזניף ואין חילוק בין פתב ידו לשטר אם פן למה יגרע פתב ידו לענין מכירה.

ואם הלוקח יודע בבירור שאינו מזוניף ודאי מהני המכירה דהא יודע שהכתב יד הוא אמת ונ"מ אם יתפוס בלא עדים יהיה נאמן בתפיסתו במגו דלא תפסתי וגם אם יש לו שטר ויש בו טענת דיש בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו ממון של הלנה ומהני תפיסתו העלה בתנאים (סו' סי' ע"ה) דיכול למפור ודלא פחות יאיר ע"ש ואף דהוי לגבי המלנה פאינו ברשותו דאינו יכול להוציא בדיינים מ"מ מהני המכירה כדי שיועיל תפיסה מהלנה ועיין טור ורמ"א (סי' ת"ז) בשור תם שהזיק בזמן הזה דלא דנין דיני קנסות מ"מ אם מכרו נזק מכור וכשיתפסנו יקחנו הלוקח הרי אף דאין לו זכות בו ולא יש דיינים בזה"ז שידונו רק אם יתפוס אין מוציאין מידו לא הוי מטעם זה בא"ב ומהני מ"מ מכירה ועיין מה שכ' בהגהותי בדברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ב) להוכיח מזה פדעת הרמ"ה בש"מ ב"ק (דף ל"ג) דאף בדבר שא"ב דאינו יכול להקדיש מ"מ אם מוציא מיד הגזלן חל ההקדש למפרע.

אולם לדברי ראשונים דסברי דלא חל ההקדש והמכר על דבר שא"ב ובפרט כשאינו יכול להוציא בדיינים יקשה אמאי מהני בזה"ז המכירה משיתפסלו וצריך לומר פיון דבאמת חייב לו בבירור רק החסרון הוא שלא יש דיינים ולא נמסר לב"ד והבעלים אינם תופסין בידם על שם גזילה דמה"ד אף לציד"ש אינם חייבין כ"ז דלא חייבו ב"ד סמוכין פמבואר לעיל דיני דיינים ואם היו דיינים היו מחייבין אותו לתת לו השור ומטעם עביד אינש דינא לנפשיה יכול לתפוס ולזכות בו מהני מכירת זכות זה לתפוס ועדיף מדבר שא"ב ואינו יכול להוציא בדיינים דשם עכ"פ זה פופר בו מה שאין פן בזה דהוא רק מחסרון דיינים.

וכמו כן היכא דהוא סד"ד אם חייב לשלם וזה אומר קים לי אם הוא מוחזק יכול למפור זכות זה שיש לו בשטר פן נמי בכ"י אף דאינו יכול לקיימו מ"מ פיון דהלנה מודה ק"ו דיכול למפור.

ועיין תשובת רשב"א (סי' תתקפ"ד) שכ' דכ"י אף דנאמן לומר פרעתי אפ"ה יכול למוכרו וכ' תדע שאף בפקדון שיכול לומר נאנסו או החזרתי או שיש בו נאמנות ללנה ודאי יכול למכרו עכ"ל הרי דמדמה פתב יד לשטר ופשיטא ליה דשטר שיש בו נאמנות ללנה דמ"מ אם אינו אומר שפרעו מהני המכירה ומ"ש אם אינו יכול לקיימו דמ"מ פיון דהלנה מודה שפכתבו לאו חספא בעלמא הוא ולא הוי כמע"פ: ועיין בנו"ב מהד"ק חח"מ (סי' ל"א) תוף דבריו שכ' ועוד שאפ"י אם היה נשבע בפירוש ע"ז מ"מ פיון שפבר פתבתי שגוף המעות נשאר שלו אלא שא"י לתובעו מצד השבועה מ"מ פיון שגוף המעות שלו הרי יכול למכרו ואפשר שאינו עובר על השבועה כלל שע"ז לא נשבע כלל שנשבע רק שהוא לא יתבענו ועוד שלא איכפת לן בזה לדינא שעכ"פ הלוקח שפבר קנאו א"צ לקיים שבועתו של זה ויכול לתובעו ולהוציא את שלו עכ"ל ומבואר מדבריו דאף היכא דנשבע שלא לתובעו מ"מ יכול למפור השט"ח פיון דעכ"פ יש פאן חוב ואף דהוי פאינו

בְּרִשׁוֹתָו מ"מ מְהִי הַמְּכִירָה וַיֵּשׁ לְחַלֵּק מִדְּבָרֵי רַדְכָּ"ז הַנּוֹז' דְּשֵׁם עַכ"פּ הַחֹב בְּרוּר רַק אַרְי' דְּרַבֵּיעַ עָלָיו שְׁלֵא לְתַבְּנֵעַ וּצ"ע בַּכ"ז: יג) וְעֵינָן תּוֹס' כְּתוּבוֹת (צָף פ"ה) דְּכָתְבוּ לְתַרְזַן הַקְּנֻשָׁי' דַּל"ל קְרָא לְמַעַט שְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה אִם מְכִיר' שְׁטָרוֹ' לָאוּ דְאוּרְיִיתָא דְנָהִי דְחֹב אִינוּ מְכוּר מ"מ שְׁיִיָּךְ בּוֹ אוּנָאָה שֶׁהוּא שְׁנֵה הַרְבֵּה לְקוּנָה שְׁיִמְכְרֵנוּ בְּדָמִים יְקָרִים לְלִנְה וְצָרִיךְ לְהִבִּין דְּבָרֵיהֶם אִטּוּ בְּשׁוֹפְטֵנִי עֲסָקִינוּ אִם הִלְנָה חֲזִיב לְשַׁלֵּם לְהַמְלִינָה וְהַמְּכִירָה אִינָה מוֹעֵלֶת מֵה"ת דְּהָגִי מִלֵּי בְּעֵלְמָא וְלָמָּה יִקְנָה הִלְנָה הַנְּזִיר כִּינּוּן דְּאַף אִם הַנְּזִיר אִינוּ בְּיַד הַמְּלִינָה וְאַף בְּנֶאֱבָד אוּ נְשָׂרַף הַחֹב נְשָׂאֵר הִלְנָה בְּחִיּוּבוֹ וְאַף אִם נֹאמֵר כְּשֶׁהִשְׁטָר הוּא בְּעוֹלָם אִינוּ חֲזִיב לְשַׁלֵּם כ"ז שְׁהִרְאָיָה הוּא בְּעוֹלָם מ"מ אִם יִהְיֶה בְּיַד הִלְנָה דוֹמָה כְּאֵלוֹ נְשָׂרַף וְלִיתָא בְּעוֹלָם דְּחֲזִיב הִלְנָה לְשַׁלֵּם וְאַף אִם מְכָר הַשְׁטָר וּמָסַר וְלֹא כ' דַּעַת הַרְמַב"ם דְּהִלְנָה חֲזִיב לְשַׁלֵּם כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּקִצְוֵה"ח (ס"ו נ"ד) וְאַף דִּי"ל דְּזָה דְּוָקָא הִיכָא דְהַמְּכִירָה בְּטָלָה הוּאִיל דְּמְכָר לוֹ הַחֹב עִם הַשְׁעָבוּד אַבְּל אִם מְכָר בְּפִירוּשׁ רַק הַשְׁטָר לְבַד וְשִׁיָּהִינָה שְׁלוֹ בְּזָה אִין הִלְנָה חֲזִיב לְשַׁלֵּם הוּאִיל דְּהָגִי כְּאֵלוֹ הַטְּמִין בְּיַדִּים הַשְׁטָר מ"מ זָה הוּא אִם נְשָׂאֵר בְּעוֹלָם בְּיַד אַחַר אַבְּל אִם הִלְוִקַח מְכָרוֹ לְהִלְנָה כִּינּוּן שְׁהִגִּיעַ לְיָדוֹ לָמָּה לֹא יִהְיֶה הִלְנָה חֲזִיב לְשַׁלֵּם לְהַמְּלִינָה.

וְנִרְאָה דִּי"ל דְּהִתּוֹ חֲתָרוֹ לְמִצּוֹא אֲנָפִן דְּמִשְׁפַּחַת אוּנָאָה מְדְאוּרְיִיתָא הֵינּוּ בְּמְכִירַת הַשְׁטָר כְּגוֹן אִם הִלְנָה טוֹעֵן פְּרַעְתִּי דְּאִינוּ נֶאֱמָן מִטַּעַם חֲזָקָה דְּשְׁטָרָךְ בִּיָּדֵי מֵאִי בְּעֵי וְחֲזִיב לְשַׁלֵּם לְהַמְּלִינָה.

וְאִזּוּ הַשְׁטָר שְׁנֵה הַרְבֵּה לְמְכָר שְׁיִמְכְרֵנוּ בְּדָמִים יְקָרִים לְלִנְה וְכִשְׁלֵא נִמְצָא הַשְׁטָר בְּיַד הַמְּלִינָה וְהִלְנָה יוֹדֵעַ בְּעַצְמוֹ שֶׁפָּרַע לוֹ רַק שְׁיִוְדַע שְׁלֵא יִזְכָּה בְּדִין וְיִתְחַזֵּב לְשַׁלֵּם בְּזָה וְדִאי יִחְפֹּץ לְקַנּוֹת מִן הִלְוִקַח הַשְׁטָר אוּ בְּאֲנָפִן שֶׁהִלְנָה יוֹדֵעַ שְׁיֵשׁ לוֹ בְּיַד הַמְּלִינָה כְּנִגְדּוֹ.

וְזָה נְמִי מַה שְׁכ' תּוֹס' ב"ב וְהַסְּמ"ג דְּמִשְׁפַּחַת שְׁמִצָּא הַשְׁטָר לְאַחַר יְאוּשׁ וּמְכָרוֹ לְבַעְלָיו בְּיִקְרָא וּבְאַחְרוֹנִים הִקְשׁוּ עַל זָה דְּהָא לְהַחֹב לֹא מְהִי יְאוּשׁ וְאִם הַפְּנוּנָה הוּא עַל הַנְּזִיר גּוּפָה וְכִמוֹ שְׁפָתַב הַח"צ בַּטו"ז (ס"ו קס"ג) הָא מ"מ כִּינּוּן דְּגוּפָה הַחֹב שְׁל הַמְּלִינָה הוּא מְמִילָא מְחֻנְיָב הַמוּצָא לְהִרְאוֹת הַשְׁטָר בַּב"ד כְּמוֹ מִי שְׁיֵשׁ לוֹ זְכוּת עַל אַחַר וְעֵינָן קִצְוֵה"ח (ס"ו ס"ה ס"ק י') וּבְרִישׁ (ס"ו ס"ו) כ' דְּאַף דְּדְבָרֵי תּוֹס' יֵשׁ לְפָרֵשׁ כְּמוֹ שְׁכ' הַח"צ דְּבָרֵי הַסְּמ"ג לֹא מִשְׁמַע כְּפִירוּשׁוֹ מְדַכ' וּמְכָר לְבַעְלָיו דְּהַמְּכִירָה הוּא דְּאוּרְיִיתָא כִּינּוּן שֶׁהַשְׁטָר נִכְתָּב עַל שְׁמוֹ דְּלָמָּה צָרִיךְ לוֹמַר שֶׁהַשְׁטָר נִכְתָּב עַל שְׁמוֹ וְעֵינָנִיתִי בְּדְבָרֵי הַסְּמ"ג וְלֹא כְּתַב בּוֹ רַק וּמְכָר לְבַעְלָיו שְׁבַעֲנִין זָה הַמְּכִירָה מֵה"ת וְלֹא כ' כִּינּוּן שֶׁהַשְׁטָר נִכְתָּב עַל שְׁמוֹ י"ל דְּכּוּנּוּנָתוֹ נְמִי עַל גּוּף הַנְּזִיר וְאִירִי שֶׁהִלְנָה טוֹעֵן פְּרַעְתִּי וּבְעֵנָן דְּלֹא אִיתְרַע בְּנִפְלָה וְהַמוּצָא זוֹכֵה בְּגוּף הַנְּזִיר וְאַף דְּמְחֻנְיָב לְהִרְאוֹת הַשְׁטָר בַּב"ד מ"מ הַמְּלִינָה יִקְנָה גּוּף הַנְּזִיר מִמְּנוּ לְמַעַן תִּהְיֶה הִרְאָיָה בְּיָדוֹ בְּכָל עֵת.

וְעוֹד דְּהִלְנָה לֹא יִצְטָרַף לְשַׁלֵּם עַד שְׁיִחְזִיר לוֹ הַשְׁטָר דִּיאֵמַר מִי יֵאֱמִין לְהַמְּלִינָה שְׁנֶאֱבָד מִמְּנוּ דְּלָמָּה מְכָרוֹ לְזָה שְׁאוּמֵר שְׁמִצָּא אוֹתוֹ וְהָגִי כְּמִטְמִין בְּיַדִּים הַשְׁטָר וְלֹא יִהְיֶה חֲזִיב לְשַׁלֵּם לוֹ וְאִם כֵּן שְׁנֵה הַשְׁטָר מְמוֹן הַרְבֵּה וּמ"מ כִּינּוּן דְּאִין גּוּפוֹ מְמוֹן מְמַעְטִינוּ מִדִּין אוּנָאָה: וְנִרְאִיתִי בְּנֵתה"מ שְׁכ' לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי תּוֹס' הַנּוֹז' דְּבִקּוּנָה לְצוּר אִינוּ צָרִיךְ לְהִרְאוֹת הַשְׁטָר דְּלָגוּף הַשְׁטָרוֹת מְהִי מְכִיר' מֵה"ת וְנִיְקָנוֹת בְּמִסְרָה וְכִינּוּן דְּיִכּוֹל לְמְכָרוֹ לְלִנְה הַה"ד לְאַחַר וְיִכּוֹל לְהַחְזִיק בְּשְׁטָר בְּגוּף הַנְּזִיר וּלְמְכָרוֹ לְלִנְה אוּ לְמִלְנָה וְה"נ בְּהַפְּקָר



ונאויש לענגן זעה שזעזוכה יכול לזפות בהשטר למכרו ללנה ומנהגי לענגן זעה פיון דהשטר מקרי גורם לממון ובשאר גורם לממון כגון בשור הנסקל בבית שומר לר"ש אם נאבד ונתניאש השומ' ממנו זוכה בו המוצא ומנהגי היאויש גם פן לגורם לממון לר"ש דס"ל גורם לממון פממון דמי מכ"ש בשטר לזכות בגופו למכרו למלנה או ללנה דממון גמור הוא דמנהגי יאויש לענגן זעה ולדעתי הענינה אף פי הרב ז"ל אחז דרף זעה הרבה פעמים ובכו"כ דינ' המסתעפי' מזה לא נראה פן דהא במתניתין דב"מ אלו דברים שאין להם אונאה בסיפא קתני רש"א קדשים שהוא חייב באחריותן יש להן אונאה והיינו דסבר גול"מ פממון דמי אבל ברישא דקתני שטרות דאין בהן אונאה מודה ר"ש והיינו דקאמר בגמ' ב"ק (דף צ"ח) אימר דשמעת ליה לר"ש בדבר שעיקרו ממון בדבר שאין עיקרו ממון מי אמרינו דשטרות לעולם לא הני ממון.

ואם נאמר דכל שטר שנה ממון לענגן זעה שיכול למכור להחזיק בנייר למי שיצטרף להחזיק בידו עד שיתנו לו ממון הלנה או המלנה אם פן נדאי הני כגופו ממון אלא נדאי פיון דנתמעט מאונאה הואיל דאין גופו ממון לא חל המכר על זה בשטר העומד לגבות דהני בדבר שאין בו ממש וללנה לא יכול למכור דהא פיון דהלנה נשאר בחיובו להמלנה פיון דלא מכר לו רק ראיותיו וכשבא לנד הלנה שוב הני כנאבד ונשרף השטר ונשא' בחיובו לשלם להמלנה ואף אם מכר לו לזה השטר מ"מ הואיל דאין גופו ממון לא נתפס הקנין על זה ואף אם מכר או נתן לו השטר בפירוש לנה שלא יצטרף להראות השטר מ"מ פיון דלא זכה בהשעבו' נשאר הלנה משועבד להמלנה.

וכוננת תוס' הוא דוקא אם טוען הלנה דכבר פרע לו אז שנה לו ממון ומנהגי המכירה מה"ת פיון דהמלנה מכר לו גוף הנניר שיכול לעשות בו פרוצונו אז יקנה ממנו הלנה פיון שיועד בעצמו דאינו חייב לו וכשהשטר לא יהיה בידו יהיה נאמן לומר פרעתי ובכ"ז נתמעט מדין אונאה הואיל דאינו גופו ממון.

אבל בלא זעה נראה דלא נתפס הקנין בזה אם אינו זוכה בהשעבוד והא דכ' הר"ן בעובדא דמלוגא דשטרי דתהיה נאמנת למשכון תפסתי במגו דלקוח ונאמנת לגוף השטרות לצור וכ' משום דאין אדם עשוי למכור שטרותיו לצור ואי אמרה שמכרו בין לגופן בין לראיה ומסרו ולא כתב פיון דכטל לענגן שעבוד בטל לענגן גוף הנניר ומבאר דכשקונה רק לגופן יכול להחזיק בגוף הנניר ולמכרו ללנה כמו בטוען למשכון אינו ראיה דנדאי אם הי' נאמן לומר לקוח שקנה גוף הנניר להחזיק ולמכור ללנה יש לומר גם פן דאינו נאמן אם פבר נראה השטר בפני ב"ד דכבר אינו יכול למסור ללנה רק קושיתו שתהיה נאמנת למשכון והיתה יכולה לפשר עם הלנה במגו דלקוח היינו גם פן דאמרה שלקחה מאביהו והיתה מוסרת ביד הלנה וגם דיש לומר פשמכר הנניר לבד אינו מחויב להראות השטר בפני ב"ד דעיקר החיוב הוא מטעם השבת אבידה ולא פשאבד בידים ראיותו ואם פן אם היה הדרף למסור הנניר לצור והי' נאמן דלקוח הנניר סובר הר"ן דאינו מחויב להחזיר ולהראות ראיותיו בפני ב"ד כדי שיגבה מן הלנה פיון דכבר היה בידו והוציא ראיותיו למכור הנניר זכה הלוות בהנניר ואינו חייב להראות ראיותיו בפני ב"ד ויכול לפשר א"ע עם הלנה: יד) והש"ף (ס"ק ו') הביא משם הריטב"א קידושין דבמתנה קנה הנניר פשמסר ולא כ' אלא שיש להראותו בב"ד לזכותו של זה פשם שמוצא שאר ראיות מדין

עדות דדוקא במכר ולא קנה אדעתא דננייר והוי מק"ט ונתבטל לגמרי ולא זכה בננייר דאין קנינו לתצאין אבל במתנה כל מה שנתן מתנה הוא.

ובנתיבות פתב דלמה שכ' משם תוס' דמהני מכירה ונתינ' לענין שיכול למסור השטר אף ללנה מכ"ש שא"צ להוציא להראותו בב"ד וכ' לכן דין זה הוי ספיקא דדינא. ואי מש"ה לא אינר' אף לשיטתו די"ל דהתוס' והר"ן מודים לזה דבק פשמיכרו לצור ולא השעבוד בזה אין צריך להראותו בב"ד מצד השבת אבידה ומתורת עדות פיון דברצונו מכר לו והוציא ראיותיו מידו ונדע דבלא השטר לא ישלם לו הלנה ובכ"ז מכר לו הננייר לעשות בו פרצונו הוי כאבידה מדעת ובכגון זה שביטל בעצמו ראיותו להוציא מאתו ל"ש השבת אבידה כי מי צנה לו שימפון מה שאין פו פשנתן השטר במתנה הננייר והשעבו' שיזכה בו המקבל ונתבטל הקנין פיון דלא כ' לו קני לה' כו' מן השעבוד ומ"מ לענין הננייר מהני בזה חייב המקבל להראות השטר בתורת השבת אבידה פיון דנתברר להם דלא זכה בהשעבוד והנזמן לא הוציא ראיותיו בידו רק באופן שיהיה ביד המקבל לגבות כי סבר להקנות לו אף השעבוד ובה אף דמהני המתנה לענין הננייר מ"מ חייב להראותו בפני ב"ד מטעם עדות והשבת אבידה כי המלנה לא ויתר ולא מחל על עדות הזאת רק שגמר ונתן לו להיות העדו' לתועלת המקבל המתנה וכיון דלא זכה בהשעבוד ונשאר ביד הנזמן אף דזכה המקבל בהננייר מ"מ חייב להראותו בתורת השבת אבידה אבל בנתן או מכר הננייר לכד דהוא עצמו הפקיע ממנו ראיותיו י"ל דאינו מחויב להראותו עוד בפני ב"ד: ברם בגוף הדין דהריטב"א סותר לדבריו במס' פתובות (דפ"ה) דשם פתב די"א דכל לוקח ומקבל מתנה של שטר שלא זכה בשעבודו של שטר אף בננייר לא זכה שהם עיקר מכירתו ומתנתו אינו אלא מפני שעבודו וננייר בתר שעבוד גרירא דאנו סהדי דלאו לנניירא נחתו.

ועיין שם פריטב"א דסובר דאף אם אמר לקוח הוא בידי מחויב להראות בב"ד מדין עדות ואפשר דאם היה לוקח ננייר בלבד טענה טובה לא הנה מחויב להראות מדין עדות כמו שכ' שם דאם הי' במשכון אינו מחויב להראות בב"ד שלענין זה השפין לכופו לקרעו.

ובאמת מדברי הר"ן יש להוכיח גם פו דסובר דאף במתנה פשמכר הננייר עם השעבוד אין קנינו לתצאין ונתבטל הקנין ולא זכה אף בננייר דאל"כ תיחדר הקושיא לדוכתי תהיה נאמנת מחיים תפיסנה במגו דנתן לה במתנה אלא ודאי דתירוצו דמתרץ על מגו דלקוח שיני' גם פו על מתנה וכן הוכיח אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים ואין לומר דתהיה נאמנת במגו דמתנה לאו מגו מעליתי הוא פיון דאיירי דהחוב היה ידוע טענות מתנה הננייר והשעבוד הוא טענה גרועה דאין אדם נותן במתנה פשמיכר לו חוב הא הר"ן שם הקשה דתהיה נאמנת לומר דנותן לה במתנת שכ"מ ומתרץ פיון דאין המסירה ראיה על גוף הקנאה.

הרי דזה מגו מעליתי' ואם פו אם נאמר במתנה קונה גוף הננייר יקשה שוב תהיה נאמנ' במגו. ואולי פוונתו דקבלה במתנה הגוף והשעבוד בתנאי שתמחול החוב ובכה"ג שוב אין קנינו לתצאין דדומה למכר.

וברמב"ן בספר הזכות מבואר להדיא דאף במתנה בטל לגמרי ולמקום שהשעבוד הולך שם השטר הולך וכן הביא דבריו בספר שע"מ. והוכיח פן גם פן מדברי הרשב"א בתשובה המובא ב"י בשנים שקבלו בחותם המלך דבר ידוע בפפר אחד ומתו ונשאר ביד בנו של אחד והבן של השני תובע ממנו והשיב שקבר מחל לו וכ' דאפילו היה שטר זה פשטר דעלמא ואפי' הי' המחילה פמסירה אינו נקנה רק בכתיבה ומסירה ואפילו גוף הגייר לא קנה שהגייר נגרר אחר השעבוד שלא לצור על פי צלוחיתו הוא צריף וכן נראה מדברי הרי"ף פתובות הרי דאף במתנה לא קנה גוף הגייר.

ויבואר עוד למן בדברי הרשב"א בתשובה: נחזור לדברינו בדברי הגתיות דנראה ודאי בהפקר ובאיאוש אין סברא דזכה בו המוציא שלא יצטרף להראות ראיותיו בב"ד ושיכול למסור ללנה דבזה ודאי ליפא זכות דאין גופו ממון ואף בלוקח או במשכון דזוכה בהגייר ואין צריף להראותו בב"ד מ"מ הזכות לתת ביד הלנה זה אינו גופו ממון ואף לר"ש דסובר דבר הגורם לממון פממון דמי מ"מ בדבר שאין גופו ממון לא הוי ממון וכא"ב ממש ועי' גתיות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) שכ' לתרץ קוש' קצוה"ח שם דהקשה ל"ל קרא למעט שטרות משמירה הא ליפא קננה בשטרות דבעי פתיבה ומסירה וכ' על פי דרכו הנז' דלענין למכרו ללנה או למלנה יש בו מכר מן התורה ומהני משיכה להתחייב בשמירתו ולמ"ש ז"א ברם י"ל דאי לאו דגלי קר' בכפל ובשומרין ובאונאה למעט אותן היינו אומרים דהוי פממון אולם אחר דנתמעטו מטעם דאין גופו ממון שוב ליתא פמכירה לנה וכמו שכ'.

ובקושית הקצוה"ח הנז' אף פתירו צו עדיין אינו מתורץ ל"ל קרא בהקדשות למעט. וכתבתי פמקומו לתרץ בפשיטות דכשהשומר הביא לביתו הוי פהתחלת מלאכה וא"צ שום קננה ויבואר פמקומו א"ה: טו) ועיין תוס' פתובות (דף ל"ג ע"ב) ד"ה גנב בשור הנסקל דהקשו הא ליתא פמכירה וכתבו דאיתא פמכירה לעכו"ם דאינו תופס דמים ולר"ת דשור הנסקל אינו נאסר מחיים גיחא ובתוס' סנהדרין (דף פ') הקשו מזה על ר"ת הא מבוא' ב"ק מכור אינו מכור ובמהרש"א עמד ע"ד תוס' הא מסיק הגמ' דאיירי בגנב מבית השומר וכר"ש דדבר הגורם לממון פממון דמי אם פן שייף פמכירה גם פן וכ' פיון דאסור בהנאה אין פאן מכירה פלל וקשה הא לר"ש דדהגל"מ פממון דמי הוי פשק מלא מעות ופשיר איתא פמכירה דאינו נהנה מגוף השור דמוכר לו זכות זה שיש לו באיסור הנאה הנה לסלק לפעלים וכתבתי בחידושי די"ל דהא צריף להבין לר"ש דדהגל"מ פממון וחיוב הגנב פפל הא פל גנב בעי קננה משיכה וכיון דאינו שנה ממון איזה קננה שייף וצ"ל פיון דנהה גופו ממון שנה ממון זה לענין זה להחזירו לשומר שיימר הרי שלף לפניה ולענין זה שנה ממון לכל אדם או שייחזירונו לפעלים ויהרגנו ויתחייב השומר למפרע דומיא שכ' הגתיות לגבי שטרות ולפי זה יש לומר הא פל שומר אין צריף השבה ליד הפעלים ויכול לומר הרי שלף לפניה קח מאיזה מקום שהוא והא דגנב חייב פמכר בד' וה' הוא משום ששנה פחטא פמבואר ב"ק (דף ס"ח) ואם פן בגנב שור הנסקל מבית שומר לא שנה פחטא דבשלמא בגנב דצריף שיעשה השבה פעליא לפעלים וכשמסר הגניבה ביד אחרים פמכירה או פמתנה שפיר שנה פחטא דמסר ביד אחרים ואין בידו לקיים השבה פעליתא דאף אם אומר לו הרי שלף לפניה פיון דרשות אחרים שולטת בו לאו השבה פעליתא הוא פמו שפארתי לעיל דיני עדות לכף חייבתו התורה



בְּזֶה לְדַעַת הַסּוֹבְרִים דְּמַכִּיר' שְׁטָרוֹת מְדַרְבְּנָן ל"ל לְמַעַט מְדִין אוֹנָאָה דְּמִשְׁפַּחַת בַּכ' בּוּ שְׁמִשְׁתַּעְבַּד לְכָל הַמוֹצִיאוֹ.

וְעֵינָן ש"ף (ס"ק י') מַה שְׁהָאֲרִיף לְהַשִּׁיג עַל הַתּה"ד דַּבְּכ' לָהּ וּלְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ לֹא הָוִי רַק פְּהַרְשָׁא וְצָרִיף פְּתִיב' וּמְסִיר' וְהַתְּנָמִים מִשִּׁיג עַל דְּבָרָיו בְּדָבָרִים נְכוּנִים וְאֲחָרָיו הַסְּפִימוּ עַל יְדוֹ הָאֲחָרוֹנִים אוֹלָם אַחַת מְטַעְנוּתָיו דְּכִיצַד יוֹעִיל הַרְשָׁאָה הָאֵל בְּגוּף הַרְשָׁאָה בְּעֵינָן הַקְּנָאָה וְאִם אֵינּוּ שְׁעָבוּד הַלְוָה עַל הַתּוֹבֵעַ אֵינּוּ יָכוֹל לְתַפְלֹעַ וּבִישׁ שְׁעָבוּד הָוִי כְּמַכִּירָה וְלֹא אָבִין דְּבָרָיו דַּבְּכ' בּוּ לְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ י"ל דְּהָוִי כְּשִׁלִּיחַ שְׁעָשָׂאוֹ בְּעַדִּים וּבְשִׁלִּיחַ אַף דָּאִין צָרִיף הַלְוָה לִיתָן אֲבָל בַּכ' בּוּ לְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ יֵשׁ לוֹמַר דְּבִאֲמַת נְשָׂאָר הַשְׁעָבוּד אֲצֵל הָרַאשׁוֹן וְהַלְוָה שְׁעָבַד עוֹד עֲצָמוּ בְּזֶה דְּמִי שְׁיָבֵא מִחֲמַתּוֹ לְתַפְלֹעַ בְּעַדוֹ יִצְטָרֵף לְשִׁלְמָם אַף בְּלֹא הַרְשָׁאָה וְכָל תְּנָאִי וְחַיִּיב שְׁבִמְמוֹן מְהֵנִי וְסוֹבֵר הַש"ף כַּשְׁכ' לְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ מְחַיִּיב אֶת עֲצָמוֹ בְּזֶה לְשִׁלְמָם לְכָל מִי שְׁיָבֵא מִחֲמַתּוֹ וְלַעֲנִין מְכִירָה בְּעֵינָן כּוּמ"ס וּמ"מ הַעֲלוּ אֲחָרוֹנִים דְּלֹא פְּדָבְרִי הַש"ף: טז) וְנִרְאָה לְכַאוּרָה לְדַעַת הַרְמ"א בַּכ' בּוּ לָהּ וּלְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ וְלַדַּעַת הַש"ף בְּלַפֵּל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ דְּקוֹנָה בְּמְסִירָה בְּלַבַּד בְּלֹא פְּתִיבָה וְאִם כֵּן הָוִי כְּמוֹ שְׁאָר מְטַלְטְלִין וְאֵינָן נִקְנִין בְּמְסִירָה לַכ"ע וּבַש"ע (ס"ט) כ' הָאִי מְסִירָה דְּשְׁטָרוֹת צָרִיף הַגְּבִיָּה עֲמָה וּבַש"ף שְׁם חוֹלֵק כִּינּוֹן דְּעֵיקָר הוּא לַעֲנִין שְׁעָבוּד מְהֵנִי מְסִירָה וְהִבִּיא דְּבָרֵי רַמְבַּ"ן וְכָל זֶה בְּסֵתָם שְׁטָר וּכ' בּוּ שְׁם הַלְוָה אֲבָל בַּכ' בּוּ לְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ כִּינּוֹן דְּהָוִי כְּמוֹ שְׁאָר מְטַלְטְלִין צָרִיף הַגְּבִיָּה וְאֵף הַרְמַב"ן מוֹדָה.

וּלְפִי זֶה צָרִיף לְהַבִּין דְּבָרֵי הַש"ף (ס"ק כ"ה) דַּכ' וְנ"ל וּלְפִי מַה שְׁהַעֲלִיתִי לְעֵיל דְּשְׁטָרוֹת נִקְנִין בְּמְסִירָה וּמְשִׁיכָה וְהַגְּבִיָּה אִם כֵּן הוּא הַדִּין בְּהַנְּפָקָר שְׁטָר שַׁכ' בּוּ לְמִי שְׁמוֹצִיאוֹ אַף בְּלֹא פְּתִיב' זָכָה בְּהֵן אִם מְשָׁפֵן אֲבָל אִם לֹא מְשָׁפֵן רַק אַחַז בְּהֵן לֹא קָנָה אוֹתָן דְּמְסִירָה לֹא מְהֵנִי אֲלֵא מְדַעַת הַמוֹכֵר ע"ש הָאֵל בַּכ' בּוּ כָּף לְכָל מִי שְׁמוֹצִיאוֹ דְּזוֹכָה בְּלִקְיַחַת הַשְׁטָר בְּהַשְׁעָבוּד מִצַּד הַלְוָה הָוִי כְּשְׁאָר מְטַלְטְלִין דְּלֹא נִקְנּוּ בְּמְסִירָה אֲפִילוּ מְדַעַתּוֹ רַק בְּמְשִׁיכָה וְצ"ע: יז) לְכַאוּרָה יֵשׁ לְמַצּוֹא נ"מ לְבִין אִם מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּאוֹרְיִית' אוּ דְּרַבְּנָן אִם הַלּוֹקֵחַ חוֹזֵר וּמוֹכֵר לְהַמְלִינָה הַשְׁטָר וְלְהַרְבֵּ הַש"ף (ס"ק צ"ט) פְּשִׁטָּא לִיהַ דְּסָגִי בְּמְסִירָה לְחוּד בְּלֹא פְּתִיבָה וּבְדַרְיָשָׁה כ' גַּם כֵּן מִתְחִילָה דְּבַהֲחֻזְרָת הַשְׁטָר קָנָא הָרַאשׁוֹן אַע"ג דְּלֹא כ' לוֹ הַשְׁתָּא קָנִי לָהּ כּו' הוּאִיל שְׁמִתְחִילָה לֹא יִצָּא לְגַמְרִי מִתַּחַת יְדוֹ שְׁהָרִי הֵיָה בְּיָדוֹ לְמַחְזֵל וְסִיִּים מִיהוּ אֵינּוּ מוֹכְרֵעַ כָּל כָּף לוֹמַר כֵּן עַכ"ל וְי"ל דְּאִי מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּאוֹרְיִיתָא וְזוֹכָה הַלּוֹקֵחַ בְּשְׁעָבוּד הַנְּכָסִים רַק שְׁעָבוּד הַגּוּף אֵינּוּ יָכוֹל לְמַכְפֹּר וּלְכָף יָכוֹל לְמַחְזֵל שַׁע"ג וְנִפְקַע הַשְׁעָבוּד נְכָסִים וְכִינּוֹן דְּכָבֵר זָכָה מִן הַתּוֹרָה בְּהַשְׁעָבוּד נְכָסִים אַף אִם מוֹסֵר בְּהַחֲזָרָה הַשְׁטָר בְּמָה יִקְנָה הַשְׁעָבוּד נְכָסִים וְאֵף דְּגוּפוֹ דְּלוֹנָה נְשִׁתַּעְבַּד לוֹ לְהַמְלִינָה מְעִיקָרָא וְנְשָׂאָר בְּיָדוֹ.

זֶה רַק דְּגוּפוֹ נִתְחַיִּיב אֲבָל לְמִיחַת לְנְכָסָיו אִם אֵינּוּ רוֹצֵה לְשִׁלְמָם לֹא נִחְתִּינּוּ אֲבָל אִם מְכִירַת שְׁטָרוֹת הוּא רַק מְדַרְבְּנָן וּמִן הַתּוֹרָה לֹא מְהֵנִי הַמְכִּירָה כָּלִל י"ל דְּכַשְׁמוּסֵר לוֹ בְּהַחֲזָרָה הַשְׁט' וּמְקָנָה לוֹ אַף בְּלֹא פְּתִיבָה הָוִי כְּאוֹמֵר אִי אֲפָשִׁי בְּתַקְנַת חֲכָמִים.

אַף י"ל לַמ"ש הַפְּנ"י פְּתוּבוֹת (דָּף פ"ו) דְּלְהַסּוֹבְרִים מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּאוֹרְיִיתָא הָוִי כְּמוֹ מְטַלְטְלִין וּמִן הַתּוֹרָה נִקְנָה בְּכֶסֶף כּוּר"י דַּד"ת מְעוֹת קוֹנָה וְחֲכָמִים תַּקְּנוּ מְשִׁיכָה וְכִינּוֹן דְּלֹא שְׁיָיֵף מְשִׁיכָה בְּגוּף הַחַיִּב אֲלֵא בְּמְשִׁיכַת הַנְּיָיר לֹא מְשַׁמַּע לְהוּ לְחֲכָמִים שְׁיָקְנָה כְּמוֹ שְׁאָר

מטלטלין לכה תקנו פתיכה ומסירה וכיון דעקרו לקנן פספ לגמרי ממילא לא מהני הקנן רק מדרבנן במסירה ובפתיכה ומהני פשחור ומוס' להמלנה בהתורה שיקנה השעבוד נכסי.

אולם דברי הפנ"י מוקשים דאם ד"ת מעות קונה בשטרות לסגי במסירה ולמה צריך פתיכה ואי דשייך לומר נשבר חטף הא פיון שהוא ביד הלוקח לא שייך פן וכן הוכיח הקצוה"ח (ס"ק ג') דע"כ פתיכה צריך מן התורה וכיון דקנה השעבוד נכסי על ידי פתיכה ומסירה מן התורה במה יקנה המלנה מהלוקח השעבוד נכסי אם לא בפתיכה ומסירה.

ובמ"א הוכחתי מדברי רמב"ם (פ"ג) ממכירה (הלכה א' וד') דאף פשנתן מעות מ"מ פיון דעקרו חז"ל קנן מעות והעמידו על משיכ' והגבחה אף אם נתן מעות צריך דוקא קנן הראוי לו ואם פן י"ל כדברי הפנ"י פיון דעקרו לקנן מעות צריך קנן הראוי היינו פתיכה ומסירה] ואולי י"ל פיון דהשטר נכתב על שמו דהמלנה והשעבוד הגוף נשאר אצלו ורק הראיה והשעבוד נכסי הוא ביד הלוקח בזה פיון דשמו עליו קונה במשיכה לבד: וראיתי בספר ש"מ (ס"ק ה') שיצא לדון בדבר חדש דלמה שכ' רמ"א (סי' ר"ט ס"ח) בשם י"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אם רוצה לקנות מקנה וב' שהקנו זה מזה על מתנה שיקבל אחד מהם מאחר שיחלוק עם חבירו דקנ' ומשום דאגב דרוצה לקנות מקנה כמו כן שותפים או יורשים אם חלקו שטרות נגד שטרות בזה קונה דהא פל הטעם דאין מכירת שטרות מן התורה הוא משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכאן אגב דרוצה לקנות מקנה וסובר דבכה"ג החלוקה מועלת מן התורה ואינו יכול למחול והוי מה שמקבל פל אחד שטרות נגד חבירו פקבלת פספ ואין צריך פתיכה ולהסוברים דאף אי מכיר' שטרות מן התורה מ"מ יכול למחול בכה"ג לא הוי פכספ דלא סמכ' דעתיה ואין פאן במה לקנות דמשיכת הנגיר לא מהני להשעבוד וצריך שיקנו זה מזה על החלוקה.

ולע"ד הדברים מתמיהים דאף לדעת הי"א אולי נדאי לא הוי קנן דאורייתא מצד זה אגב דרוצה לקנות מקנה ועיין תוס' ב"מ (דף ע"ד) דנראה מדברייהם דגמר ומקנה ל"ה רק מדרבנן. ועיין ריטב"א קידושין (דף ט') בהא דאגב חיתון גמר ומקנה לא הוי רק מדרבנן וכן כ' בפשיטת הרב בנו"ב הבאתי לעיל (סי' ט"ו) ואם פן נדאי דלא עדיף באם מכר בפתיכה ומסירה דיכול למחול מכ"ש בל"ה קנן רק דנימא אגב דרוצה לקנות מקנה דנדאי יכול למחול ואף אם הנה קנן סודר גם פן לא חל פיון דמשיכת הנגיר לא מהני להשעבוד וקנן סודר לא מהניובלא"ה פיון דחז"ל הצריכו פתיכה ומסירה וכספ וקנן סודר לא מהני אינו מועיל אף דגמר ומקנה עד דנעשה קנן המועיל פיון דאפשר בדבר ובל"ס אם יש לו שטר על גבר אלם ובא אחד ונותן לו דמיו אף דנדאי גמר ומקנה בלב שלם לא מהני פיון דשייך בו קנן צריך שיעש' קנן המועיל ולא מהני אגב דרוצה לקנו' רק בדברים דלא שייך בהן קנן ועיין נתה"מ (סי' קע"ו ס"ק ג').

וע' במקור הדין דרמ"א (סי' ר"ט) שהוא מהגמ"ר (פ"א דב"ב) דשם מדמה דין זה דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה להא דר"ג דאגב חיתון גמר ומקנה וכיון דשם לא הוי רק מדרבנן כמו שכ' בריטב"א אף בדינו דמךדי לא הוי רק מדרבנן וכן יש להוכיח מגמ' דב"ב (דף

קמ"ח) בשכ"מ דל"מ באומר שיזכה בדבר שאין בו ממש או דבר שלא בא לעולם הואיל דאין יורש יורשו ועיי"ש בתוס' דלא משפחת ירושה בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש דירש יורש הגוף ואם לא הוי להמוריש הגוף זה לא משפחת ואם נאמר דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה הוי קננו מעליא מה"ת אם כן משפחת שיהיה דשלב"ע אלא נדאי דלא הוי קננו המועיל באופן זה.

וגם י"ל דקודם שבא לעולם כל א' יכול לחזור אף בדינו של הרמ"א (סי' ר"ט) הנ"ל ואף באומר מעכשיו וגם שם לא קיי"ל כן. וגם המעיין במרדכי שם יראה דלאו דוקא דקונה רק מטעם חיוב אחי עלה ואף דזה פשיט' דיכול לחייב את עצמו בדשלב"ע זה היכא דאמר בלשון חיוב ובקננו וקמ"ל בלא אומר בלשון חיוב דמטעם דאגב דרוצה לקנות מקנה מתקנין הלשון דדעתם על חיוב אבל שיהיה קננו גמור מעכשיו זה צע"ג ללמוד כן בדעת המרדכי והרמ"א ואכ"מ בזה: יח) ולכאורה יש לדון אם רבים היו להם שטרות על אחרים אם מקרו דאינו יכולין למחול למה שכתבו הפוסקי' דהצבור יכולים להקנות דבר שלא בא לעולם פיון דאלים פח הצבור שבדבור בעלמא מקנין ואין צריך לא קננו ולא שטר ודבריהם ככתיבה ומסירה דמי כמו שכ' הרא"ש בתשובה שכל דבר ששקהל או טובי העיר נתנו מדעת השקהל ומסכימים בו אין צריך לא קננו ולא שטר וכן מצינו בש"ע (סי' ר"ד ס"ט) דרבים המבטיחים לימן לאדם אחד מתנה מרובה דאינו יכולין לחזור ועיין שם בסמ"ע מפני שבזה סמכה דעתו דלא יחזור בו.

וראיתי בספר קדושת יו"ט מהגאון מאור הגולה מהרי"ט אלגזאי ז"ל (סי' ו') דהעלה כן דרבים יכולים להקנות דשלב"ע ולסלק ונהביא כן משם הראנ"ח ז"ל ונהרב בעל פנ"מ ומשאת מלך דכיון דאיכא רוחא להאי כמו להאי מעשיהם קיימים ונהבי' סעד לזה ממ"ש הרמב"ם (סופ"ו) מערכין דכ' אע"פ שאין אדם מקדיש דשלב"ע אם אומר הרי עלי להקדישו חייב להקדישו פשיבא לעול' משום גדרו וכ' ראיה לדבר ממה שאמר יעקב אע"ה וכל אשר תתן לי כו' ולמה לא הביא ראיה מקרא דפ' חוקת דכ' נידר ישראל נדר לד' אם נתן תתן כו' דזה הו' אחר מתן תורה אלא נדאי דמשם אינו ראיה דהיו רבים עיין שם.

ובאמת קצת יש לדחות ראיה הזאת. וראיתי בתשובת רשב"ש (סי' קי"ב) שבהביא משם הרשב"א שדין הצבור עם יחידיהם פדיון ב"ד הגדול עם כל ישראל ומעשים בכל יום שמקחו וממכרו אין צריך קננו ואפילו דברים מועיל בהם פח צבור ומקנה אותו כמקנה דשלב"ע שאינו פלוס ובתקנות צבור מקנים.

ואם כן אפשר דאף מכירת שטרות מועיל אף מה"ת ולפי זה משפחת מכירת שטרות מן התורה ושפיר צריך קרא למעטן מדין אונאה: ברם יש להוכיח דרק החיוב חל על הצבור לקיים הדבר אבל שיחול קננו על דבר שלב"ע או אין בו ממש אי אפשר דהא בב"ב הנ"ל מבואר דשכ"מ שאמר דור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אומר פלוס דמלתא דליתא בירושפה ליתא במתנת שכ"מ וכתבו תוס' אע"ג דירש יורש נמי דירת הבית ופירות דקל היינו לפי שירש גם הבית והדקל ואם נאמר דרבים יכולים להקנות דשלב"ע ואם הקנו לאחד פירות דקל חל הקננו מעכשיו אם כן משפחת דהקנהו לו רבים היינו ציבור ובנדאי היורש יורשו ומשפחת ירושה בדשלב"ע אלא נדאי דקננו

לא מהני רק שיתחייבו לקיים אבל קנין מהשתא לא משפחת רק הוא בגדר חיוב דמהני בכל אדם בחיוב הגוף ושללא יכול לתזור ובצבור מהני אף בלא חיוב שלא יהיו יכולין לתזור בהן ואף דתייבין גם פן לתת להיורש מ"מ אינו יורש הפירות דקל רק בתורת חיוב תייבין לקיים דבריהם אף ליורשים ומ"מ גוף פירות דקל ליתא בירוששה, וכשאיזכו היורשים פשיטנו להו צריכין לעשות קנין מחדש לקה מקרי ליתא בירוששה.

ובאמת יש לעיין למה דמשמע מש"ס ב"מ ובמרדכי שם דהחסרון קנין בדשלבל"ע הוא מצד דלא סמכה דעתו דקונה והמקנה לא גמר ומקנה אם פן ברבים דהו ציבור וב"ד דאף קנין אין צריף ונגמרו ומקנו יש לומר דגם הקונה סמכה דעתו לקנות ומ"מ נראה פיון דהקונה לא סמך דעתו לקנות פיון דאינו בעולם לא חל הקנין וי"ל לענין הקדש שיהי' חייב לקיים מטעם נדר לא הי' הרמב"ם מביא ראיה מאם נתון תתן דהי' מקום לומר דרבים גמרו בדעתם להתרים ותייבין לקיים ומצד הקונה אין פאן חסרון דדעת שכינה איפא ואינו מוכח ביחיד שיהי' חייב לקיים מטעם נדר לקה הביא ראיה מייעלב אע"ה.

אף יש לדחות דהא חזינו דגלי לן קרא איש פי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו הרי אף דבר שאינו ברשותו אף שהוא שלו ועיקר חסרון קנין בדבר שאינו ברשותו אינו מצד המקנה רק מצד הקונה כמו שביאר בעל קצוה"ח בקונטרס משוכב ריש (סי' ס"ו) הרי דלא מהני הקדש בדבר שהחסרון הוא מצד הקונה אף דדעת שכינ' איפא.

ואולי יש לומר דדין חרם שקבלו ישראל אז להתרים הערים הוי פדין קדושת הגוף דחל אפילו בדשלבל"ע כמו שכ' הכ"מ (פי"ב) מנדריים בדעת הרמב"ם ולקח לא הביא ראיה מזה לנדר הקדש דמים דלא מהני בדשלבל"ע.

וברמב"ן פ' חקת פי הרגו אתהו כמו שצוה כל חרם אשר יחרם מן האדם כו' ונתנו כל שללם לאוצר בית ד' ואם פן חרם מן האדם הוי הדין כמו נדר קדושת הגוף ואף דהממון הוא רק קדושת בה"ב מ"מ אולי חל ממילא פיון שחל חרם על הגופות והביא ראיה מיאע"ה דהי' רק קדושת דמים לבד.

עכ"פ נראה אף דצבור וגם פח ב"ד יפה. ואף ב"ד הגדול אין בכחם להקנות דבר שלא בא לעולם ואף דמצינו דכח ב"ד יפה לעשות שאינו זוכה כזוכה אף מן התור' היינו בדבר ששייף בו קנין כמו לזכות לקטן על ידי ב"ד כמו שכ' הש"ף בנה"כ יו"ד (סי' ש"ה) ועיין פנ"י קידושין (דף מ"ב) ובק"א שם דמתרץ בזה קושית הבעל בתי פהונה בפוגיא דיכיר למה לי לא יהי' אלא אחר אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה להסוברי' דקטן לית ליה זכיה מן התורה אף על ידי אחר אם פן אצטריף קרא דיכיר לענין פנו קטן והעל' דמצי לזכות לו על ידי ב"ד שיעמידו לו אפוטרופס עיין שם [ומה שכ' שם בפנ"י לתרץ בדבר אחר דאף דאין זכיה לקטן הוא רק לענין שהנותן יהיה פידו לתזור וכיון שמת הנותן ולא חזר בו ממילא זכה הקטן ע"י האחר דבריו תמוהין ואינו מוכן פיון דעכ"פ יכול המתנה לתזור בו מן המתנה ממילא הבנים יורשים זכות זה כמו דמורשיהם היו יכולי' לתזור פן היורשים ואכ"מ בזה] ותרוץ הראשון הוא מוכרח מ"מ היינו דוקא בדבר הבא לעולם מהני על ידי ב"ד לזכות אבל בדשלבל"ע אף דהצבור או על ידי ב"ד הגדול מחוייבים לקיים דבריהם וכמו שכ' הרשב"א הנז' אבל מ"מ קנין גמור לא הוי: (יט) הא דסברו הפוסקים דמכירת שטרות לאו מן התור' אף דכתבו תוס' הטעם דהוי פאין



ברשותו וכדשלב"ע ועיין בתנאים דהערה לומר דלר"מ אדם מקנה דשלב"ע י"ל דמהני מן התורה ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ו) דמ"מ לא חל מהשתא רק פשיבאו לעולם לכה יכול למחול וכנראה עיקר הטעם דכיון דלא נמשך השעבוד שקונה רק הראיה והוי כדבר שאין בו ממש ועיין בס' חקי הדיונים (סי' ק"ל) שכ' דמן התורה לא חלה בהם קננו משום דהוי דבר שאין בו ממש שהרי הנזיר לא מכר לו אלא השעבוד שיש לו על הלנה שהוא כ' בו ואין בו ממש.

וכן כ' הרמ"ה ב"ב בהא דאמר ר"א סברא נמי הוא אותיות מילי ניהו ומב"מ לא מקנו דהנזיר נהי דהוי פשאר מטלטלין זכותא דאית ביה במאי קנה הא לאו מידי דאית ביה משא עיין שם באורו בדבריו פ' הספינה (סי' כ"ח) דא"ד לבגד דמקני ציבועא אגבו דהיא גופא ממון לכ"א מה שאין פן שטרות אינן גופן ממון ולאחרים לית הנאה בגניה רק לו לראיה.

ומה"ט נראה דאף במוכר שטר חוב שיש לו על קננו קרקע דנקנה גם כן בכתיבה ומסירה כמבואר בש"ע וברא"ש פ' ג"פ מבואר דזה גם כן לא הוי רק מדרבנן והא שם הוא ברשותו הקרקע שקנה וכבר זכה בו ולמה לא מהני מכירת השטר מן התורה אלא נדאי כיון דאינו עושה קננו בגוף הקרקע רק שמוכר לו זכות השטר וזה גם כן הוי כדבר שאין בו ממש וכיון דאינו מוכח מהשטר שגזפר שם המוכר עכשיו בו לא נקנה עד שיכתוב וימסור לו וזה גם כן לא הוי רק מדרבנן ומן התורה לא חל קננו על זכות שיש לו בו בהשטר שכ' בו וזה גם כן הוי כאין בו ממש.

וכן מוכח מקושית כל הראשונים דל"ל קרא למעט שטרות מדין אונאה תפ"ל דלא חל המכירה מן התורה ולא מתרצו דמשפחת בשטר מוכר שמוכר לו הקרקע על ידי השטר שמוכר לו ואף דקרקע פבר אתמעט מטעם דאינו דבר המטלטל מ"מ הנה ס"ד כיון דמכר לו השטר מוכר והוא דבר המטלטל יש בו דין אונאה אלא נדאי דבזה גם כן לא מהני המכיר מן התורה.

אולם ברמ"ה ב"ב פ' מי שמת (סי' פ"ג) כ' לתרץ דמשפחת מכירת שטר מן התורה דאיצטריך קרא למעוטי בשטר פקדון דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה קאי ומצי מקני ליה קננו גמור לגופיה כי מזבין ליה לשטרא נמי וכ' ליה קני לה הוא וכל זכותא דאית ביה קני ליה לשטרא ולממונא דכ' ביה כל היכא דאית בי' קננו גמור ושוב אין המוכר יכול למחול והוא דקני ליה אגב ארעא א"נ דקנו מניה והוי פקדון דלאו מטבע אבל בכתיב' ומסירה גרידתא לא קנו ליה לפקדון דמטלטלין בשטרא לא מקנו עיין שם משמע מדבריו דרק הואיל דמטלטלין בשטרא לא מקנו לכה לא מהני מן התורה כתיבה ומסירה אבל שטר מוכר מקרקע אם הקנה לו אף בלא שום קננו אחר רק דמכר לו השטר בכתיבה ומסירה מהני מן התורה כמו דאם הנה מהני שטרא למטלטלין למקני ביה הי' מהני אם מוכר השטר פקדון בכתיבה ומסירה.

וצריך להבין במאי קנה הא זכות השטר הוי דבר שאין בו ממש והשטר שכותב לו אם אינו כותב שמוכר לו הפקדון המונח אצל פלוני רק מקני לו זכות השטר למה יועיל מן התורה.

ואולי י"ל דכּוּוּנְתוּ דבְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ הֵינְנוּ שְׁכּוֹתֵב לּוֹ שְׁמוּכָר לּוֹ הַפְּקָדוֹן וּמוֹסֵר לּוֹ הָרְאָיָה בְּזֶה פֶתַח דְּצָרִיף קִנְיָן אַחֵר לְגוֹף הַמְטַלְטְלִין לְקִנּוּת דְּמַטְלְטְלִין בְּשִׁטְרָא לָא מְקַנֵּי וְצָרִיף קִנְיָן אַחֵר מֵה"ת אוֹ אַגַּב אוֹ קִנְיָן סוּדָר אַבְל אִם אֵינּוּ פּוֹתֵב בּוֹ שְׁמַקְנָה לּוֹ גּוֹף הַפְּקָדוֹן בְּלֹא הֶכִי לָא מְהַנִּי מִן הַתּוֹרָה דְּמוּכָר לּוֹ דְּבָר שְׁאִין בּוֹ מְמִישׁ וּמִלִּי בְּמִלִּי לָא מְקַנֵּי.

וּמִמִּיל' בְּקִרְקַע ג"כ כֹּל זְמַן שְׁאִינוּ נִזְכָּר בְּהַפְתִּיבָהּ שְׁמוּכָר לּוֹ הַקְּרַקַע שְׁיִישׁ לּוֹ רַק זְכוּת הַשְּׁטֵר הֵנִי דְּבָר שְׁאִין בּוֹ מְמִישׁ וְלֹא מְהַנִּי פְתִיב' וּמְסִירָהּ פְּשׁוּתֵב שְׁמוּכָר לּוֹ הַשְּׁטֵר מְכָר וְכָל זְכוּת דְּאִית לִיהּ בּוֹ מִן הַתּוֹרָה רַק מְדַרְבְּנָן מְהַנִּי כְּמוֹ כָּל מְכִירוֹת וְשִׁטְרוֹת דְּתִיקְנּוּ דְּמַהַנִּי בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ: וַיֵּשׁ לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי רמ"ה דְּמְדַרְבְּנָן מְהַנִּי מְכִירַת שְׁטֵר פְּקָדוֹן גַּם בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ וְלֹא פְדַעַת הַמְרִי"ט בְּתַשׁוּבָה דס"ל דְּאָף לְהַסּוּבְרִים דְּשִׁטְר רְאָיָה נִקְנָה בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ מ"מ שְׁטֵר פְּקָדוֹן לָא נִקְנָה בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ דְּאָף לְרְאָיָה אֵינּוּ מוֹעִיל הוּאִיל דְּנֶאֱמַר הַחֲזוֹרְתִי בְּמַגּוֹ דְּנֶאֱמַר וּכְבָר הַשִּׁגַּע עֲלֵיו בְּסִפְרָא שְׁעַר מְשֻׁפֵּט (ס"ק ו') וְהִבִּיא דְּבָרֵי תַשׁוּבַת רַמְבַּ"ן (ס' ע"ו) דְּמְבֹאָר כֹּן לְהַדְיָא וְכֹן מְבֹאָר בְּתַשׁוּבַת רַשְׁבַּ"א (ס' תתקפ"ז) וְאָף דִּי"ל דְּהֵם סוּבְרִים דְּאָף שְׁטֵר רְאָיָה נִקְנָה בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ וְכְמִבְּאָר דַּעַת הַרמ"ה אַבְל לְהַסּוּבְרִים דְּשִׁטְר רְאָיָה אֵינּוּ נִקְנָה ה"נ בְּשִׁטְר פְּקָדוֹן.

אוּלַם בְּדְבָרֵי רַבֵּינוּ יְרוּחֵם בְּמִישְׁרִים (נ"ד) מְבִיא דְּבָרֵי הָרַא"ש דְּשִׁטְר רְאָיָה אֵינּוּ נִקְנָה כ' פְּתִיבּוּ הַגְּאוּנִים דכ"י נִמְכָּר בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ אֶפְּלִי לְמ"ד דְּנֶאֱמַר לומר פְּרַעַתִּי דְּאִטּוּ שְׁטֵר פְּקָדוֹן מִי לָא מוֹדוּ הָרִי דְּשִׁטְר פְּקָדוֹן נִמְכָּר גַּם כֹּן בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ לכ"ע מְדַרְבְּנָן וְדִלָּא כְּמַהֲרִי"ט.

וְעֵינָן קְצוּה"ח (ס"ק ל"ה) דְּשִׁטְר עֵיִסְקָא דְּהֵנִי פְּלַגָּא מְלֻנָּה וּפְלַגָּא פְּקָדוֹן דְּאָף חֲלֵק הַמְלֻנָּה יְכוּל לְהַקְנוֹת אָף בְּלֹא פְתִיבָהּ וּמְסִירָהּ כֵּינּוּ דְּלֹא נִתְּנָה לְהוֹצָאָה דִּינָּה פְּפְקָדוֹן וְנִקְנָה בְּאַגַּב וְלֹא מְחִילָה אַחֵר כְּף וּכְשִׁמְכָר לְאַחֵר בְּכּוּמ"ס יְכוּל לְמַחֲוֹל: וַי"ל דְּזֶה גַּם כֹּן דַּעַת הַרמב"ם בְּתַשׁוּבָה הַמּוּבָא בְּרַדְבַּ"ז (ח"א ס' צ"א) דְּנֶשְׂאֵל בְּרֵאוּבֵן שְׁנַתָּן עֵסְקָא לְשִׁמְעוֹן וְהִלָּף לְמ"א וְעַמְד רֵאוּבֵן בְּהִיּוֹתוֹ בְּרִיא וְהַקְדִּישׁ הָעֵסְקָא לְעַנְיִים וּמֵת וְאַחֵר כְּף מֵת שְׁמַעוֹן בְּמַדְה"י וַיֵּשׁ לּוֹ כָּאֵן בֵּית אִם לֹקְחִין אוֹתוֹ הָעַנְיִים אוֹ יוֹרְשֵׁי רֵאוּבֵן אוֹ יִשְׂאָר בֶּיַד יוֹרְשֵׁי שְׁמַעוֹן וְהַשִּׁיב שְׁאִין לְעַנְיִים כְּלוּם שְׁהָרִי אִי אֶפְשָׁר לְגַבּוֹת מִיּוֹרְשֵׁי שְׁמַעוֹן אֲלֵא בְּשׁוּבָעָה וְכֵינּוּן שֶׁהוּא לְעַנְיִים וְהֵם אֵינּוּ יְכוּלִים לְיִשְׁבַע אֵין נוֹטְלִין כְּלוּם וְכ' הַרְדַּבְּ"ז וּמִתּוֹךְ הַתַּשׁוּבָה מְשַׁמַּע שְׁיִשְׂאָר בֶּיַד יוֹרְשֵׁי שְׁמַעוֹן וְא"ת יִשְׁבְּעוּ יוֹרְשֵׁי רֵאוּבֵן שְׁבוּעַת הַיּוֹרְשִׁים וַיּוֹצִיאֻּ מִיּוֹרְשֵׁי שְׁמַעוֹן וַיִּתְּנוּ לְעַנְיִים וְכ' דִּי"ל דְּאֵיִרִי הָרַב כְּגוֹן שְׁלֵא הֵנִי לְרֵאוּבֵן יוֹרֵשׁ [ר"ל בְּכָאֵן דְּאֵין לֵה אָדָם מִיִּשְׂרָאֵל שְׁאִין לּוֹ יוֹרְשִׁים] א"נ דְּאִית לִיהּ יוֹרֵשׁ וְס"ל ז"ל דְּאִם הַמְמוֹן רֵאוּי לּוֹ בְּדִין הוּא שְׁיִשְׁבַע וַיִּטּוֹל אַבְל שְׁיִשְׁבַע הוּא וְעַנְיִים יִטְלוּ לָא תִקְנוּ שְׁבוּעָה כְּזֹאת עֵינָן שְׁם בְּדְבָרֵינוּ וְכ' עוֹד וּמ"מ לָא יַדְעַתִּי בְּאִיזָה דְּרַף חַל זֶה הַהַקְדָּשׁ וְזָכוּ בּוֹ הָעַנְיִים הָא בְּפִלְגָּא דְּפְקָדוֹן טְעַנְיָנוּ לִיתְמִי וּפְלַג' דְּמִלְנ' אֵין אָדָם מְקַדִּישׁ דְּבָר שְׁאִין בְּרִשׁוּתוֹ וּמְלֻנָּה לְהוֹצָאָה נִיתְנָה וְהָאֵרִיף בְּזֶה בְּדַחּוּקִים אוֹ שְׁמֵסֵר הַשְּׁטֵר עֵסְקָא בְּכַתִּיבָהּ וּמְסִירָהּ וְזָכָה לְעַנְיִים עַל יְדֵי אַחֵר.

וְלִמָּה שְׁהִבִּיא הַקְצוּה"ח דְּבָרֵי הַנ"י ב"ק דְּפְלַגָּא מְלֻנָּה מְעַסְקָא כֵּינּוּ דְּלֹא נִיתְּנָה לְהוֹצָאָה דִּינָּה פְּפְקָדוֹן דִּיְכוּל לְהַקְנוֹתוֹן וְהוּא הַדִּין בְּאַגַּב אִם כֹּן אֲתִי שְׁפִיר וְעֵינָן קְצוּה"ח דְּהַעֲלָהּ

(סי' ס"ז) דדין העסקא פפקדון ואין שביעית משמטת אף חלק המלנה ודלא כמו שכ' בש"ע (שם ס"ג) מזה ראיה דיכול להקנות גם כן כמו פקדון.

ואף גם זאת מצאתי ראיתי ברדב"ז (ח"ב סי' רי"ד) שהעלה מסבר' דאין שביעית משמטת העסקא קלל דקושטא דמלתא לאו מלנה הוא אלא דרבנן עשאוייה פלגא מלנה ופלגא פקדון דטבא לתרנוייהו אבל לא לענין דתשמטנו שביעית והאריה בזה וסוף דבריו דדין פקדון יש לעסקא ולא דין מלנה שלא עשו פ"מ אלא לתועלת בעל המעות הלכה אין שביעית משמטת.

ואם כן היה נראה דלהקנות יכול גם כן בלא פתיבה ומסירה פיון דלאו להוצאה ניתנה רק חייב להעמיד בעסקא ואף די"ל דאינו יכול להוציא ממנו עד פלות זמן העסקא מ"מ אטו המשאיל חפץ לחבירו על זמן מוגבל הכי לא יכול להקדיש תוך הזמן כמו כל פקדון ועיין רדב"ז (ח"א סי' ת"ג) דכ' במקדיש שטר חוב דאינו קדוש דנהי דאמירה הוי כמסירה מ"מ ליכא פתוב' וכ' הטעם דכיון דליתנהו ברשותו דמחסרי גוביינא לא מצי מקדיש להו ומלנה בשטר מטלטלי גינהו אבל מטלטלין דפקדון יכול להקדיש ואם כן לדבריו דשביעית אינה משמטת לפלגא דמלנה מהעסקא דקושטא דמלתא לאו מלנה הוא מהראוי שיהיה לענין הקנאה פדין שאלה ופקדון דיכול להקדישה.

ואולי זה דעת הרמ"ב: ומ"ש הרדב"ז דאם ישבעו יורשי ראובן פיון דיטלו העניינים לא תקנו שבועה כזאת אף דמבואר בטוש"ע בלוקח שטר חוב ומת המוכר דנשבעין היורשין וגובה הלוקח היינו שם איירי דהלוקח נשבע גם כן שלא פרע הלנה לו כמבואר בסמ"ע (ס"ק ל"ט) דהב"ד טוענין בעד היורשים מה שהיה אביהן יכול לטעון ואם היה חי היה יכול לטעון שפרע להמוכר או להלוקח מש"ה ישבעו שניהם מספק ועיין בקיצור פסקי הרא"ש סו"פ כה"נ וכנראה זה דבר פשוט דכמו דטענינו שפרע להמוכר כן טענינו דפרע ללוקח וגם שבועת שלא פקדני כשמת המוכר חייב לישיבע מצד גלגול ועיין מה שכ' בזה בנתיבות משפט (דף ע"ח ע"ג) אם כן פיון שזה הקדיש כבר לענים העסקא ומשמע מדברי רמב"ם דידע מזה ואם כן כשמת שמעון צריה הלוקח לישיבע שלא פרע לו וגם שלא פקד לו המוכר שהוא ראובן שהוא פרוע וכיון שהוא לעניינים והם אינם יכולין לישיבע דלא יש בעלים מבןררין לכך אינם נוטלים כלום וז"פ: ד) והיכא דמוכר המלנה שט"ח ללנה לא בתורת מחילה רק דמקנה לו השטר חוב בתורת קנין אם צריה פתיבה ומסירה חקרתיה בזה מובא בספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל (סי' ל"ו) וכתבתי שם די"ל למה שכ' תוס' ב"ב דחוב הוי דבר שאינו ברשותו אם כן כמו בדבר שאין ברשותו דיכול להקנות להגזלן עצמו כמבואר בב"ש (סי' כ"ח) משם הריטב"א ה"נ להלנה עצמו יכול להקנות אף בלא פתיבה ומסירה אולם פתיבתי דיש לחלק והיינו די"ל שם הוי עכ"פ ש"ל רק דלא חל הקנין הואיל דאינו ברשותו וכן הוא גזה"כ דאיש פי יקדיש את ביתו פתיב מה ביתו ברשותו לכך למה שהוא ברשותו יכול להקדיש מה שאין כן חוב ושעבוד דהוי דבר שאין בו ממש ומדאורייתא לא חל הקנין י"ל דאף ללנה עצמו אינו יכול להקנות אם לא מטעם מחילה וכיון דאינו מוחל לו החיוב רק דמוכר לו או דנותן לו במתנה י"ל דלא חל הקנין בלא פתיבה ומסירה.

אולם הבאתי שמה להוכיח מדברי ריטב"א בש"מ ב"מ (סוף פ"א) דמשמע דחל הקנן אף בלא מסירת השטר על ידי שובר כעין שטר מקנה ועוד פלפלתי שם בדברי ריטב"א בש"מ ב"מ (דף ז') ע"ש עוד הערות נכונות בעזה"י: עתה ראיתי בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' ק"ו) וז"ל ומי שאמר לחבירו הרי בקנני שנתתי לך החוב שיש לי אצלך הואיל והדבר הנתון לא מיחסר משיכה נתקימה המתנה ונפטר הבע"ח מהחוב שאצלו במה שאמר לו נתתי לך מה שיש לי אצלך ואין אנחנו צריכין בזה לקננו כדי שנתבטל המתנה מצד בטול הקנן ואין דרף זה דומה למה שאמרו כיון דנפל גלי אדעתיה דבנפילה ניחא ליה דלקני בד"א ל"נ ליה דשם כיון דגלי אדעתיה דל"נ ל"י דלקננו ד"א הני ד"א לאו חצרו הוא כולל והגע עצמה אם היה בתצירו ונפל עליה אף שהוא דבר נוסף קונה לו חצרו עכ"פ ה"נ הואיל והיה הסף ההוא בתורת חוב אצל הבע"ח ולא מיחסר משיכה במחילה נפטר מאותו חוב והקנן בזה הוא דבר נוסף ואין משגיחין בו זהו תורף דבריו מבואר מדברי דאמרינו דכונן למחול ואף דאמר לשון גרוע לשון מתנה מ"מ פוננתו על המחילה וכל ממילא הואיל דלא מיחסר משיכה רק השואל רצה לדמות להא דגלי אדעתיה וה"נ כיון דרוצה להקנות בדרף הקנאה בקנן סודר מגרע המחילה ונתבטל המתנה מצד ביטול הקנן לזה אמר דלא נתבטל המחילה אבל אם אמר בפירוש דאינו רוצה למחול שיחול ממילא רק בדרף קנן כיון דתליא בדעת המקנה ורוצה להקנות בק"ס בזה לא מהני ונתבטל המתנה דקנן סודר לא מהני בזה ומבואר דדעתו דאף ללנה עצמו לא מהני בתורת זכיה וקנן אם לא בקנן המועיל בכתיבה ומסירה ע"ד שמוכר שטר לאחר [ועיין בספר בני אהרן בחידושי על הטוח"מ (סי' רמ"א) דכ' דכמו דלשון מחילה לא מהני על חפץ ודבר שהוא בעין הדין דבחוב לא מהני לשון נתינה דנתינה משמע דבר שהוא בעין וזה אינו ומה שאמרו מנה לי בידך תנהו לפלוני משום דנתנו לאחר אבל ללנה לא מהני דלא שנייה נתינה וכ' די"ל דהכי קאמר ליה מנה לי בידך פשאטה מביאו ליתנו לי נתון לך ובה שנייה לשון נתינה עכ"ד ולא אבין אם כן זה הוי דבר שלא בא לעולם וגם הא לא הוי רק דברים בעלמא ויהיה יכול לחזור בו אולם מדברי ר"י מיגאש ז"ל מבואר דגם בלשון נתינה מהני מטעם מחילה]: אולם בתשובת רשב"א המובא ב"י (סוף סי' ר"נ) הבאתי שמה בהגהותי בד"ח נראה לכאורה דלא מהני אף לשון מתנ' דכ' מה שטען שאפילו מה שחייב זה היורש למורישים יש לו ליתן חלקו הדין עם ראובן כ"ז שאין זה בא אלא מפח מתנה זו כו' וכיון שמורישים לא מחל לו חוב זה אלא שנתן לו נכסיו אין מלנה של אחרים בכלל נכסיו כו' ועוד שאפילו נתן לו בשטר מתנה כל מה שאדם חייב לו אינו קונה ולפיכך אפילו מה שחייב לו לא קנה ולא נמחל לו מחמת מתנה זו אא"כ טען שפרעו או שמחל לו בפירוש ועיין רמ"א שם (סוף סי' ר"נ) הרי דאף לשון מתנה מגרע ואינו מחילה: אף יש לומר דבאמת אם נותן לבע"ח בתורת קנן מתנה דגם הרשב"א מודה דמהני בתורת מחילה רק שם כיון דנתן לו בכלל חובות אחרות לכה אף מה שחייב לו לא קנה ולא נמחל מחמת מתנה זו.

וראיתי בתשובת אהלי יעקב מהגאון האדיר מהריק"ש ז"ל (סי' ד') וז"ל ובר מן כל דין אפילו במתנת בריא ממש במלנה שעמו א"צ כתיבה ומסירת השטר דמדין מחילה מהני המתנ' שלא תהא מסירת השטר גדולה מתפיסת עיקר המעות שפידו ואדרבא נ"ל דבנתן לו חוב שעליו קנה מן התורה ומתנת שטר של אחרים מדרבנן ובעי כתיבה ומסירה

ואמירת קני לך איהו וכל שעבודיה דהא אף בקבע לו זמן על פה אעפ"י שלא קנה מידו כ' הרמב"ם (פי"ג) ממלנה דמהני וכ"ש בנקבע לו זמן בשטר ובקנין יתנה הזמן עולמי או קצוב שלא נתנו דבריהם לשיעורין ול"ת דוקא בקובע לו זמן בשעת הלואה קאמר דהא סתמא נקט לה כו' תדע שהרי המקדש בהנאת זמן שמרויח לה במלנה שפיגדה מקודשת ועוד יש לו ראיה דלא בעי פתיבה ומסירה במלנה שעמו ממה דסברו רוב פוסקים דלנה שפרע ללוקח שלא פתב לו המוכר קנה לך כו' אעפ"י שאין המוכר פלום כיון שתפס הלוקח אין מוציאין מידו כ"ש בגידון דידן שמעיקר החוב הנה המעות תפוסין ביד זה ועוד כ' שם מטעם אומדן דעת דמחל לו החוב ואינו רוצה שיפרענו ליורשיו אחר מיתתו עיין שם בדבריו.

הנה נסתבף הרבה אם מצד מחילה אם מצד קנין. ומדברי הר"י מיגאש ז"ל מבואר דרק מצד מחילה מהני אבל מצד קנין אם אומר בפירוש דאינו מחל רק להקנות רוצה דלא מהני קנין סודר ובעינן פתיבה ומסירה כמו במוכר לאחר שט"ח.

ומה שהביא ראיה ממה ד יכול להרחיב זמן פרעון אינו ראיה דשם הוא גם כן מצד מחילה ועיין ריטב"א מס' מכות במשנה דמעדין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז משם הרא"ה במוכר שטר חוב לחבירו והאריה המלנה הזמן ללנה שזה בכלל מה שאמרו חז"ר ומחלו מחול וזה אם מחל לו שלא יתבע עד זמן פלוני אבל במוכר להלנה שינפה בהשעבוד שבו י"ל דבעינן קנין המועיל ומה שכתב לדון מטעם תפיסה כמו במוכר דבר שלא בא לעולם דקיי"ל אי שמקט ואכל אין מוציאין מידו וה"ל אף דהוי א"ב ואינו יכול למפור מ"מ מהני תפיסה.

וכן ראיתי בתשובת שארית יוסף (סי' ס"ב) ובתשובת מהר"ם מלובלין (סי' ה') על שטר חצי זכר שמכרה הבת לאביה ודנו אם הוי כמו מה שאירש מאבא מכור לך דל"א פלום ושטר חצי זכר נמי כיון דכותבין בו חלק חצי זכר הוי כדיון וכתבו לדיון דמ"מ קנה כמו במוכר פירות דקל דאי קדם ותפס הפירות דאין מוציאין מידו עיין שם בדבריהם.

ולכאורה יקשה מדברי תשובת רשפ"א הנז' דכ' בנתן לו בשטר מתנה כל מה שאדם חייב לו דאינו קונה ואף מה שחייב לו לא קנה ואמאי לא הא עכ"פ יקנה מטעם תפיסה דמהני. וי"ל דכיון דהקנה לו גם כן חובת אחרים בכלל ולא מהני מטעם מחילה רק בתורת קנין וכיון דקנין לא מהני על הכל לא שייך לומר דניחא ליה ולא הוי חוזר כי היכי דליקום בהקמנותיה: שוב ראיתי באורים (סי' ס"ו ו"ס"ק ע"ב) דהעיר על דברי רמ"א (סי' רמ"ח) שהוא מקורו מתשובת הרשפ"א הנז' דהא אין לך תפיסה יותר מזה וכ' דצ"ל משום דלא אומר קני כל שעבודו ולא משמע כן מדבריהם דהא הרמ"א שם קאי על דברי המחבר ושם כתב כיון דלא פתב ליה קנה אינהו וכל שעבודא דאית בהו ושם הוא אפילו אם אומר קנה כל שעבודא ועל זה כ' הרמ"א דאף אם הנה המקבל חייב לנותן דל"ק משמע אף אם אומר ליה ובלא"ה אף כי הנ"י כ' כן משם הרשפ"א וכן בריטב"א ב"מ (דף ס"ו) דדוקא אם אומר לו אז מהני תפיסה מ"מ בתשובת רשפ"א (ח"ג סי' פ"ו) משמע דס"ל אם קדם וגבה מה שגבה גבה ואפילו לא אומר ליה קני לך אלא במחילה בעלמא

שִׁמְחָל לוֹ שְׂטָרוֹת אֲשֶׁר הָיוּ מְוַפְקָדִים אֲצֵלוֹ מ"מ מֵה שְׁגָבָה גָבָה וְאִם כֵּן יִקְשֶׁה ע"ד שִׁבְב"י (סוף סי' ר"ג) וְצָרִיף לומר כְּמוֹ שִׁפְתָּבִי.

אִם מ"מ כְּדִי דָלָא גְשׁוּיָה סְתִירָה מְדַבְרֵי הַרְשָׁב"א שִׁבְב"י דְּהִבִּיא מִשְׁמוֹ דְּצ"ל עכ"פ בע"פ קָנִי לָהּ אִיהוּ וְכָל שְׁעֻבּוּדָי' וְכֵן פָּסֵק הַמְחַבֵּר בְּפִשְׁטוֹת דָּאִם ל"א כֵּן לֹא מְהִי תְּפִיסָה צָרִיף לומר דְּמָה שִׁכ' רְשָׁב"א בְּתִשְׁבָּה (סי' פ"ו) שְׂטָרוֹת אֵינָן נִקְנִין אֲלֵא בְּכּוּמ"ס וְצָרִיף שִׁיֵּאמַר קָנִי לָהּ הֵן וְכָל מָה שִׁכ' בְּתוֹכָן הוּא לֹא דוֹקָא אֲמִירָה דְּהָא צָרִיף שִׁיִּכְתָּב כֵּן וְעַל זֶה כ' הַרְשָׁב"א אַחַר כֵּן בָּאִם קָדָם וְגָבָה מְהִי הֵינּוּ אִף דְּלֹא פְתַב כֵּן אֲבָל מ"מ כְּוָנְתוֹ אָמַר קָנִי לָהּ כו' עכ"פ וְאִף שְׁזָה דְּחֻסָּק ע"כ צ"ל כֵּן פְּדִי שְׁלֵא יְהִי דְּבָרֵינוּ סוֹתְרִין זֶה אֵת זֶה וְגַם יִקְשֶׁה ע"ד הַרְמ"א שִׁכ' (סְעִיף י"ז) בְּלֹא אָמַר אִף אִם תְּפִס מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְאֲמַאי מוֹצִיאִין הָא עכ"פ הָיוּ סְפִיקָא דְּדִינָא וְאִף דִּי"ל דְּסָמָךְ הַרְמ"א א"ע עַל דְּבָרֵי הַמ"מ וְהַנ"י שִׁפְתָּבוּ כֵּן מִשְׁם הַרְשָׁב"א מ"מ קָשָׁה לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֶזֶק א"ו דְּכּוֹנֶנֶת הַרְשָׁב"א בְּתִשְׁבָּה הַנּוֹ' גַּם כֵּן דוֹקָא בְּאוֹמַר קָנִי לָהּ כו' וּמ"מ בְּדַבְרֵי רְמ"א (סי' רמ"ח) דְּלֹא זָכָה הֵלְוָה מִשְׁמַע אִף בְּאָמַר לוֹ קָנִי לָהּ כו' וְע"כ צָרִיף לְחַלֵּק כְּמוֹ שִׁכ': כֹּא) אוֹלָם בְּאָמַת יֵשׁ לְדוֹן דְּלֹא שִׁינְיָה בְּזָה אִי שְׁמִיט וְאֲכַל דְּדוֹקָא שְׁם בְּמוֹכַר פִּירוֹת דְּקָל דְּאֵינוּ בְּיָדוֹ שֶׁל הַלוֹקֵחַ רַק דְּמוֹכַר לוֹ דְּבָר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם אִף דִּיכּוֹל לְחַזוֹר קוֹדָם שְׁבָא לְעוֹלָם מ"מ אִי שְׁמִיט וְאֲכַל לֹא מְבַעֵי לְרוֹב הַסּוֹבְרִים בְּשִׁיטַת ר"ת דְּבַעֲיָנָן דוֹקָא שְׁרָאָה הַמוֹכַר וְיַדַע מִתְּפִיסַת הַלוֹקֵחַ בְּזָה אֲמַרִּין אִף דְּהִיָּה יְכוֹל לְחַזוֹר מ"מ כֵּינּוּ דְּשִׁתַּק מְחַל וּבְזָה מְחִילָה בְּטַעוֹת הָיוּ מְחִילָה דְּאֲנֻמְדוֹן דַּעְתוֹ אִף אִם הָיוּ יָדַע דִּיכּוֹל לְחַזוֹר ל"ה חוֹזֵר מִטַּעַם דְּנ"ל דְּלִיקוּם בְּהִימְנוּתִיהָ אֲלֵא אִף לְהַסּוֹבְרִים דְּאִף בְּלֹא יָדַע גַּם כֵּן מְהִי הֵינּוּ כֵּינּוּ דְּצָרִיף שִׁיִּחַזוֹר בּוֹ אֲמַרִּין אֵילוּ הָנָה יָדַע וְרָאָה לֹא הָנָה חוֹזֵר וּא"מ מִיַּד הַלוֹקֵחַ וְכֵמוֹ שִׁיִּבְנֹאֵר לְקַמְן אִי"ה בְּזָה אֲבָל הִיכָא דְּמוֹכַר דְּבָר שֶׁהוּא בְּיַד הַלוֹקֵחַ אִם הַמְּכִירָה לֹא מְהִי שׁוֹב יְכוֹל לְחַזוֹר כֵּינּוּ דְּמַצַּד הַקְּנִין יְכוֹל לְחַזוֹר.

וְרָאָה לָזֶה מְדַבְרֵי תְּשׁוּבַת רְשָׁב"א הַמוֹבָא ב"י (סי' רמ"א) בְּמוֹחַל לְחַבְרֵי מֵה שִׁיטוֹל מְנַכְסֵי יְכוֹל לְחַזוֹר קוֹדָם שְׁנִטְל אֲבָל לְאַחַר שְׁנִטְל מֵה שְׁנִטְל נִטְל וְדוֹקָא מִטְּלָטְלִין אֲבָל קָרַקַע לֹא אַעפ"י שְׁדָר בָּהּ וְהַחֲזִיק לְפִי שְׁקָרַקַע לֹא שִׁינְיָה בָּהּ תְּפִיסָה דְּקָרַקַע בְּחֻזַּקת בְּעֻלְיָה עוֹמְדָת וְאֲפִילוּ בְּהַקְנָאָה כֵּן הַדְּבָרִים כְּמוֹ שְׁאֲמַרְתִּי דְּהָא מוֹכַר פִּירוֹת דְּקָל לְחַבְרֵי אִם שְׁמִט וְאֲכַל מֵה שְׁאֲכַל אֲכַל מִשׁוּם דְּבִשְׁעָה שְׁאֲכַל וְלֹא מוֹחָה וְלֹא חֲזַר בּוֹ אוֹתָהּ שְׁעָה רוֹאִין אוֹתוֹ כְּמוֹחַל עֲכָשְׁיוֹ וְאֲפִילוּ הַנִּיחוֹ אֲנֻכָל מְפָנִי שֶׁהוּא טוֹעָה בְּהַקְנָאָתוֹ וְסָבַר שֶׁקָּנָה לוֹקֵחַ וְאִם הָיָה יוֹדַע שֶׁל"ק הָיָה מוֹנְעוֹ אִפ"ה זָכָה מִשׁוּם דְּמְחִיל' בְּטַעוֹת הָיוּ מְחִילָה עכ"ל וְע"ש בַּסְמ"ע (ס"ק י"א) דְּאֵינִי דְּנָתַן לוֹ בְּלִשׁוֹן מִתְּנָה הַמוֹעִיל דָּאִם לֹא כֵּן לֹא מְהִי מְחִילָה בְּדָבָר שֶׁהוּא בְּעִין וְקָשָׁה אִם כֵּן אֲמַאי לֹא מְהִי בְּקָרַקַע אִם עֲשָׂה קָנִין הַמוֹעִיל וּבִשְׁ"ף שְׁם כ' דְּשִׁינְיָה לִשׁוֹן מְחִילָה עַל מֵה שִׁיטוֹל שְׁלֵא יְהִיָּה עָלָיו תְּבִיעָה וּבְסָפֵר בְּנִי יַעֲקֹב (דף ע"ח) כ' דְּהַרְשָׁב"א אֵינוּ חוֹלֵק עַל הַמְּרִי"ק וּמוֹדָה דְּל"מ מְחִילָה ע"ד שֶׁהוּא בְּעִין רַק אֲתִי עֲלָה מִטַּעַם דְּאִי שְׁמִיט וְאֲכַל ה"נ אַע"ג דְּלִשׁוֹן זֶה אֵינוּ מוֹעִיל מ"מ כֵּינּוּ שְׁנִטְל הָיוּ מְחִילָה בְּטַעוֹת וְלֹא מְפָקִינָן מִנִּיהָ וּמַהֲרִי"ק וְהָרָא"ש דְּהֵם לֹא מִיָּירוֹ אֲלֵא דְּבִשְׁעָה שִׁמְחָל לוֹ כְּבָר הָיָה הַדְּבָר בְּרִשׁוֹתוֹ שֶׁהִי פְקָדוֹן וּבְכַה"ג כֵּינּוּ דְּהַלְשׁוֹן אֵינוּ מוֹעִיל לֹא מְהִי דְּלֹא שִׁינְיָה הָכָא אִי שְׁמִיט וְאֲכַל וְכו' דְּלֹא שִׁינְיָה הָכִי אֲלֵא הִיכָא שֶׁהַקְנָה לוֹ אוֹ מְחַל קוֹדָם אַחַר כֵּן תְּפִס דְּאֲחַר קְנִיָּתוֹ תְּפִס בְּכַה"ג אֲמַרִּין כֵּינּוּ דְּיָדַע וּמְחַל מְחִילָה בְּטַעוֹת

שמה מחילה בכה"ג אבל היכא דבשעה שמחל פבר הנה ברשותו מה שינה שמט ואכל כו' ונהרי אין פאן מחילה בטעות שפבר הנה הדבר ברשותו ולא תפס אחר המחילה ועיין שם מה שכ' בדברי תשובת הר"ן במוחל מה שיתחייב לו דלא מהני ובדברי מהרי"ט דשם מחל מה שיתחייב אחר פה ושוב נתחייב מחדש לא שינה מחיל' וגם אי שמט ואכל פנין דכבר נתחייב מחדש ומחילה הקודמת לא מהני פלום הרי דמוכח דלא מהני אי שמט ואכל כו' רק היכא דהנה מקודם דבר שאינו בידו והקנה בקנין שאינו מועיל אז אחר פה אי שמט ואכל לא מפקינן פנין דינע ולא מיחה מה שאין פו בדבר שהוא בידו אם קנין לא מהני אז לא מהני אי שמט ואכל פנין דאינו עושה שום דבר וכיין דיכול לחזור ממילא אף כשמת אינו זוכה: כב) שוב ראיתי במח"א הלכות זכיה ומתנה (סי' כ"ו) הביא משם בעל הפ"מ דלא אמרינן מחילה בטעות הוי מחיל' אלא היכא דתפס אחר פה ולא היכא שנהיה תפס מקודם וכ' ונראה דהא מלתא במחלוקת שנויה דלמאן דס"ל דטעמא הוי משום דנ"ל דליקום בהימנוניה אפילו כי תפס מעיקרא גמי ולמ"ד דטעמא דמלתא פנין דקא חזי השתא שנה אוכל פירוטיו וקא שתיק גלי דעתיה דנ"ל במאי דקא עבד מעיקרא והשתא הוא דמחל תפיסה דמעיקרא לא מהני וכמו שכ' הפנ"מ.

ולענ"ד סברתו הוא אליבא דכ"ע אף אם הטעם דניחא ליה דליקום בהימנוניה מ"מ זה הוא רק כששמט ואכל וראה וידע שנה עושה קנין או אף אם לא ידע וכדעת הסמ"ע פאשר יבואר לקמן הוא הפל פנין שעושה קנין ומכניס לרשותו מה שלא הנה מקודם לכן אבל היכא דתפס מעיקרא ולא איתעבד שום התחדשות לעולם יכול לחזור בו אם לא מהני הקנין פנין דלא יש שום הוכחה דמחל ע"כ לא אתי עלה הרשב"א שיועיל מדין תפיסה: הדרן לדברינו דיש מחלוקת הראשונים אם מהני מד"ת אף בלא פתיבה ומסירה מכירת שטר ללנה בעצמו ולהריק"ש ז"ל פשיטא ליה דמהני מד"ת ובדברי חיים שם פתבתי להוכיח מדברי תוס' ושאר הראשונים דהקשו אם מכירת שטרות לאו דאורייתא למה איצטריך קרא למעט שטרות מאונאה ואם נאמר דללנה עצמו מהני המכירה מן התורה אם פו שפיר איצטריך קרא למעט באם מוכר להלנה עצמו דלא יש בו דין אונאה.

[ועיין בשארית יוסף שם דין במכירת השח"ז לאביה דהנה שם אונאה] אולם דחיתי דאצל הלנה עצמו לא איצטריך למעט שטרות דלענין השעבוד אם לא מהני מכירה לאחרים רק להלנה עצמו אינו מוכר רק השעבוד וכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין.

אולם באמת זה אינו דהא אף אם שעבודא לאו דאורייתא ממעטינן ואם פו לאו בכלל קרקע הוא ויללנה עצמו ע"כ דמוכר לו את שחייב לו מטעם שעבוד גופו ושפיר צריך למעט יצאו שטרות שאין גופן ממון באם מוכר ללנה עצמו אלא ודאי דאי מכירת שטרות לאו דאורייתא לא מהני תורת מכירה בלא מחילה אף להלנה עצמו דגרע מדבר שא"ב.

ושם השגתי על הקצוה"ח דכ' לדון בדבר חדש (סי' קכ"ו ס"ק ט') דאע"ג דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במוכר שטר חוב בכתיבה ומסירה דכיון דאין גופן ממון איתמעטו מדין אונאה מפלל ופרט דבר שאין גופו ממון אבל מוכר חובות בע"פ על ידי קנין מעמד שלשתן יש להם אונאה דחובת גופו הוי גופו ממון וצ"ע עליו דהא דבעו הש"ס ב"מ (דף נ"ו) הטעם למעט שטרות משום דאין גופן ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל ונקנה

מיד ליד והיה ס"ד דיש ביה דין אונאה איצטריף לומר פיון דאין גופן ממון איתמעטו נמי מדין אונא' אבל מלנה על פה אף אם היה מהני המכירה מן התורה לא אצטריף למעט דהא בלא"ה לית בהו דין אונאה דנתמעט מדכתיב מיד עמיתה דבר הנקנה מיד ליד ולא עדיף מקרקע דנצאו קרקעות שאינן מטלטלין: ולכאורה יקשה על זה מתשובת הרא"ש (פ"ל י"ג) שם בתיכרות המס מן הקהל לא שינה אונאה הואיל דמשפנות לפי הזמן ואין שומתו ידוע ולמה צריף לזה תפ"ל דלא הוי דבר המטלטל ואין גופו ממון ואף דדעת רמב"ם וכן בש"ע (סי' רכ"ז סל"ו) בקבלן יש בו דין אונאה אף דאינו דבר המטלטל כפר כתב המהרי"ט (סי' י"ט) דדוקא בנתן לו דבר לעשות כלי וכו' דבר חדש ולא בקבל עליו לשמור או לרעות בהמותיו דבזה פיון דאין דבר מכור וגופו קנוי אין בו דין אונאה עיין שם אם פן בתיכרות המס דאינו קונה רק זכות זה לגבות המס וליפא דבר המטלטל ממילא לא עדיף מקרקע ולמה הוצרך הרא"ש לאמר הואיל דאין שומתו ידוע.

ואולי יש לומר דהא הרא"ש כתב שם דמד"ת אין קנין נתפס בתיכרות הקהל דאפילו חוב גמור אינו יכול להקנו' רק במעמד ג' ומהלכתא בלא טעמא כ"ש חכירות דשנה דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו רק מטעם מנהג וי"ל דמהני למכור דבר שלא בא לעולם ושאינו ברשותו בצירבור והיינו דקונה המס שיגבה וזה הוי דבר המטלטל והיה שינה בו אונאה אם לא פיון שאין שומתו ידוע אבל במוכר מלנה על פה במעמד ג' דמהני לא מטעם דמוכר לו הממון שיגבה דזה הוי דבר שלא בא לעולם וגם אף מאן דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אין הלוקח יכול לתבוע מהלנה דיאמר לאו בעל דברים דידי אתי וכיון דעיקר הקנין הוא מתקנת סוחרים שיתבע מהלנה וקונה החוב גופו לכך הוי הלכתא בלא טעמא [ועיין שעה"מ הלכות מכירה דהאריף הרבה בקושיות דרב ס"ל דהוי הלכתא בל"ט אף דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והדברים פשוטים כמו שפתייתי] ואם פן פיון דעיקר התקנה היא שיקנה גוף החוב במעמד ג' פדי שיוכל לתבוע מהלנה וזה לא הוי דבר המטלטל ובנדאי איתמעט מדין אונאה.

מק"ו ממה דממעטינו קרקעות מדין אונאה: (כג) ולכאורה הא דמקדש במלנה אינה מקודשת ושקיל וטרי בזה בש"ס קידושין (דף מ"ז) טובא ובפוסקים מדייקי כשאמר הרי את מקודשת לי במלנה שיש לי אצלה משמע דאם אמר סתם התקדשי לי בשט"ח לא קנתה המלנה עצמה ומוכח דאי להקנות החוב אף ללנה עצמו אינו יכול להקנות בלא פתיכה ומסירה וכן כ' בספר אבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק י"ז) אולם יש להבין אם לא קנתה מה מועיל אם אומר במלנה שיש לי אצלה פיון דאין זה לשון מחילה ורק לשון הקנאה ולהקנות אינו יכול ואפשר למה שהבאתי לעיל דברי הר"י מיגאש דאם אמר שנותן לו החוב מהני בתורת מחילה ה"נ אם אמר שמקדשה במלנה שיש לו אצלה הוי כמחילה רק פיון שאין דעתה על הנאת מחילת מלנה רק על עצם המלנה לכך אינה מקודשת.

וראיתי באבני מלואים שם (ס"ק ל"א) שהביא דברי הראשונים שפתיכו לחלק בין מקדשה במלנה דידה למקדשה במלנה דאחרים והביא דברי רמב"ן מ"ד פ' שור שנגח דו"ה לחלק על בעל המאור בזה שכ' דכיוול להקדיש מלנה שבנד אחרים דאינו דומה לדבר שאין ברשותו והוכיח הרמב"ן נגד זה ממה דאמרו המקדש במלנה אינה מקודשת



וכן במו"מ אלמא פדבר שלא בא לעולם דמיא ולענגן הקדש נמי דשלב"ע הוי וביאור דבריו דאע"ג דיכול למחול להלנה עצמו אבל להקנותו אינו יכול משום דהוי ליה לדידה דשלב"ע נאנן בעינו פספ קודישין מן הנותן ומלנה שאין עתה של הנותן פלום אינו קונה ובשט"ח דאחרים פינו דמקנ' לה בכתיבה ומסירה ושטר חוב גופו מקרי דבר שפא לעולם וכן פשמקנה לה מלנה על פה במעמד ג' הוי גם פן דבר הבא לעולם דאיתא במכירה והעלה מזה שאם מקנה לה שטר חוב דידה ומקדש' בזה מהני כמו בשטר חוב דאחרים רק פשמוחל לה החוב אמרינן פינו דהחוב הוי א"ב הוי דשלב"ע עכ"ד.

ויש להבין אם פן למאן דסובר אדם מקנה דשלב"ע למה לא מהני פשמקדשה בהקנאות החוב לה ומש"ס שם מבואר דאף לר"מ דסובר אדם מקנה דשלב"ע גם פן אינה מקודשת. וצריך לומר דדוקא לר"מ חל הקנן פשפא לעולם ואף לחזור יכול קודם שפא לעולם ואף באומר מעשיו דאינו יכול לחזור היינו פשפא לעולם חל הקנן למפרע אבל לא פשלא בא לעולם כלל לא חל הקנן ובמלנה דידה פשלא בא לידי גובינ' הוי פלא בא לרשותו ובעולם כלל לכה לא מהני הקנאה פלא כתי' ומסירה.

אולם במלע"פ יש להתבונן דבזה י"ל דאף דהוי דשלב"ע מ"מ פינו דתקנו חכז"ל דיכול להקנות במעמד ג' וזה הוי קנן המועיל למלנה על פה כמו כן אם מקנה המלנה גופא להלנה י"ל דמהני דהוי כמו מעמד ג' דלמה יגרע הלנה מאיש אחר דיכול להקנות לו כמו כן אם מקנה להלנה יהיה מועיל פינו דסגי בדיבורו בלבד בשלמא לדעת הריטב"א קודישין דסובר דמעמד ג' אינו יכול למחול דהלנה נשתעבד להממחה שפיר שייך לומר דוקא לאחר יכול להשתעבד מה שאין פן לעצמו לא שייך לומר דנשתעבד מחדש אבל לשיטת רמב"ן דיכול למחול מטעם דרק מדרבנן ואמרו דהמלנה יכול למכור זכותו על הלנאה הזאת לתבנע מן הלנה ולכה פינו דאינו גופו ממוז ואינו במכירה רק מדרבנן יכול למחול אם פן בזה מהיכי תיתי לא יועיל המכירה פשמכרה להלנה עצמה ואם פן כמו במקדשה במלנה על פה דאחרים על ידי קנן מעמד ג' דמקודשת פן נמי אם מקדשה במלנה דידה בגוף המלנה מהראוי שתהיה מקודשת.

ואולי יש לומר דגם פשמקנה להלנה גוף מלנה על פה לא מהני ורק מה דתקנו חז"ל לקנות על ידי מעמד ג' שהוא הלכת' פלא טעמא זה מהני ולא להלנה עצמו. דלאחרים הוא תקנת סוחרים שיקנה במעמד ג' אבל להקנות ללנה לא תקנו פינו דיכול למחול: כד) ומ"מ במוכר השעבוד שבשטר להלנה עצמו יש לומר דמהני מכירה פינו דכתבו תוס' ב"ב דכל הטעם דאין השעבוד בר מכירה דהוי פאינו ברשותו י"ל דלהלנה עצמו מהני ובפרע אם מוכר לו על ידי פתיבה ומסירה והא דכתבו תוספות להקשות ממה דממעטתן מדין אונאה ולא תירצו דנ"מ פשמוכר להלנה עצמו ומה שכ' לעיל די"ל דכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין ז"א דאעפ"כ צריך למעט שטרות אף שהוא מטלטל על ידי שטר וראיה דהא התוס' ב"מ (דף נ"ו) פתבו משם ר' חיים דאם יש ללנה קרקע נקנו שטרות מה"ת דמוכר לו שעבוד שיש לו בקרקעות ואמאי לא נימא דלנה לא צריך מיעוט דכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין אלא נדאי דצריך למעט פינו שנקנו על ידי השטר שמוכר והוי הראיה שבשטר בר מכירה הוי פדבר המטלטל א"כ כמו כן אף דלא מהני

מכירה להשעבוד לאחר מ"מ להלנה הנה ס"ד דמהני דהוי כדבר המטלטל וצריה שפיר קרא למעט.

אף יש לומר פנין דאינו בר מכירה מד"ת בשום אופן לשום אדם רק להלנה בעצמו הוי כדבר שאין שומתו ידוע דלא שייך לשום דבר שאין בר מכיר' לשום אדם רק ללנה עצמו ומי יודע מעמדו ומצבו של הלנה לשום פמה הוא שנה זה השעבוד והחוב פמה הוא שנה רק הלנה בעצמו יודע ויש לזה דין כמו שאין שומתו ידוע לכה חתרו ראשונים למצוא דרה שיהיה בר מכירה בשטרות לכל העולם ואז צריה למעטם מטע' דאין גופן ממון אולם התוס' דתירצו דמשפחת שמצאו ומכרו לבעליו ע"כ דסברו דזה הוי שומתו ידוע: ובדרה זה יש לישב דברי הר"ן פ' הכותב וב"מ שם בחידושו דכ' הא דקאמר בש"ס יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי אף אם מכירת שטרות לאו דאורייתא דקרא לאו לשטרות איצטריה דהא צריה למעוטי עבדים ואפ"ה נפקי שטרות מדין אונאה למכירה דרבנן פנין שאין גופן מכור וקנוי אין להם אונאה וקשה לדבריו זה אתי שפיר לגבי דין אונאה אבל מה יענה לגבי פדיון הבן בכורות (דף נ"א) לרבי דאמר בכל פודין חוץ מן השטרות דדריש ריבויי ומיעוטי ורבי כל מילי ומאי מיעט מיעט שטרות הרי דקרא לא אתי למעט אלא שטרות ואם מד"ת שטרות לאו בר מכירה הם היכא אתי קרא למעוטינהו דכיון דלא קנה הפהן במסירת השטר חוב פשיטא דאין פודין וראיתי להגאון הדור מהרי"ט אלגזי ז"ל בספר קה"י (דף ל"ה) שהניח בקוש' על הר"ן ולמה שכ' אתי שפיר דלגבי פדיון הבן משפחת שפיר שפוד' המלנה אצל הלנה שהוא פהן בשטרו שיש לו עליו זוכה הלנה בו ואפי"ה ממעטינן הואיל דאין גופן ממון דאין פודין בו רק לגבי אונאה לא צריה קרא פנין דנתמעט כבר כרקעות ועבדים ואם שטרות לאו בר מכירה הוא רק לדידה לא צריה קרא למעט כנ"ל דהוי דבר שאין שומתו ידוע לכן הוכרח הר"ן לתרץ דבאמת לא איתמעט רק הואיל דהוי בר מכירה מדרבנן קאמר בש"ס דמקרא ידענו דדבר שאין גופו קנוי אין בו דין אונאה.

ועוד יש לישב דברי הר"ן באופן אחר שלא יקשה מפדיון הבן עפ"י מה שכ' בתנאים (ס"ק א') דאם כ' בשטר שמשעבד עצמו לכל מי שמוציאו בזה מהני לכ"ע המכירה מד"ת והא דתוס' הקשו מאונאה הא משפחת במוכר שטר חוב שכתוב בו לכל מי שמוציאו דס"ל כדעת רמב"ן דלמאן דסבר אין ברירה לא מהני שטר פזה ולכה לא הקשו מהך דבכורות די"ל רבי סבר יש ברירה אבל מאונאה הקשו למאן דסבר אין ברירה ע"ש.

ואם פן י"ל כ"כ בדברי הר"ן דעיקר הקוש'א הנה מאונאה למאן דסבר אין ברירה ואף דדעת הר"ן (פ"א) דגיטין גבי משתעבדנ' לה ולכל מאן דאתי מחמתה דזה לא שייך לתלות בבירה פנין דאפשר להשתעבד בזה אחר זה מ"מ כבר כ' מהרי"ט בתשובה דהוא דוקא משום דכולהו מפח קמא קאתו אבל אם מתחילה בא לשעבד עצמו למי שאינו מבורר דאי דהאי לאו דהאי תליא בבירה ועיין בנתיבות (סי' ס"א) אם פן פנין דתליא בבירה י"ל גם פן על פי דרכו של התנאים.

וצ"ל אף דרבי ס"ל מס' גיטין טבל וכולין מעורבין זה בזה דא"ב היינו באינו מברר דבריו אבל במברר דבריו י"ל דסובר יש ברירה ומהני לכל מי שמוציאו דהוי כמברר דבריו ולכה מיעט מקרא: כה) אם מכר שטר חוב ומסר לו ולא כתב לו אם פרע הלנה

ללוקח זכה בו פמבואר ש"ע (סי' ס"ו סי"ז) והוא מדברי ר"ת בתוס' ורא"ש ב"מ (דף ס"ו) פמו במוכר דשלב"ע אם שמ"ט ואכל אין מוציאין מידו וכ' בש"ע וי"א דוקא שידע המוכר שגבאו הלוקח ושתק דאז מחל אבל אם לא ידע חוזר וגובה מבע"ח והוסיף הרמ"א דאם אין ללנה לשלם אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח פלום הואיל ותפס וכן הוא דעת הב"ח וסמ"ע והוא מדברי תה"ד והש"ך השיג ע"ד תדא דהא פשהמלנה חוזר על הלנה חוזר הלנה על הלוקח פינו דע"פ הדין הלנה חייב לשלם משום דלא מהני המכיר וכינון דהלנה יחזור על הלוקח למה לא יחזור המלנה על הלוקח מטעם שעבודא דר"נ ועוד הא גם לגבי לוקח ל"ה מכירה: ולכאורה יש לומר דהא עכ"פ הלנה לא יכול לתפוע בהחזר המעות מיד הלוקח קודם שפרע להמלנה שנית דהלוקח יאמר אף שהמוכר חוזר מן המכר אולי אז הנה מרנצה לזה אף אם הנה יודע שגביתי המעו' ממך כי היכא דליקו' בהימנותי' רק עתה חוזר בו ואף דלנגד הלנה אינו מועיל טענה הזאת ונשאר הש"ח בתוקתו וחיוב למלנה מ"מ כל זמן שלא פרע אינו חייב לו ולא שניף שדר"נ פינו דכל זמן שאינו משלם להמלנה לא נשתעבד לו הלוקח.

ושוב ראיתי שפן כ' אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ס' ד"מ (סי' ר"ט) ברם אחרי העיון יש לגמגם בזה דאף דעדיין לא שילם הלנה להמלנה מ"מ פינו שע"פ הדין חייב לשלם להמלנה ונשאר חיובו מיד נשתעבד הלוקח להמוכר שיחזיר לו מעותיו ממילא נשתעבד להמלנה ואף דעדיין לא הפסיד הלנה פלום מ"מ פינו דחיובו נשאר במקומו אנו סהדי דלא נתן המעות להלוקח רק לפטור חיובו ושללא ישאר עליו עוד שום שעבוד מחובו וכל זמן דלא סלק ממנו שעבודו של המלנה חייב להחזיר לו לכן דעת הש"ך דיכול המוכר לחזור עליו מטעם שדר"נ: אף מצאתי ב"רדב"ז (ח"א סי' שפ"א) דאף אם לא ידע המוכר בשעה שגבה הלוקח וחוזר על הלנה דאין לה פושע גדול מזה אעפ"י שהנה בידו השטר פינו שלא קנה אותו בכתיבה ומסירה פדין מ"מ הלנה אינו יכול להוציא מן הלוקח לפי שפבר זכה ובא לרשותו ומפסיד הלנה מאי דביני ביני והביא ראיה מדברי הרא"ש מדכ' חוזר וגובה מבעל חוב משמע שהלוקח זכה במה שגבה וכדע' הסמ"ע דמהני תפיסת הלוקח אף בלא ידע רק על הלנה חוזר וילדעתו הלנה מפסיד.

וצריך להבין למה הא אנו סהדי דל"נ המעות רק שישולק מבעל חוב ודמי להא דמבואר (סי' נ"ח) כשתופס בעל חוב פקדון מן השומר אף דיש לו מגו מ"מ לא יכול להפסיד לזה פינו שהוא תחייב לשלם הוי כתופס מן השומר והכא נמי דכונתו'.

וצריך לומר דזה דומה לאם תופס וטוען שהוא שלו דהיכא דאית ליה מגו בזה לכולי עלמא נאמן דהוא שלו ולא איכפת ליה בפסידא דשומר כמו שכ' הקצוה"ח (סי' נ"ח) והכא נמי פינו דזה הממון פרע הלנה בשביל פרעון חובו ולפי דברי הלוקח זכה הוא בהממון דאף אם הנה יודע הנה מוחל לכן אם באמת מחל לו המלנה והתרצה פי היכא דליקום בהימנותי' שוב הוי כתופס את שלו לכן אף דלגבי הלנה יכול לחזור ולא מהני סבר' הזאת מ"מ הלוקח פטור מלהחזיר.

וראיתי לאאמ"ו ז"ל שם שכ' דזה טעמו של התה"ד פינו דיש לנו ס' אם הנה יודע הנה מתרצה לכה אינו יכול המלנה להוציא מן הלוקח והלנה חייב לפרוע שלא הני לו לפרוע שיהיה מועיל תפיסת הלוקח.

וניש לפקפק קצת דאם לא הוי רק ספק דאולי אז פשגבה אם הי' יודע המלנה הנה מוחל  
גימא ברי ושמא ברי עדיף פיון דהמוכר טוען ברי דארף אם הנה יודע לא הוי מוחה וכיון  
דהספק הוא אם בא הממון לידו דלוקח כדן בכה"ג ברי עדיף אף להוציא כמבואר  
בבעה"ת (שער מ"ו) בהא דהיכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה דאמרינן במתנה יהיב  
ליה אם טוען ברי דלא איפנון למתנה אמרי' ברי ושמא ברי עדיף והכא נמי דכונותי' פיון  
דהממון בא לידו מיד הלנה לשם פרעון והממון לפי הדין אינו שלו רק למלנה המוכר רק  
שבא בטענת ספק דלמא אם ידע המלנה פשפרע הנה מתרצה אם כן ברי דמלנה עדיף.

ואפשר דנה הוי ברי גרוע דגם המוכר בעצמו אינו יודע בבירור דעתו אז כל זמן שלא  
ידע אם הנה ידע אז להיכן הנה נוטה דעתו ורצונו אם הנה מתרצה או הנה מוחה: (כו)  
ועיין סמ"ע (סי' ר"ט) דהא דאי שמייט ואכל דלא מפקינן מנה אינו מטעם ספק רק מטעם  
ודאי אולם בריטב"א ב"מ שם כ' אף בינדע המחילה הוא מצד ספק דלמא ידע שיכול  
לחזור ואעפ"כ הניח לו לאכול ואפילו דנראה פאבק ריבית לא משמע ליה אכל התם  
הלואה ומסתמא לא ידע דאם ידע לא הי' עושה איסור ולפי דבריו דהוא רק מטעם ס'  
קשה דגימא ברי ושמא ברי עדיף ואם המוכר טוען ברי דלא הי' יודע שהמכר בטל ולכך  
שתק גימא ברי עדיף.

ואולי משום זה אמרינן דוקא אי שמייט ואכל במוכר פירות דקל היינו שפכר אינם בעין  
דאז בא להוציא מיד הלוקח ממון ואז ברי ושמא לאו ברי עדיף להוציא אבל היכא  
דהפירות הם עדיין בעין אף דעשה בהם קנין המועיל בזה חייב להחזירן פיון דבו"ש  
בכה"ג אם מסופק אם בא לידו כדן ברי עדיף.

ועיין שם בריטב"א משם תוס' דכתבו כן באמת דוקא אי שמייט ואכל אבל קנין לא מהני  
דמשיכה לא מהני דלא אמר לו המוכר ואולי הוא מטעם זה דכשלא אמר לו אז בו"ש  
בריא עדיף.

אולם בש"מ משם הר"י מבואר שם דהוא הדין אם הניחם בכלי מהני וקנה לו הפלי ול"ב  
דוקא ואכל. ומה שכ' הריטב"א דלא מהני הואיל דלא אמר לו המוכר שימשנה ויקנה ל"ק  
למה שכ' בש"מ ב"ב (דף מ"א) משם הרשב"א גבי רב ענו שקל בידקא דחזקה הראשונה  
הוי פאלו אמר לה חזק וקני ה"נ המכירה הראשונה הוי פאומר לה חזק וקני.

וכן מבואר מפל הפוסקים דלאו דוקא אי שמייט ואכל וביותר הא מבואר בש"ע (סעיף  
ח"י) במכר שטר חוב במסירה לבד דאפילו לא גבה רק הלוקח זקפן במלנה הוי כגבה  
הרי אף דהפל הוא בעין מ"מ זכה כפר ולא מפקינן וע"כ דהוי מחילה בבירור לא מטעם  
ספק ונ"מ דבאי שמייט ואכל דלא מפקינן לא מהני תפיסה בהחזרה: ובספר מים חיים  
מבעל פר"ח הקשה על דעת הש"ך פיון דאנו סהדי דניחא ליה למיקם בהימנותי' מה נ"מ  
בין ידע המוכר או לא ידע ובקצוה"ח (סי' ר"ט) כ' דתליא אם היכא דידע בפל חבירו  
דלא הוי הבעלים מקפידין והנה מוחל לו דאפ"ה כל זמן שלא ידע אסור דהוי יאוש שלא  
מדעת כמו שכ' תוס' ב"מ (דכ"ב) וה"נ דכונותי' אבל למה שכ' הש"ך (סי' שנ"ח) דמותר  
בכה"ג לאכול משל חבירו כשיודע שמוחל לו אין צריך שיודע המוכר פיון דידוע שלא  
יקפיד פי היכא דליקום בהימנותי'.

וניש לומר אף לדעת הש"ך מ"מ פשוטע לוי ומגלי דעתו דמקפיד ומוחה אינו זוכה דלא  
עדיף מ'איש שלא מדעת לרבא דסובר דהוי גאוש מ"מ אם פשוטע לוי צונח דאינו מ'איש  
חייב להחזיר רק באבידה בדבר שאין בו סימן בטלה דעתו אצל דעת כל בני אדם כמו  
שכ' שם בש"מ דבשאר דברים לא אמרינו פן אם פן במוכר דשלב"ע פיון דעיקר הטעם  
הוא דלא מפקינו משום דניחא לי' דליקום בהימנותי' ובאמת אפילו מחוסר אמה אין  
פאן במוכר דשלב"ע כמו שביארתי במ"א אם פן פשוטע לוי צונח מיד דלא ניחא ליה  
פיון דליפא שום קנין חייב להחזיר וכפשוטע לוי ולא מיחה אמרינו מדלא מיחה נ"ל  
ואמרינו אף די"ל אם הנה יודע דיכול לחזור הנה מוחה מ"מ פיון שיעדע ולא מיחה אמרינו  
דמחילה בטעות בכה"ג הוי מחילה אבל פשלא ידע מעולם וכפשוטע לוי צונח בכה"ג לא  
הוי מחילה דהוי כמו יאוש שלמ"ד ובזה אף הש"ך (סי' שנ"ח) מודה: כוז) וראיתי בתנאים  
(ס"ק ל"ו) דכ' בדעת הרא"ש דלכך אינו יכול להוציא מיד המלוה המוכר מן הלוקח  
דס"ל פיון דפלוגת' דרבנות' אם אותיות נקנו במסירה אינו יכול להוציא מיד הלוקח  
ומ"מ חוזר על הלנה פיון דהנה החיוב ברור והפרעון בספק ולא מצי למימר קים לי ויש  
לגמגם בזה דמ"מ יהי הלנה פטור מטעם ספק ספיקא ס' א' דלמא אותיות נקנו במסיר'  
והנה לוי לפרוע להלוקח מן הדין וספק שני אף דמן הדין לא נקנו במסירה מ"מ אולי אם  
הנה יודע אז הנה נ"ל כי היכא דליקום בהימנותיה ובכה"ג ספק א' בפלוגתא וספק א'  
במציאות כ' פוסקים דהוי ספק ספיקא מעליא עיין פ"מ יו"ד (סי' ק"י) ובכ"ש אה"ע (סי'  
קנ"ה) והוא להחזיק וגם השטר כבר הוא בידי הלנה אלא ודאי דהרא"ש לא אתי עלה  
מטעם זה דא"ח על הלוקח ונדאי בפסקיו ס"ל להרא"ש להלכה דאין אותיות נקנו'  
במסירה.

ועוד אם הוי ס' אם נקנו במסירה למה יתחייב הלנה לשלם במה שגרם שיתפוס הלנה  
אולם התנאים בזה לשיטתו שכ' (סי' כ"ה) דהיכא דהוא סד"ד אם אחר תפס ומסר לזה  
שחייב לשלם ועיין שם בנתיבות ובמה שכ' בזה בדיני דיינים (סי' ל"ג): ומ"ש הש"ך  
בהגהה דיש להוכיח דיכול להוציא מן הלוקח מש"ע (סי' ר"ב ס"ג ו"ג) ומכמה דוכתי  
דאף אם תפס לא מהני פשאין הקנין כלום לא אבין הא אדרבא משם יש הוכחה להקפוד  
דהמחבר כתב הקנה שזה לאחד ומטלטלין לאחר אעפ"י שאמר לו כו' ל"ק השני  
מטלטלין ואם תפסן אחר שחזר בו המקנה א"מ מידו וזה הוא לשון הרמב"ם דסובר  
דמהני תפיסה בסד"ד והרמ"א שם הביא דעת החולקים דלא מהני תפיסה ומדמדייק  
הרמב"ם דאחר שחזר בו המקנה מבואר דקודם שחזר מהני תפיסה בתורת ודאי מטעם  
דאי שמיט ואכל לא מפקינו דהוא ודאי מחילה ונ"מ דלא מהני תו תפיסה בהחזרה ועל  
זה לא כ' אין מוציאין מידו רק אף אחר שחזר בו אם תפס אין מוציאין ממנו אבל אם  
תפס המקנה בהחזר' אין מוציאין גם ממנו דהממע"ה כמו בקל סד"ד דמהני תפיסה  
בהחזרה וגם ה"ש חולקין שהביא רמ"א לא חלקו רק אם תפס אחר שחזר אבל אם תפס  
קודם שחזר מודים דמהני תפיסתו ואף דאינו מבואר אם קודם שחזר דמהני תפיסה אף  
פשלא ידע המקנה או לא אבל קצת יש להוכיח מדדייק אחר שחזר משמע דקודם שחזר  
בקל אנפי בודאי מהני תפיסה ואולי סובר הרמב"ם דאף שלא ידע מהני תפיסה בודאי  
ולא בתורת ספק וכמו שכ' הפ"ח בספר מים חיים פיון דהטעם הוא פי היכא דליקום

בהימנותי' אין חילוק בין אם ידע או לא ידע ועכ"פ להוכיח דכשאינן הקנין פלום לא מהני תפיסתו אינו מוכח דאף מספק לא מהני.

ומדברי ריטב"א ב"מ מוכח דאף דסובר דבידע הוי נדאי מחילה מ"מ בלא ידע ליפא שום ספק דהוא כ' משם ר"ת התם הלנאה היינו אע"ג דיידע דאסמכתא הוא הדרי פרי אף דמחילה בטעות הוי מחילה פאן לא הוי מחילה דנדאי ידע דלאו זביני נינהו וקא דלא הדר ביה ושביק ליה למיכלינהו משום דלית ליה זוזי הלנאתו שיש לו על השדה ומש"ה שיתק דכי יתבע ממנו בדין יצטרף למיתב ליה ומש"ה שיתק עד דהדר ליה זוזי מה שאין כן במוכר פירות דקל לאו משום מחילה בטעות אלא כל אדם יודע דאין אדם מקנה דבר שלא פא לעולם וכי הניחו לאכול מחל לו בנדאי ואין לומר דכי יתבע ממנו בדינא יצטרף להחזיר המעות מכר הפירות אין פאן חשש דהרי יהיה צריך להחזיר לו הפירות ויכול לפרעו מיניה וביה.

ולדבריו נדאי בלא ידע אין פאן שום ספק פיון דכל הוכחה הוא ממה שאינו מוחה בידו דליפא למימר דיצטרף להחזיר דמי מכר הפירות פיון דיכול לסלקו בהפירות וכשלא ידע ליפא שום הוכחה.

ולסברתו במוכר שטר חוב אף אם זקפן במלוה לא הוי כגבה דליפא ראיה ממה שלא מיחה דשיתק משום דלית ליה זוזי להחזיר להלוקח דמי קנית השטר. ומ"מ יש לומר דאם החזיר הלוקח השטר להלוה וזקפן במלוה דבזה ראיה ברורה דהתראה אבל כשלא החזיר השטר רק זקפן במלוה בלבד אינו ראיה משתיקתו דניחא ליה ועיין ש"ך (ס"ק ט"ו): (כח) והנה בש"מ הביא לשון הריטב"א דאם גבה הלוקח קודם שמיחה בו זכה במה שגבה וכתב ואומר רבינו שאינו הפרש בזה בין גבה מעות בין גבה קרקע פיון שזכה באותה קרקע פראוי.

מבואר דאין לחלק בין אי שמית ואכל מטלטלין או קרקע ואיתא בעינא. וכן הוא הדין באומר לכשאקח שדה מכורה לה דהוי דבשלב"ע אם קנה וקדם הלוקח ממנו והחזיק בה בפניו קנה וכן כ' בכנה"ג (סי' ר"ט אות נ"ב) בהגהות הטור דכ' דאע"ג דתפיסה בקרקע לא הוי תפיסה לענין שיקרא מוחזק בכל דבר שיפול ספק אבל לענין תפיסה דמהני בדשלב"ע או בדבר שא"ב אין חילוק בין קרקע למטלטלין דכל היכא שהקונה או המקבל נכנס בהבית ודר בו תפס מקרי וכ"כ בתשובותיו (סי' ר"ח) והיינו פיון דתפיסתו מהני לא מצד ספק רק מטעם בירור ולהסוברים דהוי רק מספק לא היה מהני תפיסה לגבי קרקע וכן לדברי הריטב"א שהבאתי לעיל דהטעם הוא דכל אדם יודע דאין אדם מקנה דשלב"ע ואף די"ל דשיתק דלא הוי ליה זוזי מ"מ יש לו לסלקו בהפירות אם כן בקרקע במקר דיצטרף להחזיר לו זוזי והו' אינו רוצה למכור הקרקע אינו ראיה משתיקתו אבל במתנה נדאי דאין לחלק בין קרקע למטלטלין.

אולם מדברי תשובת רשב"א המובא ב"י (סי' רמ"א) במנחל לחבירו מה שיטול מנכסיו לאחר שנטל אינו יכול לחזור וכ' ודוקא במטלטלין אבל קרקע לא ואעפ"י שדר בה והחזיק לפי שיקרע לא שייך בה תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בהקנאה כן הדברים כמו שאמרתי דהא במוכר פירות דקל לחבירו אי שמית ואכל מה שאכל אכל וכו' עיין שם נראה לכאורה דבקרקע לא מהני תפיסה במוכר דשלב"ע וכן הוכיח

אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' ר"ט) ואחריו אאמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני מכירה שם ולכאורה י"ל דהרשב"א סובר דרק מספק מחילה מהני תפיסה ולכך קרקע בחזקת בעלים עומדת אף אם פו במטלטלין נמי נימא פו פרי ושמא פרי עדיף היכא דמסייעו חזקת מר"ק וזה א"י אם פא פדין לידו וכנ"ל: וראיתי בתשובת פרח מטה אהרן (ח"א סי' כ"ח) שהביא גם פו דברי הרשב"א הנז' ולמד ממנו דבקרקע לא מהני תפיסה אף בזה וכ' דאין הריטב"א הנז' פשגפה הלוקח השטר קרקע חולק על הרשב"א דע"כ לא פכת הרשב"א רק לגבי בעלים דאיפא למימר קרקע בחזקת בעלים עומדת מה שאין פו פדינו דר"ת לא שייך למימר אוקי קרקע בחזקת בעלים מודה הרשב"א דמהני הגבניה דאי ל"ת הכי לחלק יקשה על ר"ת הו בקרקע לא שייך תפיסה אלא ודאי משום דלא הוי לגבי בעלים הראשונים וזה אינו ראיה הו דברי ר"ת אתיין שפיר דהוא סובר דאי שמיט ואכל דלא מפקינן אינו מטעם ספק רק מטעם ודאי דנ"ל פי היכא דליקו בהימנותי' או דאנו סהדי במה דשתיק וכמו שכ' הסמ"ע (סי' ר"ט) ולדידיה אף דשייך חזקת מר"ק כמו בלוקח קרקע שהוא דשלב"ע ובא זה והחזיק זכה בה ודלא פרשב"א הנ"ל דלא שייך לומר אוקי קרקע בחזקת בעלים פיון דמחילתו ורצונו הו מטעם ודאי אבל הרשב"א ס"ל דהוי מטעם ספק ולכך בקרקע לא מהני תפיסתו ומ"מ דבריו נכונים די"ל דגם הרשב"א מודה אם גבה בחובו קרקע דגם פו מהני זכיותו הואיל דל"ש מר"ק פיון דודאי זכה זה בחובו הואיל דינדע ושתק הוי זה סילוק פרעון והלנה נפטר מחובו ואין הספק רק בין המלנה המוכר להלוקח אז אין מוציאין מידו.

אולם לשיטת הד"מ והסמ"ע והב"ח דהיכא דלא ידע גם פו אין מוציאין מיד הלוקח בזה י"ל דאם הגבהו קרקע דכיון דיכול לחזור על הלנה ודאי נתבטל קנינו של הלוקח מן הקרקע ושייך לומר מר"ק לכו יכול המלנה לחזור אף על הלוקח: (כט) ויש לחקור אם מת המוכר ואחר כך קדם הלוקח ותפס אם גם פו זוכה ואין היורשים מוציאין מידו די"ל דוקא במוכר בעצמו שייך בו דניחא ליה דליקום בהימנותי' ולכך פשידע אפרינו דמחל ובכה"ג מחילה בטעות הוי מחילה ולשיטת הד"מ והסמ"ע והב"ח אף דלא ידע פשתפס מ"מ אין מוציאין מידו פיון דאמדינו דעתו דאם ידע הנה מחל והפל הו מטעם דניחא ליה דליקום בהימנותא וזה הפל לגבי המוכר בעצמו שייקים דבריו אבל לגבי יורשיו יש לומר אף שידעו ולא מוחו מ"מ פיון דלא ידעו אם בכחם לחזור מוציאין מיד הלוקח והוי מחילה בטעות.

וראיתי במבי"ט (ח"ב סי' קל"ז) כ' שם על נידון שלו בשכ"מ שנתנה מתנה לבתה דשלב"ע וזכתה אחר שבא לעולם והבן ל"ה שם ודן במה שזכתה אין מוציאין ממנה מטעם דר"נ דאי שמיט ואכל לא מפקינ' מניה ושוב הביא משם החכם מ' שמואל ו"ל שכתב לו דל"ש פדין זה שהיא דר"נ דהוי מטעם מחילה זה שייך במוכר ונותן שהו פחיים אבל שכ"מ שציוה מחמת מיתה ונתן מתנה מיד פשמת יצאו הנכסים מרשותו ונקנסו ליד היורש והיורש אינו מוחל והו צועק וצונח עכ"ד.

והשיב לו בזה"ל ואני אומר דירש לא עדיף ממוריש וכי היכי דמורי' פל שלא הי' חוזר פו אם אכל הקונה זכה ה"נ היורש פל שלא צונח זכה האחר ועכשיו שהוא צונח לא זכה האחר משעה שהוא צונח ולכך צנוייתי להחזיר לו המשפנות שנתן על החודש שהיה עתיד

הקונה לאכול וצונת הוא וחוור בו עכ"ל הנה חולק על מהר"ש ו"ל מצד הסברא בלא ראיה והדבר צריך ראיה פנין דכ' תוס' הטעם דנהי ד יכול לחזור בו מ"מ אין לו לחזור פי היכי דליקום בהימנותי' לכך אית לן למימר דאפילו הנה יודע שיכול לחזור לא הוי חוזר אם פן זה דוקא במוכר עצמו אבל אם מת המוכר מניין לנו לומר דהיורש הנה שותק מטעם דניחא ליה דאביו ליקום בהימנותיה דהיורש אינו מחויב בזה פלל פנין דהמכר לא חל ואף הוא יכול לחזור ואינו חייב אף במי שפרע ומחוסר אמונה ג"כ לא הוי דמה לו למיעבד פנין דיורשיו יורשין זכותו וכמו דהוא בחייו מן הדין הנה יכול לחזור בדשלב"ע רק פי היכי דליקום בהימנותיה וכיין דאנוס הוא במיתתו לא חל שום חיוב על יורשיו מה"ת נאמר דאם הוי יודעין שיוכלו לחזור דהוי מתרצו להפסיד מענתן בשביל זה.

ועיין ב"מ (דף ט"ז) במכר שדה שאינו שלו וחוור וליקחה מהבעלים הראשונים דקונה הלוקח וקאמר שם בש"ס במית גזלן ופירשו הראשונים ו"ל בפירושים שונים ובש"מ שם כ' משם הריטב"א דמית גזלן נמי היינו דמית קודם שלקחה ובניו לקחיהו מבעלים הראשונים ולא נהיר דאם פן לדידהו זבינו וכל זכות שתבא לידי קאמרינו ולא זכו שלקחו בניו עכ"ל הרי דאף דאמרינו שם מטעם דניחא ליה דליקו' בהימנותיה זוכה הלוקח כשחזר הגזלן וליקחו מבעלים הראשונים מ"מ לא אמרינו פן לגבי היורשים דלא מסתבר לומר דניחא להו דליקום אביהן מורישן בהימנותיה מכ"ש בזה מה שאמו נתנה במתנת שכ"מ דשלב"ע דאף בשמיט ואכל אחר מיתתה דהוי מחיל' בטעות וצ"ע דברי המבי"ט: ודע דיש ללמוד מדברי רמב"ן ב"ב (דף ע"ו) במוכר פירות דקל דהדין הוא אם שמיט ואכל דלא מפקינו מניה דאף אם נודע להם אחר כך שיהיה בהן פדי אונאה השתא כשפא לעולם מ"מ אין בכה"ג דין אונאה דהוא כ' לתרץ השקנאי דאי מכירת שטרות לאו מה"ת ל"ל קרא למעט שטרות מדין אונאה דכי איצטריך קרא להיכא דזבינו שטר ולא חזר בו עד שגבה הלנה את חובו דתו לא מצי הדר ורחמנא מיעטיה מדין אונאה פנין דשטר מכר לו מתחיל' עכ"ל והטעם אף דבש"ס קאמר יצאו שטרות דאין גופן ממון ואם נאמר דלא מהני הקנן פלל מה"ת רק אם גבה חל המכירה מאז אף דלא מהני מן הדין מ"מ ניחא ליה דליקום בהימנותיה אם פן פנין דאין הקנן חל מעיקרא רק מאז שגבה ואז הוי דבר הפטלטל וגופו ממון למה לא הוי בו דין אונאה ואף דמטעם דנ"ל התרצה המוכר להקנות לו מ"מ אם נתברר דהי' בו דין אונאה כשגבה למה לא יהיה יכול לתבוע או לחזור מן המקח דבאונאה מחילה בטעות לא הוי מחילה.

וצריך לומר פנין דבין כך ובין כך יכול לחזור מגוף המכירה רק בכל זה כשגבה אמרינו דניחא ליה פי היכא דליקום בהימנותיה אם פן עיקר קיום המקח הוא מטעם דנ"ל ממילא אזלינו בתר מעיקרא וגם זה נ"ל שיהיה דינו כאלו הי' חל הקנן מעיקרא ודבר זה למדנו מתורתו של הרמב"ן ו"ל שפן הדין הו בשטרות הו במוכר פירות דקל פנין דאם שמוט ואכל הוא הטעם דמהני דאנן סהדי דשניהם התרצו שיתקיים המקח ואף דלא מהני מן הדין לא יחזרו אם אין א' מהן חוזר מן המקח וזה שמיט ואכל התרצו שיהיה הדין כאלו היה קיום להמקח מעיקרא מיעטה התורה מדין אונאה וכמו בשטר פנין דשטר מכר לו מתחיל' פן נמי במוכר פירות דקל פנין דמעיקרא מכר לו דבר שאינו מטלטל אף דל"מ



הקנינו ושניהם יכולין לחזור מ"מ אם לא חזרו והלוקח שמקט ואכל דנין פאלו הקנינו חל מעיקרא.

ועיין ב"י (סי' ר"ט) שהקשה בזה דאמר מה שענין חולבת מכור לה מותר משמע דקני אפילו יהיה יותר על דמן אף דאינו דבר המסוים וכ' פיון דחלב וגניזה אין להם שער ידוע אלא כל א' קונה כמו שחפץ לית בי' אונאה והד"מ שם חולק על זה דמ"מ אפפ"ר לשומו אם היה בו פדי אונאה ובהגהת דרישה ופרישה שם תמה עליהם דשם איירי באמר הן רב או מעט ומש"ה לא שייך ביה אונאה והפוסקי' באו רק ללמדנו דלית ביה צד איסור רבית אף אם מוזיל גבי עינין שם ולא כ' שום טעם בדבר ולדברי הרמב"ן אתי שפיר דגם שם הוי דשלבל"ע ויכול לחזור רק דקמ"ל אם אינו חוזר ונותן לו לית ביה איסור רבית וכמו"ש בש"מ ב"מ שם דכ"א יכול לחזור ואין בו אף במי שפרע מ"מ פיון דאפפ"ר דגם הלוקח יפסיד לית ביה איסור רבית וממילא נמי אף אם אחר שנתן לו נתודע שעתה יש בו דין אונאה מ"מ אזלינן בתר מעיקרא דניחא ליה שיהיו דנין פאלו הי' המקח חל בקנין מעיקרא ועינין שם בנה"מ דבמקדים מעות ומוזיל גביה לית ביה דין אונאה אף באם היה בקנין גמור ולמ"ש אף בלא מקדים לית ביה דין אונאה: (ל) אם פרע הלנה למוכר חוזר הלוקח וגובה מן המוכר אף שב"ד אומרים לו שיפרע ללוקח כמבואר (סט"ז) בסמ"ע נש"ך והב"ח כ' דאם כ' הב"ד פסק דין שוב לא מהני מחילתו של המלנה והש"ך חולק על זה דמה לי אם כתבו ב"ד פס"ד או לא בכל גונוי פיון דנמחל השטר שוב אין לו ללוקח עליו פלוס.

ובש"מ פתובות סוגיא דשטר אמונה כ' משם חכמי הצרפתים ליישב הקוש' דיהיה נאמן אמונה במגו דא"ב מחיל להסוברים דגם בשעבוד' דר"נ יכול למחול וז"ל פגון שתובע מלנה השני ללנה מדר"נ והעמידוהו בדין ונתחייב לו ממון ואחר כך בא בעל השטר ואמר אמונה הוא זה פיון דעמד בדין שוב אינו יכול למחול דכל מלתא דב"ד פמאן דגבי דמי כדאמר לענין פרוזבל הרי דאפילו בהעמדה בדין לבד נשתעבד לו וניתק פת המלנה מפל ושוב לא מהני מחילה אף להסוברי' דמטעם שדר"נ יכול למחול ואם פן עכ"פ במקירת שטר לא מבעי להסוברי' דמטעם דמכ"ש דרבנן הוא ולכך יכול למחול זה הפל קודם העמדה בדין אבל אם כבר עשאו מעשה ב"ד וכתבו פ"ד ליד הלוקח פמאן דגבי דמי ונתק פת המלנה המוכר לגמרי אלא אף להסוברים דמכיר' שטרות מן התורה ורק שעה"ג נשאר אצל המוכר וכשמוחל שעבוד הגוף נפקע השעבוד נכסי ממילא מ"מ פיון דכבר יצא חייב להלנה לשלם להלוקח י"ל דאף גופו נתחייב והא דהביא הש"ך ראיה ממה דאמר אי פקח הוא מקרקש ליה בזווי וכ' ליה שטרא בשמיה ילך לב"ד ויכתבו לו פס"ד אלא ודאי דפס"ד אינו אלא שחייב לשלם כל זמן שהשטר בתקפו אבל כשנמחל השטר א"י לפסוק לעקור ד"ת י"ל דהש"ס מילתא דפסיקא נקט ואפ"י אם השטר הוא תו"ז דאינו יכול הלנה לילך לב"ד פיון דלא מטי עדיין זמנו.

אבל לעולם פשטי זמנו ותובע לב"ד וחיבהו ב"ד ומסרו לו פס"ד י"ל דאינו יכול למחול ומה שכ' דאינו יכול הב"ד לעקור דין תורה י"ל דאין זה עקירת דבר פיון דהדין הוא פן לחייבו לשלם הם אמרו דיכול למחול אף אחר קנין והם אמרו דמעשה ב"ד לחייבו שוב מחייב לגמרי וניתק כל פחו דהמוכר.

אולם פל האחרונים הסכימו לדברי הש"ך ומי יבא אחריהם: אף מ"מ אם פרע הלנה להמלנה אחר שהנה ביד הלוקח פס"ד יש לומר דלא נפטר בזה מן הלוקח אף דהש"ך מסיק (ס"ק ס"ב) דנפטר מ"מ צ"ע אם תפס הלוקח מן הלנה די"ל דא"מ מידו פיון די"א דבכל גונו לא נפטר.

ועיין בסמ"ע הטעם דקנין יש לו קול וכן כ' בבעה"ת (שנ"א) ובש"ך כ' דמה לו ללוקח בזה ובאמת קשה אם הלנה טוען פרי דלא ידע ולא שמע מקנין של הלוקח מהיכא תיתי? תחייב הלנה הא בו"ש פרי עדיף להחזיק ממון וצ"ל פיון דיש ריעותא לפנינו והלנה לא תבע השטר מהמלנה והנה לו לתפוע ממנו השטר כשפרע לו ואז הנה חקר בדבריו אולי מכר והי' נתברר לו.

ועיין בדרישה דכ' דהלנה הוי כמזיק במה ששילם להמלנ' ומזיק בשוגג גם פן חייב רק באונס גמור פטור כמבואר תוס' ב"ק (דף כ"ו) וכיון דאיתרע במה ששילם בלא הנה השטר ביד המלנה הוי כגורם בשוגג דחייב.

אם פן היכא דעמד בדין ועבר על פב"ד דצווי לו וחיובו לפרוע להלוק' הוי כמזיק בידיים י"ל דכ"ע מודים דחייב לשלם להלוקח. והקצוה"ח ונתיבות כתבו דבמה ששיל' הלנה ופרעונו בעל פרחו שמי' פרעונו הוי הלנה כמזיק.

ולענ"ד הא מ"מ אף באמר למלנה הא לה מעותיה ולא רצה לקבלם וזרקם לפניו דנפטר לא נעשה הממון כהפקר אף אם המלנה לא רצה לזכות בו והלנה נפטר מחובו ורק הלנה נפטר משעה"ג ונכסיו אבל מעות הללו נעשה כאפותקי מפורש וכ"כ התו"ג (דף ע"ה).

אם פן ממילא אף דכל מוחל שטר חוב שמכר אינו יכול לומר אני עשיתי בשלי ומחלתי רק השעה"ג וממילא נפקע השעבוד נכסי פיון דנקשר זה בזה הוי פעושה מעשה בשעבוד הנכסים של הלוקח וכמו שכ' לעיל דיני דיניינים (סי' ל"ג) מ"מ הלנה כששילם הממון להמלנה כשהניח הפעו' הוי כמסלק השעבוד נכסי משעבוד הגוף והמלנה חייב להחזיר הממון שקבל ממילא לא הוי הלנה כמזיק.

ועיין ש"מ פתובות (דף פ"ו) בעובדא דקריבתיה דר"נ אתי קא תבע לה לברתה דהקשו מה הי' ללוקח לתבע לברתה וכ' דהלוקח הנה סובר דהיא פבר קבלה הפתובה מבעלה ואע"ג דפרעונו הוי כאלו מחלה ואחר כך לא הוי לי' לתפוע מפח הפתובה אפילו הכי בזה נראה שיש חילוק בין פרעונו למחילה מפני שיכולין לומר לה זה הפרעונו שקבלת שלנו הוא ותני לנו כל מה שלקחת דמפח פתובה שנמכרה אצלנו דזכינו אנחנו בהגבייה עיין שם דהוי כאלו גבה בעד הלוקח וחיוב לתת הפל ואף להסוברים דהמוחל אינו חייב לשלם אלא דמים שנמתן הלוקח מ"מ בזה י"ל דלכ"ע חייב להחזיר הפל פיון דלקח השעבוד נכסים וממילא הלנה לא הוי כמזיק.

ומ"מ י"ל אחרי דהנה העמדה בדין בזה הוי הלנה כמזיק וצ"ע: ועיין באה"ע (סי' ק"ה) ס"ב) במוכרת פתובה ונתגרשה שאם אמרה שנפרעת אחר המכר דנאמנת במגו ומבואר דאם פרע נפטר מהלוקח ומשמע דסתם כדעה הראשונה דהלנה נפטר מלוקח ועיין שם בח"מ.

וי"ל דיש לחלק בין פתובה לשאר חוב למה שכ' הנ"י ב"ק (פ"ט) דבכתובה פשמהלה לבעל א"צ לשלם רק דמים שנתן פיון דבשעת המקח לא הוי דבר ברור שיבא לידי גובינא אבל בשטר חוב שעומד בבירור לגבות חייב לשלם לגמרי אם פן י"ל שם מייירי הש"ע שאמרה שפרע לה קודם הגירושין וכיון דכל הטעם די"א דלא נפטר הוא כמו שכ' בדרישה דהוא מצד מזיק ואם פן לגבי פתובה אז לא הוי מזיק ברור דלא נודע עדיין אם יבא לידי גובינא והמזיק אינו חייב לשלם רק כפי השו"י בשעת ההיזק ואז לא שנה רק הטובת הנאה ואף אם נאמר דאף בכתובה פשמהלה חייבת לשלם הפל היינו באם מחלה ובש' המחיל' ה"ה שעת הגבייה אבל במחלה קודם הגירושין אינה חייבת רק דמים שנתן פי אז לא ברי הזיקו אם פן נ"מ במה שאמרה שפרע לה קודם שחל הגבייה דאז לא הוי חייב' לשלם רק כפי טובת הנאה.

אולם יקש' מה מגו יש לה הא אם תמחול הפתובה תצטרף היא לשלם וסברה שתהיה חייבת כל דמי הפתובה וכשאמרה שנופרעת אז אינה חייבת רק כפי דמי טוה"נ ועיין שם בס' בית מאיר ובא"מ.

ועל פירוש דאמרה שפרע לה כל דמי הפתובה ולכך נאמנת במגו דהית' מוחלת דהשתא נמי חייבת לשלם כל דמי הפתובה פיון דקבלה דמים של הלוקח וכמו שכ' לעיל ומ"מ הבעל אף לי"א אינו חייב רק כפי דמי טוה"נ שהיה שנה אז.

ובב"מ שם כ' ראיה דלא נפטר הלנה ממה דקאמר בש"ס קידושין דקמפלגי מ"ס אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שבק לדידי ומחיל לאחרינא ואם נאמר דאם פרע נמי נפטר אמאי סמכה דעתה נהי דלא ימחול באגס יש לה לחוש שיקבל הפרעון לעצמו ע"י שיינותר לו מקצתו ותתן לו שובר אלא ודאי דפרעון לא מהני ולמ"ש הדרישה והאחרונים בטעמא די"א משום דהלנה הוי כמזיק אם פן אם מותר לו לא הוי כמזיק דכוננתו להרויח ובכה"ג לכולי עלמא פטור.

ולמה שכ' דמה שיקבל לפרעון בזה לכ"ע חייב לשלם המלנה להלוקח אם פן למה שכ' הפוסקים הסוברים דבמחול אינו חייב לשלם רק דמים שנתן ואינו חייב להחזיר להאשה רק שוי' שהיא פרוטה בזה אתי שפיר דסמכה דעת' שלא ימחול בחנם ואם יקבל בתורת פרעון יצטרף להחזיר לה פל מה שיקבל דמי הפרעון ואף להסוברים דאף אם יצטרף לשלם פל הדמים ששנה השטר רק מאן דסובר דלא סמכה דעתה דאינו רוצה להיות בדינא ודינא י"ל דזה נוקא מה שיהיה חייב לשלם מטעם גרמי שיהיה חייב חדש בזה לא סמכה דעתה ומאן דסובר דסמכה דעתה דלא שבק לדידה וימחול לאחרינא היינו בחנם ואם יקבל בתורת פרעון זה הוי כמו שגבה חובה ויצטרף להחזיר לה בזה לא איכפת לה דמה לה אם תתבע מן הלנה או מבעלה אח"כ ראיתי שפוננתי בזה תל"י לדעת התנאים (ס"ק ל"ג): לא) ואם הלנה טוען פרעתי להמוכר והמוכר מכחיש ואינו רוצה לישבע דחייב לשלם כ' הש"ך משם המ"מ דחייב לשלם הפל כמו ששנה השטר.

והאחרונים הקשו ע"ז דהוי רק ככובש עדותו רק דחייב להחזיר הפעות מדין אחריות דכל שטר שאין נשבעין עליו לאו פלום הוא וכשקנה הלוקח אדעתא דהכי קנה שישבע המלנה עליו וכשאינו רוצה לישבע הוי מק"ט ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"א) דאין דומה למוחל דאין הריעותא בגוף המקח רק אחר כך עושה ההיזק והביא דברי ריטב"א פתובות

שכ"מ שצריך המוכר ליטבע כופין את באי פוחו ליטבע אפילו בנותן שאין עליו  
אחריות דכיון שאין לו לזה לגבות אלא בשבועתו אדעתא דהכי זבין ונהיב והוא מפלל  
אחריות דנפשי ובריטב"א הקשה ע"ז במחלו למה פטור מדין אחריות נימא דאדעתא  
דהכי לא נחית והוא כ' ליישב דמחילה נעשה ההיזק אחר כה מה שאין פן באינו רוצה  
ליטבע דדנין אותו לפרוע מעיקרא והוא בכלל אחריות דנפשי וילפי דברי הקצוה"ח  
דהוי מקח טעות אם פן אין צריך לשלם רק דמים שנתן אולם למה שכ' דמטעם קבלת  
אחריות דנפשיה הוא י"ל דחייב לשלם כפי דמי שזון של השטר וכן נ"מ למ"ש הריטב"א  
דאפילו בנתן במתנה שאין עליו אחריות מ"מ אחריות דנפשיה קבל עליו ולדברי  
הקצוה"ח דאחי עלה מטעם מקח טעות במתנה פטור מלשלם כשא"ר ליטבע.

ויש להבין בדברי הריטב"א דבמה ובאיזה קנין נתחייב לשלם מאחריות דנפשיה בשלמא  
במכר נתחייב בשביל דמים שקבל אבל במתנה אף אם קבל עליו אחריות במה נתחייב  
ועיין ברמ"א (סי' קט"ז) בנותן מתנה בעדים אינו טורף מלקוחות בלא שטר ומשמע הא  
מב"ח טורף ועמד שם על זה בתנאים במה נשתעבד בלא קנין הא בדברים בעלמא שקבל  
עליו אחריות לא נשתעבד ואי בקנין יש לו קול דסתם קנין לכתובה עומד והוכיח מזה  
דהיכא דצריך הקנין לקיום הדבר לא אמרינן סתם קנין לכתובה ואמ"ו ז"ל בספרי  
דברי חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) כ' דלהדיא מבואר בטור (סי' רמ"ג) משם הרבינו יונה  
ז"ל דאף במתנה בנתן לו באחריות ואמר לו לה חזק וקני כמו דנתחייב באחריות על ידי  
שטר כ"כ על ידי חזקה למגבי מב"ח ועיין מה שכתבתי בזה לעיל (סי' ח') להסביר דנגד  
טורפה של הבע"ח מהני כמו דיכול לחייב א"ע כשפורע חובו של חבירו עיין שם וזה  
אחי שפיר שם בשביל שפרע חובו אבל כאן שאינו רוצה ליטבע במה נתחייב ואולי גם  
פן י"ל פנין דבדניי שמים חייב ליטבע שיגבה המקבל חובו והוי ככובש עדותו ממילא  
יכול לחייב את עצמו ואחריות דנפשיה קבל עליו מסתמא לכן חייב לשלם להמקבל  
מתנה כשאינו רוצה ליטבע: וכד הוינא טליא אמרתי בדרה פלפול לסלק ראיות התוס'  
דהמקנ' לחבירו מלנה על פה במעמד ג' דאינו יכול למחול מש"ס קידושין (דף מ"ח)  
מדקאמר שם במע"פ פליגי בדר"ה אמר רב ומדלא קאמר דכ"ע דאף במלנה אמר רב  
ומדלא קאמר דפליגי אי יכול למחול ושסמכה דעתה כמו דאמר לעיל והש"ף כ' ראיה  
הזאת לעיקר וכן מדברי הרמב"ם דפסק (פ"ה מאישות) דבקדשה במלנה דאחרים במע"ג  
דמקודשת.

וי"ל דהא הראשונים הקשו מה בכך שימחול הא יהיה חייב לשלם ויש שמתרצים דאינו  
חייב רק דמים שנתן והשוני של אשה הוא רק פרוטה ואם נאמר דכשהמוכר השטר חוב  
אינו רוצה ליטבע אינו חייב לשלם רק דמים שנתן י"ל דלעולם אשה סמכה דעתה מימר  
אמרה לא שבק ליה לדידי ומחל לי לאחריני רק מאן דסובר אשה נמי לא סמכה דעתה  
היינו שהלנה יטעון שישבע המלנה המוכר שלא פרע והוא לא ירצה ליטבע ולא יהיה  
חייב לשלם רק דמים שנתן אבל אם ליתא לדשמואל ואינו יכול למחול אז לא צריך  
ליטבע פנין דאף אם יודה שפרע לו גם פן אינו נאמן כמבואר בש"ף (סי' מ"ז וס"ו).

ואם כן זה דווקא במקירת שטרות אבל בקדשה במלנה על פה במעמד ג' שפיר י"ל דסמכה דע דעתה ואף אם יכול למחול מ"מ יצטרף לשלם כל החוב ושם ליפא חשש זה דלא ירצה הבעל ליטבע דלא שינוי זה פשהו במעמד ג' דכבר הודה הלנה שלא פרה.

וממילא ליפא הוכחה מדברי רמב"ם די"ל דלענין מחילה בלבד סמכה דעתה במלנה על פה פינו דליפא חשש שאינו רוצה ליטבע וגם יצטרף לשלם ואף דאשה בושה לתפוע מ"מ הבעל גרא למחול שמה תתבענו ויצטרף לשלם כל הדמים.

אולם למה שכ' מדברי הריטב"א וכן דעת המ"מ והש"ג דבשטר פשאינו רוצה ליטבע חייב לשלם הכל לא אתי שפיר. וגם אם נאמר דהוי מקח טעות בכה"ג י"ל דנתבטל הקידושין למפרע ובזה סמכה דעת' דרק היכא דתהי' מקודשת ולא יהיה בינה דמי פסוף קידושין בזה אמרינו דלא סמכה דעתה אבל היכא דיתבטל הקידושין בזה לא שינוי לא סמכה דעתה וכמו שכ' האחרונים הלכות קידושין (סי' כ"ח) ולדברי המ"מ דחייב לשלם הכל וכן אם מטעם אחריות דנפשי' בזה יש לומר במלנה בשטר אף דסמכה דעתה דלא ימחול לא סמכה דעתה בשביל דלמא לא ירצה ליטבע ואף דיהיה חייב לשלם אשה בושה לתפוע כמו"ש הראשונים ומקודשת תהיה לכך פינו דלא סמכה דעתה על זה אינה מקודשת אבל לענין מחילה סמכה דעתה דלא שביק לה לדידה ומחל לאחריני ולכך בקדשה במע"פ במעמד ג' מקודשת אף אם יכולה למחול: ובזה י"ל קצת דברי הטור דהוא סובר דאם המוכר מחל צריף הלוקח להחזיר הנגיר.

ובאה"ע שם כ' בקדשה בשטר חוב דשמין את הנגיר. ועיין ש"ף (ס"ק ס"ו) ובשעה"מ הלכות אישות ואף שיצטרף להחזיר לה דמי הנגיר למה חיישינו לשמא ש"פ במדי וגם הא קשה לשיטת תוס' הא דלא סמכה דעתה הוא הואיל דלא יצטרף לשלם לה רק דמים שנתן חזינו דאין רצונה להתקדש רק בכל המון וכמו שכ' הרא"ש סוף (פ"א) דב"מ ועל פרוץ הא דשמין את הנגיר היינו הואיל דהנגיר הוא בעין ונהלנא אינה בעין ודאי דעתה על דבר שהוא בעין אם כן אם צריכה להחזיר בעד דמי הנגיר שוב אינה רוצה להתקדש רק בכל הדמים.

ולמה שכ' י"ל דכל שלא ימחול סמכה דעתה רק דלמא לא ירצה ליטבע הבעל ובזה פשאינה רוצה ליטבע ודאי אינה מחויבת להחזיר הנגיר ונדאי אם הלנה אומר להמלנה אשתבע לי דלא פרעתיך והמלנה אינו רוצה ליטבע אין מוציאין השטר מידו דעל גוף הנגיר הוא חזקה כל מה שפניד אדם הוא שלו והוא מוחזק אם כן שפיר מקודשת דבטוחה בהנגיר כן אמרתי בגלדותי.

ברם יש לגמגם דאם נאמר דסמכה דעתה על המחילה רק לא סמכה דעתה אם יטעון הלנה אשתבע לי דלא פרעתיך אם כן בשטר שיש בו נאמנות לא שינוי פלל לא סמכה דעתה.

ובנתיבות מתרץ דברי הטור דיכולה להחזיק הנגיר כ"ז דאינו משלם לה כל החוב דהשטר חשוב ממון למפור דשנה ממון אצל הלנה וקשה אם כן לעולם שנה הנגיר יותר מפרוטה ואיך כ' הטור דאם לא שנה פרוטה הוי ספק קידושין דשמא ש"פ במדי הא לדבר זה הלנה יתן פרוטה: לב) ויש להעיר למה לא נאמר פשוטל המלנה השטר

דיתחייב להחזיר הדמים שקבל אף למאן דלא דאין דינא דגרמי נימא אדעתא דהכי לא רצה לקנות ודומה למה שכ' תוס' פתובות (דף מ"ז) בהא דאמרין שלא כתב לה אלא על מנת לכוונסה דבכל אדם הלוקח דבר מחבירו ואירע אונס בדבר אנו סהדי שלא על מנת פן לקח דהתם אנו סהדי שבאותו ספק רוצה ליפנס עיין שם בדבריהם ועיין במ"מ (פ"ו) מזכיה דהמוכר לא הוי מרוצה אם הלוקח היה מתנה תנאי בזה וע"כ הכניס הלוקח עצמו בס' זה ואם פן נימא במוכר שטר חוב דנדאי אם היה לוקח מתנה בפירוש שאם ימחול יחזיר לו דמי המקח היה המוכר מכר לו גם פן על תנאי זה כשימחול יתבטל המקח פינן דאסור לו להזיק אף אם פטור מדין דגרמי מ"מ בד"ש לכ"ע מחייב לשלם ואיסור הוא לכ"ע ובנדאי היה המוכר מסכים לזה לקבל עליו אחריות דנפשיה אם פן אף דלא התנה נימא אדעתא דהכי לא קנה ויתבטל המקח ועיין ש"ך (ס"ק ק"ט) שהביא מדברי ראב"ן ובס' מקו"מ דאף למאן דלא דאין דיני דגרמי צריף עכ"פ להחזיר דמים שנתן וראיתי בספר ש"מ דכ' דהטעם הוא מטעם אומדנא כמו שכ' תוס' הג"ל ולהמענין בדברי ראב"ן יראה דלא אתי עלה מטעם אומדנא.

ולהחולקים צריף להבין עכ"פ אמאי לא נאמר אומדנא הזאת. ולמה שכ' הנתיבות (סי' ר"ל) בבבאור דברי תוס' פתובות דל"ה קושיתם אחר שגשפתמש בהם בהמקח ואף אחר שעה שהיה ראוי להנות בהמקח לא אמרי' אומדנא כמו בנכנסה לחופה ולא נבעלה דמחייב בתוספות פתובהפשמת פינן דהיתה ראוי' לביאה פן נמי בקונה דבר פינן שזכה במקחו וראוי לדבר שקנה פלטה הנאה רק קושיתם היה בקונה בעוד שלא הוי ראוי להשתמש תשמיש שקנה עבורו עיין שם [ובתו' פתובות שם דבדידה תליא הקידושין וכ' בחידושי ר"ע ז"ל דמה"ט פירכת הש"ס דנקא במן האירוסין אבל מן הנשואין לא שייף הטעם דבדידה תלי דהא אפשר דהוא לא היה רוצה בגוונא זה שיתבטלו הקידושין למפרע שיהיה בעילתו בעילת זנות ואין צריף למה דנדחקו תוס' ב"ק בזה עכ"ל ואמת שפן כ' בש"מ שם אולם התוס' רצו שם בפירושם בלא בעל שמת אחר נישואין קודם שבעל גם פן לא אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה וז"פ] אם פן י"ל כ"כ במוכר שט"ח אף דקונה לגבות מהלנה אולם כמו כן יכול למפור לאחרים גם פן וכינן שפכר מסר לו השטר וקנה אותו והשעבוד בכתיבה ומסירה פכר נסתלק המוכר ומה שעושה אחר פך בשלו עושה דמוחל שעבוד הגוף וממיל' נעשה ההיזק דנפקע השעבוד נכסי הוי כמו אחר המזיק ולמאן דדן דד"ג חייב לשלם ולמאן דלא דן אף המוכר כשמשחל פטור מלשלם וכמו שכ' הטור אם שרף בית שמכר לאחר באחריות שאינו טורף ממשעבדי ואף דשם הוא דבר דלא אסיק אדעתיה כלל ה"נ לא אסיק אדעתיה שיעשה זה עבירה דעכ"פ עושה עבירה להזיק לחבירו וכינן דלא אתנו בפירוש ומה שמכר לו מסרו בידו כשמשחל בדידו עביד למחול השעבוד הגוף ונפקע השעבוד נכסי דנין בו רק פדין מזיק אחר ולא לבטל בשביל זה הקנין מעיקרא: ובס' ח"ש (ח' או"ח סי' א') כ' לדון באחד שמכר לעכו"ם בע"פ התמץ פדין וקודם זמן איסורו חזר בו הישראל וחסף ממנו השטר מכירה ומכרו לאחר ונודע הדבר לאח"ז איסורו ודן אף דלא נתבטל הקנין של הראשון פינן דכבר קנה החדר והתמץ פדין מ"מ אחריותו על הישראל פינן שאינו מניח להעכו"ם לילך בחדר שהתמץ בתוכו ולהשגיח על שלו אע"ג דלא הוי רק גרמא בעלמא מ"מ לדברי תוס' פתובות דל"א אומדנא זה דנקא אם המוכר לא הוי גורם להקפסד של אח"כ אבל בזה

אָנאָמאָדנאָ דמוכח דאדעמא דהכי לא קנה וגם סבא שמוכר לא הי מתרצה לא שינה בנה  
פיון דבדידיל פליא מילתא.

והדברים מתמיהין מפאן דחזינון אף דהמוכר גרם אחר פה להקפסד במה דמחל להלנה  
בכ"ז למאן דלא דאין דדג"ר פטור מלשלם ואינו יכול לבטל המקח. שוב ראיתי שהעיר  
על דברי הח"ש הגאון בעל ז"ר זצ"ל בספרו ח"ר.

ברם יש לחלק ממוחל דשם פבר הוציא מרשותו כל זכות שיש לו בהשעבוד נכסי דמסר  
לו השטר וכתב לו שטר מקר ולא נשאר בידו רק מה שלא היה בכחו למפור היינו  
השעבוד הגוף והני פאחר שמזיקו במה שמוחל ולא אסיק אדעתו שאחר פה יעשה עול  
וימחול מה שאין פן בנידונו של הבעל ח"ש נדאי כל המוכר לחבירו חייב להעמיד לו  
מקחו וגופו נשתעבד להלוקח להעמיד המקח שנשאר בידו אף דאם נאבד אחר פה שלא  
בפשיעתו של מוכר פטור מ"מ פשנאבד ע"י גרמתו שלא העמיד המקח לא מפטר המוכר  
מחויבו וכיון דלא הניח להלוקח לפנס לחצרו ושקנה ולהשגיח על המקח נדאי אנו סהדי  
ואנאָמאָדנאָ דמוכח הוא דלא קנה עד"ז פיון שהוציא ממנו השטר וא"י לבא לחדר ולהשגיח  
הני פמו שלא העמיד לו המקח אף דכבר נגמר הקנין מ"מ פיון שחטף ממנו ראיותיו ולא  
הניח לו ללקח לחצרו הני פלא רצה להעמיד המקח דעל זה נשתעבד להעמיד לו המקח  
[וא"ל הא בלא"ה הני פגזלן פשמעכב דבר שאינו שלו ואם פן הני כל אחריותו עליו וי"ל  
פיון דלא עשה שום קנין בהחמץ ל"נ בשביל זה גזלן ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי'  
ל"ד)]: אף זאת קשה אם נאמר אנאָמאָדנאָ הזאת אמאי בעשה עבדו אפותקי ושחררו אם  
חייב לשלם פליגי רשב"ג וחקמים אם מזיק שעבוד של חבירו חייב או פטור ולדעת  
הראב"ד פוסק דמזיק שעבודו של חבירו פטור מלשלם היינו באם משחררו ועיין ש"ך  
(סי' שפ"ו ס"ק י"ב) ואמאי נימא עכ"פ פיון דלא העמיד להמלוה אפותקי יהי חייב  
לשלם דמי ההלואה מטעם אנאָמאָדנאָ דמוכח דע"ד זה לא קבל אחריותו של האפותקי ועל  
פרתו צריף לומר פיון דעשה איסור עכ"פ להזיקו ע"ז לא אסיק אדעתו להתנות.

ואם פן מוכח דלא כד' הח"ש. וראיתי בנתיבות (סי' שי"ב ס"ק ה') שכתב בפשיטות  
הטעם בשכר בית זה ועמד ומכרו לנכרי או שרפו או סתרו דחייב להעמיד לו בית אחר  
דאף דאמר זה יש עליו שעבוד הגוף רק דהני פאפותקי מפונש שאם נשרף אינו יכול  
לגבות ממ"א ואם אינו רוצה ליתן גוף האפותקי או שהלן' קלקל בעצמו נדאי דגם שאר  
נכסיו משועבדין עיין שם.

וקשה מאד הא במשחרר העבד קלקל בעצמו האפותקי ומ"מ אנו דנין רק פמו אדם אחר  
שהזיקו דחוב הראשון נפקע ואינו חייב רק מצד מזיק בחיוב חדש לשלם אם מזיק  
שעבודו ש"ח חייב ואם פטור אז אף שהלנה בעצמו קלקל גם פן פטור וצ"ע ויבאר עוד  
אי"ה בדיני גביות חוב: ועיין ריטב"א קידושין (דף י"ד) בהא דמבאר שם בעבד עברי  
שברח תוף שש דחייב להשלים ואח"כ פגע יובל דשוב אינו חייב להשלים וכתב דאף  
לשלם מדין פרעון חוב פטור דמאי דברח ונתבטל ממלאכתו אינו אלא גרמא בעלמא  
פמבטל פיסו ש"ח שהוא פטור ועיין שם במקנה מה דהקשה עליו וכתבתי בזה בח"ר  
בקונטר' התשובות (סי' א') וקשה לכאורה אמאי פטור מלשלם מפל וכל נימא אנאָמאָדנאָ  
דמוכח דלאו להכי נחית למזבן וכמו שכ' שם הריטב"א בהא דחלה שלש דאינו חייב

להשלים אף דלגבי פועל שחלה אין לו שָׁכְרוּ אֶלָּא בְּמַה שֶׁעָשָׂה דְּפוּעֵל הַשְּׁכִירוֹ בַּעַה"ב  
לְמִלְאָכָה זוֹ עַל דְּבַר יְדוּעַ וְכִיּוֹן שֶׁלֹּא עָשָׂאוּ אֵין לוֹ שְׁכָרוֹ אַעפ"י שְׁנֶאֱמַר אָבֵל עֶבֶד עֲבָרִי  
לֹא נִשְׁתַּעֲבַד לַעֲשׂוֹת לוֹ דְּבַר יְדוּעַ אֶלָּא נִשְׁתַּעֲבַד לוֹ שֶׁיִּכְפְּהוּ לְמִלְאָכְתּוֹ לְפִיכָּה אִם חָלָה  
וְלֹא עָשָׂה כְּלוּם נִסְתַּחֲפָה שְׂדֵהוּ שֶׁל אָדוֹן וּבְחִלָּה יוֹתֵר מִשְׁלֵשׁ הָיוּ אֲנֻמְדָן דַּעְתּוֹ דְּלֹא לְהִכִּי  
נְחִית לְמַזְבֵּן וְכַדִּי שֶׁלֹּא יִפְסִיד הִלָּה לְגַמְרֵי מְמוֹנֵו חֲזִיב זֶה לְהַשְׁלִים אִם כֵּן בְּבִרְחָ דְּמִשְׁמַע  
אִף בְּבִרְחָ כֹּל שֶׁשׁ נָמִי דְּחֲזִיב אִף לְהַשְׁלִים וְכַשְׁפָּגַע יוֹבֵל דְּאֵינֵו חֲזִיב לְהַשְׁלִים אַמְאֵי פִטוֹר  
עכ"פ לְשֵׁלֶם הַדְּמִים מִטַּעַם בְּיִטוּל מִקַּח וְהָיוּ אֲנֻמְדָן דַּעְתָּא דְּמוֹכַח דְּלֹאוּ לְהִכִּי נְחִית לְמַזְבֵּן  
וּצ"ל גַּם כֵּן כִּיּוֹן דְּהַקְנָנָן נְגַמֵר כְּבָר הָיוּ כְּמוֹ שֶׁכְּבָר מְסַר כֹּל מַה שֶׁקָּנָה וְכַשְׁאֵינֵו עוֹבֵד הָיוּ  
רַק כְּמַבְטֵל פִּיסוֹ וּמ"מ צ"ע כִּיּוֹן דְּלֹא מִילָא הֵתְחַזְּיבוֹת שְׁלוֹ גִּימָא דַּעַל דַּעַת זֶה לֹא קָנָה  
וַיִּבְנֹאֵר אֵי"ה בְּמִקוּמוֹ לְכַשְׁאֲזָנָה: וְרֵאִיתִי בְּסִפְרָ נה"מ (ס"ק ל"ו וס"ק מ"ב) דְּדְמִים שְׁנִתָּן  
חֲזִיב הַמוֹכֵר לְהַחְזִיר אִף לְמֵאֵן דְּלֹא דָּאִין דִּינֵי דְּגַרְמֵי דְּהִלּוּקַם כְּשֶׁקָּנָה הַשְּׁטֵר חוֹב קָנָה  
אֲדַעְתָּא דְּהִכִּי שְׁיִהְיֶה שְׁיִיךָ לוֹ הַשְּׁעָבּוּד הַגּוֹף וְשֶׁעָבּוּד נְכָסִים תַּדַּע דְּהָא הִלּוּקַם יָכוּל לְתַבְּנֹעַ  
לְהִלְוֵה רַק שֶׁשְׁעָבּוּד הַגּוֹף אֵינֵו בְּמַכִּירָה וְיָכוּל לְחַזֵּר בּוֹ וְלִמְחֹל הַשֵּׁה"ג וְהָיוּ כְּמוֹכֵר דְּבַר  
שֶׁלֹּא בָּא לְעוֹלָם עִם דְּבַר שֶׁבָּא לְעוֹלָם בְּסֵף אֲחַד שֶׁהִלּוּקַם יָכוּל לְחַזֵּר בּוֹ וְלוֹמֵר לֹא רְצִיתִי  
לְקַנּוֹת כ"א הַכֹּל וְכַשְׁמַבְטֵל הַמִּקַּח מוֹצִיאֵין מִן הַלוֹ' מִדְר"נ וְלֹא אָבִין דְּכָרִיו הֵא מְבֹנָאֵר  
מְכַל הַפּוֹסְקִים הַסּוֹבְרֵי דְּמַכִּירַת שְׁטָרוֹת מַה"ת דְּשֶׁעָבּוּד הַגּוֹף לִיתָא בְּמַכִּירָה כֹּלֵל וְהִלּוּקַם  
אֵינֵו קוֹנֵ' רַק שֶׁעָבּוּד הַנְּכָסִים וְאֵינֵו יָכוּל לְחַזֵּר כִּיּוֹן דְּלֹא מְכַר לוֹ רַק שֶׁעָבּוּד הַנְּכָסִים  
דָּאִם לֹא כֵּן לְדְכָרִיו מְעוֹלָם יִהְיֶה בְּיַד הִלּוּקַם לְבַטֵּל הַמִּקַּח וְזֶה מְבֹנָאֵר דְּאֵינֵו כֵּן אֶלָּא וְדָאִי  
דְּאֵינֵו יוֹרֵד כֹּלֵל לְזַפּוֹת בְּשֶׁעָבּוּד הַגּוֹף וְרַק קוֹנָה הַשְּׁעָבּוּד נְכָסִים לְבַד וְהָא דִּיכּוֹל לְתַבְּנֹעַ  
אֵת הַלְוָה הוּא כְּמוֹ שֶׁכִּי הָרִיטְב"א קִידוּשֵׁין (דָּף מ"ח) וּב"מ פ' הַזֵּהָב וְכְמוֹ שֶׁבִּאֲרַתִּי לְעִיל  
(אוֹת ח'): לֵג) וְהִכָּא דְּפִיִּס לְלוֹה וְכ' לוֹ שְׁטֵר לְהִלּוּקַם עַל שְׁמוֹ דְּשׁוּב אֵינֵו יָכוּל לְמַחְלוֹ  
כְּמִבְּנָאֵר (סכ"ג) וְכַתֵּב הַשְּׁ"ף (ס"ק ע"ז) מִשֵּׁם הָרִיטְב"א דָּאִם מְחִלוֹ אֵינֵו טוֹרֵף מְזַמֵּן  
הִרְאֵשׁוֹן וְרֵאִיתִי בְּסִפְרָ הַפְּלֵאָה כְּתוּבוֹת שֶׁכַּתֵּב שֶׁיָּכוּל לְכַתּוֹב שְׁטֵר עַל שְׁמוֹ מְזַמֵּן הִרְאֵשׁוֹן  
כִּיּוֹן דְּקָנָה הִלּוּקַם הַשְּׁעָבּוּד נְכָסֵי רַק שֶׁעָבּוּד הַגּוֹף ל"ק וְיָכוּל לְשֶׁעָבַד גּוֹפוֹ מְזַמֵּן הִרְאֵשׁוֹן  
וְכ' דִּי"ל דְּנִמְחַל שֶׁעָבּוּדָא קָמָא וְאִם יִכְתּוֹב מְזַמֵּן הִרְאֵשׁוֹן הו"ל מְוַקְדָּם וּצ"ל שֶׁמְזַכִּיר  
בְּהַשְּׁטֵר הַשְּׁנִי אֵת הִרְאֵשׁוֹן שֶׁבִּידוֹ וּצ"ע שֶׁלֹּא נִזְכָּר בְּפּוֹסְקִים.

וְלְכַאוּרָה י"ל לְמַה שֶׁכַּתֵּב הַב"י (ס"י ק"ג) מִשֵּׁם הַרְבֵּינוּ יְרוּחָם בְּהָא דָּאִם הַגְּבָהוּ הַלְוָה  
לְהַמְלִינָה קַרְקַע בְּחֻבּוֹ דְּלֹא אֲמַרִּינָן שׁוּמָא הִדְרָא וְכ' דַּמ"מ אִם בָּא בַּעַל חוֹב מְאֻחָר אֵינֵו  
יָכוּל לוֹמֵר לוֹ מִשְׁעַת הַמְּכָר נִמְחַל שֶׁעָבּוּדָה וְהָרִי הוּא כְּמוֹ שֶׁלְקַחְתָּ בְּמַעוֹת וְשְׁטֵר שְׁלִי  
מְוַקְדָּם מִמְקַחָה וְאִטְרוּף אוֹתוֹ כִּי לְגַבִּי זֶה שֶׁעָבּוּדוֹ קִיָּים כְּאֵלוֹ גְּבָה אוֹתוֹ בַּב"ד וְכֵן אִם בָּא  
בַּעַל חוֹב מְוַקְדָּם וְטָרַף אוֹתוֹ מְמַנּוּ חוֹזֵר וְגוֹבָה מִשְׁאָר נְכָסֵי הַלְוָה מְזַמֵּן שְׁטֵר חוֹבּוֹ הָרִי  
אִף דְּקָנָה הַקַּרְקַע מִהַלְוָה בְּחֻבּוֹ וְנִפְקַע מְמַנּוּ הַחוֹב וְנִמְחַל כְּבָר שֶׁעָבּוּדוֹ לֹא אֲמַרִּינָן דְּלֹא  
יִטְרוּף רַק מִטַּעַם אַחֲרִיּוֹת וּע"כ כִּיּוֹן דִּישׁ לוֹ חוֹב מְזַמֵּן הִרְאֵשׁוֹן רַק הוּא בָּא לְגַבּוֹת בּוֹ  
וְגְבָה הַלְוָה הַקַּרְקַע בְּחֻבּוֹ מ"מ דַּעְתּוֹ הִי' שֶׁכֹּל יָמֵיו בְּתוֹרַת גְּוִבְיָנָא וְאִם יִטְרוּף מְמַנּוּ  
בַּע"ח מְוַקְדָּם יִתְבַטֵּל הַגְּבִיָּה וְהַשְּׁטֵר חוֹב יִהְיֶה נִשְׂאָר בְּתוֹקְפוֹ כֵּן ה"נ כִּיּוֹן דִּישׁ לוֹ שְׁטֵר  
מְזַמֵּן הִרְאֵשׁוֹן שֶׁקָּנָה מִן הַלְוָה וַיֵּשׁ לוֹ שֶׁעָבּוּד נְכָסִים דְּלוֹה רַק רוֹצֶה לְחַזֵּק שֶׁעָבּוּדוֹ  
בְּשֶׁעָבּוּד הַגּוֹף מִהַשְׁתָּא כְּדִי שֶׁלֹּא יוֹעִיל מְחִילְתּוֹ וּמ"מ דַּעְתּוֹ שֶׁיִּשְׂאָר לוֹ הַשְּׁעָבּוּד נְכָסֵי



מזמן הראשון כמו שהיה לו כי לאלומי אתי זכותו ולא לגרוע ועיין בנתיבות משפט (דף ע"א ע"ב) מה שכ' משם הריטב"א ותלמידי הרמב"ן.

לד) אם יורש של המוכר יכול למחול לעצמו כ' בש"ע שני דיעות ובנתיבות מביא קושית העולם בש"ס ב"ק (דף פ"ט) שהביא לסייע לתקנות אנושא מברייתא מעידן אנו שגרשה ונתן פתובה דאין משלמין רק טה"נ פתובה ואם ליתא לתקנות אנושא לזבני לגמרי ואם יורש מחל לעצמו אפילו אי"א ליתא לתקנות אוש' ל"מ מזבני לגמרי דהא אם מתה הבעל יורשה וימחול ויפסיד ולא יצטרף לשלם וכתב לתרץ פינן שהבעל אינו יורש מלונת אשתו כמו בבכור רק מה שהלנה אחר הנישואין מתקנות אנושא ובמלנה שעמו פלגי ואם כן אם ליתא לתקנת אושא לא עדיף הפתובה ממלנה שעמו דפלגי ועכ"פ החצי פתובה בר מכירה הוא ואפילו אם מתה עיין שם בדברי.

ולדעתי הענינה בזה כ"ע מודים דהוי ראוי ממש דכל הטעם דבמלנה שעמו פלגי מבואר ברשפ"ם ב"ב גבי בכור וביתר ראשונים שם משום דבנדאי גמיר ומשעבד נפשיה כדי שיקח ב"ח ועיין סמ"ע (סי' רע"ח) ולפי זה פאן פשטמכרה הפתובה וזכה הלוקח בהשעבוד נכסי רק שעבוד הגוף נשאר אצלה ומה שייך שעבוד ביותר לה להשעבוד הגוף.

וראיתי מתרצים על קושית הנ"ל מש"ס דב"ק על פי שהקשו התוס' שם דמי ירצה לקנות פינן דיכולה למחול ומתוצו שיכולה לעשות קיום בנדר או בשבועה שלא תמחול ולכך פינן דהיא בעצמה ל"ה יכולה למחול ממילא לא ירש הבעל זכות זה ולדבריהם אם המלנה נשבע שלא ימחול ומת גם היורש לא ירש זכות זה שימחול והמה דברים זרים הא אף אם נשבע מ"מ השבועה אינה עושה קנין ומ"מ פינן דאם מחלה מחילתה מחילה יהי הטעם או משום דנשאר שעבוד הגוף אצל המוכר או פינן דהוא מדרבנן מהני המחילה ושייך בזה ירושה כמו אם לא היה המוריש נאסר באיסור שבועה כן אף בנשבע הוא רק אריה דרבע עליו שלא למחול אבל אם עבר ומחל מהני המחילה כן נמי היורש יורש זכות זה ועיין בנו"ב מהד"ק (סי' ל"א) במלנה בשטר ונשבע המלנה שלא יתבע ללנה אם מכר השטר הלוקח יכול לתובעו עיין שם והרי דאף במה שקבל עליו בשבועה ורבע עליו זכותו דהלנה שלא יתבע מ"מ פינן דחייב לו איתא במכירה הוא הדין לענין ירושה אף דקבל עליו המוכר בשבועה שלא ימחול עם כל זה איתא בירושא והיורש אינו נאסר באיסור שבועה ועיין טו"ז יו"ד (סי' י"ו ס"ק ח'): ובגלדותי אמרתי בדרב פלפול ליישב קושית העולם דיש להעיר בקושית ש"ס ב"ק שם דיתחייבו העדים אם ליתא לתקנת אושא הא מבואר ש"ס פתובות (דף ע"ח) דאף בנכסי שאינם דועים לבעל דמהני מכירתה אף לפירות מ"מ לכתחילה אסור למכור ועיין שם בר"ן פינן דמפקיעה ירושתו אם כן בכתובה אף אם ליתא לתקנת אושא מ"מ לכתחילה אסור למכור.

וצריך לומר למ"ש רש"י שם דאם יבא הלוקח לב"ד אמרינן ליה דאסור ועיין מל"מ (פכ"ב) מאישות בארוסה מדקתני במתניתין מכרה משמע במתנה מותר והטעם כמו שכ' התו"ט בר"פ האשה שנפלה בדעת רש"י דהיא רשאה למכור רק הלוקח אינו רשאי והטעם דהוי כמו עני המהפך בחררה וכינן דבהפקר דעת ר"ת דלא שייך איסור דעני מהפך בחררה וכמו כן במתנה לכך קתני דוקא מכרה שזה הוא דלכתחילה אסור מה שאין כן במתנה וכינן דאצלה אין פאן איסור יכולה לאסור על בעלה בקונם שלא ינהג

מנכסיה במוטה וממילא לא ירש הבעל ואז הלוקח מותר לקנות פיון דבלא"ה לא יקנה הבעל והיא רשאית להפקיע ירושת הבעל ועל הלוקח שוב גם פן ליכא איסור דבלא"ה לא ירשנה פיון דאסרה בקונם ועיין ב"ק (דף ק"ח) וברשב"א שם וברשב"א נדרים (דף מ"ז) דלא שנייה פלל ירושה באיסור הנאה ועיין מה שכ' אאמ"ו ו"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' א') ואם פן שפיר פריה הש"ס אי ליתא לתקנת אושא דאז יתיבו עדים לשלם הכל פיון דיכולה לעשות כה.

ואם פן ממילא ל"ש דימחול אחר כה לנפשיה פיון דאסרה עליו בקונם הנכסים לא שנייה מחילה: אף יש לדון בזה דהא באמת בגר ששכר השטר לאחרים ומת הגר פקע ליה ונפטר הלנה כמבואר (סל"ז) והיינו פיון דפקע שעבוד הגוף וצריה להבין דעת סוברים דאין היורש יכול למחול לנפשו נימא דמ"מ פיון דאין מי שיתבע ממנו פקע שעה"ג ועיין רשב"א נדרים (דף ל"ד ע"ב) דכ' דאין היורש יורשו אלא לאחר מיתה דכבר נפק מרשות המדיר ולא מן המוריש באה לו נחלה אלא שהתורה זכתה לו עכ"ל ואם פן פיון דמת פקע השעה"ג רק היורש זוכה בכת התורה וכיצד יזכה בהשעבוד הגוף על עצמו.

וע"כ צ"ל דאעפ"כ שנייה לענין זה פח ירושה ול"ד לגר דליתא מי שיזכה בהשעה"ג גם פיון דהמבואר בטוש"ע (סי' רע"ח) דאין היורש יכול לומר בחלק הפשוט איני יורש רק ירושה בא לו בעל פרוח ואינו יכול לסלק וממילא שנייה בזה ירושה ובאמת לדעת הראב"ד שם דאף חלק פשיטות יכול לומר שאינו רוצה לירש אם פן בחוב שהוא חייב יכול לומר שאינו רוצה לירש מאביו השעה"ג ובזה הי' פטור אף מטעם מזיק פיון דאינו מפקיע ומוחל רק שאמר שאינו רוצה לירש השעה"ג רק כשלא סלק עצמו ואחר כה מוחל לעצמו בזה צריה הראב"ד לטעם דפטור מצד דנתפוגן לטובת עצמו.

ואם פן זה אתי שפיר אם שנייה ירושה אבל אם האב הדיר בנו בנכסיו דליתא בירושה ומת אמאי גובה הלוקח. אף י"ל דהא מ"מ אין לה אדם מישאל שאין לו יורשים ועכ"פ יש מי שיורש שעה"ג ולא נפקע.

אבל בבעל אם ליתא לתקנות אושא ויכול' למפור ממילא יכולה לאסוף על בעלה בקונם ולא יורש הבעל השעה"ג וליתא במחילה והשעה"ג י"ל דחוזר לירשי האשה וממילא יגבה הלוקח: לה) ויש לחקור אם מכירת שטרות הוא רק מדרבנן היכא דעשה איסור במכירתו אם תקנו רבנן גם פן שיהני המכירה למה שכ' הר"ן בתשובה מוכא ברמ"א (סי' רל"ה) בפעוטות דממכרו ממכר מ"מ היכא דעושה איסור כגון אם יתומים מכרו בנכסים מועטין לא מהני דלעשות איסור לא תקנו ומהאי טעמא פתבו האחרונים דאף דיורש יכול למחול מ"מ בקטן אף שהגיע לעונת הפעוטות לא מהני המחילה ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ט) אם פן כמו כן היכא דעיקר המכירה נעשה באיסור כגון שמוכר להבריח מבעל חוב וכדומה אם מהני המכירה.

והנה במ"א פתבתי בהא דהקשה הבעל מח"א דיני משיכה בש"ס ב"ק (דף צ"ט) בשואל קרדום של הקדש מחבירו הרי זה מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתיחלה הא באיסורא לא תקנו רבנן משיכה כמו דאמרינן שם (דף צ"ו) גבי בעל בנכסי אשתו מי מעל נמעלו ב"ד פי עבדו רבנן תקנתא בהתירא באיסורי לא נמעול בעל ל"נ ליה ועיין שם בתוס'.

וי"ל דאחר שתקנו רבנו דמשיכה הוי קנין לא גרע מאיסטימא דקונה מטעם מנהג והוי קנין המועיל אף דעביד איסורא לא נפקע הקנין עי"ז פיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה רק זה דוקא היכא דעושה מעשה קנין מהני בכ"מ ולכך בשואל קרדום פיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה גם במקום איסור קונה רק בבעל בנקסי אשתו פיון דהבעל אינו עושה שום מעשה קנין וגם האשה לא הקנהו לו שום דבר רק בכח ב"ד ומקנתם שבעל יזכה בפירות נ"מ שלא בזה פתבו תוס' דלא תקנו לו חכמים לקנות באיסור פיון דהקנין בא ממילא ע"י הנשואין שיזכה בכחם תקנתם של הב"ד ואף מנהג ואיסטימא ליכא רק ממילא בא מה שאין פן במשיכה אף דאיתרמי במקום איסור קונה גם פן ואף דמבואר ברית"ב"א קידושין (דף מ"ז) דמשיכה לשימוש לא מהני שום קנין פיון דאינו קונה הגוף הוי כמו אותיות ולא מצינו קנין מאיסטימא באותיות וע' נתיבות (סי' ר"א) מ"מ פיון דחכז"ל עשאו לקנין משיכה שיהיה קנין המועיל אף דאינו קונה גוף הדבר רק לשימוש לא גרע מאיסטימא ומהני אף דאיתרמי במקום איסור וא"ד למה שכ' הר"ן בתשובה דבפעוטות אם עשו שלא פהוגן לא תקנו חכז"ל שםמפרן יהי ממפר דשם מה"ת קטן לאו בר הקנאה הוא משום דאין לו דעת רק משום פדי חיי תקנו שיועיל הקנאתו בזה לא תקנו במקום איסור דלא שייך בזה פדי חיי אבל היכא דהחסרון הוא משום מעשה הקנין לא גרע מאיסטימא דמהני ולא פלגו רבנו.

ועיין תוס' פתובות (דף ל"א ע"ב) ד"ה אי דד"א אף אם קונות לו לאדם אף ברה"ר ה"מ גבי מציאה דלא ליתו לאנצויי ובגט משום עיגונא אבל לגנב לא תיקנו שיקנו לו ד"א ויש לומר גם פן אף דהוי במקום איסור אם היה קנין ממש היה מהני אף במקום איסור רק שם בגנב דאינו עושה שום מעשה קנין וגם לא הוי ד"א מקנה רק חכמים הקנהו לו הד"א בזה לא תקנו שיועיל אף בגנב: ועיין רמב"ם (פ"ט) מזכיה דשכ"מ המצווה לתת לנכרי מנכסיו הוי כמצוה לעשות איסור מנכסיו ואין שומעין לו ובמל"מ שם העיר ממס' ב"ב בנכסיו לה ואחריו לפלוני דאסור לכתחילה שימפור הראשון ואם מכר מה שעשה עשה ואמרין שם ומודה רשב"ג דאם נתנו במתנת שכ"מ דלא קנה מ"ט משכ"מ אינו אלא לאחר מותו וכבר קדמו אחריו ותפ"ל פיון דהא דדברי שכיב מרע פכתובין ומסורין דמי הוא רק תקנתא דרבנן נימא דהיכא דעביד איסורא לא תקנו ועיין שם עוד בדבריו ובשעה"מ שם הוסיף להקשו' ממתנת שכ"מ שפכת לבנו בין הפנים או לבת בין הבנות דכתב הרמב"ם (פ"ו) מנחלות דמתנתו מתנה הא אמרו הכותב כל נכסיו לאחרים אין רוח חכמים נוזה הימנו ואיסורא נמי איכא ובירושלמי אמרו על זה נתהי עונותיו על עצמותיו.

וכתב דוקא באיסור דאורייתא כמו בנותן מתנה לעכו"ם לא תקנו אבל באיסורא דרבנן הם אמרו והם אמרו. ועוד יש להעיר דמהראוי שייגבה בעל חוב ממשלטלין שנתן במתנת שכ"מ דאין עבירה גדולה מזה להזיק שעבודא של חבירו שאחרים יקחו הנכסים אחר מימת הלוח והנחשים בו ילכו בפחי נפש ויהיה לזה רשע ובאמת בזה יש מחלוק' הפוסקי' כמבואר אה"ע (סי' צ"ג).

ולפי מה שנתבאר לעיל דיני עדות(סי' ל"ג) יש אף בגרמא איסור תורה ואם פן נימא דיתעבד איסור לא תקנו חז"ל שיהיו דבריו ככו"מ. לכה נראה דנדאי כל מה שתקנו

חכמים ששמעו או דיבור יהיה קנן אז אף אם איתרמי במקום איסור קניי הקנן רק בשכיב מרע שצוה לתת לעפוי"ם היא בלא"ה מציינו בב"ק פ"ק הגוזל דמתקנתא לעפוי"ם לא עבדינו בפרט לגרע פח הישראל ואם פו נגד עפוי"ם לא תקנו חכז"ל לשיהיה דברי שכ"מ פכתובין ומסורין.

ובנתבות (סי"ו ס"ק ל"ה) כ' דהיכא דלא מהני בדיניה' לא מהני בעפוי"ם על פי תקנת חז"ל דמתקנתא לעפוי"ם לא עבדינו ובנדאי אמירתו בשכ"מ לא מהני בדיניהם] רק דהיה ס"ד במתנת שכ"מ דעיקר התקנה היה כדי שלא תטרוף דעתו של השכיב מרע וכיון דעיקר התקנה היה לתועלת המצוה השכ"מ הי' ס"ד דמהראוי לקיים דבריו אף אם צוה לתת לעפוי"ם כדי שלא תטרוף דעתו דישאל לכו פתב הרמב"ם דהוי כמו שצוה לעשות עבירה בנכסי דאין שומעין לו ולא חיישינו במקום איסור לטרפת דעתו ושוב לא נשאר רק לקיים דבריו לשיהיה קנן המועיל אף במקום איסור' דלא פלגי חז"ל בתקנתו ובזה אמרינו שוב דמתקנתא לעפוי"ם לא עבדינו אבל בשאר ענינים שהוא נגד ישראל חבירו בזה אמרינו כיון דעשו חז"ל תקנה דדברי שכ"מ פכתובין ומסורין דמי מהני אף במקום איסור דלא פליג חז"ל בתקנתם רק בקטן שהגיע לעונת הפעוטות כיון דמן התורה הריעותא הוא מצד המקנה דאין בכחו להקנות בזה חידוש הר"ן דלא מהני במקום איסור כיון דאין לו דעת להקנו' ובמקום איסור דלא שייך כדי חיי' לא תקנו וכן היכא דהקנן הוא ממילא כמו בעל בנכסי אשתו דאין עושה שום מעשה קנן רק ממילא זוכה בנכסי אשתו בכח תקנתם של ב"ד בזה במקום איסור לא תקנו.

ומה"ט יש לדון דדוקא בשכ"מ שמצוה לתת לעפוי"ם אין שומעין לו דמתקנתא לעפוי"ם לא עבדינו אבל אם מצוה לתת לבעל עבירה ורשע גמור או אף למומר דאעפ"י שחטא ישראל הוא שומעין לו דלא פלגי חז"ל בתקנתו.

ומצאתי בכנה"ג (סי' רנ"ו אות ז) שכ' משם מהר"א גליקו"ן דמהני צוואתו ליתן למומר וכו' הטעם דלא כ' הרמב"ם אלא לעפוי"ם גמור אבל מומר אוילי יחזור ליהדותו ולמה שכ' י"ל פו דלא מציינו רק לעפוי"ם לא עבדו תקנת' וצ"ע לדינא: אמנם נראה אף דמתקנתא לעפוי"ם לא עבדינו מ"מ מה שתקנו חז"ל לקנן המועיל בין אדם לחבירו זה מהני אף בעפוי"ם פמבואר מדברי רבינו ירוחם המובא בקצוה"ח (סי' קכ"ג) דמהני קנן אגב להקנות לעפוי"ם ודלא כמו שכ' התומים שם [ואף דהר"י כ' זה לדון לענין הפקעת קדושת בכור להקנות לעפוי"ם אונן בקנן אגב והוא סובר דקנן דרבנן ל"מ לעניני דאורייתא כמו במקדש במלנה על פה במעמד ג' צ"ל דוקא שם דל"ש קנן המועיל רק על ידי מעמד ג' ומדרבנן בזה לא מהני מן התורה אבל דבר ששייך בו קנן המועיל כיון דתקנו חז"ל אגב שהוא קנן המועיל מהני אף להפקיע איסור תורה או כיון שהקנה בקנן דרבנן טרם שפא הדאורייתא וכמו שכ' הנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' נ"ד) לחלק בכה"ג] ובנדאי הרבנינו ירוחם לא יחלוק על רבו הרא"ש ז"ל דמבואר בדבריו ב"ק (דף י"ב) דס"ל דקנן אגב הוא רק מדרבנן.

ואם פו מבואר דבכה"ג עבדינו מתקנתא אף לעפוי"ם. וכן מבואר מדברי הרשב"א בתוה"ב (בית ה' ש"ב) דמהני קנן אגב לגבי עפוי"ם לקנות מישראל אף דסובר גם פו ב"ק שם דקנן אגב ל"ה רק קנן מדרבנן.

ותמהני על הקצוה"ח (סי' קצ"ד) דמשיג על ס' אמונת שמואל דכ' לענן הפקעת בכור  
דיכול להקנות לנכרי על ידי קנן אגב הא לדעת הר"י לא מהני ואיך לא זכר דברי  
הרפנינו ירוחם אשר הביא בעצמו דמהני.

גם מה שכ' דיש לחוש לדעת הע"ש והסמ"ע דאם מכירת שטרות הוא רק מדרבנן עפ"ם  
אינו קונה בתקנתא דרבנן. ובסי' (ס"ו ס"ק ל"ב) הביא ראיה לדבריהם מש"ס ב"ק (דף  
צ"ו) דתקנתא לעפ"ם לא עבדינן ונהרי לפנינו דעת הר"י והרשב"א דמהני מה שהוא  
לקנן אף לגבי עפ"ם.

ומה דאמרינן בש"ס ב"ק הנז' דתקנת' לעפ"ם לא עבדינן יש לחלק טובא דשם אין הנגזל  
מקנה השבח גזילה להגזלן רק חז"ל ראו לתקן מפני תקנת השבים להקל עליהם שלא  
יצטרכו להתזיר לכה אם מקרו לעפ"ם מוציאין ממנו דבאופן זה לא תקנו שהעפ"ם  
יזכה בדבר שאינו שלו.

ודומה למריש הגזול שבנאו בבירה דאינו חייב לסתור הבירה ויכול לסלקו בדמים אבל  
אם נסתר הבנין חייב להתזיר בעינא פן נמי בזה אף אם בא הגזלן להתזיר לבעלים הנה  
זוכה בהשבח מפני תקנת השבים מ"מ אם מקרו לעפ"ם בט"רם שהשיב וכן הנגזל  
להוציא ממנו בזה לא תקנו לעפ"ם וביותר הא אף מה"ד אם הנה רוצה הגזלן לצאת  
יד"ש ולהתזיר אף השבח ודאי תבא עליו ברכה דחז"ל לא תקנו רק להקל על השבים  
ולכה במקרו לנכרי מוציאין.

אבל מה שתקנו לקנן המועיל מהני אף לגבי עפ"ם לקנות מישראל פיון דיש ד"א מקנה  
ונה גומר להקנות ונה לקנות ואינו חסר רק מעשה קנן בזה מה שתקנו חז"ל לקנן  
המועיל כל אפיו שוין והא ודאי אם ישראל קנה מתבירו דבר בקנן דרבנן ומכר אחר  
כה לעפ"ם דאין מוציאין ממנו ובשבח גזילה אינו פן אלא ודאי דרק שם פיון דליכא  
דעת מקנה רק הפקעת זכות ישראל לגבי גזלן מפני תקנת השבים בזה לא עשו תקנתא  
לגבי עפ"ם ואינו ראיה פלל משם למכיר' שטרות ואף לדעת הסמ"ע והע"ש דסוכרים  
דלא מהני למפור שטר בכתי' ומסירה לעפ"ם י"ל דהוא דוקא בזה פיון דמן התורה  
ליתא במכיר' פלל מטעם דהוי דבר שא"ב או מטעם דאין גופו ממון בזה פיון דעיקר  
תקנתן דחז"ל שיחול עליהן קנן י"ל דלעפ"ם לא תקנו וגם פיון דהשאיירו בשביל זה  
זכות לגבי המוכר שיכול למחול וכיון דהריעותא מצד דבר הנקנה דלא שייך ביה קנן  
בזה לא הני רק תקנה וי"ל דלא תקנו לעפ"ם וכן במתנת שכיב מרע דמקנה על לאחר  
מותו בשעה שהריעותא מצד המקנה דכבר יצאו הנכסים מרשותו ובחזקת יורשים הנה  
ולאו ממון דידיה הוא וכמו שכתב רש"י גיטין (דף ט' ע"ב) דחז"ל רשות יורשין או דאין  
פאן המקנ' רק מתקנת חכז"ל תקנו שיהי דבריו פכתובים ומסורים בזה לא תקנו לעפ"ם  
וכמו שכ' בבבאור דברי הרמב"ם.

אבל היכא דהדבר הנקנה הוא בר קנן וגם הקונה והמקנה בני קנן הם רק הריעות'  
במעשה הקנן בזה לכ"ע מהני אף לגבי עפ"ם שייקנה וכמבואר מדברי הרשב"א  
והרפנינו ירוחם הנז' ע"כ פתבתי במ"א: ובדברי הגתיות (סי' ס"ו ס"ק ל"ה) שכתב  
ויכלל גדול הוא בדין זה לפענ"ד שכל מקום שבדיניהם הוי קנן מועיל קנן דרבנן גם פן  
לעפ"ם ובדבר שבדיניהם לא הוי קנן אף דבישראל הוי קנן דרבנן לא תקנו בעפ"ם

פינון שְהוּא יוֹתֵר מִן בְּדִינֵיהֶם הָא בְּחִיּוּב קִנְיָן בְּמַעֲמַד ג' אִם הִמְגִּו הוּא עֲכוּ"ם דְּלֹא מְהַיֵּי מְבוֹנָאָר בִּש"ע (ס'י ככ"ו סכ"ב) דָּאָם הַנְּפִקָד א"י לְהַשְׁמַע מְהַעֲפוּ"ם לְפִי שְׂבִדְיֵינֵיהֶם הוּא חֲזִיב לִיתְּנָן לֹו יִתְּנָן לְהַעֲפוּ"ם וְהוּא פְּטוּר וְעֵינָן בִּשְׁ"ף (ס"ק צ"ז) מְשִׁם הַפּוֹסְקִים דְּאִיהוּ דְּאַפְסִיד אֲנַפְשֵׁיהּ פִּינוּן שְׂיַדַע שְׂצָרִיף לִיתְּנָן לֹו וּמְבוֹנָאָר דְּמִן הַדִּין לֹא צָרִיף לִיתְּנָן לֹו אַף אִם בְּדִינֵיהֶם הָיִי חֲזִיב רַק מְטַעַם דְּאִינוּ יָכוּל לְהַשְׁמִיט וְאִיהוּ אַפְסִי אֲנַפְשֵׁיהּ פְּטוּר הַנְּפִקָד א"ו שְׁם הוּא מְטַעַם אַחַר הוּאִיל דְּמִן הַתּוֹרָה אִינוּ יָכוּל לְזַכּוֹת בְּעַד עֲכוּ"ם וּמַעֲמַד ג' עֲשָׂאוּ כְּמוֹ שְׂזוּכָה בְּעֵדוֹ וְאִכ"מ בְּזֵה]: נִחְזָר לְדַבְּרֵינוּ דִּי"ל הֵיכָא דְהַמְכִירָה מְשֻׁטְרוֹת הִי בְּאִיסוּר כְּמוֹ שֶׁכ' לְעֵיל דְּלֹא מְהַיֵּי פִינוּן דְּלִגְבֵי אִיסוּר י"ל דְּלֹא תִקְנוּ וּלְדַעַת הַע"ש וְהַסַּמ"ע דְּהוּאִיל דְּלֹא מְשַׁכַּחַת קִנְיָן מִן הַתּוֹרָה בְּהוּ לֹא תִקְנוּ אַף לְגַבֵּי עֲכוּ"ם י"ל נְמִי דְּלֹא מְהַיֵּי לְגַבֵּי אִיסוּר וּכְמוֹ דְּלֹא מְהַיֵּי מְחִילַת קָטָן מַה"ט.

וּנ"מ גַּם כֵּן בְּאִם יִשְׂרָאֵל מְכַר לְחַבְּירוֹ שְׁטֵר שְׂיֵשׁ לֹו עַל אַחַר בְּכַתִּיבָה וּמְסִירָה וּקְבַל עָלָיו אַחֲרֵיּוֹת דְּאָסוּ' מַצַּד אִיסוּר רִיבִית אַף דְּבְרִיבִית גְּלִי רַחֲמָנָא דְּאִי עֲבִיד מְהַיֵּי נְגַם אִם קְבַל גְּלִימָא דְּרִיבִיתָא אִינוּ חֲזִיב לְהַחֲזִיר רַק הַדְּמִים וְקִנְיָה גּוּף הַחֲפִיץ מ"מ זֶה דְּנֹקָא בְּדַבְּרִים שְׂהַמָּה בְּנִי קִנְיָן מִן הַתּוֹרָה אֲבָל בְּמְכִירַת שְׁטְרוֹת אִם אִינוּ מִן הַתּוֹרָה רַק מְדַרְבְּנָן י"ל דְּבַמְקוֹ אִיסוּר לֹא תִקְנוּ.

וּי"ל אַף לְהַסְפִּמַת הַפּוֹסְקִים דְּמְהַיֵּי כְּתִיבָה וּמְסִירָה אַף לְגַבֵּי עֲכוּ"ם הֵינּוּ פִינוּן שְׂהוּא תִקְנָה לְתוֹעֵלַת הָעוֹלָם לֹא פְּלִגִי חַז"ל בֵּין עֲכוּ"ם לְיִשְׂרָאֵל פִּינוּן דַּעַכ"פ יֵשׁ דַּעַת קוֹנְהָ וּמְקַנְהָ אֲבָל בְּמַקּוּם אִיסוּר לֹא תִקְנוּ כְּלָל שְׂיִוְעֵיל קִנְיָן כְּתִיבָה וּמְסִירָה.

שׁוּב רְאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת (ס'י רל"ה) שֶׁכ' דְּדִין זֶה הֵיכָא דְּעֲשָׂה שְׂלֵא כְּהוֹנֵן דְּלֹא מְהַיֵּי קִנְיָנוּ שְׂהַקְנָה הַקָּטָן הוּא דְּנֹקָא שְׁם שְׂלֵא הָיִי רַק מְשׁוּם כְּדִי חֲזִי וְלֹא תִקְנוּ שְׂיַחֲנִיה עֲצָמוּ בְּדַבְּרֵי הָאִיסוּר אֲבָל בְּגִדוֹל מְהַיֵּי קִנְיָן דְּרַבְּנָן אֲפִילוּ בְּמַקּוּם אִיסוּר וּמ"מ צ"ע הֵיכָא דְּהַדְּבָר לִיתָא בְּקִנְיָן כְּלָל מַה"ת כְּמוֹ אִם מְכִירַת שְׁטְרוֹת אִינוּ מַה"ת אִם מְהַיֵּי הַכּוּמ"ס שְׂהוּא רַק מְדַרְבְּנָן בְּמַקּוּם אִיסוּר: לו) הֵיכָא דְּהַלּוּקַם הַשְׁט"ח חֲזִיב לְהַלּוֹה הַבֵּיא הַשְׁ"ף (ס"ק ע"ד) דַּע' הַרְאֵנָה ח"ז"ל דְּשׁוּב א"י הַמּוֹכֵר לְמַחְוֹל וְהַשְׁ"ף מְשַׁיֵּג עָלָיו פִּינוּן דְּקִי"ל זֶה גּוֹבָה וְזֶה גּוֹבָה א"כ ל"ה כְּאִלוּ כְּבָר גָּבַה וְעֵינָן מַח"א דְּהַמְלִיץ בְּעַד הַרְאֵנָה ח"ז"ל פִּינוּן דְּהֵיכָא דְּשְׁנֵיהֶם שְׁוִין בְּנִכְסִים אֲמַרִינָן אֲפּוּכִי מְטַרְתָּא לְמָה לִי וּכְבָר הַשְׁיֵג עַל דְּבָרָיו בְּדַבְּרֵי מְשַׁפֵּט אַא"ז מ"ו ז"ל פִּינוּן דְּנ"מ לְעַנְיָן זֶה שְׂיִוְעֵיל הַמְּחִילָה אֲמַרִינָן זֶה גּוֹבָה וְזֶה גּוֹבָה וְעֵינָן קְצוּה"ח וּבְמָה שֶׁכ' אַא"מ"ו ז"ל בְּדַבְּרֵי חֲזִיִּים דִּינֵי הַלְּוָאָה (ס'י ל"ב) וְאִנִּי כְּתַבְתִּי שְׂמָה בְּהַגְהָה וְנִדְפַס שְׂלֵא בְּמַקּוּמוֹ דְּמְבוֹנָאָר בְּטוּר (ס'י פ"ה) דְּאִף בְּשׁוֹיִן בְּנִכְסֵיהֶן מ"מ לֹא הָיִי פְּרַעוֹן חוֹב רַק הַב"ד לֹא פְּסָקוּ גְּבִיָּה אֲבָל קוֹנָם שְׂפָסְקוּ הַב"ד שְׂזֵה יְהִי עוֹמֵד בְּשְׁלוֹ וְזֵה יְהִי עוֹמֵד בְּשְׁלוֹ הַחֲזִיב נִשְׂאָר לְכָל א' שְׂעַבּוּד הַגּוּף שֶׁל חַבְּירוֹ דְּהָא מְבוֹנָאָר שְׁם דָּאָם א' מְכַר שְׁטֵר חוֹב לְאַחַר יָכוּל הַלּוּקַם לְגַבּוֹת שְׂאִין הַשְׁטֵר בְּחִזְקַת פְּרַעוֹן אֲלֵא שְׂאִין הַב"ד נִזְקָקִין לְהוֹן וְעֵינָן שְׁם בִּשְׂ"ע וּבַסַּמ"ע וּמְבוֹנָאָר מְמִילָא כְּשֶׁמְכַר לְאַחַר פִּינוּן דְּנִשְׂאָר שְׂעַבּוּד הַגּוּף דִּיכּוּל לְמַחְוֹל.

אוּלָּם יִקְשֶׁה מְהָא דְּמְבוֹנָאָר בִּשְׂ"ע (ס'י ע"ב ס"י"ז) הֵיכָא דְּתוֹבַע לְחַבְּירוֹ וְהַנְּתַבַּע יוֹדַע דְּחַבְּירוֹ חֲזִיב לֹו גַּם כֵּן יָכוּל לִישְׁבַע דְּאִינוּ חֲזִיב לֹו וְעֵינָן שְׁם בִּשְׁ"ף (ס"ק ע"ט): וְרְאִיתִי בְּרִיב"ש (ס'י שצ"ו) שְׂהַקְשָׁה כֵּן עַל הַרְמַב"ן דְּסוֹבֵר אַף בְּשׁוֹיִן בְּנִכְסֵי מ"מ שְׂעַבּוּד כ"א

קניינים הוא נאינו פמו שגפרי' חובו נאי מכר חד לשטרות גובה הלוקח איה קילס הרמב"ן ז"ל דבר הגאון ז"ל למעבד חושבנא במלנה ומלנה אפילו בשוין ד יכול לישבע פיון ששעבוד פל א' קניינים וכ' דאפשר שסובר דבסתמא שעבוד שניהם קניינים עד שייספמו שיצא זה בזה ומ"מ פשהוא מלנה ומלנה והאחד כופר במה שחייב ותובע לחבירו חובו כב"ד הו"ל פאלו אומר עשיתי חשבון ואתה חייב לי פה א"כ גם זה יכול לעשות חשבון ולומר עשיתי חשבון שאיני חייב לה ונהרי שניהם נספמים בחשבון עיי"שומשמע מדבריו דדוקא היכא דתובע לו כב"ד אז יכול למעבד חושבנא ולישבע שאינו חייב לו אבל פשתובע אותו חוץ לב"ד אז אינו יכול לישבע שאינו חייב לו פיון דשעבוד פל א' קניינים.

ולפי זה בנידון דידן בלוקח שטר חוב אף אם תבע אותו פיון דלא הספמו שיצא זה בזה שעבוד שניהם קניינים ושוב יכול המוכר למחול השעבוד הגוף. אולם אם פבר תבע אותו כב"ד אף שלא פסקו שיצא זה בזה לדברי הריב"ש בכה"ג הו"ל פמו ששניהם נספמים בחשבון ושוב אינו יכול למחול.

אולם יש לומר לדעת הרמב"ן פל זמן שלא פסקו הב"ד נשאר שעבוד שניהם קניינים והא דסובר ד יכול לישבע שאינו חייב לו היינו או דבמקום פסידא בכה"ג עביד אינש דינא לנפשי'. או פיון דאף דנשאר השעבוד של זה על זה מ"מ אינו יכול לגבות אם השני חובות ידועים להב"ד אם פן זה שיודע בעצמו שחייב לו פנגדו שפיר יכול לישבע שאינו חייב לו לשלם.

וכן משמע קצת דעת הרמב"ן דהא כ' אף אם חייב לו ממון ויש לו פקדון אצל המלנה והנפקד כופר בפקדון וטוען להד"מ או החזירתי לה דהוי פמודה שלא נאבד באונס וכיון שיודע שפקדונו אצלו יכול לישבע שאינו חייב לו פמבואר בש"ך (סי' ע"ב ס"ק פ') ויקשה פיצד ישבע ויעשה חשבון שאינו חייב לו הא אם יחזור לו הנפקד פקדונו נשאר הוא חייב לשלם הממון בעינא א"ו ד יכול לישבע דאינו חייב לו לשלם עכ"פ.

ואולם י"ל דבאמת עושה חושבנא ומסלק לחובו בשנה פספ מפקדונו ובמקום פסידא יכול לסלק בשנה פספ פמבואר תוס' פתובות (דף צ"ב) ונ"מ דלאחר ששבע שוב אין הנפקד חייב להחזיר הפקדון בעינא פיון דיצא זה בזה וכבר הקנה לו הלנה הפקדון בתורת פרעון חוב ולעולם דצריף לישבע שאינו חייב לו וכדעת הריב"ש דצריף לישבע שאין אצלו פלוס ממה שתובע ממנו ולכף הקשה פיון ששעבוד פל א' קניינים פיצד יכול לישבע ולכף כ' פיון שתובע אותו כב"ד על חובו אף שיודע שהוא חייב לו פנגדו הוי ככופר יכול זה למעבד חושבנא ולישבע שאינו חייב לו ונפקע החיוב.

אם פן ממילא אם תובע אחד לחבירו י"ל דכבר נפקע השעבוד ויצא זה בזה ופיין מ"ש לעיל דיני דיינינים (סי' מ"ו): ופיין בראנ"ח ז"ל (סי' קי"ג) אם המלנה לקח ריבית קצוצה מהלנה נאח"פ הלנה שוב להלנה ותובע ממנו ההלנאה אינו יכול הלנה לחשוב מה שחייב לו המלנה להחזיר הריבית פיון דאין המלנה חייב להחזיר הריבית בשעבוד נכסים רק משום מצנה דוחי אחיף ובס' מח"א דיני ריבית (סי' ד') משיג עליו דהא אם תפס הלנה זויי מהמלנה בשביל הריבית זכה בהו זכיה גמורה כ"ש פשחייב זויי למלנה שייכול לתופסם ונהרי הו שלו לגמרי ויכול לומר לו איני חייב לה וגבי הלנאת יו"ט שלא ניתנה ליתבע כ' הר"ן ז"ל דאי תפס מלנה זויי זכה בהו זכיה גמורה.

וי"ל דאינו דומה להלואת יו"ט דבאמת חייב הלנה לשלם רק דהב"ד אין נזקקין אכל שעבוד הגוף ושעבוד נכסים יש פאן לכה אם פבר תפס אין מוציאין מה שאין פן בזווי דרובתא פיון דדעת הראשונים שהביא שם הראנ"ח ו"ל דהואיל דלבריה לא אזהיר רחמנא להחזיר ע"כ דליפא שעבוד נכסי' רק פופין לקיים המצוה אם פן פיון דליפא שעבוד נכסים פלל וגם הב"ד אין יורדין לנכסי' אינו יכול מעצמו למיעבד חושפנ' שיצא חובו בשביל הריבית וכיון דדעת הרמב"ן דאף בשוין בנכסיהן מ"מ כל זמן שלא פסקו הב"ד שיצא זה בזה נשארו קיים שניהם בשעבודן רק פשוה כופר ותובע לחבירו לשלם יכול למיעבד חושפנא וכמו שכ' הריב"ש וזה אחי שפיר היכא דאם הנה הדבר דיוע לב"ד הנה יכול לגבות ממנו אבל ברבית דלא נחתינו לנכסיו אף דאם תפס הלנה אין מוציאין מידו מ"מ אינו יכול ליטבע דאינו חייב לו פיון דהמלנה אינו חייב רק מצד מצוה להחזיר לו.

וגם י"ל דכיון דליפא רק מצוה דוחי אחיה אהדיר ליה פי הכי דנחיל ודאי דאינו חייב לשלם במעות ויכול לסלקו בשוה פספא אף אם יש לו מעות אם פן פיון דיש נ"מ בחיובו של זה נגד זה הדין הוא דזה גובה וזה גובה דהל' חייב להחזיר מעות פשיש' לו והמלנה אינו חייב לסלק במעות אף אם יש לו.

אף י"ל במקום פסידא דמבואר בתוס' פתובות (דף צ"ב) הנז' דיכול לסלק אף בקרקע ה"נ דכונתיה ממילא יכול לעשות חושפנא וליטבע גם פן דאינו חייב לו אף דליפא שעבוד נכסים וכן משמע מפוסקים דאף דאין יורדין לנכסיו ברבית מ"מ תפיסה מהני ומשמע אף אם מת המלנה אינו חייב אחר כף להחזיר מה שתפס להיורשין וע"כ דכבר נפקע חיובו ועמ"ש בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג'): (לז) מהא דשמואל דהמוכר שטר חוב לחבירו ונחזר ומחלו מחול ראיתי דבר חדש בתשוב' הגאונים המכונים שערי צדק הנדפס בשאלוניקי (שער ניו ח"ד סי' י"ט) תשובת הגאון רב האי ו"ל ששאל באחד שמכר חפץ בעד חמשים ואחר כף נודע להמוכר שאותו חפץ שוה מאה ושאל לאחד חכם ואמר לו שהמקח בטל והלוקח חייב להחזיר מה שלקח ואמר לו אחד פיון שפבר נאמר לה שבטל המקח שיימכור לו אותו החפץ במאה ומכר לו וקנו מידו ואחר כף פששמע הלוקח הלה להמוכר ופייסו ונתפטר עמו ונתרצה לו ואחר כף אמר המוכר אני מחלתי ללוקח הראשון מה שהונה אותי והשיב שאין מה"ד להוציא מלוקח הראשון שיכול המוכר למחול מה שמכר ללוקח שני ואין משגיחין לדברי האומר אין לה דבר שתוכל למחול עכשיו ודומה למוכר שטר חוב לחבירו ונחזר ומחלו מחול כו' ויתחייב המוכר להחזיר ללוקח שני מה שקבל ממנו אם פבר קבל ממנו דמים עכ"ד ואינו מוכן פלל מה זה ענין למוכר שטר חוב שם יכול למחול דהלנה אומר לאו בעל דברים דידי את או מטעם דמכירת שטרות אינו מן התורה או מטעם דשעבוד הגוף ליתא במכירה ועיין שם באותו השער (סי' ט"ו) דדעת רבינו האי ו"ל דאינו חייב המוכר לשלם אלא הדמים שנתן לו משום דמעיקרא זביני ריעי אינון דמבעי ליה לשנויי לשטררא ומכתביה בשמיה וכיון דלא עביד הכי דין הוא שישטול מעותיו שנתן בשטר [וזה דלא כמו שכ' הש"ך (ס"ק ק"ט) לדקדק מדברי הרב האי גאון בספר מו"מ דלאמימר צריף לשלם כל מה שכ' בשטר ולפנינו מבואר דלא כן הוא והמענין בספר מו"מ שהביא הש"ך יש ליישב בקל דקדקו של הש"ך ו"ל] ויהיה הטעם מה שיהיה הוא רק בהלואה אבל בפקדון שיש לו אצל



חבירו פשמוכר לאחר בקנין סודר כיון דהלה אינו פופר וכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא חל הקנין מה"ת וכיון דלא נשאר עוד בידי המוכר אמאי יכול למחול והכא נמי כיון דמצד אונא' עד פלגא הוי ביטול מקח והלוקח חייב להחזיר ממילא מי שלקח מן המוכר הוי פמוכר פקדון שיש לו אצל חבירו ומה דמיון זה למוכר שטר חוב דיכול למחול דכאן הוי מה שנתפשר עמו המוכר פמוכר דבר שאינו שלו דכבר קנה הלוקח שני.

ואולם יש לדון דמכירה להלוקח השני לא מהני דהוי פדבר שאינו ברשותו כיון דהלוקח הראשון אינו חייב להחזיר עד שיחזיר לו המוכר הדמים ומהאי טעמא הוי כשו"ש דתפס אזוי פמבואר בריטב"א פ' המפקיד במום במקח דהלוקח הוי כשו"ש בהאי הנאה דתפס אזוי ועיין בב"ח ובאחרונים (סי' רל"ב) והוי פמשכון דהוי פאינו ברשותו אף פמשכון קרקע דלא שייך בעל חוב קונה משכון פמבואר בש"מ פ' אף על פי ועיין רמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) ובמה שהאריף אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' ו' וסי' י"א) ובדיני פתובה (סי' ל"ד) ובדיני מכירה ובמה שכ' אנכי הצעיר בח"ר דיני פסח (סוף סי' כ"ז).

ואם כן הכא נמי כיון דתפס אזוי הוי פאינו ברשותו. אולם מלבד דהגאון לא אתי מטעם זה רק מדמה ליה למוכר שטר חוב דיכול למחול.

ואם נאמר דמטעם דהוי דבר שאינו ברשותו מהני המחילה הנה הדין אף אם החזיר להלוקח הראשון החמשים שקבל לא הוי מחויב ליתן להלוקח השני כיון דהמכירה ל"מ פלל ולדעת הפוסקים משמע פמוכר דבר שאינו ברשותו אף פשבא לרשותו לא חל הקנין ודלא פדעת הרמ"ה שבש"מ ב"ק (דף ל"ג) וכדעת המרדכי פ"א דב"מ.

גם יש לומר דדוקא פבא לידו בתורת משכון הוי פדבר שא"ב דלא חל הקנין אבל בלא פא לידו בתורת משכון אף דתפס אזוי מ"מ חשיב ברשותו דאל"כ פאומן הפא לידו לתמן האם נאמר כיון דתפס אזוי הוי פניצא מרשות בעלים ולא אשתמיט אחד מן הפוסקים לומר כן א"ו כיון דלא פא לידו בתורת משכון אם אין אומן קונה פשבח פלי פל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא.

ואם כן בנד"ד נמי אף דתפס אזוי הלוקח הראשון מ"מ אם מכר לאחר מהני המכירה ולא אתי הגאון ז"ל עלה רק מטעם דחזר ומחל לו ונתפשר עם הלוקח הראשון ונה צע"ג להבין כיון דכבר גילה דעתו דחזר מן המקח וגם אחר פד נתפשר עם הלוקח הראשון ולא פחנם.

אמרינו דהשתא הוא דנתרצה ולא חל המכירה דהלוקח הראשון למפרע ועיין במ"ש המח"א דיני אונאה (סי' י"ב) ובנתיבות (סי' רכ"ז) וא"כ למה לא יוציא הלוקח השני מן הלוקח הראשון דהוי פמוכר דבר שאינו שלו וצ"ע: [בסי' זה (פאות ח"י דף קמ"ז ע"ב ריש שיטה ח') נזדקר טעות וצריף להיות במקום פמו דלא פמו וקודם מילת הרי חסר וצ"ל וכן הוכיח פבוד שארי המנוח הגאון בעל זית רענן ז"ל בספרו (ח"ב ח"מ סי' ע"ג) דהחסרון הוא מצד הקונה]: סי' סד הוציא עליו פתב ידו אינו גובה רק מנכסים ב"ח נאפילו נתקיים בב"ד אין לו אלא דין מלנה על פה בעדים ואינו גובה מלקוחות ש"ע (סי' ס"ט ס"ב) והו' מש"ס סוף ב"ב דאף לר"א אם נתנו לו בפני עדים גובה מנכסי משועבדי

ש"ה דמשעת פתיבה הוא דשיעבד נפשיה ופירוש הרשב"ם דנכתב על דעת למסרו בפני עדים שיהיו עדי מסירה אבל כ"י פשהלוהו פמלוה על פה דמי תו לא מצוי הב"ד בקיומן לעשותו שטר שיש בו אחריות נכסים שלא על דעת פן נכתב מתחילה.

ונראה דלא תליאאם נכתב על דעת פן מתחילה או לא רק מי מקיים השטר הלנה או המלנה דאם המלנה מקיימו בב"ד אז אמרינן כיון דכשהלוהו פמלוה על פה הוי שלא נמסר לו רק במקום הודאה שלא יוכל לחזור ולכפור או לומר פרעתי להסוברים דאינו נאמן לומר פרעתי וכמו שכ' שם הרשב"ם לכן תו לא מצוי הב"ד בקיומן לעשותו שטר ומ"ש הרשב"ם שלא ע"ד פן נכתב מתחילה היינו נכתב ונמסר אבל אם הלנה מקיימו ואחר כך מוסר לו להמלנה י"ל כיון דמעשה ב"ד יש לו קול הוי פמלוה בשטר וכן מבואר בש"מ ב"ב שפסוף ס' הרמ"ה משם רבינו יונה ו"ל דעיקר הטעם דבעדי מסירה גובה ממשעבדי לפי שמתחילת מסירת השטר ומשעת חיוב דהיינו מזמן הפתיבה נשתעבדו נכסיו אבל הכא בשעת פתיבה ליכא קלא וכשהחזיק אחר כך בב"ד אע"ג דאיכא קלא כיון דמתחילה על דעת לגבות מב"ח נחית ולא נתחייב לו הלנה בעיקר החיוב אלא מבני חורין לא שעבדו חכמים את נכסיו אבל אם קיימו ב"ד פתב ידו מתחילה ואחר כך מסרו הלנה למלנה ודאי גבי ממשעבדי עיי"ש בדבריו ועיי"ש עוד בלשון הרא"ם דבמסר לו בפני עדי מסירה על פרוח בהאי זמן גופיה דאיכא בשטריה הוא דיהביה בפני ב' מדקתני וגובה ממשועבדים אבל הכא אע"ג דהחזיק אחר כך בפני ב"ד כיון דבעידן פתיבה לא אחזיק בב"ד לא משוי ליה שטרא עיין שם דמשמ' ג"כ דאם באותו יום מדעת הלנה נעשה הקיום ב"ד גובה ממשועבדי כמו אם מסרו בעדים.

וראיתי בתומים (ס"ק ב') שפתב לדון מדברי רשב"ם הנז' בכתב בפתיב ידו סתם ללות בו ואחר כך נמלוה ומסרו בפני עדי מסירה דמ"מ לא טריף ממשעבדי כיון דלא נכתב מתחילה על דעת פן.

ובעניי לא אבין מה תלוי הדבר בשעת פתיבה אם היה דעתו למסור בפני עדי מסירה או לא הא עיקר השעבוד נעשה במסירת הכ"י בפני עדי מסירה רק עיקר פנונת רשב"ם דהב"ד לא יוכלו לעשות בקיומן מלנה בשטר מה שלא נעשה מתחילה מהלנה ואם נתקיים בב"ד מהלנה אז לדעת רבינו יונה אף אם מסרו לו בינו ובינו נעשה מלנה בשטר ומכ"ש אם מוסר לו פתב ידו בעדי מסירה להסוברים דהלכה כר"א דעדי מסירה פתתי אף בשאר שטרות למה לא יגבה ממשעבדי אף דלא נכתב מתחילה מהלנה על דעת למסור בפני עדי מסירה: אולם דעת הריטב"א גיטין (דף פ"ו) מבואר דאף אם החזיק הכ"י מידו דלנה אם אינו מוסר לו בפני עדים אינו גובה ממשעבדי דכ' עדי מסירה לר"א כע"ח לר"מ להשתעבד בהם כיון שהם מעידין על עיקר המעשה אבל החזיק כ"י בב"ד שוב אינם מעידין על עיקר המעשה אלא על חותם ידו בפירוש הא לא אמרינן שיגבה מנכסים משועבדים עכ"ל ומשמע מדבריו דעיקר הטעם אף דקיום ב"ד יש לו קול מ"מ הם אינם מעידין על עיקר המעשה לא הוי פשטר אבל אם מוסר בפני עדים מהני דהם מעידין על עיקר המעשה ולא יגרע בשביל שהחזיק בב"ד.

רק על ידי קיום ב"ד לא נעשה שטר לגבות אף אם הלנה מקיימו ודלא פשיטת הר"י הנז' אכל מ"מ לכ"ע אין הדבר תלוי בפשעת פתיבה לומר דאם לא כתב הכ"י על דעת למסור בפני עדי מסירה ונמלה למסור בפני עדי מסירה שלא יועיל זה דבר תימא לומר כן.

ועיין רמ"ה ב"ב שם (סי' ק"נ) דכתב לפרש דלאו ע"ד להשתעבד למלנה בשטר פתיבה דהא לאו אדעת למיתב באפי סהדי פתיבה ולאו אדעתא דלאחזוקי בב"ד לכך אף דהחזוק פתר הכי בב"ד לא מהני לשוננו' שטר דמעיקר' לאו אדעתא דהכי איכתב וכי מסריה נמי אפתי לא אתחזוק לא קמי סהדי ולא קמי בב"ד אימת אתחזוק פתר מסירה והאי שעטא לא עבד לנה ולא מהני דלשתעבד בגויה ולא דמי להעמדה בב"ד דהתם לנה גופיה קם בהדי מלנה בדין א"נ אודי ליה בב"ד כמאן דכתב השטא שטרא אנפשיה דמי אבל הכא מלנה מחזיק ליה לשטרא השטא בב"ד מאי עבד לנה דלשתעבד מהשטא ועוד כל מלתא דאתיא מחמת לנה בב"ד קלא איתא ליה אבל מלתא דאתיא מחמת מלנה לחודיה לית ליה קלא דכיין דלא חזו ליה ללנה התם לאו אדעתיהו לכך לא גבי אלא מב"ח ע"כ דבריו ולדבריו אם החזוק הכ"י בב"ד על ידי הלנה קלא אית ליה ואם מסר לו אחר כף להמלן נחית להשתעבד הנכסים לגבות ממשעבדי הוי דין שטר וכשיטת הר"י.

ועיין ש"ף (ס"ק ז') דהקשה אמאי לא משני הש"ס דבמסרו בפני עדים לכך גובה ממשועבדים דהעדים צריכין לקרות ומוציאין קול מה שאין כן דינינים ומדחיק את עצמו ועיין בתנאים.

וכבר כתב בס' תורת חיים ב"ב שם פינן דקתני כתב ידו ולא קתני חתם ידו מבואר דאין צריך לחתום נשמו רק כשכ' אני חייב לפלוני כף וכף די אם כן כשב"ד החזיקו שהוא כתב ידו סגי אם כן פריה הש"ס שפיר.

אולם הש"ף שפיר כ' על דברי בעה"ת דכ' שם הטעם דהב"ד א"צ לקרות רק לקנינים חת"י והוא איירי בכ"י בחתימה ועיין שם בתו"ח דכ' דבקיום בב"ד אין הקול יוצא רק שהב"ד עשה מעשה וקיימו שטרו של פלוני ולדעת הרמ"ה כל שהיה שלא בפני הלנה לית ליה קלא ול"מ דלדברי בעה"ת דהדינינים אינם מוציאין קול מטעם דחותמין אעפ"י שלא קראו א"כ בכתב ידו בלא חתימה פשנתקיים בב"ד יש לו קול ולדעת התו"ח גם זה אין לו קול דהקול הוא רק שהב"ד עשו מעשה וקיימו שטרו של פלוני וממילא אף אם החזוק בב"ד על ידי הלנה אם אינו מוסר בעדים לית ליה קלא ולדעת רמ"ה אם נתקנים על ידי הלנה מהני ויש לו דין שטר פשמוסרו אחר כף אף בלא עדים: עיין ש"ף (ס"ק ד') דהביא חולקים על רמב"ן דאף בלא כ' נשמו ולא חתם רק כ' בכ"י אני פלוני חייב לה דגם כן מהני וראיתו מגיטין דהתם מה"ת פשר אף בלא חתם כ' דהר"ן פירק המגרש דחי דשם איירי בהזכרת שמו.

אולם בריטב"א פ' המגרש כ' דזה אינו פלוג דשמו שפתיחה אינו עדות למה שלמטה ממנו אלא משום כ"י בלחוד הוא הלכך כ"י בלחוד בלא חתימתו מהני לגבו' בו מב"ח והה"ד לחותם ידו ומבואר משם דאף הריטב"א מודה לדברי רמב"ן ועיין תשובת רשב"א (ח"ב סי' ס"ט) שכת' בפשיטות אפילו כ' אני חייב לה מנה ולא פירש לא שם המתחייב ולא שם מי שנתחייב לו ואפילו לא הני חתם בו אלא שידוע שהוא כ"י הרי הוא מתחייב דקיי"ל כמאן דאמר ממך לההוא דנפק מתותי ידיה משמע עיי"ש דהביא ראיה מגט דכשר

מד"ת בכ"י לחוד ואף דדעת הרשב"א (פ"א) דקידושין דבגט בעינו מפורש שמו ושמה מה"ת מ"מ פינו דשמו מתחילה אינו עדות ממילא לענין דיני ממונות פשר אף בלא הזכיר שמו כלל.

ומ"מ כ' הש"ף האינדנא שאין דרך לתת כ"י פשלא חתם נאמן לומר לטופס פתבתי והרמב"ן לא אמר רק לדינא שיכול לחייב את עצמו בכתב יד בזה. ולכאורה תליא בזה דהש"ף לשיטתו (סי' מ"ב) בכתב שיכול להזדייף דמהני גם פן לקנין במקוון אבל להסוברי' שם דלא מהני לקנין הכא נמי אף במודה שפתבו לא מהני לקנין גם פן: סי' סה אם אמר המלוה להלוה אל תפרעני אלא בעדים בין אמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר כך צריף לפרעו בעדים ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן ואם אמר פרעתי בפני פלוני ופלוני ומתו או שהלכו למדינת הים הרי זה נאמן פן פוסק המחבר (סי' ע') ועיין בש"ף (ס"ק ט') משם הר"ן ומ"מ ז"ל דאף אם הלואה מוחה דעת הר"י מיגאש ז"ל והרמב"ם דצריף לפרעו בעדים והש"ף העלה בדעת הר"י מיגאש נרמב"ם דכ' מפני התנאי משמע שהלואה לא מוחה כמו כל תנאי שמספיקים שניהם ובפרט למה שכ' הר"ן דלאו מטעם שעבוד רק דאנו סהדי דשקורי משקר וזה לא שייף פשמוחה.

והמענין בקידושי הר"י מיגאש מס' שבועות נראה דכ' דאין לחלק בין אתרו ביה בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה דלאו שעבודא הוא אלא בהתראה בעלמא הוא ואינו נאמן עד דמיייתי ראיה ומזה משמע דס"ל כסברת הר"ן רק פינו דאתרו ביה אין הלואה עשוי לפרעו שלא בעדים וכן כ' הג"ת (שער כ"ה) דכלל בדבריו דברי הר"ן.

ובאמת בבעה"ת שם הביא דבריו וכ' ולא מצוי בתר הכי למיטען פרעתיף בינה לבניי אלא עד שביא עדים וזה שלא בדקדוק דהא לדעת הר"י מיגאש אף אם אמר שפרע בפני עדים כ"ז דלא באו העדים אינו נאמן וכמו שמסיים עד שביא עדים.

ובקידושי הר"י מיגאש כ' דאינו נאמן לומר פרעתיף עד דמיייתי ראיה. ומדבריו שם נראה אף אם לא קבל עליו הלואה גם פן א"נ דבכל דבריו לא הזכיר כלל לחלק בזה.

רק היכא דאמר ליה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני בזה כתב הר"י מיגאש ז"ל וז"ל ואפי' אייתי סהדי אחרוני דפרעני קמייהו לא מהימני דכיון דאתרי ביה שלא פרענו אלא בפני הנהו פו"פ וקבל הלואה אנפשיה הדיא התראה הווי להו שאר אינשי לגבי הדיא סהדות' פקרובין או פפסולין דהוי ליה תנאי שבממון דאמרינו דקניי עכ"ל ומדלא הזכיר וקבל הלואה אנפשיה הדיא התראה כשאמר אל תפרעני אלא בעדים רק בזה כשאמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני מבואר דס"ל דבסתמא שיפרענו בסהדי יכול להטיל עליו התנאי אף בע"כ דלואה ומטעם דעבד לואה לאיש מלואה אבל כשמטיל עליו התנאי בדוקא שיפרענו בפני פו"פ ופוסל כל העדים בזה הוצרך שיקבל עליו הלואה התראתו: וראיתי בתומים (ס"ק ה') דכ' דבלא הסכים הלואה להתנאי לכ"ע בטוען פרעתי בפני פו"פ והלכו דנאמן דהא אמר שקניי התנאי והסכים עמו בנתיבות ולמה שכ' מבואר דדעת הר"י מיגאש שלא לחלק בין אם הסכים הלואה או לא הסכים בכל ענין אינו נאמן אף אם טוען פרעתיף בפני פו"פ ומתו עד דמיייתי ראי'.

רק באומר אל תפגעני אלא בפני פו"פ דלדעתו פסל כל העדים ואף אם מברר בעדים דפרע חייב לפרוע ולקיום התנאי בזה צריף שייספים הלנה להתראתו דמלנה: ונהנה להסוברים דבאומר אל תפגעני אלא בעדים דנאמן לומר פרעתיה בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים או מתו הא דאינו נאמן לומר פרעתיה ביני ובינה במגו דפרעתיה בפני פ' ופלוני כו' פתבו בזה הפוסקים פמה טעמים הר"ן כ' דהוי מגו במקום אנו סהדי דלא פרעו בו"ב.

והרא"ש כ' דמגו גרוע הוא דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו והרשב"א והמ"מ פתבו דאף אם פרעו בינו לבינו לא נפקע החוב דחייב לקיים תנאו. ולדבריה' נראה אם טוען שמתחל לו החוב נאמן במגו דפרעתיה בפני פו"פ ומתו דאף דהתנאי הנה שלא יפטור בפרעון שבינו ובינו מ"מ אם טוען שמתחל לו התנאי ונפקע החוב י"ל דנאמן במגו דפרעתיה ביני ובינה.

וכן לטעמא דהר"ן דהוי חזקה נאנו סהדי דלא פרע לו בלא עדים ג"כ זה אתי שפיר בטוען פרעתיה ביני לבינה אבל בטוען דמתחל לו אף דמתחלה הוי טענה גרוע מ"מ נאמן במגו דפרעתיה בפני פו"פ והלכו למדה"י.

אולם לסברת הרא"ש דטענת המגו הוי גרוע ג"כ דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו כמו דא"נ דפרעו בינו לבינו כ"ש דאינו נאמן בטענת מחילה. אולם י"ל דגם המ"מ והר"ן מודים לסברת הרא"ש והם הוצרכו לסברתם רק בטוען פרעתיה ביני לבינה דפרעון הוי טענה מעליא לכה פתבו טעמים שונים דאינו נאמן אבל לגבי מחילה דהוי בעצם טענה גרוע ואינו נאמן רק במגו מעליא מודים דאינו נאמן במגו דפרעתיה בפני פ' ופלוני ומתו דכינן דהטענה שטוען עכשיו היא טענה גרוע וטענ' המגו גם כן גרוע לכה א"נ: ועיין בתומים (סי' קל"ג ס"ק א') שכ' בהא דכ' שם המחבר במפקיד שאומר אל תחזירני אלא בפני עדים דנאמן בשבועה במגו דנאנסו ובש"ף שם הקשה הא הוי מגו במקום אנו סהדי וכתב בתומים דדוקא בהלואה דרואה שאין המלנה מאמין בו וירא שמא יכפור לו לכה אינו פורע רק בפני עדים מה שאין כן בפקדון דע"כ מאמין לו בשבועה דהא יכול לומר נאנסו לכה לא הוי כאנו סהדי.

ולמה שכ' יקשה אם כן גם בהלואה נאמר דעל פרוח מאמין לו ע"ז דהא יכול לומר מחלת לי ויהי' נאמן במגו דפרעתיה בפני פו"פ ומתו או דהלכו וע"כ צריף לומר כינו דמתחלה הוי טענה גרוע גם כן אינו נאמן.

ובקצוה"ח שם כ' דבפקדון ל"ש טעמו של המ"מ דכל שבא ליד הבעלים בהחזרה ליכא שעבוד לקיים התנאי ולא הבנתי דבריו אם כן יהיה נאמן החזרתי במגו דהחזרתי בפני פו"פ ומתו ולמה צריף דוקא למגו דנאנסו וחיוב שבועה כמבואר שם בש"ע הא על פקדון ל"ש שעבוד על קיום התנאי לדעת הקצוה"ח אלא ודאי כמו דשייף שעבוד על קיום התנאי בהלואה כמו כן שייף בפקדון ועיין שם בנתיבות.

והיכא דליכא עדים על התנאי שהותנה שיפרענו בפני עדים כ' הסמ"ע דנאמן לומר דפרעו בינו לבינו במגו דלא הנה מודה בתנאי ובתומים (ס"ק ה') כתב דלטעמא דהר"ן דהוי כאנו סהדי דלא פרעו שלא בפני עדים הוי גם בזה מגו במקום אנו סהדי ולכאורה

לדבריו שכ' (סי' קל"ג) דבפקדון פנין דיכול לומר נאנסו ע"כ מאמין לו וה"נ פנין דלא הותנה בפני עדים יודע דיכול לכפור בגוף התנאי וע"כ דמאמין לו.

אולם י"ל דוקא שם בפקדון דעכ"פ אף דנאמן לומר נאנסו צריף שבועה לכה נאמן אף לומר החרתי במגו דנאנסו ויצטרף לישבע שבועת התור' או לדע' הבעה"מ ופ"ה (סי' רצ"ו) שבועת המשנה מה שאין פן פאן אם יהיה נאמן ככל כופר הפל לעגנו מה התנה פלל אלא ודאי דהתנה שלא יהי' נאמן אף במגו וכמו שכ' בתומים (סי' ע"א ס"ק ג') לעגנו מגו בעיקר הנאמנות דעל פרחי הימנהו אף נגד המגו דאם לא פן מה מהני הנאמנות וה"נ דכונתיה פנין דמודה דאמר לו אל תפרעני אלא בעדים על פרחי דצריף לקנים תנאו.

ובגוף הדין פבר הביא אאזמ"ו ז"ל בספרו דברי משפט דמבואר פדברי הסמ"ע בתשובת רשב"א (סי' רנ"א) פנין דאין אנו יודעים בעיקר התנאי אלא מפיו הרי קול ושוכרו עמו וכן כ' בתשובת רשב"א המינוחסת (סי' צ"ז) וכן משמע באמת מדברי הר"ן שבועות דכתב בלישנא קמא דרב אסי פשיש עדים אין עשוי לפרוע אלא בעדים פנין דהמלנה יכול לברר הלואתו בעדים אף הלנה חושש ואינו פורע אלא בעדים ומשמע דגם בלישנא בתרא דדוקא פשהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים הוא גם פן מה"ט דוקא פשיש בינד המלנה לברר חושש שלא יוציא לעזו עליו ואינו פורע אלא בעדים אבל פשלא התרה בו בפני עדים ואין בינד המלנה לברר הלואתו ותנאו שוב אין הלנה חושש ללעזו ועשוי לפרוע בינו ובינו: אף בדעת הרמב"ד יפה כ' התומים דס"ל דכשאין עדים על התנאי דנאמן רק לומר שקנים התנאי אבל פשאמר שפרעו בינו לבינו אינו נאמן וכן מבואר בס' תמים דעים להראב"ד (סי' רל"ח) וז"ל יש ספרים שכ' בהן נאמן ואפשר לקנים דברי שניהם שאם אמר לו בפני עדים אל תפרעני אלא בפני עדים וטוען הלה פרעתיה בפני פו"פ א"נ אבל אם לא הלנהו בפני עדים אלא שהוא מודה לו בתנאי זה ואמר פרעתיה בפני פו"פ כו' נאמן מגו דאי אמר ליה לא התנית עמי מיהו אם אמר פרעתיה סתם שלא בפני עדים לאו פלום הוא משום דהו"ל תנאי ממון והא אתני בהדל' שלא יפרעהו אלא בעדים ואי אמר אחולי אחלית לי תנאף וקבלתינהו מנאי לשם פרעון גמור נאמן משום מגו הואיל וליכא עדים בתנאי עכ"ד הרי מבואר דאינו נאמן במגו כ"ז דלא קיים תנאו רק אם אמר דמחל לו התנאי בזה נאמן במגו הואיל דליכא עדים על התנאי.

אולם לא פסקרת התומים דכ' (בסי' ע"א) דאם לעולם הוא נאמן במגו מה מהני הנאמנות דהא דעת הרמב"ד דאם אומר אחולי אחלית לי תנאף דנאמן משום מגו רק סובר דע"ז לא משגחינו לעגנו מה יועיל הנאמנות או התנאי די"ל דנ"מ אם הלנה הודה פ"א בפני עדים דעל תנאי זה הלנהו דשוב א"צ וכמו"ש אאזמ"ו ז"ל בד"מ גם אם יודה בפני ב"ד דהיה לו תנאי ואחר פדי דיבור יאמר פרעתי דשוב אינו נאמן דכל מגו בעינן תוכד"ד: ולכאורה יש להקשות לטעמא דהר"ן מהא דאמרינן שבועות (דף מ"ה) מפלל דתרנייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריף להחזיר לו בעדים דלמא לעולם ס"ל דצריף לפורעו בעדים רק פנין דמצי לומר פרעתיה בפני פו"פ והלכו למדינת הים אם פן שפיר קאמרו שבועת השומרין דחייב רחמנא היכא משכח' לה דיהיה נאמן נאנסו במגו דהחרתי בפני פו"פ והלכו למדה"י ולכה אוקמו קרא דאפקיד ליה בשטר.

וראיתי ששהיר בזה בס' מחנה יהודא אף בפשיטות י"ל פיון דצריף לומר דוקא בפני פו"פ וליחד אותם כמו שכ' ברשב"א. אם פן לא הוי צריף לדחוק דאפקיד בשט' דאטו לא משפחת פשידענו שלא היו פאן במקומו אנשים מיוחדים שהלכו למדה"י או שמתו.

אולם בלא"ה י"ל דאף הר"ן מודה לסבר' הרא"ש דאין זה מגו מעליא דטענה גרוע הוא שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו. רק הר"ן הוכרח לסברתו דהא גם טענה דהשתא דפרע לו בינו לבינו גרוע הוא ומעיד דפרע לו ועבר על תנאו לקה הוכרח להוסיף דמגו לא מהני דאנן סהדי דלא יפרע בינו לבינו.

אבל שיהי' נאמן נאנסו במגו דפרע בינו ובינו מגו מעליא הוא פיון דאף נאנסו ל"ש יותר הנה לו להעזי ולומר החרתי ומדאינו טוען פה אמרינו דכה הוא האמת דנאנסו. אבל להעזי ולומר דפרע בפני פו"פ והלכו למדה"י דבזה נדאי מעזי ויאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו יותר נח לו לטעון נאנסו מלהרחיק עדותו ויעזי כל פה: והנה לטעם המ"מ דמטעם תנאי הוא דצריף לפרעו בעדים ואף אם הותנה שלא בשעת הלואה כ' המ"מ דהוא מטעם עבד לנה לאיש מלנה הנה נראה דבפקדון בעינו דוקא שיתנה התנאי בשעה שהפקיד אצלו אבל אם מתרה בו אחר פה כמה ישמעבד והטעם דעבד לנה לאיש מלנה לא שיהי' בפקדון ועיין בבעה"ת (שער כ"ה) שכ' דלקה המלנה בעדים אין צריף לפורעו בעדים שיכול הלנה לומר אף שהמלנה לא האמין לי והלנה לי בפני עדים מפני שהיה לו לחשדני ברשע מפני שאני צריף לבריות אבל אני הנה לי להאמין בו שהיתי קורא עליו תומת ישרים תנחם ולא חשדתי ופרעתי לו בלא עדים עכ"ל וקשה אם פן במפקיד אצל חבירו בעדים דלא שיהי' הטעם דחושד אותו דלא צריף לבריות ואדרבה הוא גו"ח עמו דמקבל שמירה למה קורא עליו הנפקד תומת ישרים תנחם אם פן הנה מהראוי לומר דלא יהיה נאמן דהחזיר לו בלא עדים.

וראיתי בג"ת שם שהקשה לטעמא דמ"מ אם פן באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ופרעו בפני אחרים דנפטר לדעת הרמב"ם הא מודה דלא קיים תנאו ומגו הו"ל בעדים ואפ"ה לא מהני מפני שלא קיים תנאו ה"נ לא קיים התנאי וכ' דהיכא דאיכא סהדי דפרעו מיחייב עכ"פ להחזיר לו אבל באומר פרעתי ביני לבינה נהי דנאמן במגו מ"מ חייב לקיים התנאי ולפורעו לו ולגבי החזרת המלנה הוי מגו להוציא.

ודבריו תמוהין מאד דלדבריו הנה הדין באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דהנה חייב לשלם מצד קיום התנאי רק המלנה חייב לו על פי העדים שקבל ממנו לפרעון והנה הדין דזה גובה וזה גובה ומדברי הרמב"ם והש"ע משמע דפטור לגמרי על ידי עדים שהעידו דפרע לו.

והטעם דהתנאי לא הנה רק פי היכי דלא לדחיה דפרע לו בפני עדים והלכו אבל פשהביא העדים שפרע לו אף דהם אחרים מ"מ פיון דהם עדים פשרים הוי פקיום התנאי דהתנאי לא הוי לפסול שאר עדים רק דלא לדחיה ולומר פרעתי בפני פו"פ והלכו כמו שכ' הסמ"ע (ס"ק י"א) והש"ף (ס"ק י"ז) אולם דברי הג"ת יש להם מקום בדברי המ"מ היכא דאמר אל תפרעני אלא בעדים אם טוען הלנה שהמלנה תפס ממני בע"כ לשם פרעון שלא בפני עדים בזה גם פן אינו נאמן במגו דפרעתי בפני פו"פ והלכו דמ"מ פיון

דהודעה דלא קנינים התנאי ונשאר בתוקף חייב רק דרוצה לסלקו במה שתפס ממנו בזה הוי כמגו להוציא.

ולטעמא דהר"ן דהוי כאנו סהדי דלא פריע לו בו"ב יקשה בזה אם טוען דתפס ממנו בע"כ לפרעון חובו ולדבריו דלא הוי כתנאי יהי נאמן במגו דפרעתיה בפני פו"פ והלכו למדינת הים ויש לדחוק ולומר דזה הוי טענה גרוע וא"נ במגו בזה כמו"ש לעיל: ועיין בסמ"ע (ס"ק ח"י) היכא דאמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ והלנה טוען שפרע בינו לבינו והמלנה אומר שבשעה שקבל המעות אמר בפירושי דלשם פקדון מקבל ונאבד אחר כך באונס דלא הוי פרעון דהוי ליה פלא הגיע זמנו ובטו"ז חולק ע"ז דאף תוך זמן פרעון בעל פרחו הוי פרעון ועיין קצוה"ח (ס"ק ז') ולכאורה אף לדעת הסמ"ע כיון דהמלנה מודה דהלנה רצה לפרוע לו בינו לבינו אם כן איתרע התזקה ולמה לא יהיה הלנה נאמן דקבלו בתורת פרעון ואולי כיון דיש להמלנה מגו דהיה מכחיש הפרעון לכך נאמן אף דהוי מגו להוציא.

ועיין מל"מ (פט"ו) ממלנה היכא דהמלנה מודה דקבל חצי הפרעון איתרע התזקה והאנו סהדי שכ' הר"ן וה"נ דכונתיה כיון דהמלנה מודה דרצה לפרוע לו בלא סהדי איתרע התזקה ולמה לא יהיה הלנה נאמן.

ולשיטת הסמ"ע נראה דדוקא אם נאבד באונס פטור אבל אם נגנב או נאבד בלא פשיעה י"ל דחייב לשלם דעכ"פ כיון דהלנה רצה לפרוע לו והמלנה לא רצה לקבל ממנו לשם פרעון חוב רק לשם פקדון הוי כשו"ש על המעות בההיא הנאה דתפס ליה עכ"פ למשכון על החוב.

ולכך נקט בש"ס וכל הפוסקים איתניסו הנה זוזי דאם היה נגנב או נאבד שלא ע"י פשיעה לא הוי נ"מ אולם ברש"י מס' שבועות כ' וז"ל ניהוי פקדון בידי ואיני עליהן אלא שו"ח שלא קבלתים בתורת פרעון עכ"ל מבואר דלא הוי רק שומר חנם וקשה למה לא יהיה שומר ש"כ מה"ט דתפס ליה אחובו.

ועוד הא יכול להשתמש בו ובשביל היתר תשמיש הוי שומר ש"כ. וצ"ל דאיירי בבעה"ב דבשולחני ויש לו הנאה דיכול לשמש בהמעות ראוי לומר בזה לחייב אף באונסין למה שכ' פמה ראשונים לחלק בין דמי אבידה דהוי שואל עלייהו משום דשרי לאשתמושי בהו ובמפקיד אצל שולחני אינו חייב באונסין משום שאינו יודע מתי יבא בעל המעות ליטול את שלו ולכך אין בדעתו להשתמש בהם בהדיא ודי לנו לחייבו כש"ש אבל בדמי אבידה דאינו יודע מי הם הבעלים וישתא אצלו ימים רבים לכך הוי פשואל ע' בש"מ ב"מ (דף כ"ט) משם הר"ן ז"ל ובתשו' הרשב"א בת"א (סי' של"ו) וברא"ש ב"מ שם אם כן בנידון זה דהמלנה לעולם בידו הברירה שלא להחזיר להלנה הדמים שיכול להחזיק בנידו בעד המלנה שלו ושיתקיים התנאי שיפרע בפני עדים או דימחול לו המלנה ולעולם אין ביד הלנה להוציא ממנו דמי הפקדון מהראוי שיהי' לו פדין שואל ועל פירוש דאיירי בבעה"ב דהדין הוא דלא ישתמש בהם ולמה שכ' הסמ"ע (סי' רצ"ב ס"ק ח"י) דבזמנינו כ"ע דינם פשולחני צריך לומר כיון דלא רצה לקבל בתורת פרעון רק בתורת פקדון הוי כמגלה דעתו דאינו רוצה להשתמש ולכך לא הוי רק פשומר חנם אולם מ"מ יקשה דיהיה כשו"ש בשביל הנאה דתפס אחובו.



נדע דיש לראות דמשמע מלשון הש"ס והפוסקים דצריה לומר ולהתנות בלשון חיוב ושלילה אל תפרעני אלא בפני עדים שזה מורה שלא יהיה נאמן לומר שפרע אלא בפני עדים אבל אם אמר לו תפרעני בעדים שהוא מורה רק חיוב בלבד ולא בלשון שלילה יש לומר דלאו בקפיד' רמזא עליו החיוב ונאמן לומר דפרע לו בינו ובינו וכן כ' בתשובת מהריט"ץ (סי' קצ"ג) אולם בהא דהתנה שפרע לו דוקא בפני פלוני ופלוני קתני בש"ס שהוא דא"ל לחברי' פי פרעתין פרעין לי באפי ראובן ושמעון וכן בהא דקאמר באפי בי תרי דתנו הלכתא קתני הך לישנא פי פרעת' לי פרעין לי באפי בי תרי כו' ולא הזכיר הלשון אל תפרעני משמע דאף בלשון חיוב סגי גם כן וכן בלשון ה"ר"ן דכ' פל שבעדים מעידים שפרעו נאמנים לפי שאין בלשון פי פרעת' לי פרעון בפני ראובן ושמעון או בפני תרי דתנו הלכתא לפסול עדים אחרים אלא התראת המלנה בלנה שלא יפרענו אלא בפני אלו כו' משמע גם כן דאף בלשון זה בלבד סגי.

אולם בלשון הרי"ף מבואר דא"ל פי פרעת' לי לא תפרעו אלא באפי ראובן ושמעון משמע דתליא דוקא כשהתנה בלשון שלילה אף בהך תנאי באפי ביה תרי דתנו הלכתא פתב הרי"ף הלשון פי פרעת' לי פרעין באפי בי תרי דתנו הלכתא וצ"ע בזה פי הרמב"ם מדייק וכ' בכ"מ הלשון אל תפרעני: והיכא דאמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ והם קרובים או פסולי עדות והלנה טוען שפרע בפניהם והם מכחישי' לכאורה נראה דאינו נאמן לומר שקיים התנאי ופרע בפניהם לא מבעי לדעת הרי"ף וסייעתו דאינו נאמן אף באינו מיחד העדים לומר פרעתיה בפני פלוני ופלוני והלכו ובמיחד דוקא בפני פו"פ הי' פנונתו לפסול שאר העדים אם כן נדאי אף שהיו קרובים או פסולי מ"מ הא תנאו קיים שפוסל כל העדים אלא אף לדעת רמב"ם וסייעתו והמחבר דיוכל לומר פרעתיה בעדים ומתו ואמרינן דלקה ייחד עדים אלו שלא יאמר פרעתיה בפני עדים והלכו ולא פסל האחרים ולקה פוסק המחבר דאם העידו האחרים שפרעו בפניהם פטור מ"מ אם לא הביא עדים אחרים אף דהוא אומר שקיים תנאו ופרעו בפני אותן שייחדם ומה יעשה שהמה משקרים מ"מ פיון דינדע דהם אינם בתורת עדות ואעפ"כ קבל עליו שלא יפרע רק בפניהם ודאי פנונתו הנה שיעידו שפרע בפניהם ואם יאמרו שלא פרע שיתחייב לשלם דהא פי היכא דלא לדחיה קאמר ובע"כ התרצה שיתקבל עדותן דאם לא כן לעולם יכול לדחות אותו ויאמר שקיים התנאי והמה פסולין להעיד שלא פרע בפניהם אלא נדאי פנונתו הנה שייחד דוקא אלו עדים באם הם יכחישו שלא יהיה נאמן עד שיברר עכ"פ בעדים פשרים: וראיתי בהגהות מרן רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' ע') וז"ל ואם הפו"פ שייחד הם קרובים למלנה או ללנה ואמר שפרע בפניהם והם מכחישיים י"ל דנאמן דהא אמר שקיים תנאו והם פסולים להעיד שלא פרע בפניהם.

ועכ"פ אם בעינן התנאי לא היו קרובים ואחר כך נעשו קרובים בגשותיהן א"נ להכחישו עכ"ל והדברים נפלאים ממני דאם כן למה יהי ההתרא' שלא יפרע אלא בפניהם פי היכי דלא לדחיה דלעולם יהיה נאמן שפרע בפניהם הואיל שהן פסולין א"ו דההתרא' הנה שיקבל הגדתן וכמו שיאמרו הנה פו"פ אם יאמרו שפרע טוב ואם לא יהי חייב לשלם כ"ז שאינו מברר על פי עדים שיעידו על הפרעון.

וגם בדין השני אם נעשו קרובים אף דאז היו פשרים ומה יעשה עכשיו שנעשו פסולין מ"מ ראוי שיהיה הדין כמו אם מתו אותן פו"פ קודם שפרעו דלדעת הטו"ז נאמן אולם כפר גמגם בנתיבות דהא יכול לקיים בפני ב"ד ומה בכך שמתו והניח דין זה בצ"ע והכא נמי פיון דנעשו קרובים ועיקר התנאי היה פי היכא דלא לדסיה היינו שלא יאמר פרעתיך עד שיברר הפרעון וכיון דנפסלו העדים היה לו לפרוע עכ"פ בפני עדים פשרים.

ומ"מ אם אומר שפרע בפני פו"פ קודם דנעשו קרובים בנשותיהם בזה י"ל דמה היה לו לעשות אז ונאמן ועיין קצוה"ח (ס"ק ה') וצ"ע בכ"ז: סי' סו התנה המלנה עם הלנה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו הרי זה נוטל בלא שבועה (ש"ע סי' ע"א ס"א) וזה הוא לשון.

הרמב"ם וילשון הטור לנה שהאמין למלנה שיהא נאמן לומר שלא נפרע. וכן בש"ס שבועות (דמ"ב) איתא שהוא דאמר לי' לחברני מהימנת לי כל אימת דאמרתי לי לא פרענא ועיין שם ברש"י דלנה אמר למלנה בשעת הלנאה.

ולכאורה זה חידוש יותר דאף דהלנה התנה וחיוב א"ע שלא בתביעת המלנה שכל זמן שיאמר המלנה שלא נפרע שיתחייב לשלם והיה ס"ד דפטומי מילי בעלמא הוא ובפרט אם הבטיח לו מקודם ללות ומסר לו ההלנאה היה מקום לומר דאף דהלנה הוסיף מדנפשו להאמין להמלנה דהני רק פטומי מילי או דהני פאסמכתא דסמך עצמו שהמלנה לא יתבע לו פעם שנית ולא יהי מחוייב לשלם במלנה בשטר בלא שבועה ובמלנה על פה יהיה הלנה נאמן לומר פרעתי וקמ"ל דאעפ"כ פיון דהאמין בשעת ההלנאה להמלנה מועיל וחיוב לשלם ועיין בב"י (סי' ר"ז) דבתנאי שצריך הלוקח להתנות והתנה המוכר אימת הני פטומי מילי ודעת הרמב"ם שם דכל שהתנה קודם גמר המכר לא שאני לן בין אם אתני המוכר או הלוקח ואם פן פאן נמי פיון דבשעת הלנא אתני וכמו שכ' המ"מ דלאחר הלנאה צריך קנין מהני אף באם אתני הלנה טובת המלנה פיון דמקבל ההלנאה ע"ד זה וחיוב א"ע וכדמשמע מעובדא דש"ס שבועות הנז' דמבואר דהלנה אתני וצריך ליתן טעם למה כ' הרמב"ם והש"ע הדין דנאמנות מועיל וא"נ לומר פרעתי בהתנה המלנה נגד דברי הש"ס: והא דנאמן המלנה הו' במלנה בשטר הו' במלנה על פה אף בלא שבועה ובמלנה שהאמין ללנה מבואר בטוש"ע דהלנ' חייב היסת פתבו הסמ"ע והש"ע טעמים שונים ובתומים (סי' מ"ב ס"ק י') כ' פיון דהנאמנות ללנה פתוב בשטר שהיא תחת יד המלנה ויכול לכבשו ולשורפו ולטעון עליו בע"פ ע"כ דלא נחית על הפטור מתביעת בע"פ ונאמן המלנה דלא הימניה על פה ולכך צריך שבוע' ומבואר מדבריו דרק אם המלנה טוען ברי דלא האמינו על תביעת בעל פה אז יד הלנה על התחונה אבל אם המלנה א"י ולא אסיק אדעתו על מה נתן להלנה הנאמנות אם רק לסלק השטר או אף מתביעת בעל פה אז פטור הלנה אף מהיסת.

אולם מדברי הש"ע (ס"ק מ"ה) מבואר דנחית לסברת התומים וכתב פיון שכ' בהשטר שהמלנה הוא שמוציא השטר מסתמא לא הימניה אלא לבטולי השטר ולא לענין תביעת בעל פה ואם פן אף באם אין המלנה מסיק אדעתיה מ"מ מסתמא לא הימניה רק לבטל השטר וכיון דטוען ברי דלא פרע לו חייב הלנה לישבע היסת.

ואם פן לדבריהם אם יש ראיה ביז הלנה על הנאמנות שהאמינו המלנה פטור בלא שבועה וכן כ' בנתיבות. אולם מה שכ' הנתיבות בטעם הדבר דחייב היסת דיש למלנה מגו דכבש לשטרא ותובע בעל פה ויכול להשביעו מפח מגו יש לגמגם למה שכ' הג"ת והב"ש אה"ע (סי' צ"ו) דמגו לחייב שבועה לא אמרינן ועיין קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ט"ז) משם הג"ת דכמו דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה פן ל"א מגו לחייב שבועה ואם פן בשבועת היסת דלכ"ע ל"א מגו לאפטורי מהיסת פמבואר מדברי הריטב"א ובש"ף (סי' צ"ה ס"ק י"ז) וכמו כן ל"א מגו לחייבו היסת.

אלא ודאי דהטעם בפשיטות וכמו שכ' הסמ"ע דהמלנה הואיל דעשה לו טובה להלות בנאמנות אנו סהדי דכוננתו היה שיהיה נאמן בלא שבועה אבל פשהאמין ללנה פינו שהוא נגד הסברא יד הלנה על התחונה בבירור שלא פטרו אף משבועת היסת.

וממילא אף אם נתן לו ללנה בכתב הנאמנות אמרינן בבירור דרק לבטולי השטר הוא אבל לא לפטור אף החיוב של מלנה על פה וחיוב שבועת היסת פשטוען פרעתי: ואם יש עד אחד שמעיד שפרע אם סתם נאמנות הוא אף נגד עד אחד מחולקים הראב"ד והרא"ש ומליא בבואור דברי הש"ס שבועות הנז' נהי דהימניה טפי מנפשיה טפי מסהדי מי מהימניה דדעת ר"ח והרא"ש דסתם נאמנות הוא שיהיה נאמן בלי שום שבועה ואם פן הוא דוקא טפי מסהדי לא הימניה היינו עדות המועיל תרי סהדי אבל נגד עד אחד נאמן דזה הוי פמנפשיה אבל לדעת הראב"ד והרמב"ן לא מהני נגד עד אחד על פרוה דעיקר הוא רק טפי מנפשיה הימניה אבל נגד סהדי לא היינו אף נגד עד אחד אינו נאמן וחיוב לישבע.

ובתומים כ' לחלק דמלנה בשטר דתקנו שבועה רק להפיס דעתו לכו בנתן לו נאמנות אינו חייב לישבע אבל במלנה על פה דמה"ד לא הי' נוטל פלל רק פאנו לחייבו מפח נאמנות אמרינן פנגדו האמינו ולא פנגד עד א'.

וכן נראה פמבואר מדברי בעל העיטור במאמר נאמנות שכ' והלכתא פטור אף משבועה דעד א' שאינו אלא כדי להפיס דעתו. ומ"מ אינו מבואר פיצד הדין במלנה על פה בנאמנות ועד אחד מעיד שהוא פרע אם נאמר דהלנה פטור לגמרי ולהסוברים דעד המסייעו פוטר אף מהיסת ה"נ פטור לגמרי או דלמא פינו דהנאמנות אלים פמו חזקה די לנו לומר שישבע להכחיש העד ויטול.

וראיתי בכנה"ג שכ' משם ס' בני שמואל דאף לדעת הרא"ש פטור אף משבועת היסת להפוסקים דעד המסייע להנתבע פוטר אף מהיסת וכן הביא דבריו בס' נתיבות משפט (דף ל' ע"ב) וטעם הדבר דמפל עד א' שמחייב לשכנגדו שבועה פוטר אכל מעד זה שאין שכנגדו נוטל אף בשבועה אלא מפסידו לגמרי לא פטרו והסכים על ידו להוכיח פן מדברי רבינו ירוחם ובס' ש"מ כ' דנהי דלא הימניה נגד עד א' מ"מ לא עדיף משאר ע"א דאינו קם לממון אלא לשבועה פאן נמי אינו מועיל לבטל הנאמנות לגמרי שאין ע"א קם לממון ונשבע המלנה ונוטל: ואין דבריו מוכרחים פלל די"ל אף להסוברים דנאמנות פוטר לגמרי אף משבועה דע"א היינו משום דבלא"ה יכול לומר לו אשתבע לי דלא פרעתיך ואפ"ה האמינו אמרינן דאף נגד עד א' האמינו ולא הוי לענין זה טפי מדנפשיה

אָבֵל בְּמִלְוֶה עַל פֶּה דַעַד א' פּוֹטְרוֹ לְגַמְרֵי לֹא אֶסֶיק אֲדַעְתִּיהָ לְחַיִּיב א"ע וּלְהֶאֱמִינוּ אִף נֶגֶד ע"א שְׂיִשְׁבַּע וְיִטּוֹל.

וּמָה שֶׁהֵבִיא מְדַבְּרֵי ב"ש אה"ע (סי' קמ"ד ס"ק י"ד) דְּלִגְבֵי גִט אִם הִתְנָה אִם יַעֲבֹר מִפְּנֵי ל' יוֹם דְּצָרִיף לְתַת לָהּ נְאֻמָּנוֹת שְׁלֹא פִיִּיֶסְתִּיהָ וְכ' דְּסִתָּם נְאֻמָּנוֹת לֹא מְהֵנִי נֶגֶד עֵדִים וְנֶגֶד עַד א' תְּלֵיא בְּדִין סִתָּם נְאֻמָּנוֹת אִם מְהֵנִי נֶגֶד עַד א' וְשֵׁם לְעֻנְוֹ דְּבָר שְׂבַעְרָוּהָ בְּעִינֵי שְׁנַיִם מ"מ בְּנְאֻמָּנוֹת סִתָּם נְאֻמֵּן הָעַד א' לְבַטֵּל הַנְּאֻמָּנוֹת לְגַמְרֵי וּפְסוּל לְגַמְרֵי וְה"נ בְּמִלְוֶה עַל פֶּה.

וְרֵאִיתִי בִּס' תּוֹרַת גִּיטִין שֶׁם דְּמַתְמָה עַל הַב"ש דְּבִשְׁלָמָא בְּמִמּוֹן כִּינּוּ דְּנְאֻמֵּן הָעַד א' לְעֻנְוֹ שְׂבֻעָה וְכִינּוּ דְּבִסִּתָּם לֹא הִי כְּפִינְתוֹ נֶגֶד עַד א' נִשְׂאָר הָעַד עַל נְאֻמָּנוֹת שְׁלוֹ מָה שְׂאִין כֹּן בְּגִט עַד א' בְּהַכְחָשָׁה אִין לֹא שׁוּם נְאֻמָּנוֹת וּמָה בְּכָף שְׁלֹא נִתֵּן לוֹ נְאֻמָּנוֹת נֶגֶד הָעַד א' הָא בְּלֹא"ה א"נ בְּדָבָר שְׂבַעְרָוּהָ.

וְלֹא אֲדַע הַתְּמִיּה הַזֹּאת הִיא מְבִנְיָא דְּעַת הַב"ש אה"ע (סי' ל"ז ס"ק נ') בְּאוֹמְרָת קִדְשִׁיתִי א"ע וְאִינִי יוֹדַעַת לְמִי דָּאִם יֵשׁ עַד א' דְּמִוֹתֵר לְכַנְסָה לְכַתְחִילָה וְאִם בָּאוּ שְׁנַיִם וְכ"א אוֹמֵר אֲנִי קִדְשִׁיתִי כִּינּוּ דְּלֹא אֶתְחַזֵּק בִּא"א מְהֵנִי עַד א' וְאִם כֹּן ה"נ אִף דְּאִתְרַע הַחֲזֻקָתָא א"א בְּמָה דְּמִסָּר לָהּ הִגֵּט מ"מ כִּינּוּ דְּהִתְנָה אִם לֹא יָבֵא נֶגֶד פְּנִיָה תוֹף שְׁלִישִׁים וְחִיִּישִׁינוּ לְשִׂמָּא עֶבֶר וְנִתְבַּטֵּל הִגֵּט.

וְשֵׁם בְּלֹא נְאֻמָּנוֹת הָיִ סִפְק דְּאוֹרֵיִיתָא כְּמִבְּנִיָּא שֶׁם בְּפוֹסְקִים מְדַבְּרֵי הֵרָא"ש וְרַק בְּאִינוּ לְהִתִּירָה מִטַּעַם הַנְּאֻמָּנוֹת שְׁנִתֵּן לָהּ אָבֵל בְּלֹא נְאֻמָּנוֹת עוֹמְדָת בְּסִפְק מְגוֹרְשָׁתָא וְאִם עַד א' מַעִיד שְׂעֵבֵר נֶגֶד פְּנִיָה לְדַעַת הַסּוֹבְרִים דַּעַד א' נְאֻמֵּן בְּמִקּוּם דְּלֹא אֶתְחַזֵּק לְהִתִּיר נְאֻמֵּן אִף בְּהַכְחָשָׁת בַּע"ד לְהִנָּף פּוֹסְקִים וּבְכַרְטָא אִם הַבַּעַל מְסִייעוֹ וּמְכַחֵּשָׁה אִם כֹּן שְׂפִיר נ"מ לְהַסּוֹבְרִים דְּנְאֻמָּנוֹת הוּא אִף נֶגֶד עַד א' ה"נ דְּכִוּוֹתִי.

אוּלָּם לְהִיָּפֵף י"ל דָּאִם הַע"א נְאֻמֵּן בְּכַה"ג בְּדָבָר שְׂבַעְרָוּהָ יֵשׁ לוֹ דִּין תּוֹרַת עֵדוֹת וְהָיִ טְפִי מְסִדֵּי וְכ"ע מוֹדִים דְּאִינוּ נְאֻמֵּן לְהַכְחִישׁוּ מָה שְׂאִין כֹּן לְעֻנְוֹ מְמוֹן דְּאִין עַד א' עוֹשָׂה רַק סִפְק י"ל דְּנֶגֶד סִפְק מְאֻמִּינוּ.

וּמ"מ כְּבָר הִסְפִּימוּ הֵנִי תְּלֵתָא רַבּוֹתָא הַב"ש וְהַנ"מ וְהַכְּנָה"ג דְּבְּמִלְוֶה עַל פֶּה אִין הַמִּלְוֶה גִּזְבָּה אִף בְּשְׂבֻעָה וְדִלָּא כְּדַעַת הַש"מ שְׂדַבְּרִיו אִינָם מְוַכְרְחִים לְחִלּוֹק עֲלֵיהֶם וּבְכַרְטָא שְׁלֹא הֵבִיא דְּבִרְיָהֶם וְכַנְרָאָה אִף אִם תְּפִס הַמִּלְוֶה מְפָקִינוּ מִנֵּיהָ.

אִף לְפִטוֹר אֵת הַלְוֶה גַּם מְהִיָּסָת אִף לְהַסּוֹבְרִים דַּעַד הַמְּסִייעַ פּוֹטְר מְהִיָּסָת צ"ע דִּישׁ לוֹמֵר דְּאִין עַד עוֹשָׂה שְׂתִי פְּעוּלוֹת לְסַלֵּק הַנְּאֻמָּנוֹת וּלְפִטוֹר עוֹד הַלְוֶה אִף מְהִיָּסָת וְעִינֵי (סי' פ"ז) בַּש"ף שֶׁם וְדַבְּרֵי מְשַׁפֵּט וּבְסִי' צ"ב וְאִי"ה יְכוֹאֵר עוֹד בְּזָה בְּדִינֵי טו"נ: וְעִינֵי בְּנִתִּיבוֹת הַמְּשַׁפֵּט דְּלַעַת הַסִּמ"ע דְּנְאֻמָּנוֹת מְהֵנִי נֶגֶד עַד א' נִימָא כִּינּוּ דַּבְּב' עֵדִים לְדַעַת הַש"ף חִיִּיב לְשַׁלֵּם אַחֵר הַפְּרָעוֹן כְּשִׂאוֹמֵר לְהַדָּם בַּע"א יִתְחַיִּיב שְׂבֻעָה דַּכ"מ דַּב' מְחִיִּיבִים מְמוֹן עַד א' מְחִיִּיב שְׂבֻעָה דִּישׁ לוֹמֵר כִּינּוּ דְּנְאֻמָּנוֹת כְּחֻזָּה דְּמֵיָא וּבְתוֹף זְמַנּוֹ וְדֵאִי אִינוּ יְכוֹל לְחִיִּיבוֹ אַחֵר הַפְּרָעוֹן דְּהָיִ כְּחֻזָּה דְּהָעַד מְשַׁקֵּר.

וּמָה דְּפְשִׁיטָא לִיָּה בְּתו"ז דַּעַת הַקְּצוּה"ח (סי' פ"ד) לְהִיָּפֵף דְּהַעֲלָה שֶׁם כ"מ שְׁב' מְחִיִּיבִים מְמוֹן עַד א' מְחִיִּיבוֹ שְׂבֻעָה רַק בְּשִׁטְרָא דְּהוּא לִיטּוֹל וְכַדִּי לְהַפִּיס דַּעַתוֹ חִיִּיב לְיִשְׁבַּע לְכָף

בתו"ז הקילו אָבֵל בְּמִלְוָה עַל פֶּה וְכֵן אַחַר הַפְּרָעוֹן ס"ל דְּחִיב שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה וְחֻזְקָה דְּתוֹרָה זְמַנּוֹ אֵינּוּ פּוֹטֵר אוֹתוֹ מִשְׁבוּעָה אִם כֵּן ה"נ דְּכַוְנַתִּיהָ לְעַנְּנָן נְאֻמָּנוֹת יֵשׁ לוֹמֵר דְּעַד א' נְאֻמָּן לְחִיב שְׁבוּעָה אַף נֶגְדַּ חֻזְקָה אוֹלָם ע"ד קְצוּה"ח שֵׁם יֵשׁ לְגַמְגָּם דְּהָא מְבֹאֵר בְּרַמ"א (ס' שְׁל"ה) וְהוּא מְמַרְדְּכִי בְּבַע"ב שֶׁשָּׂכַר מְלַמֵּד וְצָנָה לוֹ שְׁיִלְף לְלוֹי שִׁינְסוּ אִם יוֹדֵעַ לְלַמֵּד וְלֹא הֵלֵךְ וְלָמַד עִם בָּנוּ וְתוֹבֵעַ הַמְלַמֵּד אַחַר כֶּה שָׂכְרוּ וְעַד א' מְעִיד דָּאז לֹא הִי יָכוֹל לְלַמֵּד חִיב הַבַּע"ב לְשַׁלֵּם פִּינּוֹן דְּהַשְׁתָּא יוֹדֵעַ לְלַמֵּד אֲזַלִּינָן בְּתַר הַשְׁתָּא וְגַם רוֹב הַמְשַׁפְּרִים א"ע יוֹדְעִים וּבכ"ז הַמְלַמֵּד צָרִיף לִישָׁבַע כְּדִין נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל נֶגְדַּ עַד א' הָרִי אַף דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן מִחֻזְקָה הַזֹּאת אַעפ"כ חִיב שְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן לְהַכְחִישׁ הָעַד וּמ"ש בְּתוֹרָה זְמַנּוֹ דְּאֵינּוּ חִיב לִישָׁבַע וְשֵׁם אֵיירִי אַף בְּטוֹעֵן בְּרִי שֶׁפָּרַע תּוֹרָה זְמַן וְאִפ"ה א"צ לִישָׁבַע אַף דְּשָׁנִים פּוֹטֵרִים מִן מְמוֹן וְלָמָּה בְּמַלְמַד דְּהַבַּע"ב טוֹעֵן שְׁמָא חִיב לִישָׁבַע: וע"כ צָרִיף לוֹמֵר כִּינּוֹן דְּחֻזְקָה דְּאִף הִיכָא דְּהִיָּה חִיב שְׁבוּעָה וּבָאוּ שְׁנֵי עֲדִים לְפּוֹטֵרוֹ וְשָׁנִים מְכַחֲשִׁים אוֹקִי תְּרִי לְהִדִּי תְּרִי וְחִיב שְׁבוּעָה כְּמוֹ שְׂכ" הַשְּׁ"ף (ס' פ"ז) וּבְקְצוּה"ח (ס' פ"ב) כְּתַב בְּטַעֲמָא דְּמִלְתָּא מְשׁוּם דְּכָל עֵיקָר שְׁבוּעָה הוּא שְׁחִיב לְבַרְר הַדְּבָר לְכָף אַף בְּתו"ת צָרִיף לְבַרְר [וּבְהָךְ סְבָרָא דְּכָל עֵיקָר חִיב שְׁבוּעָה דְּעַד א' מִן הַתּוֹרָה הוּא מְשׁוּם דְּעַל יְדֵי הָעַד נַעֲשֶׂה לָנוּ סְפֵק וְחִיבֵינוּ הַתּוֹרָה לְבַרְר הַדְּבָר מוּכָן דְּבָרֵי הַתְּשַׁב"ץ הַמּוּבָא בְּש"מ רִישׁ ב"מ דְּמַשִּׁיב עַל הַק"ו שְׁדָן מְהָר"ם מְרוֹיטְנְבוּרְג ז"ל דְּעַד הַמְּסִינְעוּ פּוֹטֵר מִשְׁבוּעָה מִק"ו דְּכַח הַמְּוֹחֲזָק מְרוּבָה וַאֲעַפ"כ מְחִיבֵינוּ ק"ו דִּיכּוֹל לְפּוֹטֵרוֹ דִּי"ל לְכָף מְחִיבֵינוּ שְׁבוּעָה לְפִי מַה שְׁפָטוֹר קוֹדֵם שְׁהַעִיד הָעַד אֵינּוּ אֱלָא מְפָנִי שְׁאֵינּוּ מִי שְׁיִחִיבֵינוּ דְּמַמִּילָא מִיְפָטֵר תַּאמֵר בְּפָטוֹר שְׁבוּעָה שְׁפָכַר נְתַחֲיִיב מִן הַדִּין וְאֵינּוּ מוּכָן כְּוֹנְתוֹ לְכַאוּרָה.

אוֹלָם הַכּוֹנְנָה דְּהַתּוֹרָה גִּילְתָּה לָנוּ שְׁעַל יְדֵי הָעַד בְּאֵנוּ לְבֵית הַסְּפֵק וְאִף דְּלֹא נוּכַל לְחַתּוּף הַדִּין מ"מ בְּאֵנוּ לְבֵית הַסְּפֵק וּגְזָרָה הַתּוֹרָה לְבַרְר הַדְּבָר עַל יְדֵי שְׁבוּעָה וְכָל זְמַן דְּלֹא נִשְׁבַּע חִיב לְשַׁלֵּם כְּדַכְתִּיב וְלִקַּח בְּעַלְיוֹ וְלֹא יִשְׁלַם וּמַהֲאֵי טַעֲמָא כְּשִׁאֵינּוּ רוּצָה לִישָׁבַע נְחַתִּינּוּ לְנִכְסֵינוּ וּמַתּוּף שְׁאֵינּוּ יָכוֹל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם אֲמַרִּינּוּ מַה"ט דְּהוּי כַּא"ר לְבַרְר וְכְמוֹ שְׂכ" בְּש"מ פ' הַשּׁוֹאֵל.

וְהָעַד אֵינּוּ מְחִיבֵינוּ רַק לְבַרְר הַדְּבָר וְעַל יְדֵי שְׁבוּעָתוֹ נִתְּבַרְר כְּדְּבָרֵינוּ לְהַכְחִישׁ הָעַד. אָבֵל בְּמוּב"מ פִּינּוֹן דְּחִיבֵינוּ הַתּוֹרָה גַּם כֵּן לְבַרְר מְטַעֵם דְּרַגְלִים לְדְבָר י"ל פִּינּוֹן דְּכָכַר יֵשׁ לָנוּ סְפֵק לֹא נִתְּבַרְר הַדְּבָר עַל יְדֵי הָעַד א' וְנִשְׁאָר עֲדִינּוּ בְּסִפְק וְחִיב לְבַרְר לִישָׁבַע שְׁהוּא כְּדְּבָרֵינוּ כְּמוֹ שְׂכ" הַתּוֹרָה] וּלְפִי זֶה פִּינּוֹן דְּעֵיקָר חִיב שְׁבוּעָה הוּא כְּדִי לְבַרְר הַדְּבָר שְׁהַב"ד יָדַע בְּיָרוּר הַדְּבָר לְפָטוֹר אוֹ לְחִיּוּב וּלְכָף בְּמַעִיד שְׁפָרַע תּוֹרָה זְמַנּוֹ אַף דְּשָׁנִים מְעִידִין וּפּוֹטֵרִין דַּעפ"י ב' עֲדִים יָקוּם דְּבָר וְהוּא חֵק הַתּוֹרָה אַף דְּלָנוּ כְּכַר נִתְּבַרְר דְּלֹא פָּרַע דְּחֻזְקָה הַמְּבַרְרָת הוּא דְּאֵין אָדָם פּוֹרַע תּו"ז וְאִף דְּנִינ ע"פ וּמוֹצִיאִין מְמוֹן מ"מ גְּזָרָה הַתּוֹרָה לְקַנִּים הַדְּבָר עַל פִּי ב' עֲדִים מ"מ כְּשִׁישׁ עַד א' אַף דְּבכ"מ דְּב' מְחִיבֵינוּ מְמוֹן עַד א' מְחִיב שְׁבוּעָה מ"מ הִיכָא דְּהַחֻזְקָה הוּא מְבַרְרָת נֶגְדַּ הָעַד לֹא חִיבֵינוּ חֻזְקָה שְׁבוּעָה לְבַרְר הַדְּבָר פִּינּוֹן דְּאִף אַחַר הַשְׁבוּעָה לֹא יִתְּבַרְר לָנוּ יוֹתֵר וְהוּא מְבַרְר לְפָנֵינוּ לְהִיפָּךְ רַק בְּב' עֲדִים אֲנִי סְהִדִי וְחֵק הַתּוֹרָה לְדוֹן עַל פִּי ב' עֲדִים אַף נֶגְדַּ חֻזְקָה הַמְּבַרְרָת מַה שְׁאֵין כֵּן לְעַנְּנָן חִיּוּב שְׁבוּעָה לֹא יְבַרְר לָנוּ הַשְׁבוּעָה יוֹתֵר מִמָּה שְׁנִתְּבַרְר לָנוּ עַל יְדֵי הַחֻזְקָה דְּאֵין אָדָם פּוֹרַע תּוֹרָה זְמַן.

ובהקדמתו דמלמד אף דמוציאין ממון הוא מטעם חזקה דהשתא ורוב וברי נגד שמה ומ"מ בירור גמור לא הוי וגם פינו דהוי ריעותא דלמה לא השלים המלמד התנאי והלך מידי לברר ללכת ללוי לנסותו לכה לא הוי כמו אנו סהדי ולכה חייב שבועה.

ומ"מ יש לגמגם בזה פינו דעכ"פ מוציאין ממון למה צריה שישבע נגד עד א' בהקדמתו דמלמד וע"כ צריה לומר דנקא בשטר דשייך גם פן חזקה דשטרך בדי דאלי טובא בצירוף חזקה דתו"ז לא שייך שישבע להפיס דעתו של הלנה ולכה אין עד א' מחייבו שבועה אבל במלנה על פה חייב לישבע וכמ"ש הקצוה"ח ודלא כדפשיטא ליה להנה"מ פאן לגבי נאמנות נגד עד אחד.

ויש להסתפק אם המלנה האמין ללנה אם הנאמנות מועיל לנגד עד א' המעיד שיודע ברור שלא פרע לו או שהודה בהודא' גמורה דלא פרע לו דאם נאמר דרק בשטר הואיל דמן הדין חייב לשלם ופטור משבועה ורק פדי להפיס דעתו של הבועלים חייבו תו"ל לישבע וכשהאמין למלנה אז לא מחייבין פדי להפיס וכמו שכתב התנאים וסעד לדבריו מדברי בעל העיטור כנז' אם פן י"ל בנאמנות ללנה דמן הדין חייב אמרינו אף דהאמינו לא האמינו לפטור משבוע' דאורייתא וי"ל אף במלנה על פה דמן הדין פשהאמינו ע"כ האמינו לפטור אף מהיסת מ"מ נגד עד א' המחייבו שבועה מן התורה ונחתין לנכסיו בזה כ"ע מודים דאינו מועיל נאמנות סתם ובפרט למה שכ' הסמ"ע דכשהאמין ללנה שהוא נגד הסברא דלא עשה לו טובה ידו על התחונה בבירור וכמו שכ' לעיל: והיא דליכא עדים על הנאמנות שנתן הלנה למלנה דיש לו מגו בעיקר הנאמנות דנאמן הלנה לכ"ע כמו שכ' הסמ"ע והש"ך וכמבואר מדברי תשובת הרשב"א כמו שכ' לעיל (סי' ס"ה) וראיתי בספר הפלאה אה"ע (סי' צ"ח ס"ק ה') שכ' אם אין רק עד א' על עיקר הנאמנות אע"ג דלא הוי לו מגו בעיקר הנאמנות שהרי יצטרף להכחיש העד מ"מ פינו שאם היה מכחיש היה נאמן לגבי העד בשבועה לא נתחזק הנאמנות אלא על פיו שפיר אמרינו ביה מגו והניח בצ"ע והגאון מאוה"ג רע"א ו"ל בהגהותיו העתיק דבריו.

ותמהני הא הוי מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם דומה להמבואר (סי' ע"ה ס"ג) ופ"ך שם (ס"ק מ"ב) באם יש עד א' על הקיום בממרני מאחר שיש שם נאמנות על הפרעון רק שיכול לטעון פרעתי במגו דמזויה וכינו שיש עד אחד על חתימתו לא הוי מגו והוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם ושם גם פן לא נתחזק אלא על פיו וה"נ דכונתו במקום יש ע"א על הנאמנות הוי לי מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם: סי' סז בש"ע (סי' ע"ב ס"א) המלנה על המשכון צריה ליזהר שלא ישתמש בו מפני שהוא כמו ריבית וכ' בסמ"ע אם השתמש בו ולא קיימא לאגרא אף דהוא עביד למיג' פטור אף לצאת ידי שמים ואם קיימא לאגרא נראה מדבריו דחייב לשלם וכן כ' בנתיבות.

ולכאורה הא אף בקיימא לאגרא מ"מ פאן דאינו ת"י ולא יכול להשפיר לאחר כ"ז שהוא ממושכן בידי המלנה לא גרע מאם אינו בעיר ואין מי שישתדל בעבורו להשפירו דמבואר (סי' שס"ג) דהוי פחצר דלא קיימא לאגרא ואינו חייב להעלות שכר וכן כ' בס' מחנה אפרים הלכות מלנה (סי' כ"א) פינו דאין הלנה יכול עכשיו להשפירו מדינא פטור דהוי פלא קיימא לאגרא וליכא נמי משום רבית דמאי חסרי'.

אולם י"ל דהא אם נחית שלא אדעתא דאגרא במטלטליו דהוי פגזון ושואל שלא מדעת וכשולח יד בפקדון והוי כמו גזלן דכל הגזלנים משלמין פשעת הגזילה ואם פן בלא"ה פטור מלשלם שכר שימוש וצריף לומר כמו שכ' בנתיבות דאמרינן ודאי אדעתא שכירות נטלה שלא לחשדהו בפגזון וזה דוקא בקיימא לאגרא דאר דהשתא לא קיימא לאגרא הואיל דאינו ת"י מ"מ פיון דקיימא לאגרא וניחא להו לבעלים אם משתמש ונחית אדעתא דאגרא לכף חייב לשלם אבל בלא קיימא לאגרא בעצם פטור ואף די"ל פיון דמ"מ אסור לכתחילה להשתמש בו מטעם אסור רבית נימא מסתמא נחית אדעתא דאגרא זה אינו דהא מבואר בטו' (סי' שס"ג) בתוקף ספינה דל"ק לאגרא אף שדעתו הנה לשלם שכ' פטור וכן משמע מדברי הש"ע שם (ס"ה).

אף מ"מ יש להבין דמשמע מדברי הטור דוקא בתופס בע"כ של הבעלים אז אף דגלי דעתו דנחית לאגרא מ"מ פיון דהוי פגזון פטור אבל בלמ"ד בעלי' י"ל דחייב לשלם ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ז"ך) בדיני גניבה וגזילה באורף בדברי הטור והביא שם דגם בתוקף בעל פרחו חולקין תוס' ב"מ (דף ס"ה) על הטור וסברו דחייב לשלם בגילה דעתו שרוצה ליתן שכר אם פן אף בל"ק לאגרא נימא דמסתמא אדעתא דאגרא נחית פיון דאם אינו נותן שכר אסור משו' ריבית.

וצריף לומר פיון דלא קיימא לאגרא בעצם ואז אף אם נחית אדעתא דאגרא מ"מ בכלל שואל שלא מדעת הוא והוי פגזון וסייב באונסין אם פן כל זמן שלא גילה דעתו דנחית אדעתא דאגרא לא מסייבנו ליה לשלם אבל בקיימא לאגרא בעצם הדבר אף דהשתא אין בידי להשכיר לאחרים מ"מ ניחא להו לבעלים מה שהמלנה משתמש בו אם נחית אדעתא דאגרא אמרינן ודאי אדעתא דמשלומין נחית.

וביש"ש ב"ק פ' הגזל הקשה ע"ד הטור הא אף בקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא מ"מ באם אין הבעלים רוצים הוי פגזון למפרע רק אם רצו בשכר חייב לשלם אם פן אף בלא קיימא לאגרא נמי נימא פן דתליא ברצון הבעלים.

ויש לומר להמבואר בפ"ף (סי' שנ"ח) בלוקח דבר שאין הבעלים מקפידין דאם באו אח"כ וגלו דעתיהו הוי למפרע פלקח בהיתר ולא תליא ביאוש שלמ"ד אם פן אתי שפיר דעת הטור דאם קיימא לאגרא פשהבעלים רוצים אחר כף בהשכירות הוי למפרע פירד ברשות ולא הוי פגזון אבל בלא קיימא לאגרא לא מהני הרצוי של אחר כף ואף אם התרצו אחר כף פיון דאז לא ידעו וליכא אגון סהדי דנ"ל ולהיפוף אגון סהדי דל"ג להו פיון דלא קיימא לאגרא לכף אף שהתרצו אחר כף לא מהני על למפרע ועד עתה הוי פגזון וסייב באונסין לכף פטור משכירות.

וה"נ במשכון בקיימא לאגרא אגון סהדי דנ"ל להבעלים אם נחית אדעתא דאגרא לכף חייב לשלם ואמרינן מסתמא נחית אדעתא דאגרא שלא יהנה גזלן אבל בלא קיימא לאגרא דלא מהני אף אם התרצו הבעלים אחר כף להפקיעו מדין גזלן פיון דעצם הדבר ל"ק לאגרא לכף פטור מלשלם שכר שימוש.

ומ"ש הטוש"ע צריף כו' שהוא כמו ריבית כ' הסמ"ע דריבית ממש ל"ה הואיל וגוף הלואה לא נתרבה ועיין נתיבות ביאור דבריו ומ"מ קשה למה ל"ה עכ"פ אבק ריבית

ולקמה כ' הטור כמו רבית וביו"ד (סי' קע"ב) מבואר דבלא נכיתא הוי א"ר ועוד דשם משמע דהטור מסיק פדעת רש"י דבית חמור ומטלטלין חמור מבית וכבר האריף בזה בס' פהונת עולם שם.

ונראה דנדאי בדבר שאין דרו להשאיל לחבירו לא איצטריף הטור להשמיענו דגזל הוי כשמשמש במשכון שלא מדעת בעלים ואתו ברשיעי עסקינן שצריף ליזהר שלא ישמש בשל חבירו שלמ"ד בעלים רק אתי לאשמועינן דאף בדברים שאין בעה"ב מקפידין ודרו בני אדם להשאיל לחבירו בחנם וגם שלמ"ד בעלים דצריף ליזהר שלא ישמש במשכון שלמ"ד בעלים וכמבואר בטור וש"ע יו"ד (סי' ק"ס ס"ז) דצריף ליזהר מלהנות מלוה שלא מדעתו אפילו בדבר שהיה עושה לו אם לא הלנוהו ועיין שם בש"ף שפיון שנהנה ממנו שלא ברשותו נראה שסומך עליו שבשבייל מעותיו יספול לו: ואם היה פחת על ידי שישמש בהמשכון כ' התנאים דמגלגלין עליו את הכל ובנתיבות תמה עליו דזה דוקא בקרקע דאינה נגזלת אבל במטלטלין אם נטלם ע"ד שאלה שלמ"ד אם אינו עשויין לשכר אין צריף לשלם רק הפחת כמבואר (סי' שס"ג ס"ה) ולכאורה יש לומר דהא מבואר מש"ס ב"מ (דף מ"א) דאף שומר השולח יד ומשמש בהספץ אינו חייב רק כשמשוה ובתשמיש בלבד לא יצא מרשות בעלים וכמו כן יש לומר בשואל שלא מדעת אף דהוי כגזלן מ"מ אם לא עשה הגבהה רק בשימוש בעלמא לא קנה שיתחייב באונסין וכן כ' המחנה אפרים דיני גזילה (סי' י"ב) דאף לדעת הטור (סי' שס"ג) אם נטלה ע"ד שאלה אינו משלם רק הפחת ולא שכר מה שמשמש דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה מ"מ אם לא משוה הפלי רק משתמש במקומו לא קנה הגזילה וחיוב לשלם ועיין בס' ד"ח דיני שומרים (סי' ט') שהאריף אאמ"ו ז"ל שם לבאר פן בטעם וסברא דשימוש לא הוי קנין המועיל לכך אם היה הגבהה להשתמש קיימא ברשותו לענין אונסין וחשוב כגזלן וצריף השבה מעליא אבל אם לא עשה קנין רק שימוש בעלמא לא קיימא ברשותו ואני הוספתי שם על פי דברי ריטב"א (פ"ב) דקידושין דאף בשואל מדעת התחלת מלאכה ושימוש לא הוי קנין רק מדרבנן וממילא בשואל שלמ"ד דהוי איסור לא מצינו דאמרו דבשימוש יהיה קנין שיעמוד ברשותו לענין אונסין ושיהיה בידו בקנין גזילה וממילא י"ל דצריף לשלם שכר שימוש דהוי כמו בגזל קרקע דאפילו ירד בתור גזילה צריף להעלות שכר על מה שמשמש.

וכן ראיתי מבואר בדברי רמ"ה ב"ב (פ"ח) במתניתין דהשולח בנו אצל חנוני דפליגי חכמים ור"י בנטלה למוד ביה לאחרים וקתני במתניתין ומודים חכמים לר"י בזמן שהצלוחית ביד התינוק ומדד חנוני לתוכה שפטור כ' הרמ"ה דמודי' אם מדד לאחרים דפטור מתשלומי צלוחית דכיון דלא אגבהה לא קיימא ברשותיה עיי"ש (אות ט"ו וק"כ) הרי מבואר אף דהשתמש בהצלוחית למדוד לאחרים מ"מ כ"ז דלא שקליה לא קיימא ברשותו וא"כ י"ל דוקא בשומר כשנוטל להשתמש הוי ההגבהה לצורך שימוש קנין חשוב כמו בשאר גזלן וקיימא ברשותו אף אחר השימוש ויש לו דין גזלן אבל במשכון דבלא"ה כבר יצא מרשות הבעלים ואין ברשותו דהבעלים להקדישו ובפרט אם בע"ח קונה משכון הוי פיש לו להמלנה קנין בו אם פן ההגבהה אינו עושה שום קנין להוציא מרשות בעלים ולהכניסו לרשותו דהא בלא"ה כבר יצא מרשות בעלים וקם ברשותו ומה תוסיף ההגבהה לעשות קנין.



ועיין ספר המקנה קידושין (סי' כ"ח סי"ב) שכ' בגזל משכון שבידו פיון דקיי"ל דלא מקרי שליחות יד רק כששלה בו יד על מנת לחסרו אבל בלא"האע"ג דהוי גזלן לא מקרי שליחות יד אם פו נראה פשוט דאם המלנה מגביה משכון לקנותו אין בו שום קנין פיון דכבר הנה ברשותו והביא ראיה מב"ק (דף כ') גזבר שנטל אבן או קורה דלא מעל עד שנתנו עפ"י ארובה עיין שם.

ואם פו ממילא בשימש בהמשכון לא קנימא ברשותו ונשפיר צריף לשלם שכר שימוש ואם פחתו מגלגלין עליו את הפל כמו בגזל קרקע הואיל דלא הוציא מרשות בעלים ולא נעשה בו קנין גזילה פו נמי במשכון: אף אם פו יקשה על דברי רמ"א דכ' ואם למד בספרים שהלנה עליהם מקרי שולח יד בפקדון וכ' הסמ"ע ונ"מ דמשם ואילף אף אם נאנסו בידו חייב באחריותו משמע דהמשמש במשכון הוי הדין כמו שולח יד וקנימא ברשותו ודין זה הוא ממרדכי משם הראב"ן דמשכון אקרי פקדון והביא ראיה מדקתני במתניתין מי נשבע מי שהפקדון אצלו אלמא משכון קרי פקדון הלכך דינו כפקדון ואם יש עדים נפסל משבועה אם פו מבואר דאף במשכון מהני הגבחהו לאם השתמש בו שיהיה באחריותו גם אחר כף ונה דלא כס' המקנה הנז' ובאמת מ"ש המקנה דאם המלנה מגביה משכון לקנותו אין בו שום קנין פיון דכבר הנה ברשותו אינו מוכן הא זה הוי שליחות יד גמור כשמתכוין לקנותו לגמרי שיהיה שלו וראיתו מב"ק אינו ראיה דשם בגזבר דכל היכא דהיא היא ברשות הקדש וכשנטלה לא מעל דלא נתכוין להוציא פלל מרשות הקדש פיון דסבר דשלו הוא ולא נתכוין לקנות אבל במשכון אף דיש לו בו קנין משכון וכבר יצא מרשות הלנה מ"מ אינו שלו לגמרי וכשמתכוין לקנו' בגזילה אין חסרון גדול מזה ועיין ריטב"א ב"מ (דף מ"א) דאם בדעתו לגזול הפל אפילו דעתו לשלם ל"ב חסרון דאין חסרון גדול מזה ובמשכון גם פו אם מגביהו לקנותו בגזילה אין חסרון גדול מזה וממילא הוי כגזלן דעלמא.

ודחוק לומר דכוננת הסמ"ע באם נאנס בידו בשעת שימוש דבזה ודאי נראה אף בלא עשה שום קנין מ"מ פיון דנאנס בשעה שמשמש ואז פל הנאה שלו לא גרע משואל וכמו דמבואר סנהדרין (דף ע"א) ועיין שם ברש"י ומהרש"א אבל אחר השימוש כשהחזיר למקומו י"ל דאינו חייב באונסין פיון דלא שייך בו קנין על ידי הגבחה דמדברי הסמ"ע לא משמע פו רק מכאן ואילף חייב באחריותו ומזה נראה דלא כסברת המקנה ואף במשכון שייך קנין גזילה: סי' סח הא דס"ל לר' יצחק דבעל חוב קונה משכון מדכתיב וליה תהיה צדקה אם אינו קונה משכון צדקה מניין וקאמר בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה בשעת הלואה מי אמר כתב הש"ף (ס"ק ט') ד"ה וגם דאף דדיוקא דר"י מקרא מ"מ ליכא למימר דגזה"כ הוא בלא טעם דנה דחוק ועוד הא לא כתיב בהדיא דקונה ונימא דס"ל דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה.

ובאמת אי אפשר לומר דהוי גזה"כ דאם פו לא הי' שייך לומר דקונה רק במשכון שמתכוין להחזיר פגון פסות יום ולילה אבל במשכון דלא צריף להחזיר נימא דלא קנה ורק בצריף לעשות צדקה ולהחזיר בזה גזה"כ דקנה אלא ודאי דלאו גזירת הכתוב הוא ועיק' הטעם משום דבשעת הלואה לא נקיט לגובינא.

וַיֵּשׁ לֹאמֹר לְכֹאזְרֵי דְנֻדַּאי יֵשׁ בְּנֵי אָדָם שְׂמֻקְבְּלִין הַמְשַׁכְּפִין הַמְשַׁכְּפִין לְגִבְיָנָא אַף בְּשַׁעַת הַלְנָאָה וַיֵּשׁ  
בְּנֵי אָדָם שְׂמֻקְבְּלִין רַק לְזַכְרוֹן דְּבָרִים. אַבְל שְׂלֵא בְּשַׁעַת הַלְנָאָה וַדַּאי לֹא מְקַבְּל רַק  
לְגִבְיָנָא.

וְאִם הָיָה מִתְבָּרַר דְּמְקַבְּל גַּם בְּשַׁעַת הַלְנָאָה לְגִבְיָנָא הָיָה בּוֹ צַד קִנְיָן כְּמוֹ בְּמִשְׁכְּנֵנוּ שְׂלֵא  
בְּשַׁעַת הַלְנָאָה וְהָא דְקָאֵמַר בְּש"ס אִימֹר דְּאָמַר ר"י שְׂלֵא בְּשַׁעַת הַלְנָאָה בְּשַׁעַת הַלְנָאָה  
מִי אָמַר הֵינְנוּ פִּינּוֹן דְּהָיָה רוּצָה לֹאמֹר דַּר"א וַר"ע פְּלִיגֵי בְּדַר' יִצְחָק וַר"ע דְּסוּבְרָא אַבְד  
הַמְשַׁכְּפִין אַבְד מְעוּתֵינוּ עַל זֶה קָאֵמַר אִימֹר דְּאָמַר ר"י שְׂלֵא בְּשַׁעַת הַלְנָאָה דְּאָז הָיָה בְּיָרוּר  
גְּמֹר וְאֵנּוּן סְהַדֵי דְנִקְט לְגִבְיָנָא אַבְל בְּשַׁעַת הַלְנָאָה מִי אָמַר דְּהָיָה בְּיָרוּר הָא יֵשׁ לָנוּ סְפָק  
דְּלָמָּא לֹא קַבְּל רַק לְזַכְרוֹן דְּבָרִים וְלָמָּה יִפְסִיד מְסַפֵּק אִם הַמְלִיחָה טוֹעֵן בְּרִי דְלֹא קַבְּלוּ  
לְגִבְיָנָא הָיָה הַלְנָה כַּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ וְלָמָּה סְתָם ר"ע דִּיכֹוֹל לֹאמֹר לוֹ פְּלוּם הַלְוִיתָנִי אֲלֵא  
עַל הַמְשַׁכְּפִין אַבְד הַמְשַׁכְּפִין אַבְדוּ מְעוּתֵיהּ פִּינּוֹן דְּהַלְנָה אִינוּ יוֹדַע בְּבָרִי דְקַבְּלוּ לְגִבְיָנָא  
וְאִם הַמְלִיחָה טוֹעֵן בְּרִי מְהֵרָא וַיִּשְׁהִיָּה נְאָמֹן פִּינּוֹן דְּגַם לַב"ד יֵשׁ סְפָק עַל שַׁעַת הַלְנָאָה אִם  
מְקַבְּלוּ לְגִבְיָנָא אוֹ רַק לְזַכְרוֹן דְּבָרִים.

וּמַיְנֻשָׁב קִנְשִׁית הַתּוֹס' וְהֵרָאשׁוּנִים מְהָא דְגִיטִין (דָּרָף ל"ו) דְּהַמְלִיחָה עַל הַמְשַׁכְּפִין אִין שְׂמִיטָה  
מְשַׁמֵּט מִדַּר"י וְהַמְלִיחָה עַל הַמְשַׁכְּפִין מְשַׁמֵּעַ בְּשַׁעַת הַלְנָאָה דְכִינּוֹן דִּי"ל דְקַבְּלוּ לְגִבְיָנָא הָיָה  
הַלְנָה כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ דְלֹא יוֹדַע אִם שְׂמִיטָה מְשַׁמֵּטוּ דִּי"ל דְקַבְּלוּ לְגִבְיָנָא וְכֹן  
בְּפִסְחִים (דָּרָף ל"א) בְּמִלְחָה עַל חֲמִצּוֹ נְאָסַר לְאַחַר הַפֶּסַח דְּאָף מִס' נְאָסַר כְּמִבְּנָאָר בַּמַּג"א  
(סִי' תַּמ"ט).

אוּלָּם אִם כֹּן בְּשַׁמִּיעָה הָיָה עַכ"פּ הַמְלִיחָה צָרִיף שְׂיִטְעוֹן בְּרִי דְנִקְטוּ לְגִבְיָנָא וְזֶה לֹא מְשַׁמֵּעַ  
שְׂמֵם בְּסוּגְיָא דְגִיטִין: וַיֵּשׁ לֹאמֹר דְּרָף אַחַר בְּיָשׁוּב קִנְשִׁית הֵרָאשׁוּנִים הַנֵּז' מְהָא דְאִינוּ מְשַׁמֵּט  
וּמִש"ס פְּסָחִים הַנֵּז' לְדַהֲנָה הַנֵּז' ב"מ (דָּרָף פ"ב) הֵבִיא מִשָּׁם הֵרָאב"ד דְּהַקְשָׁה אִיף מְדַמָּה  
הַסּוּגְיָא לְחֵיבּוֹ כְּשׁו"ש בְּמִלְחָה עַל הַמְשַׁכְּפִין מְטַעַם פְּרוּטָה דַּר"י כְּמוֹ בְּשׁוּמֵר אַבְיָדָה דְּהָיָה  
ש"ש מְטַעַם זֶה הָא בְּאַבְיָדָה עוֹשֶׂה הַמְצָנָה כ"ז שְׁהוּא תַּחַת יָדוֹ שְׂצָרִיף לְשַׁמּוֹר וּבְהַלְנָאָה  
נַעֲשֶׂה הַמְצָנָה רַק בְּשַׁעַת הַלְנָאָה וּמְתַרְץ בְּהַלְנָאָה נְמִי מְפַנֵּי שְׂמִמְתִּין וְאִינוּ מוֹכֵר הַמְשַׁכְּפִין  
עוֹשֶׂה מְצָנָה וְהַרְשָׁב"א מְתַרְץ פִּינּוֹן דְּבִשְׁעַל הַלְנָאָה מְרוּיַח פְּרַד"י הָיָה שׁוּמֵר עַד דְּמַחְזִיר לוֹ  
הַמְשַׁכְּפִין.

וְלְכֹאזְרֵי צָרִיף לְהַבִּין דַּעַת הֵרָאב"ד הָא שְׂפִיר קָאֵמַר הַרְשָׁב"א וִי"ל דְּדַעַת הֵרָאב"ד דְּהָא  
מְבִנָּאָר בְּש"ס ב"ק (דָּרָף נ"ו) דַּר"י סוּבְרָא שׁוּמֵר אַבְיָד' כְּשׁו"ש בְּהַהִיא הַנָּאָה דַּל"ב לְמִינְתְּבֵי  
רִיפְתָא לְעַנְיָא אִיכָא דְמְפָרְשֵי הָכִי ר"י אָמַר כְּשׁו"ש דְּמִי פִּינּוֹן דְּרַחֲמָנָא שְׁעַבְדִּיהּ בְּעַל פְּרָחוֹ  
הַלְכָף כְּשׁו"ש דְּמִי וּבָיִם שְׂלֵל שְׂלֵמָה שְׂמֵם עֲמַד הָא בְּכָל מְקוֹם קִי"ל כַּא"ד אִם כֹּן מָה הַקְשָׁה  
הַש"ס בְּנֻדַּרִים (דָּרָף ל"ד) דְּמַחְזִיר לוֹ אַבְיָדָה הָא נְהַנָּה פְּרוּטָה דַּר"י דְלָמָּא בְּאַבְיָדָה הָיָה  
שׁו"ש מְטַעַם פִּינּוֹן דְּרַחֲמָנָא שְׁעַבְדִּיהּ בַּע"כ.

וַיֵּשׁ לֹאמֹר דְּנֻדַּאי הָאִיכָא דְמְפָרְשֵי לֹא פְּלִיגֵי עַל הַסְּבָרָא דְרָא וַיִּהְיוּ שׁו"ש דְּמִינְתֵר דְלֹא  
בְּעֵי לְמִיתַב רִיפְתָא לְעַנְיָא רַק דְּסוּף סוּף יִקְשָׁה אַף דְּמְרוּיַח וַיֵּשׁ לוֹ שְׂכָר מ"מ אִם יֹאמֵר  
הַמוּצָא הָאבְיָדָה אִינְנִי רוּצָה בְּהַשְׂכָּר הַזֶּה וְלִקְבֵל עָלֵי שְׂמִירָה פְּשׁוּמֵר שְׂכָר לְהַתְחַיֵּיב  
בְּגִיבָה וְאַבְיָדָה וְצָרִיף שְׂמִירָה יְתִירָה לְשׁו"ש דְּאִפִּי הַקְפָּהוּ בְּחוּמָה שְׂלֵל בְּרִזְל וְכֹן אִם

תקפו עליו שניה דהוי פאונס מ"מ חייב עד שיהיה האונס בגוף הדבר ואם המוצא יאמר מה לי לצרה הזאת די לי שאני חייב ליקח האבידה ולטפל בה ולשמור מפשיעה.

ואם פן אף בסתמא מוצא אבידה מאן יימר דהמוצא נחית לחייב את עצמו בגניבה ואבידה בשביל מעט הריוח שמרויח דלא בעי למיתב ריפתא לעניא לכה הוסיפו האיפא דמפרשי פיון דרחתמא שעבדיה בעל פרחו כשו"ש דמי והיינו דזה גם פן בכלל מצות השבת אבידה לשמור אבידת חבירו בשמירה מעולה כמו שהבעלים שומרים את שלהם אם היה תחת ידו כ"כ שעבדיה מצות התורה לשמור רק עכ"פ ש"כ צריף שיקבל ובלא ש"כ לא שעבדיה רחתמא בע"כ אולם זה ש"כ דמייתר דלא בעי למיתב ריפתא לעניא אולם אף דמרויח זה מ"מ אם יאמר לא הן ולא ש"כרו ואינו רוצה להיות שו"ש על זה שעבדיה רחתמא בעל פרחו.

ולא יש שום נ"מ בין הטעם דלא בעי למיתב ריפתא לעניא לטעמא דרחתמא שעבדיה בע"כ ומרויח צריכין להדדי ואתי שפיר דבש"ס נדרים פריף מפרדר"י דבלא זה נדאי לא הוי כשו"ש.

וא"כ לפי"ז מאי מדמה הש"ס מלנה על המשכון לשומר אבידה הא שם רחתמא שעבדיה בע"כ מחמת מצות השבת אבידה אבל במלנה מדעתו מאן יימר לן דהמלנה נחית על דעת להיות שו"ש בעד הפרוטה דמייתר כשעוסק במצנה דלמא אין רצונו להיות בשביל זה שומר ש"כ ונהשבת אבידה לא שייף בזה פיון דמשכון אצלו מדעתו דהלנה ועל זה מתרץ הר"ב"ד פיון דמרויח אחר כף גם פן אחר שהלנהו פל זמן שהמשכון ת"י וממתין מלמוןכרו ואחר כף כשפ"כר הלנהו הוי לו פאבידה פיון דהבעלים אינם יכולים לשמן' מוטל על מי שתחת ידו לשמור שמירה מעולה כמו אם היה תחת יד הבעלים שהיו שומרים תפציהם ולכף חייב בגניבה ואבידה ושכירתם הוא דלא בעי למיתב ריפתא לעניא כמו בשומר אבידה מפ"ש דהוי מטעם כשו"ש.

ודעת הרשב"א דגם בשעת הלואה אף שהלנה נותן להמלנה המשכון מדעתו מ"מ פיון דצריף לו למעות ההלואה הוי לענין זה המשכון פאבידה ומוטל על המלנה לשמור המשכון פאלו היה ביז הבעלים ודומה לאבידה ושכירתו הוא דמרויח דל"ב למיתב' ריפתא לעניא ולפי זה י"ל דהנהא הא דבעל חוב קונה משכון מדר' יצחק לחייבו בגניבה ואבידה כתבו התוס' שהוא משום דנהנה דיכול לקדש אשה ולקנות שדה בהמשכון ואם פן הא דחייב בגו"א הוא רק מתורת שו"ש שפיר קאמר בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה והיינו פיון דלוקח מהלנה לגובינא שלא ברצונו או אף ברצונו מ"מ מוכרח לתת לו דאם לא פן יקחו הב"ד ממנו אם פן התורה שעבדיה לחייבו בגניבה ואבידה כמו בשומר אבידה לר' יוסף דבשביל הנאה הזאת דלא בעי למיתב ריפתא לעניא שעבדיה רחתמא שיתחייב בשמירה מעולה אבידת חבירו פאלו הבעלים היו שומרים אם היה תחת ידם כמו כן בקבל המשכון פיון דהלנה מוכרח ליתן לו והלנה אינו יכול לשמור שעבדי' רחתמא להמלנה לשמור שמירה מעולה אף מגניבה ואבידה וש"כ שמירה יש לו דנקנה לו המשכון לקדש בו אשה ולקנות בו קרקע.

אבל בשעת הלואה מי אמר היינו אף דעצם הקנין שיש לו בהמשכון כשהוא שלא בשעת הלואה כמו שכ' תוס' או לענין למפרע גובה כמו שכתב הרמב"ן במלחמות מס' פסחי

ובקידושיו לקידושין (דף ח') ובריטב"א שם יש לו גם פן במשכון בשעת הלואה לא יגרע מזכותו דבר דמ"ש מ"מ מאן יימר לן דהמלנה רוצה לחייב א"ע לשמור שמירה מעולה מגניבה ואבידה בשביל הנאה מעוטה הזאת והקנן שיש לו בו.

ולכך הקשה הש"ס איה נוכל לומר לר"ע דסובר אבדהמשכון אבד מעותיו דהוא מטעם דר' יצחק דמאן לימא לן דהמלנה התרצה בזה לחייב א"ע לשמור אף דבאמת פל הקנן שיש לו בהמשכון שלא בשעת הלואה דמדקתני בקרא וליה תהיה צדקה ע"כ דיש בו צד קנן וחל קנן לתצאין בזה יש לו בו גם פן בשעת הלואה רק שלא בשעת הלואה רחמנא שעבדיה בעל פרחו מה שאין פן בשעת הלואה וכנן'.

ולפי זה אתי שפיר בשמיטה דאינו משמט אף במשכון בשעת הלואה וכן בחמין. ובקידושין (דף ח') דמשמע אף בשעת הלואה קונה משכון דבאמת פן הוא רק לחייבו בעל פרחו להיות פשוט ש"כר אינו רק שלא בשעת הלואה.

והא דקאמר בדר' יוסף קא מיפלגי יקשה נימא גם פן לחלק בין שעת הלואה לשלא בשע' הלואה ז"א דלסברת ר' יוסף אף בשעת הלואה חייב מטעם שומר אבידה דכשהלנהו אחר כף אין ביז הלנה לשמור והוי כאבידה ורחמנא שעבדיה כמו שפכתתי בבאיור דברי הרב"ד.

אבל מדר"י פיון דיש לו בו קנן גם פן במשכון בשעת הלואה ובשעת הלואה לא נוכל לחייבו מטעם זה דמאן יימר לן דהמלנה רוצה בכך ושלא בשעת הלואה התורה שעבדיה ובלקח בשעת הלואה לא נתוסף לו אחר כף שום דבר וש"כר להיות בעדו כשו"ש אף דהלנה אינו יכול לשומר מ"מ שכירות אינו מקבל דעיקר שכירותו הוא במה שיש לו קנן בהמשכון לקדש בו אשה ולקנות קרקעות וקנן זה פ"כ יש לו בו משעת הלואה ואז לא נעשה שו"ש דלא ידענו אם נחית לזה לחייב א"ע בגניבה ואבידה בשביל זה ואחר כף פ"כ שאין ביז הלנה לשמור אין לחייבו בשביל קנן זה שיש לו בו מפ"כ כמו בשלא בשעת הלואה פיון דאינו מקבל ש"כר שמירה לא שעבדיה רחמנא בע"כ: ולמ"ש בבאיור הש"ס דהא דשומר אבידה כשו"ש שהוא מטעם דרחמנא שעבדיה בעל פרחו וכן הוא טעמא דמלנה על המשכון יש לומר דאם חזר המלנה והפקידו ללנה דדעת המרדכי דאם נגנב או נאבד ביז הלנה חייב המלנה פיון דבתורת פקדון נתלו לו אפתי ברשותא דמלנה קאי וכן פסק המחבר בש"ע (סי' ע"ב ס"ג) ובש"ף (ס"ק כ"ד) הביא שהב"ח חולק ע"ז ושוב כ' (ס"ק כ"ה) דלמאן דפוסק דהוי שו"ש מטעם פרוטה דר"י הוי ליה כשו"ש ששומר חנם דחייב השו"ש אם נגנב אצל השו"ח וה"נ דכונתו'.

ולמה שכ' פיון דהמלנה לא נחית לזה לחייב א"ע בשמירה וש"כר יגנב שיתחייב לשלם רק רחמנא שעבדיה בעל פרחיה דומיא דשומר אבידה פיון שאין תחת יד הבועלים לשמור שמירה מעליא חייבה רחמנא בעל פרחו להשומר שהוא ת"י לשמור תחת הבועלים ולחייבו בגניב' ואבידה אם פן זה דוקא כ"ז שהמשכון הוא תחת ידו אז בעל פרחו שעבדיה רחמנא אבל פשטרו אף בפקדון לבד ליד הלנה שוב לא שעבדיה רחמנא שיתחייב בשמירה מעולה כשו"ש שיתחייב בגניבה ואבידה פיון דיש ביז הבועלים לשמור ואינו דומה לשו"ש כשהפקידו ביז הבועלים דנשאר הוא בחיובו פיון דכ"כ נתחייב להיות כשו"ש וירדה התורה לסוף דעתן של בני אדם דשומר מתחייב א"ע לכל

הפתוב בפרשה כמו שכ' תוס' פתובות (דף נ"ו) דשם התחייב ברצונו אבל במשפון דהוא רק פשוטמר אבידה דרממנא שעבדיה בעל פרחו לא שעבדו רחמנא רק פל זמן שהוא ת"י ואין ביד הבועלים לשמור אבל פשהחזיר ליד הלנה אף שהחזיר רק.

בתורת פקדון מ"מ פינו דביד הלנה לשמור את שלו לא חייבו רחמנא בע"כ שיתחייב בגניבה ואבידה רק כ"ז שהוא תחת ידו ועוד יבואר בזה לקמן: והנה הש"ך כ' דהר"י בר פרוף החולק על הר"י וסובר דא"ח פשהחזיר והפקידו הוא משום דאינו סובר כר' יוסף רק משום דכנגד מעותיו הוי שו"ש דהו"ל לפירש שאם יאבד המשפון נפסיד חובו והאי טעמא שייך דוק' פשהמשפון תחת ידו לא פשהחזירו ללנה דתו ל"ש מלתא דשמואל אבל המחבר דפוסק כר"י הוי כשו"ש שחזר והפקידו ובאמת לשון הר"י בר פרוף המובא בהגהות מרדכי וכן מובא דבריו בתשובת מהר"ם בר"ב פרוף קטן (סי' פ"ט) דכתב פל זמן שהמשפון ביד המלנה הוי עליה שו"ש בהיה הנאה דל"צ מיפק ומיעל אזוי דחוק גדול לומר דכוננתו לדשמואל כמו שכ' הש"ך.

אולם מ"מ קשה להבין הדברים דהא פבר כ' תוס' ב"מ דלא הוי שו"ש בשביל הנאה דתפס אזוי פינו דאינו מרויח בזה וכן מבואר מש"ס דמדחוק למצוא טעם דהוי שו"ש. ולכאורה י"ל דהנה מדברי תוס' ב"מ משמע די"ל דאף לר' יוסף לא הוי שו"ש רק בדשני אבל בלא שני א"ח כשו"ש מצד פרוטה דר"י והתוס' דחי זאת דמ"מ מצנה קאעביד ועיין מהרש"א ב"ק (דף נ"ו) דכתב גם כן סברא הזאת לחלק וצריף להבין הטעם ועיין בתנאים ויש לומר קצת דבהא דקאמר בש"ס דפליגי במלנה צריף למשפון פירש הר"ח דל"ה מלנה בלא משפון ובתוס' הקשו הא עכ"פ מצנה קא עביד ובש"מ שם ביא' דבריו ונ"ל וכינון שפן משפון זה עיקר המצנה ולפיכך נעשה שו"ש עליו שהוא הגורם לפנטרו לתת לעני פרוטה ור"א סבר המשפון לאו מלנה עביד אלא עיקר המצנה במלנה תלוי אבל לא במשפון והמשפון אינו פוטרו אלא המלנה ולפיכך אינו נעשה שו"ש ביאור דבריו די"ל אף דנהנה דל"ב למיתב ריפתא לעניא מ"מ זה השקר אינו בא מפח הלנה רק דהוא גורם לזה ועיקר שקר זאת הוא על ידי הלונאתו [וסובר דמשום שקר שהלנה הוי שו"ש ולא משום שטוח וניעור] ולכך י"ל דכ"ע סוברים כר' יוסף ואעפי"כ לא נעשה שו"ש בשביל הנאה הזאת שלא בא לו מפח הלנה רק על ידי הלונאתו ופליגי במלנה צריף למשפון דבלעדי קבלות המשפון לא הנה מלנה לו נמצא דנטילת המשפון גורם לו ההלנאה ומצנה קא עביד והוי בשביל דל"ב למיתב ריפתא לעניא.

ומר סבר דאפ"ה אין נטיל' המשפון גורמת המצנה אלא ההלנאה ועיין חידושי הר"ן ב"מ שם שכ' גם כן פנ"ל. אולם לכאורה יש להקשות בזה דאם נאמר דכ"ע סוברים כר' יוסף דזה דל"ב למיתב ריפתא לעני' הוי רינח ושומר אבידה כשו"ש בשביל זה אם כן נאמר אף דבמלנה על משפון לא גרם לו המשפון זאת רק ההלנאה מ"מ שוב יהנה בשביל הנאה דתפס אזוי פינו דעכ"פ מרויח יותר במה שהלנה אם לא הנה מלו' וכמו בהלנהו פירות דהוי שו"ש וכמו שכ' תוס' וצריף לדחוק דסובר פינו דאין נטילת משפון מצנה אלא ההלנאה בלבד אותו פרוע' דמרויח בשעת הלנאה לא שכיח ול"ח רינח ולכך לא הוי רק שו"ח אף דתפס אזוי מ"מ פינו דליכא הרנחה מותר אם לא הלנהו: והשתא דאתינן לזה י"ל דהמתרץ דסובר דפליגי ר"א ור"ע בדר' יוסף אם בשביל דל"ב למיתב ריפתא לעניא

הגוי כשו"ש סובר גם פן דבשביל הנאה הזאת לבד לא הגוי כשו"ש פנין דלא בא בגרמת הלנה רק על ידי הלנאתו אולם שוב הגוי שו"ש מצד הנאה דתפס ליה אזויי אחובו פנין דמרויח במה שהלנה ממה שלא הגוי מלנה פרדר"י.

ור"א סובר כרבה פרוטה דר"י לא שכיח ואם פן לא הגוי כמרויח ולא שנייה לומר דתפס אחובו כמו שכ' תוס' ור"ע סובר כר"י ומרויח במה דלא בעי למיתב ריקפתא לעניא ואף דזה הרינוח בא בגרמות המלנה מ"מ פנין שמרויח שוב הגוי שו"ש בשביל דתפס אחוביה.

ושוב מתרץ דלא פליגי בדר"י רק פליגי בצרייה למשכון אם מצנה קא עביד או לא כמו שפירשו הראשונים ויש לומר דכיון דעיקר מה דהגוי שו"ש לאו משום דמרויח דל"ב למיתב ריקפת' לעניא דזה לא בא רק בגרמות המלנה ורק דמ"מ פנין דמרויח פרדר"י הגוי שו"ש בהיה הנאה דתפס אחוביה אם פן זה דוקא בדשני דלא רצה להלות רק שיהיה בטוח במעותיו אבל בדלא שני דנראה דאינו מקפיד על זה שיהיה בטוח במעותיו אף דמצנה קא עביד מ"מ בשביל דמרויח פרודר"י בלבד לא הגוי כשו"ש דלא בא רק בהגרמת המלנה.

ואם פן י"ל דהא דכ' הר"י ב"ב דבמשכון בשעת הלנאה או לאחר הלנאה מדעתו בלא כפייית ב"ד דא"ק משכון ורק בגניבה ואבידה חייב בהיה הנאה דל"ב למיפק ולמייעל אזויי והוא דוקא בעודו בידו הגוי שו"ש ואם הפקידו להלנה אינו עוד שו"ש סובר גם פן דמשום פרדר"י הגוי שו"ש ולא מטעמא דשמואל דלא משמע כלל הלשון שהוא מטעמא דשמואל רק מטעם דמרויח פרו' דר"י ורק בשביל הרנוחה הזאת דגורם לו ההלנאה לא הגוי כשו"ש רק דשוב פנין דעכ"פ מרויח הגוי פאומן בהיה הנאה דתפס אזויי ולכן קשחור והפקידו ביד הלנה שוב לא הגוי שו"ש על המשכון.

וסעד לדברים האלה דאף לטעמא דהגוי שו"ש משום דמשתפר דלא בעי למיתב ריקפתא לעניא הוא העיקר משום דתפס אזויי מצאתי בתשובת הגאונים שבס' שערי צדק (שער ח' סי' כ"א) בתשובת רבינו סעדי' גאון ז"ל שכ' וז"ל וכ"כ משפט המלנה על המשכון שהוא שו"ש מפני שהוא נהנה בהפרעו חובו אעפ"י שאינו מרויח כמו ששנינו הלוחו על המשכון שו"ש לפי שהוא מקבל שכר מאת הקב"ה ונאמר בתלמוד שומר אבידה כו' ר' יוסף אומר כשו"ש והלקתא כר"י עכ"ל ומה זה שכ' שהוא נהנה בהפרעו הא עיקר הנאה הוא שמשתפר פדר"י א"ו דבשביל זה בלבד לא הגוי כשו"ש דלאו בהגרמתו בא רק בהגרמת המלנה רק שמשתפר בהפרעו היינו דתפס אזויי וכנ"ל: אולם דעת הר"י ותוס' דמטעם דמרויח דלא בעי למיתב ריקפתא לעניא בלבד הגוי שו"ש אף דהגוי בהגרמת המלנה ועיין ש"מ ב"מ שם דלמה לא הגוי שו"ש מטעם המצנה שעושה וכתב דמצות לאו ליהנות ניתנו ויש להעיר למה שכ' בהגהותי בספר דברי חיים לאאמ"ו ז"ל בדיני שומרים (סי' י"ט) הא דטבח אומן שקלקל דפטור אם לא בשכר דהקשה המע"מ אמאי לא הגוי שו"ש מטעם הפרכה וכ' הקצוה"ח דמצות לאו ליהנות נתנו וכתבתי שם למה שכ' הרשב"א והר"ן מס' סוכה אע"ג דמתנהה בעשיית מצנה שמקבל שכר בעוה"ז ובעוה"ב כל שאינו נהנה מגופו אלא שגורם לו הנאה ורינוח ממ"א אין הנאה מן האיסור דל"ח פנהנה באיסור הנאה אלא כשנהנה מגופו של איסור ויקשה למה צרייה לשומר אבידה שיהיה שו"ש משום דלא בעי למיתב ריקפתא תפ"ל משום דמרויח דמקבל שכר בעוה"ז ובעוה"ב נאי

דְּשָׁכַר זֶה לֹא בָּא לוֹ מִיַּד בְּעַל אַבְיָה ז"א דְּהָא גַם הֲרוּחַת דַּל"ב לְמִיתָב רִיפְתָּא לְעֻנְיָא גַם כֵּן לֹא בָּא לוֹ מִיַּד בְּעַל אַבְיָהוּצ"ל דְּכִינּוּן דְּכָל הַשּׁוֹמְרִים אֵינָם חֲזִיבִים רַק מִטַּעַם שֶׁהַתּוֹרָה יִרְדָּה לְסוּף דְּעֵתָן שֶׁל בְּנֵי אָדָם דְּרוֹצִים לְהִתְחַזֵּיב לְמָה שֶׁכ' בְּפִרְשָׁה כְּמוֹ"ש תּוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף נ"ו) וּבְשׁוֹמֵר אַבְיָה גַם כֵּן פִּינּוּן דְּמַרְוִית פְּרָדֵר"י אוֹקְמֵי הַתּוֹרָה בְּרִשּׁוֹתוֹ לְהִתְחַזֵּיב בְּגִיבָה וְאַבְיָה כְּמוֹ כָּל שׁו"ש אִם מְקַבְּלִים שְׁכָר נִפְרָד מִן פְּעוּלַת הַשְּׁמִירָה אֲבָל בְּעַד שְׁכָר הַמְצָנָה אֵינוֹ רְאוּי לִדְמֵר שְׁיִהְיֶה כְּשׁו"ש פִּינּוּן דְּאֵינוֹ נוֹטֵל הָאַבְיָה מְרֻצוֹנוֹ רַק דְּמִן כְּרַח בְּזָה לְקַיִם מְצַנֵּת הַתּוֹרָה וּל"ש לְחִיבּוֹ בְּשָׁבִיל זֶה כְּשׁו"ש רַק מִטַּעַם דְּמַרְוִית בְּזָה מִצ"א דְּמִשְׁתַּפֵּר פְּרוּטָה דֵּר"י מַה שְּׂאִין כֵּן בְּטַבַּח דְּאֵינוֹ מִן כְּרַח לְשַׁחֲט רַק אִם שְׁחַט חֲזִיב לְכַרְךָ שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַמַּע"מ דִּיהֵי שׁו"ש בְּשָׁבִיל הַנְּאֻת קַבְּלַת שְׁכָר בַּעוּה"ז וּבַעוּה"ב כְּמוֹ שְׁכַתְּבַת הַרְשָׁב"א דְּזָה הָיוּ הַנְּאֻה רַק מְאִיסוֹר הַנְּאֻה ל"ח פְּנֵהֶנָּה מְאִיסוֹ הַנְּאֻה וּלְכַרְךָ צָרִיף הַמַּע"מ לְתַרְזֵן פִּינּוּן דְּנִבְלָה הָיוּ בְּרַכָּה לְבִטְלָה וְאֵין כְּאֵין שְׁכָר.

וּמ"מ לְמָה שֶׁכ' יֵשׁ לְהִתְבּוֹנֵן דְּבְמַלְוָה עַל מְשָׁכּוֹן נִימָא פִּינּוּן דִּישׁ הֲרוּחַת קַבְּלַת שְׁכָר עֲבוּר הַהִלְוָה מַה שְּׁלֹא הִי' לוֹ אִם לֹא הִי' מְלֻנָּה שׁוֹב יְהֵי שׁו"ש בְּהֵי אִי הַנְּאֻה דְּתַפְס אֲזוּזֵי וְיֵשׁ לִינְשֵׁב לְהַמְעִינּוּ: סִי' סֵט בְּהֵי דִינָא דֵּהֲר"י בְּחִזּוֹר הַמְלָנָה וְהַפְּקִידוֹ אֲצֵל הַלְוָה וְנִגְנַב דְּפִטוֹר הַלְוָה רְאִיתִי בְּתַנּוּמִים (ס"ק ט"ו) דְּהֵעִיר הָא בִּיד הַלְוָה לְשִׁמְשׁ בְּהַמְשָׁכּוֹן וְלֹא הָיוּ כְּשׁוֹלַח יָד דְּהָא שְׁלוֹ הוּא וְאֵין לְהַמְלָנָה קִנְיָן בּוֹ רַק שׁו"ש הוּא וְאִם כֵּן יְהֵי הַלְוָה עַכ"פ גַם כֵּן כְּשׁו"ש בְּשָׁבִיל הַיִּתֵּר תְּשִׁמִּישׁ וְכ' דְּאֵינִי דְּאֵין הַמְשָׁכּוֹן שְׁנָה רַק כְּדִי הַחֹב דְּאִסוֹר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ.

וְלְכַאֲוָרָה הַמְעִינּוּ בְּתַשׁוּבַת מְהֵר"ם רוּיטְנְבוּרְג בְּכַרְךָ קָטָן (סִי' פ"ט) שְׁם מוֹכָא תְּשׁוּבַת ר"י ב"ב הַמּוֹכָא בְּמַרְדְּכֵי וּפְסִק הֲר"י דְּכ' דְּבַחֲזוֹר וְהַפְּקִיד אֲצֵל הַלְוָה דְּחֲזִיב הַמְלָנָה בְּגִיבָה וְאַבְיָה יִרְאָה דְּאֵף אִם הַשְּׁאִילוֹ לוֹ לְהַלְוָה בְּפִירוּשׁ שְׁיִשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ וְנִאָבֵד גַם כֵּן חֲזִיב הַמְלָנָה וְנ"ל פְּסִק רַבִּינוֹ יִצְחָק הַמְלָנָה אֶת חֲבִירוֹ עַל הַמְשָׁכּוֹן וְהַחֲזִיר לוֹ מְשָׁכּוֹ עַד זְמַן שְׁקַבַּע לוֹ לְהַחֲזִירָם וְנִגְנַבוּ בְּבֵית הַלְוָה הַפְּסִיד הַמְלָנָה דְּהַמְלָנָה הָיוּ שׁו"ש כּו' אֵף בְּמְשָׁכּוֹ בְּשַׁעַת הַלְוָתוֹ וְכַשֵּׁם שְׁאִם הַפְּקִיד בִּיד אַחַר וְנִגְנַבוּ אֲבָדוֹ לְמַלְוָה כְּךָ אִם הַפְּקִידֵם לְלוֹנָה עֲצָמוֹ אוֹ הַשְּׁאִילֵם לוֹ בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה עֲדִינּוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וּבְשַׁעֲבוּדוֹ שֶׁל מְלוּנָה הֵן עוֹמְדִין כְּאֵלוֹ הֵן בְּבֵיתוֹ וְכַשֵּׁנִגְנַבוּ הַפְּסִיד הַמְלָנָה שְׁהוּא שׁו"ש עֵינּוּן שְׁם עוֹד הֲרִי דְּכ' אֵף אִם הַשְּׁאִילוֹם לְהַלְוָה גַם כֵּן חֲזִיב הַמְלָנָה וְהַפְּסִיד חוּבוֹ וְע"כ הַטַּעַם דְּהַלְוָה לֹא הָיוּ כְּשׁו"ש אֵף דְּכָל הַנְּאֻה הוּא שְׁלוֹ וְהַמְלָנָה לֹא הִי' מְחֻיָּב לְהַחֲזִיר לוֹ מ"מ בְּמְשָׁכּוֹן בְּשַׁעַת הַלְוָה דְּלֹא הָיוּ קִנְיָן לְהַמְלָנָה לְדַעַת הֲר"י רַק שׁו"ש הָיוּ חֲשָׁבִינּוּ לְהַלְוָה כְּאֵלוֹ בְּשְׁלוֹ הוּא מְשַׁתַּמֵּשׁ וּל"ה בְּשָׁבִיל זֶה רַק כְּשׁו"ח: וּמ"ש בְּתַנּוּמִים לְהַבִּיא רְאִיָּה מְדַבְּרֵי הֲרָא"ש (פ"א) דְּקִיְדוּשֵׁין דְּכַתְּבַת לְהַקְשׁוֹת ל"ל בְּמְשָׁכּוֹן שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְוָה דְּהָיוּ שׁו"ש מְדַרְנֵי"צ תִּיפְקַ לִיָּה דְּהָיוּ שׁו"ש בְּשָׁבִיל דְּתַפְס אֲזוּזֵי וְקָשָׁה הָא נ"מ אִם נִגְנַב אוֹ נִאָבֵד בְּעַת הַחֲזָרָה לְלוֹנָה וּמְדַרְנֵי"צ לְכ"ע בְּרִשּׁוֹת מְלוּנָה קָאִי הוּאִיל וְיֵשׁ לוֹ בּוֹ קִנְיָן כְּמוֹ"ש הַגְּהוֹת מְרַדְּכֵי וּלְטַעֲמָא דְּתַפְס אֲזוּזֵי כְּשֶׁהוּא בִּיד הַלְוָה הוּא פְּטוֹר כְּמוֹ"ש ר"ב אֶלָּא וְדֹאִי הוּאִיל דְּהַחֲזִירוֹ לִיד הַלְוָה לְשִׁמְשׁ בּוֹ לְצִוְרָכּוֹ הוּ"ל שׁוֹאֵל וְחֲזִיב בְּאַחֲרֵיּוֹתוֹ וְלִיכָּא נ"מ דְּלַעוּלָם אֵין הַמְלָנָה חֲזִיב בְּגִיבָה וְאַבְיָה כְּשֶׁהַחֲזִירוֹ לְהַלְוָה וְלֹא אֲבִין הָא י"ל דְּהֲרָא"ש סוּבֵר כְּדַעַת הֲר"י דְּאִם הָיוּ שׁו"ש בְּשָׁבִיל דְּתַפְס אֲזוּזֵי גַם כֵּן חֲזִיב אֵף בְּהַחֲזִירוֹ לִיד הַמְלָנָה אֵף בְּמְשָׁכּוֹן בְּשַׁעַת הַלְוָה וְכֵן בְּשְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְוָה

אם הִיָּה הַדִּין דְּהוּי שׁו"ש בְּשִׁבִיל הַנָּאָה דְתַפְס אַזּוּי אַז גַּם כְּשֶׁהַחֲזִיר לַהֲלִינָה הוּי כְּמוֹ אִם הַפְּקִידוֹ בְּיַד אַחֵר.

וּבְאֵמַת בָּאִם הַחֲזִיר לִיד הַלֵּנָה מְצִינּוּ מַחְלֻקַת הָרֵאוּשׁוּנִים אִם נִפְחַת הַמְשָׁכּוֹן מִמָּה שְׁהִיָּה שְׁנָה אִם מִפְסִיד הַלֵּנָה אוֹ הַמְלִנָּה דְדַעַת תּוֹס' ב"מ (נַר ק"ד ע"ב) ד"ה אֲהֵנִי דְכָתְבוּ אִם מַחְזִיר בְּמַצָּנֹת הַשְּׁבֵת הָעֵבוּט פְּטוֹר הַלֵּנָה מִן הַגְרָעוֹן וְאַף דְדַעַת הַתּוֹס' דְמִדְרָג' צ' לֹא קָנָה לְאוֹנְסִין וְלֹא הוּי רַק כְּשׁו"ש וְאִם נִפְחַת אֶצֶל הַלּוֹ' וְנִתְקַלְקַל וְנִפְחַת עַל יְדֵי שְׁמִיּוּשׁוֹ שֶׁל הַלֵּנָה אוֹ שְׁנִשְׁבֵּר הַמַּחְרִישָׁה מִפְסִיד הַמְלִנָּה אִף דָּאִין אֹנְס גְּדוּל יוֹתֵר מִזֶּה דְחִיּוּבָא רַמְיָא עַל הַמְלִנָּה לַחֲזִיר לּוֹ מ"מ מִיְפְטָר הַלֵּנָה אִם לֹא כְּתִב לּוֹ תַשְׁלֹמַת' דָּאִית לָהּ עָלֵי כָּל קָבֵל דִּיכִי וְהַמְלִנָּה חֲזִיב בְּזָה וְכֵן מִשְׁמַע שָׁם דַּעַת רַש"י.

וְעֵינֵן רַדְבָ"ז (ח"ב סי' תתי"ט) מַה שְׁכ' שָׁם בְּבִיאוֹר דְּבִרֵי תּוֹס' ב"מ שָׁם וְכ' אֶלָּא דְקָשָׁה עָלַי לְקַבֵּל שְׁלֵא יִשְׁלַם הַלֵּנָה פְּחַת הַמְשָׁכּוֹן דְאַף ע"ג דְאַמְרִינֵן בְּעַל חוּב קוֹנֵה מְשָׁכּוֹן הֵינּוּ לְהַתְחַיֵּב בְּאוֹנְסִי' אֲבָל לֹא חֲשָׁבִינֵן לִיה פְּדִינָה מִמֶּשׁ לְעַנְנֵן שָׁאִם יַחְזִירָנוּ לַלֵּנָה שְׁיִהְיֶה כְּאִלוֹ הַשְּׁאִילוֹ כְּלִי שְׁלוֹ מִמֶּשׁ דְּהָא אֵין רְשׁוּת לַמְלִנָּה לְהַשְׁאִילוֹ לְאַחֲרִים מִשְׁמַע דְּלֹא דִינָה מִמֶּשׁ הוּא עֵינֵן שָׁם וּבְאֵמַת לְדַעַת תּוֹס' אִף בְּאוֹנְסִין פְּטוֹר וְאֵין אֹנְס גְּדוּל יוֹתֵר מִזֶּה מ"מ דַּעַת הַתּוֹס' דְּזָה הוּא בְּכֻלָּהּ הַמְצָנָה שְׁיַחְזִיר לּוֹ לְהַלֵּנָה וַיִּשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ וְהַפְסִיד מַה שְׁמַחְלֻקַת מִתְשָׁמִישׁוֹ הוּא עַל הַמְלִנָּה וְעֵינֵן בְּמַקְנָה קִידוּשִׁין (נַר ח') דְּזָה הוּא הַצְּדָקָה וּמִזֶּה מוֹכַח דְּבַעַל חוּב קוֹנֵה מְשָׁכּוֹן וְהוּי הַלֵּנָה כְּשׁוֹאֵל וּמַה דְּמַחְלֻקַת בְּתִשְׁמִישׁוֹ הוּי כְּמַתָּה מַחְמַת מְלֻאכָה.

אוּלַם הָרֵאָב"ד וְהַרְשָׁב"א וְהַר"ן וְהַרִיטָב"א שָׁם פִּירְשׁוּ דָאִם לֹא כְּתִב לּוֹ הִיָּה הַדִּין אִף דְּקוֹנֵה מְשָׁכּוֹן מִדְרָג' צ' וְאַף לְחֲזִיבוֹ בְּאוֹנְסִין לְדַעַת הָרֵאָב"ד מ"מ הַפְּחַת הַלֵּנָה חֲזִיב לְשַׁלֵּם וְלְהַשְׁלִים לְהַמְלִנָּה כְּדִי חוּבוֹ [וּבְרַדְבָ"ז שָׁם כ' לְשׁוֹן הָרֵאָב"ד דְּלֹא מְחִיב מְלִנָּה בְּאוֹנְסִין דְּמְשָׁכּוֹן וְזָה לֹא נִמְצָא בְּלִשׁוֹן רֵאָב"ד וְדַעַת הָרֵאָב"ד הוּא דְקוֹנֵה קִנְיָן גְּמוֹר אִף לְחִיּוּב אֹנְסִין רַק דִּמ"מ אִם לֹא כְּתִב לּוֹ דְּהוּי כְּפָרְעוֹן מִמֶּשׁ מִן הַדִּין אִף דְּחֲזִיב בְּכָל אֹנְסִין שְׁבַעוּלָם מ"מ מַה שְׁנִפְחַת בְּיַד הַלֵּנָה עַל יְדֵי תַשְׁמִישׁוֹ חֲזִיב הַלֵּנָה לְשַׁלֵּם וְכֵן אִם נֶאֱנַס בְּיַד הַלֵּנָה אוֹ נִגְנַב מִשְׁהַחֲזִירוֹ חֲזִיב הַלֵּנָה וְעֵינֵן שָׁם בִּשְׁ"מ בְּלִשׁוֹן הָרֵאָב"ד וְהַר"ן וּבְלִשׁוֹן רַשָּׁב"א שְׁכ' לְהַסְפִים לְפִירוּשׁוֹ שֶׁל וְכ' אֶלָּא שְׁמִשְׁמַע מִפִּירוּשׁוֹ שְׁמִשְׁכּוֹן שְׁלֹאֲחַר הַלֵּנָה בְּאַחֲרִיּוֹת הַמְלִנָּה לְאוֹנְסִין וּלְכַוְשָׁה וְזוּלָה כְּפָרְעוֹן גְּמוֹר וְלֹא כֵן דַּעַת הַגְּאוּנִים וּמִדְּבִרֵי רַשָּׁב"א וְהַר"ן וְכָל הַנּוֹ' מְבוֹאֵר דְּהַגְּאוּנִים הַחֹלְקִים עַל דְּבִרֵי רַש"י ז"ל וְסוֹבְרִים דָּאִינוּ חֲזִיב מִדְרָג' צ' בְּאוֹנְסִין הוּא אִף בְּמְשָׁכּוֹן בְּדְבָרִים שְׁחֲזִיב לְהַחֲזִיר מִשׁוּם צְדָקָה כְּגוֹן בְּכַר וּמַחְרִישָׁה וְדָלָא כְּמוֹ שְׁכ' הַנְּתִיבוֹת דְּתֵלָה הַמַּחְלֻקַת בְּדְבָרִים הַצְּרִיף לְהַחֲזִיר לְכ"ע חֲזִיב בְּאוֹנְסִין וּלְפִינֵינוּ מְבוֹאֵר דְּאַף בְּזָה אֵינוּ חֲזִיב בְּאוֹנְסִין] עכ"פ מְבוֹאֵר לְדַעַתָּם מִן הַדִּין חֲזִיב הַלֵּנָה לְהַשְׁלִים רַק מַה שְׁנִפְחַת מִתְשָׁמִישׁוֹ וְכֵן אִם נִגְנַב אוֹ נֶאֱנַס בְּיַד חֲזִיב הַלֵּנָה.

וּקְצַת יֵשׁ לְהַבִּין לְדַעַת הַר"ן בְּשׁוֹאֵל סִפָּר דָּאִינוּ חֲזִיב בְּאוֹנְסִין הוֹאִיל דָּאִין כָּל הַנָּאָה שְׁלוֹ דְּהַמְשָׁאִיל מְצוּה קַעֲבִיד כְּמוּבָא בְּש"ף אִם כֵּן מְהִרְאוּי דְּהַלֵּנָה יְהִיָּה פְּטוֹר מִן אֹנְסִין אִם נֶאֱנַס בְּיַד כְּשֶׁהַחֲזִירוֹ וְלָמָּה כ' הַר"ן דָּאִם נִגְנַב אוֹ נֶאֱנַס מִשְׁהַחֲזִירוֹ חֲזִיב הָא אֵין כָּל הַנָּאָה שְׁל הַשׁוֹאֵל וְעֵינֵן בְּמַקְנָה קִידוּשִׁין שָׁם אוּלַם כְּגוֹנ' הַר"ן הוּא דְּנוֹקָא עַל גְּנִיבָה דְּכַנְאָנְס בְּיַד



הלנה ונדאי חייב דהא אף אם נאנס ביד המלנה דעת הר"ן דמדדרי"צ דקונה משכון אינו חייב באונסין וק"ו אם נאנס ביד הלנה.

ומ"מ י"ל אף דחייב גם בגניבה ואבידה הלנה י"ל דוקא היכא דחייב להחזיר לו מטעם השבת עבוט י"ל דסברו דלא חייבו התורה כשו"ש רק כ"ז שהוא בידו וברשות אכל פשמוכרח להחזיר להלנה מצד מצוה דרמאי עליו אז פיון דאינו ברשותו אינו חייב בגניבה ואבידה אכל היכא דאינו מחזיר לו בתורת השבת עבוט רק דהפקיד אצלו מודים הנה פוסקים לדעת הר"י דהוי פהפקידו ביד אחר דנשאר על המלנה החיוב שמירה מגניבה ואבידה: וראיתי בב"ח (סי' צ"ז) שפכת לדקדק למה לא הביאוהו הך מלתא דר"י בן קרח דהמלנה לא ימשכנו יותר מחובו וכ' דלפי דעכשיו לא הורגלו לכתב תשלומות דאית לי כו' אם פטור הלנה מלשלם הגרעון וגם יכול למשכנו יותר מחובו עכ"ד.

ונה תימא דזה הוא ע"ד רש"י ותוס' שם דאחיי פתיבה לגרעון לחיוב הלנה ואם פן ונדאי דהנה להפוסקים להשמיענו דהוי פפרעון חוב וכשלא פכת לו הפחת הוא על המלנה. ומזה נראה דהפוסקי' פירשו בדברי הראב"ד וסייעתו דהפחת הוא על הלנה.

והנה למה דהעלה הש"ך דחייב המלנה בגניבה ואבידה וכן בשו"ש שהפקיד לבצעלים דהוי שו"ח י"ל דלכולי עלמא חייב השומר אם נאבד ומבואר דאם נאבד בפשיעה חייבין הבצעלים יש להבין הא פיון דמ"מ השומר חייב לשמור מגניבה ואבידה ומשתעבד ע"ז להבצעלים וכן המלנה משועבד לשמור המשכון מגניבה ואביד' א"כ הוי שמירה בבצעלים.

וראיתי בנתיבות המשפט (סי' ש"ה) דעמד ע"ז וכתב פיון דמ"מ אין השו"ש עמו במלאכתו שהרי אינו שומר רק שחייב הגוף מוטל עליו לענין גניבה ל"ה שמירה בבצעלים. ויש לגמגם בזה הא שו"ש מוטל עליו ומשועבד לשמור ביותר מגניבה ואבידה וצריך להיות עומד ושומר כל היום כמו שכ' בירושלמי המובא בטור (סי' ש"ג) וכיון דיש עליו חיוב אעפ"י שאין עושה חיובו מ"מ מקרי שמירה בבצעלים ועיין במח"א דיני שומרים (סי' ל"ח) בשו"ח שקבל פקדון מחבירו וא"כ הפקיד השומר חפץ לבצעלי' לא הוי שמירה בבצעלים דנפקד לא מקרי עומד במלאכתו של המפקיד דשו"ח אינו חייב אלא לשומרו במקום הראוי וכיון דנתנו במקום הראוי לשמירה שוב לא נשאר עליו חיוב שמירה ובשמור לי ואשמור לה דהוי שמירה בבצעלים שם בשעה שהפקידו אצלו שאלו לשמור לו אכל פשכבר הנה נפקד קודם לכן לא מקרי עומד במלאכתו וזה הפל בשו"ח אכל בשו"ש דיש עליו חיוב לשמור בכל עת שמירה מעולה הוי תמיד שמירה בבצעלים אף דאינו עמו במלאכתו מ"מ פיון דנשתעבד לזה הוי שמירה בבצעלים ועיין קצוה"ח (סי' ע"ד) שכ' בדעת הראב"ד והמ"מ דסוברים דאין השומר יכול לחזור תוך זמנו אף דפועל יכול לחזור משום דשמירה אין ענין לפועל דהוא חיוב ושעבוד שיתחייב לשלם אם יגנוב או יאבד אם פן פיון דבשמור לי ואשמור לה הוי שמירה בבצעלים כמו כן אף אם אינו שומר מגניבה מ"מ פיון דנשתעבד לזה או שנשתעבד אם יאבד או יגנוב ישלם הוי שמירה בבצעלים.

ואפשר דכוננת הנתיבות פיון דקבל עליו לשמור מפשיעה מחל לבצעלים השמירה מן פשיעה וקבל ע"ע: ועיין בטו"ז (סי' רצ"א) דפוסק באמת דבכה"ג הוי שמירה בבצעלים דדן שם באחד שנתן חפץ לחנות חבירו שימכור לו וקיצץ לו שכרו ואחר כך הלה המקבל

מן התנות ונאבד החפץ והמקבל טען שבשעה שהלה מהתנות אמר לו תשמור תנותי ואמר הן והנותן כופר ורצה המקבל לישבע ואז נפטר פיון דמודה שלא שמר וכ' דאף לפי דבריו פטור הנותן דאף אם היה שו"ח הני שמירה בבבועלים דבשעת קבלת השמירה כפר משועבד לו המקבל לחייב בגניבה ונאבדה וזה דלא פדעת הפוסקים כאן.

ויפה פתב הנתיות שם עוד טעם אחר דהא השומר אין הבבועלים של החפץ ומדמה להא (דסי' שמ"ו סי"ז) ברמ"א דלא מיקרי שמירה בבבועלים אלא בבעל החפץ עצמו: סי' ע לדעת רש"י וסייעתו דמדר"צ דבעל חוב קונה משכונן הוא חייב אף באונסין צידד הש"ך (סק"ט) לומר בדעתו דהרמב"ן כ' אע"ג דקני ליה אין כל הנאה שלו וגם דא"י להשתמש בו וצידד הש"ך דרשאי להשתמש בו בשעה שהוא בידו פיון שהוא שלו לפרעון רק דחייב לאהדורי ליה משום צדקה וכשהוא אצלו רשאי להשתמש ואף אם אינו רשאי היינו משום פיון דרממנא חייבו לעשות צדקה בשעת תשמיש להחזירו לו פשוטה ישתמש בו יפחת מהצדקה המוטלת עליו שיתקלקל עיניו בדבריו ולדבריו במשכונן עשיר דאינו חייב להחזיר או דבר שאין צורך להלוה להחזיר לו היה הדין דרשאי להשתמש בו פיון דבעל חוב קונה משכונן בין כה ובין כה דגלי קרא לזה ולא תליא דוקא אם צריך להחזיר כמו שכ' הש"ך הבאתי דבריו לעיל (סי' ס"ח) והדברים דברי תימא הן הא להדיא מבואר בש"ס ב"מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר ואם איש עני הוא לא תשכב בעבטו הא עשיר שכיב מאי קאמר אר"ש ה"ק ואם איש עני הוא לא תשכב ונעבוטו אצלה ופירש"י מ"ק וכי בשביל שהוא עשיר התירו לשכב על טליתו והרי הוא ריבית אצלו שישתמש במשכוננו חנם הרי מבואר דאינו רשאי להשתמש בו אף דהמלנה קונה המשכונן לכ"ד מ"מ אסור להשתמש במשכוננו חנם מטעם ריבית: אף יש להבין הא כתבו תוס' קידושין (דף ח') דדייק דבעל חוב קונה משכונן מדכתיב ושכב בשלמתו וברכה ואי לא הי' קונה ליה אם כן פשמכרו העני הני ליה ריבית דברים.

אלמא דאם קונה המשכונן שוב לא הני ריבית וכיון דהשתא דבעל חוב קונה משכונן ורשאי לברכו דהני פשלו ועושה צדקה עם בעל חוב דמחזיר לו את שלו שקנה אמאי יהיה רבית פשמשתמש בו בעצמו בדבר דא"צ להחזיר לו.

ועיין קצוה"ח (ס"ק י') שכ' דבמקום דאין צריך להחזיר אם מקבל שכר מהלנה בעד שמתחזיר לו הני ריבית אבל במשכונן שלא בשעת הלנאה היכא דקונה משכונן שפיר דמי לקבל מתנה עבור חזרת המשכונן דהני דידיה ובנתיות חולק דמ"מ מדרבנן אסור דאפילו במשפנתא בגנייתא אסור לחזור ולהשפירו להלנה ואינו דומה לדברי תוס' קידושין הנז' דשם קאי ע"ד תורה ואף דבלא קציצה נדאי מותר מן התורה בריבית דברים צריך לומר דסברו פיון שהגיעו ז"פ והתיר לו רממנא לברכו ומשמע אפילו אמר לו בפירוש פשמחזירו שייברכו מותר כדכ' ושכב בשלמתו וברכה וכיון שהיה יכול לגבות ואינו גובה רק נוטלו למשכונן כדי להחזירו שייברכו הני פמתנה בשעה דמרויח לו זמן ומזה מוכח דקני ליה שלא בשעת הלנאה ואינו יכול למכרו לעולם ואינו יכול לתבעו פלל ומש"ה מות' להתנות מדאוריית' כדי לברכו אבל לקבל שכר להשתמש דהני מדרבנן אסור.

ובמשו"ב נתיבות כ' הקצוה"ח דבמטלטלין אף מדרבנן מותר דאין שמו עליו עיי"ש ובאמת קצת יש להביא ראיה דמותר לקבל שכר פשמחזיר לו במקום שאין צריך ממה

דְּכַתְּבוּ תוֹס' ב"מ (דף ק"ד) אֶהְיֶה כְּתִיבָה לְגַרְעוֹן דְּהַקְשׁוּ פִּינּוֹן בָּאֵם לֹא כ' לֹו פֶּטוֹר מִן הַגְּרָעוֹן אִם פֶּן מַצְנָה הוּא שְׁלֵא יִקְחֵנוּ וְהֵאִיף הוּא מִוֶּתֶר ע"י הַכְּתִיבָה זֹו וְכ' שְׁמַדְעָתוֹ מִקְנֵה לִיָּה הַלְּוָה לְפִי שְׁמַחְזִירוֹ לֹו יָמִים רַבִּים וְכִינּוֹן שְׁמַקְנֵה לֹו אִין עוֹד בְּיָדוֹ בְּתוֹרַת הַשְּׁבִיט עֲבוּט אֶלָּא בְּתוֹר' שְׁאֵלָה הָרִי אִף דְּמִן הַדִּין פֶּטוֹר הַלְּוָה מִן הַגְּרָעוֹן מ"מ רִשְׁאִי לִיתָן לֹו אִם מַחְזִיר לֹו בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה וְאִם פֶּן כִּמוֹ כֵּן הֵיכָא דְּאִינוּ חֲזִיב לְהַחְזִיר לֹו רִשְׁאִי לְקַבֵּל שְׂכָר בְּעַד הַחְזָרָה וְלֹא הָוִי רַבִּית וְאִם פֶּן כִּמוֹ כֵּן לְמָה הָוִי רַבִּית אִם מִשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ הַמְּלָוָה כְּשִׁאִינוּ צָרִיף לְהַחְזִיר לֹו פִּינּוֹן דְּקָנָה לִיָּה וְכַמְשַׁתְּמֵשׁ בְּדִידְיָה דְּמִי.

וּבְאָמַת יֵשׁ לְהִבִּין דְּבָרֵי תוֹס' קִידוּשִׁין אִף לְמָה שְׁכ' הַנְּתִיבוֹת אִיף גְּדִיָּק מְזָה מִדְּכ' וְשָׁכַב בְּשִׁלְמָתוֹ וּבְרַכָּה דְּמִשְׁמַע אֶפִּילוּ אִמַר בְּפִירוּשׁ שְׁיִבְרַכוּ הָא זָה הוּא לְמַצְנָה עַל הַלְּוָה כְּמִבְּנָאָר בְּסִפְרֵי וּבְרַכָּה מְלַמֵּד שְׁהוּא מַצְנָנָה לְבְּרַכָּה יְכוּל אִם בְּרַכָּה אֶתְהָ מְבוֹרָף וְאִם לֹאוּ לֹא תִהְיֶה מְבוֹרָף ת"ל וְלָף תִּהְיֶה צְדָקָה לְפָנֵי ד' אֶלְקִיף מְלַמֵּד שְׁהַצְדָּקָה עוֹלָה לְפָנֵי כְּסָא הַכְּבוֹד כו' הָרִי דְּלְמַצְנָה עַל הַלְּוָה נְאָמַר אִם פֶּן אִיזָה רַבִּית שְׁיָיף עַל זָה.

וּמָה שְׁכ' הַנְּתִיבוֹת דְּהָוִי כְּמַתְנָה בְּשַׁעָה דְּמַרְוִיחַ לֹו זְמַן הוּא דְּחִסָּק גְּדוּל וְיֵשׁ לוֹמַר בְּיוֹתֵר דְּהָוִי כְּקוֹצֵץ בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה פִּינּוֹן דְּהָדִין הוּא כְּשִׁאִינוּ פּוֹרְעַ עַל לְוִוָּחַת מְשַׁכּוֹן עַפ"י ב"ד דְּחֲזִיב לְהַחְזִירוֹ וְלְבָרָף אוֹתוֹ הָוִי כְּמַתְנָה עַל זָה וְאִם פֶּן י"ל דְּנוֹקָא בְּרַבִּית דְּבָרִים בְּזָה פִּינּוֹן דְּקוֹנָה הַמְּשַׁכּוֹן מִוֶּתֶר אֶבְל לְהַרְוִיחַ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ הָוִי כְּרַבִּית אִף אִם קוֹנָה מְשַׁכּוֹן.

וּמ"מ קָשָׁה הָא פִּינּוֹן דְּהוּא מְמוֹשְׁפֶן תַּחַת יַד הַמְּלָוָה הָוִי כְּלֹא קִיָּמָא לְאֶגְרָא דְּהָא אִינוּ חֲזִיב לְהוֹצִיא מִתַּחַת יָדוֹ וְאִם פֶּן לֹא הָוִי נֶשֶׁף כְּלָל בְּמָה שְׁמַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ וְגַם אִף אִם יִפְתַּח יְהִיָּה הַפְּסִידוֹ שֶׁל הַמְּלָוָה דְּאִף כְּשִׁנְפַחַת הַמְּשַׁכּוֹן אֶצֶל הַלְּוָה כְּשִׁמַּחְזִירוֹ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ דַּעַת רִש"י דְּהָוִי כְּפֶרְעוֹן וְשֶׁל מְלָוָה הוּא כְּמִבְּנָאָר ב"מ שְׁם אִם פֶּן הַלְּוָה לֹא מְפָסִיד כְּלָל וְאִף אִם נֹאמַר דְּהָוִי כְּקוֹצֵץ בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה לְהַסוֹבְרִים יו"ד (ס' קע"ב) לְחַלְקַ בֵּין בֵּית לְשַׁדָּה וְעֵינּוֹ תוֹמַי (ס"ק א') מ"מ הֵיכָא דְּקוֹנָה מְשַׁכּוֹן וְהַפְּתַח הוּא עַל הַמְּלָוָה קָשָׁה לְהִבִּין אִמַאי יְהִיָּה רַבִּית דְּאוֹרֵייתָא.

וְעֵינּוֹ בַּמַּח"א דִּינֵי רַבִּית (ס' כ"א) מִשְׁם תְּשׁוּבַת מְהָר"ם דְּבְמְלָוָה עַל מְשַׁכּוֹן כְּדִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ דְּהָוִי רַק אֶבְק רַבִּית וְכ' הַטַּעַם פִּינּוֹן דְּהוּא מְמוֹשְׁפֶן אֶצֶל חֲבִירוֹ הָוִי כְּלֹא קִיָּמָ' לְאֶגְרָא וְצָרִיף לְדַחוֹק לִיָּשֵׁב דְּבָרֵי רִש"י אֶבְל עכ"פ מְבוֹנָאָר דְּאָסוֹר לְמְלָוָה לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְּשַׁכּוֹן וְדִלָּא כְּמוֹ שְׁעָלָה עַל דַּעַת הַש"ף (ס' צ"ז סק"ט) דְּמִשְׁמַע דְּסוֹבֵר בְּדַעַת הַרְמַב"ן וְהָר"ן דְּדוֹקָא בְּדָבָר שְׁצָרִיף לְהַחְזִירוֹ לְהַלְּוָה אָסוֹר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בּוֹ אֶבְל בְּדָבָר דְּאִין צָרִיף לְהַחְזִירוֹ רִשְׁאִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ וּמִדְּבָרֵי רִש"י הָר"ל מְבוֹנָאָר דְּכָל גְּוֹנֵי אִינוּ רִשְׁאִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ אִף אִם בע"ח קִינָה מְשַׁכּוֹן: וְהִנֵּה הַש"ף הַעֲלָה בְּדַעַת רִש"י דְּבְמְשַׁכּוֹן שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה בְּרִשׁוֹת ב"ד מְצִי הַלְּוָה לוֹמַר קִים לִי דְּחֲזִיב בְּאֶוֹנְסִין וְהַתוֹמַי חוֹלֵק עַל זָה וּבְאָמַת לְהַאוֹחְזִים דְּגָל קִים לִי וְדֹאִי קָשָׁה לְהוֹצִיא מִזְּמִן דְּרַבִּים וְגְדוּלִים פּוֹסְקִים כְּרִש"י כְּרָאָב"ן וְס' הַמְּכָרִיעַ וְהָרָאָב"ד וּבַעַה"מ וְרַבִּינוּ אֶפְרַיִם.

אוּלָּם יֵשׁ מְהֵם דְּכַתְּבוּ דְּנוֹקָא בְּמִשְׁכָּנָא עַל יָדֵי ב"ד וְכֵן כ' הָרָאָב"ן (דף צ"ח) הַלְּוָה עַל הַמְּשַׁכּוֹן שו"ש סוּגְיָא דְּשַׁמְעָתָא בֵּין מְשַׁכְּנוֹ בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה בֵּין שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה עַל יָדֵי ב"ד קוֹנָה מְשַׁכּוֹן לְגַמְרֵי וְכֵן בְּתְשׁוּבַת מְהָר"ם רוֹיטנְבוֹרְגַּ הַקְּצָרִים כ' (ס' פ"ט) דְּאִין בַּעַל חוֹב קוֹנָה מְשַׁכּוֹן אֶלָּא בְּמִשְׁכּוֹן עַל יָדֵי שְׁלִיחַ ב"ד וְגוֹזַה"כ הוּא כְּדָרְי"צ אֶבְל מְשַׁכְּנוֹ סְתָמָא

או בשעת הלואה או לאחר הלואה מדעתו בלא כפיית ב"ד אינו קונה משכון דדוקא לגבי גניבה ואבידה חייב כו' אם נאנסו ביד המלנה ישבע המלנה ונוטל מעותיו וכן מבואר בהגהות מרדכי סוף ב"מ.

אולם הראב"ד בש"מ ב"מ (דף פ"ב) כ' דמשפנו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה בין שנתן לו מדעתו בין שלא מדעתו חייב באונסין משום דפרעון הוא וכן פתבו האחרונים להוכיח מדברי הרמב"ן במלחמות דלדעת רש"י דחייב באונסין אין חילוק בין אם משפנו על ידי ב"ד או מדעתו של לנה או בעל פרוח ועיין בעה"מ פ' המקבל ובש"מ שם משם הראב"ד דדעתו כשנותן הלנה מדעתו אינו חייב להחזיר לו כמו במשפנו בשעת הלואה עיין שם.

וברשב"א ור"ן וריטב"א קידושין (דף מ"ח) כתבו דאמן פיון דלא אתי לידו בתורת משכון לא קנה וראיה מדתנן כל האומנין שו"ש ואוקמינן בהאי הנא דתפס ליה אאגרין ואלו קנה משכון מדר"י הני שו"ש אלא ודאי דא"ק.

אולם המעיין בדברי ר"ן שם יראה דלא תלי העיקר אם בא לידו מיד הלנה בתורת משכון או לא רק פיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידו לא קנה עד דליתבעו מיניה ותפס ליה אאגרין כעובדא דמלוגא דשטרין פ' הכותב עיין שם ובפ' הכותב פירש"י שפ"ל זמן שהי' חי הנה פקדון בידה ונהרי הו' פמונחין ברשותו וכי אמרינן תפס מחיים היינו פיון שראו אותו קרוב למות ותפסה מטלטלין לשם חובה ולא הוי פקדון בידה וברישב"א שם הוסיף ומיהו פי תבעוה מחיים ולא בעי למיתן להו ומעפכה בחובה הא חשיב תפיסה מרשותו וכ' שם בפנ"י להקשות דמה לי מדעת הלנה או שלא מדעת פשיטא דיכול אדם לתפוס למשכון אף שלמ"ד הלנה כדמוכח מהני עיני דאכלי חושלא.

וכבר כתבתי בבבאור דברי הריטב"א בהגהותי בדברי חיים דיני גניבה (סי' י') די"ל דתפיס' בקנין מהני אף שלמ"ד הלנה ואם הנה להו איתתא עדים שתפס' המלוגמא דשטרין שהיו מופקדים אצלה בקנין הנה מהני תפיסה אף שלמ"ד הלנה רק ר"ל דקאמר לה אית לה סהדי דקא תבעו לה מינה ולא יתבית להו משמע דבתביעה בלבד ולא רצתה ליתן הוי נמי תפיסה בקנין מחיים ואם לא תבעו מינה רק אמרה בפני עדים שמעפכת בחובה למשכון לא הוי מהני התפיסה בלא קנין דחצרה אינו זוכה לה דחצר של הנפקד הוא ונהי כתפיסה בלא קנין דלא מהני ואף אם נאמר דלא כדעת רשב"ם המובא בטו"ז (סי' קפ"ט) דחצר דנפקד הוא של המפקיד מ"מ כמו בגנב וגזלן ושולח יד דלא מהני באמירה בלבד וצריף לעשות מעשה להקנין כמו כן לא חשיב תפיסה מחיים רק היכא דקא תבע לה מינה מחיים ולא בעי למיתן להו ואמרה שמעפכת בחובה הוי תפיסה מרשות פיון דאמרה לבעה"ד שתופסת בחובה למשכון דומה לכפירה ונהי כתופס מרשות הלנה וחשיב קנין ע"ש ומ"ש לעיל (סי' נ"ז) בזה וזה נמי סברת הר"ן ובאמת באמן אם פי קא תבע מיניה ולא רצה ליתן לו י"ל דסובר דמהני תפיסה בתורת משכון וכן נמי אם עושה מעשה קנין להחזיק בתורת משכון קנה ליה מדר"י אף שלא בא לידו בתורת משכון רק סתם אמן כ"ז דאינו עושה מעשה קנין לשם משכון אינו קונה.

ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ג) שהאריף להוכיח מדברי רש"י ותוס' מס' שבועות (דף מ"ד) מדסברו אף בבא לידו לזכרון דברי' גם כן שייך בעל חוב קונה משכון דחולקים על

סִבְרַת הַרְשָׁבָ"א וְהָר"ן הַנז' וְלָמָּה שֶׁכ' יֵשׁ לוֹמֵר דְּגַם תּוֹס' וְרַש"י מוֹדִים בָּאֵם לֹא גְלִי דַעְתוֹ דְּלֹא יַחְזִיר לוֹ עַד שְׁיִשְׁלַם לוֹ חוּבוֹ לֹא שְׁיִיָּד לוֹ בּוֹ קִנְיָן מִדְּר"י פִּינּוֹן דְּעוֹמֵד בְּרִשּׁוֹתוֹ מִקְּדָם רַק בְּנִקְט לְזַכְרוֹן דְּבָרִים עַכ"פּ פִּינּוֹן דְּמָיֵד לְקַח הַמְשָׁכּוֹן עַל דַּעַת שְׁלֵא יַחְזִיר לוֹ עַד דְּמִשְׁלַם לוֹ שׁוֹב קִנְיָן מְדַרְגֵי"צ.

וּלְקַמְן יִתְבָּאֵר עוֹד בְּדַבְרֵי רַשָׁב"א דְּסוֹבֵר דְּנֶאֱמָן כְּשָׁבָא לִידוֹ בְּתוֹרַת מְשָׁכּוֹן עַל סָף הַהִלְוָאָה אִף בְּלֹא מַגּוֹ וּמַחְלֵק מֵהָא דְּאֶנְפּוֹן אֵינּוּ נֶאֱמָן עַל הַקְּצִיצָה דְּלֹא קָשָׁה עַפ"י מֵה שֶׁכ' בְּדַבְרֵי הָר"ן מֵה דְּהַקְשׁוּ הַתְּנָמִים וּקְצוּה"ח עַל הָרַמ"א בְּתִשְׁבּוּבָה דְּפּוֹסֵק כֵּן מְדַבְּרִי בְּרַמ"א אַה"ע (ס' כ"ח): וְהַש"ף הֶעֱלָה דְּגַם אֵלֶּה הַסּוֹבְרִים דְּלֹא קִנְיָן מְשָׁכּוֹן רַק שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה מ"מ אִם הִיָּה בְּיַד הַמְּלוֹנָה מְשָׁכּוֹן וּבֵא' שֶׁנ' הַשְּׁמִיטָה יָכוֹל לְתַפְּסֵם עִתָּהּ מִחֲדָשׁ לְמְשָׁכּוֹן שְׁיִהְיֶה נִקְנָה לוֹ בְּהִלְוָתוֹ כְּפֶלְאוֹ מְכָרוּ לוֹ בְּחוּבוֹ פִּינּוֹן דְּאֵין לוֹ לְגַבּוֹת חוּבוֹ אֵלֶּה מְשָׁכּוֹן זֶה דְּלֹא מְסַתְּבֵר לוֹמֵר פִּינּוֹן שְׁמִשְׁכּוֹן זֶה בָּא מִתְּחִילָה לִידוֹ בְּשַׁעַת הַלְוָאָה לֹא יִקְנָה לוֹ מֵעַכְשָׁיו דְּלָמָּה יִגְרַע כְּשִׁהְיֶה בְּיַדוֹ עַד עִתָּהּ.

וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַבִּין הָא וְדֹאֵי גְרַע דְּהָא בָּאֵם לֹא בָּא לִידוֹ בְּתוֹרַת מְשָׁכּוֹן רַק בְּפִקְדוֹן לֹא מְהַיִּ תְּפִיסָתוֹ לְמְשָׁכּוֹן לְגַבּוֹת חוּבוֹ מִיתוּמִים כְּמִבְּנֵי מִש"ס כְּתוּבּוֹת סוֹגֵיָא דְּמִלּוּגָא דְּשִׁטְרָא.

וְלִכְאוּרָה י"ל דְּנִקְאָ בְּבָא לִידוֹ בְּתוֹרַת פִּקְדוֹן אֲזַל לֹא מְהַיִּ אֲמִירָה אִף בְּפִנֵי עֲדִים שְׁרוּצָה לְזַפּוֹ בּוֹ בְּתוֹרַת מְשָׁכּוֹן דְּכָל הֵיכָא דְּאִיתָא בְּרִשּׁוֹתֵיהּ דְּמַרְיָה אִיתָא וּבְיַד הַבְּעָלִים לְהַקְדִּישׁוּ מֵה שְׁאֵין כֵּן מְשָׁכּוֹן אִף בְּמִקּוֹם דְּלֹא קִנְיָן מְשָׁכּוֹן מ"מ אֵין בְּרִשּׁוֹת הַבְּעָלִים לְהַקְדִּישׁוּ כְּמִבְּנֵי מְדַבְּרֵי רַשָׁב"א (ס' רנ"ח) וְהוּא מְמַרְדְּכִי ב"ב וְעֵי' בַש"מ כְּתוּ' (דנ"ט) מִשְׁמ ר' יוֹנָה דְּאִף מְשָׁכּוֹן קָרְקַע א"י לְהַקְדִּישׁ וְעֵינֵן בְּש"ף יו"ד (סירכ"א סקמ"ד) דְּמֵה שְׁכַנְגָד מְעוֹתֵיו אֵינּוּ יָכוֹל לְהַקְדִּישׁ וְאִם כֵּן בְּזֶה קוּנְיָה לוֹ חֲצָרוֹ וְיָכוֹל לְתַפְּסֵם שְׁפִיר לְגַבּוֹת מְמַנּוֹ כְּפֶלְאוֹ הַגְּבֹהֵוּ ב"ד וְלִזְכּוֹת בּוֹ אִף בְּלֹא מַעֲשֵׂה קִנְיָן וְחֲצָרוֹ זוֹכֶה לוֹ אִף בְּלֹא מַעֲשֵׂה כָּלֵל פִּינּוֹן דְּכִבְרָ יֵצֵא מִרִשּׁוֹתוֹ.

וְלָמָּה שֶׁכ' מְדַבְּרֵי הָר"ן קִידּוּשֵׁין דְּנִרְאָה דְּתַפְּסִיָּה בְּקִנְיָן וְדֹאֵי מְהַיִּ אִף בְּפִקְדוֹן רַק בְּעֵשֶׂה לוֹ שִׁירִים וּנְזָמִים הוּאִיל דְּלֹא עֵשֶׂה מַעֲשֵׂה קִנְיָן לְכַף אֵינְהּ מְקוּדְשֵׁת י"ל דְּגַם כְּנֹנֶת הַש"ף אִם עוֹשֶׂה קִנְיָן הַמוֹעִיל לְגַבּוֹת בּוֹ וְלִזְכּוֹת בְּתוֹרַת מְשָׁכּוֹן מְהַיִּ.

בְּרַם מִצַּד הַסְּבָרָא נִרְאָה דְּכָבָא לִידוֹ בְּשַׁעַת הַלְוָאָה לְמְשָׁכּוֹן דְּכִבְרָ יֵצֵא מִרִשּׁוֹת בְּעָלִים עַכ"פּ אִף דְּאֵינּוּ קוּנְיָה מ"מ מְהַיִּ לְגָלוּת דַּעְתוֹ אַחַר כֵּף שְׁרוּצָה לְזַכּוֹת בּוֹ וּכְמוֹ דְּמְהַיִּ כְּשִׁתּוּכְס מְשָׁכּוֹן דְּזוֹכֶה בּוֹ כ"כ מְהַיִּ וְלֹא מִיְגַרְע גְּרַע בְּזֶה מֵמָה שְׁבָא לִידוֹ בְּהִיתָר כְּשִׁתּוּכְס מְשָׁכּוֹן שְׁאֵין לוֹ לְגַבּוֹת מ"מ אִ שְׁיִקְנָה לְגוּבְיֵינָא מִשְׁ וְשְׁיִהְיֶה כְּשִׁלּוֹ: וְרִאִיתִי בְּס' מַח"א דִּינֵי גַב"ח (ס' י"א) שְׁהַקְשָׁה ע"ד הָר"ן דְּבִפְרָק שְׁהַד"י הִבִּיא דְּבָרֵי הָר"י הַלּוֹי ז"ל בְּעַנְיָן אִם בְּמוֹדָה בְּמִקְצַת רוּצָה לִיתֵן מְשָׁכּוֹן עַל מִקְצַת הוֹדְעָתוֹ אִי מְקַרֵי הִילָף דְּכ' כִּי אֲמַרִינֵן בַּע"ח קוּנְיָה מְשָׁכּוֹן ה"מ בְּשַׁעַת הַלְוָאָה שְׁמַעוֹתֵיו קוּנוֹת לוֹ אוֹ שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה מְשׁוּם דְּכַגּוּבְיֵינָא דְּב"ד אֲתִי לִידִיָּה וְגוֹזָה"כ הוּא דְּקִנְיָ לִיָּה כְּדָר"י דְּהָרִי הוּא כְּפֶלְאוֹ הַגְּבֹהֵוּ ב"ד אֲבָל בְּנִתְּנוֹ לִיָּה לְמַלְוָה שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה פִּינּוֹן שְׁמַלְוָה אֵינּוּ קוּנְיָה בְּמָה קִנְיָן א"ת בְּמִשְׁיָכָה זֶה הִיא שְׁלֵמָד הָר"י הַלּוֹי ז"ל מְהַיִּ אִ שְׁיִקְדִּישׁוּ דְּמִנְהָ אֵין כְּפֶאֱן מְשָׁכּוֹן אֵין כְּפֶאֱן שְׁאֵין הַמְטַלְטְלִין נִקְנִין בְּמִשְׁיָכָה לְמְשָׁכּוֹן בְּעֵלְמָא הָרִי דְּסוֹבֵר דְּאֵינּוּ קוּנְיָ מְשָׁכּוֹן אֵלֶּה אוֹ בְּשַׁעַת

הלואתו בכסף או שלא בשעת הלואתו פשהגבוהו לו ב"ד ולא באופן אחר ודברים אלו הם ה'פך מה שכ' הוא עצמו בפ"ק דקידושין דהיכא דאמר קני משכון בשעבוד מנה קניא ליה משכון לההוא שעבודא והוי ככסף לקנות בו.

ולא אדע מה קשיא ליה הא מבואר מדברי הר"ן קידושין (פ"ב) הנז' דאף בתפס משכון שלא בשעת הלואה קונה הרי דסובר דמשיכה קונה ולא עוד אלא אף היכא דהב"ד לא מגבי ליה מ"מ מהני תפיסה דהא הביא שם דברי הר"ן מס' שבת פ' השואל בהא דהלואת יו"ט לא ניתן לתבוע דאי תפס מלנה לא מפקינן מידו ואם תפס אידה מידו דמלנה בהחזרה מפקינן מינה דגזילה הוי בידו וה"מ בתפס זויי אבל אם תפס משכון והדר לנה ותפס ההוא משכון גופיה לא מפקינן מיניה דהא ל"ק מלנה לגמרי וכי הדר לנה ותפס לדידה קא תפס הלכך לא מפקינן מיניה דאם כן הלואת יו"ט הוא דמגבינן הרי דהר"ן כ' רק משום דלא קנייה מלנה לגמרי אבל קנין יש לו בו הלכך לא מפקינן מינה דמלנה דהא קונה להמשכון בתפיסתו במשיכה רק כיון דלגובינא לא מהני דמאן שם לך וצריף שומא וביד הלנה לפדותו לך מהני תפיסתו בהחזרה אבל קנין יש לו בו דמשיכה מהני לקנות לשעבודא.

ושם בפרק שהד"י בסוף דבריו לא הסכים לסברתו של הר"י הלוי דסובר דמשיכ' ל"מ לשעבודא דכ' וז"ל ואפילו תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודא כשם שנקנה בכסף לשעבודו במשכנו בשעת הלואה מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה העבריה וה"נ משכון לאו הילך הוא.

והיינו כמו דבנותן משכון לדעת הרמב"ן המובא בר"ן (פ"א) דקידושין דל"מ הואיל דאגד גביה ולדעתו אף באומר קני משכון לשעבוד מנה לא מהני ולדעת הרמב"ד מהני כמבואר שם מ"מ כיון דאינו יכול לעשו' קנין ואגד גביה לא הוי הילך אבל כשכבר חייב מנה סובר אליבא דאמת דמהני משיכה ושעבודו אף שלא בשעת הלואה ודלא פדעת הר"י הלוי: ובספר קצוה"ח הקשה ע"ד הר"י הלוי דהא מבואר בש"ס ב"מ (פ"ב) אין לי אלא שמשכנו ברשות שלא ברשות מניין ת"ל השב תשיב וכן מבואר ריש מס' תמורה הרי מבואר דקונה משכון אפילו שלא ברשות ב"ד וע"כ דמהני משיכה למשכון אף שלא ברשו' ואמ"ו ז"ל האריף ליישב קו' הקצוה"ח בד"ח דיני חמץ וכאן כיון דאם בא לידי גובינא קונה למפרע לך חייב והדברים דחוקים דכיון דמבואר מש"ס דאף במשכון שלא ברשות קאי בעשה דתשיב וקאי ע"ז הקרא דולך תהי' צדקה ע"כ דעושה צדקה בשלו דעכשו' יש לו קנין בהמשכון ולגבות א"י מזה רק כשמחזיר לו כמבואר (סי' צ"ז) רק כשמת יכול לגבות ואם לא הוי בו קנין במשיכתו רק אם יגבה לענין למפרע גובה מה צדקה שייך בזה ובפשוטו משמע דעל כל אופנים שמשכנו נאמר וליך תהיה צדקה וכשדרשינן מן השב שקאי אף על משכנו שלא ברשות ב"ד הרי דמהני משיכה לשעבודו: ברם נראה דהא גם אם משכנו מדעתו אם אומר בפירוש שיקנה בהנאת מחילת מלנה ודאי קונה בכסף דהנאת מחילת מלנה כמו במשכנו בשעת הלואה דכ' הר"י הלוי דקונה בכסף הלואה ואם מסלק שעבודו מכל נכסיו רק שישאר לו השעבוד על משכון הנה ובאם יאגס המשכון ישלם לו ודאי דקונה בהנאת מחילת מלנה ולענין הילך כ' הריטב"א ריש ב"מ אפילו אני רוצה ליתן לו המשכון בפרעון גמור לאו הילך הוא דלאו כל כמיניה

למפרעי' ע"כ אלא בזווי וכ' ואפילו אם ת"ל דאי לית ליה זווי יכול למפרעי' ע"כ בדבר אחר מ"מ פיון דמחסר שומא לאו הילך הוא עכ"ל.

[ועיין ב"ש אה"ע ואחרונים שם אם בשנה כסף פרועון בע"כ הוי פרועון] ואם פן בנדאי בעל פרוח כ"ז דאינו נותן בפרעון גמור ומחוסר שומא לאו הילך הוא רק אף אם נותן לו מדעתו אם מתרצה המלנה בזה י"ל דהוי הילך ונפקע החוב דהוי המשכון בפרעון והיינו אם אומר דקונה בהנאת מחילת מלנה ובלא זה דעת הר"י הלוי דאינו קונה במשיכה לשעבודו אבל אם תופס מעצמו משכון כמו שהוא גזה"כ דקונה בגוביינא דב"ד כמו כן אם משפנו שלא ברשות גלי קרא פיון דנפקע בו שעבודיו שיש לו על המלנה ויש פאן הנאת מחילת מלנה דלא נשא' רק השעבוד על משכון זה ומדכתי' תשיב גלי לן הקרא דאף בכה"ג קונה המשכון ויש בזה צדקה פשמחזיר לו הכר בלילה והמחרישה ביום.

ובפרט להמבואר מדברי רמב"ם ומ"מ וכן העלה הש"ך דבתופס משכון שלא ברשות דינו כגזלן ותייב אף באונסין אם פן הוי קנין לגוף המשכון דנותן לו זה בפרעון חובו ואם אומר בהנאת מחילת מלנה שמקנה לו רק שהברירה יהיה עוד בידי הלנה לפדותו הוי קנין המועיל אף לענין דהוי הילך רק כ"ז שאינו אומר לו בהנאת מחילת מלנה לא מהני המשיכה לשעבודו פיון דיש בידי הלנה הברירה לפדותו וגם אם יאנס המשכון נשאר החוב ולכך לא הוי הילך אבל בתופס משכון פיון דנסתלק כל שעבודו מן הלנה ולא נשאר רק על המשכון הזה ובאם יאנס גם פן נפטר הלנה פנגד חובו לכ"ע כמו שכ' הקצוה"ח וכיון דנמחל כל ההלנאה ולא נשאר שעבודו רק על משכון שתופס גלי לן קרא דקונה אף כשתופס או מטעם פיון דלוקח לפרעון ונפקע כל שעבודו משאר נכסיו וכיון דיש פאן הנאת מחילת מלנה אף שלוקח בע"כ דלנה מ"מ קונה כמו אם לוקח מדעתו ואומר בהנאת מחילת מלנה או מטעם פיון דהוי כגזלן ואף אם נאנס פטור הלנה מלשלם לא הוי כמשיכה לשעבודו מה שאין פן לענין הילך כ"ז שאינו אומר בהנאת מחילת מלנה לאו הקנאה הוא.

ועיין ריטב"א ב"מ (דף פ"ב) דכ' לתרץ בהך דעשה לי שירים ונזמים דלמה לא מהני פיון דתפס ליה אאגרא וז"ל משום דלאו למגבי ביה אגריה יתביה ניהל' אלא לתקוני הלפך הוי ליה כממשפן את חבירו שלא ברשות ולית ליה שום זכות בההוא משכון מש"ה לא מיקדשה דמנה אין פאן משכון אין פאן עיין שם משמע לכאורה דלא אתי עלה מטעם שכ' ה"ר"ן הואיל דלא בא לידו בתורת משכון ואינו תופס מרשות הבועלים רק בכל תופס שלא ברשות לית ליה ביה שום זכות ולכאור' אם פן איך יפרנס הא דדרשינן מתשיב דאף בתופס שלא ברשות קונה מדר"י.

וצריך לומר גם פן דכוננתו הוא אם תופס למשכון ולא לפרעון שיפרע ממנו ממשכון זה ולא נסתלק שעבודו מיתר נכסיו בזה אינו קונה לשום דבר מה שאין פן כשתופס למשכון שיהיה לו בו קנין ונסתלק שעבודו משאר נכסיו לכ"ע קוני' משכון במה שתפס אף בע"כ דלנה.

ועיי"ש עוד בריטב"א דכ' א"נ איפא למימר דאפילו במשכון דאנמן מיקדשא פיון דתפס לנה אאגר מיהו ה"מ במשכון דאחרים דדעתה אמשכון שהוא בעין אבל במשכון דידה

פי הכא לא גביא מידי בההוא משפון לא מהני דדעתה אמלנה פיון דאפשר למיהדר לה ובתר הכי תבע ליה אגריה דאורחא דאינשי הכי הוא דעתה אמלנה ולא מיקדשה עיין שם ועיין מה שכ' עפ"י דברי הרמב"א אלה בהגהותי בדברי חיים דיני קידושין (סי' י') ליישב דברי הרא"ש קידושין (דף ח') עכ"פ כנראה דהרמב"א גם כן סובר דמהני תפיסה במשפון.

ועיין באבני מילואים אה"ע (סי' צ"ו ס"ק ד') מה שכ' ליישב דברי הרמב"א פתובות (דף פ"ה) הנז' מקושטת פנ"י והעלה דסובר דמשיכה מהני לשעבודא רק מדעת הלנה אבל שלא מדעת הלנה אינו קונה משפון פיון שלא הוי על פי ב"ד ולא אדע לכלפל דבריו הא ברמב"א לא פתוב שם דברים האלה דהתפיסה מחיים צריף להיות מדעת הלנה וכי תבעה מניה ולא אהדר ליה הוי כמדעתו וגם אין הבנה לדברים האלה דלמה צריף מדעתו ואם צריף מדעתו מה מועיל אם תבעה מניה ולא אהדר וברמב"א שם כ' להוסיף על דברי רש"י רק כי תבענא מחיים ולא בעי למיתן להו ומעכב בחובא הא חשיבה תפיסה ברשותו ועל פרוף כמו שכ' לעיל דהמניעה מלהחזיר הוי פתופס מרשו' המפקיד לרשות הגפקד.

אבל לעולם אף תפיסה בע"כ מהני שיקנה: עוד יש לומר דעד כאן לא כ' הר"י הלוי דלא מצינו משפון לקנות רק או בשעת הלנאה בכסף או שלא בשעת הלנאה בגוביינא דב"ד היינו פיון דסובר דמדר"י ליכא קנין רק לשעבוד וכמו דקל לפירות שהיא קנין הגוף הדקל לפירות ולא שיהא הגוף קנוי מעיקרו קנין ממש ה"נ במשפון קני ביה זכותא בעלמא משום דקא משתעבד ליה והוי כמאן דקני גופיה להאי זכותא שהיא השעבוד וכמבואר בדבריו מס' שבועות סוגיא דמלנה על המשפון ולא הוי רק פשוטר שכתב ובאונסין פטור ולכף לא מהני אם נותן לו הלנה מדעתו שלא בשעת הלנאה דליכא קנין מה שאין כן פשתופס במקום דאינו רשאי לתפוס ותופס באיסור דהוי כגזלן וכמבואר ברמב"ם (פ"ג) מהלכות גזילה ועיין שם במ"מ שפן נמי דעת הר"י מיגאש ז"ל וכיון דהוי כגזלן וכפשטות דברי הרמב"ם (פ"ג) ממלנה וכמסקנת הש"ך ובכה"ג לכ"ע הוי כשולן ותייב באונסין והו"ל בו כמו קנין גזילה פיון דחטף באיסור בזה מהני הקנין מגזה"כ דתשיב אף דלא הוי רק משיכה לשעבודא פיון דאף באונסין מחייב והואיל דרוצה לקנות קמה ברשותו כמו כל גזלן דעלמא וממילא שייף בו קנין לשעבודא גם כן.

אף מ"מ צריף לומר במקום דרשאי לתפוס מהני הקנין אף לדעת הר"י הלוי גם כן שיהנה עכ"פ למשפון כדמוכח מעובדא דמלוגא דשטרתי פתובות (דף פ"ה) דמבואר אם תפס מחיים מהני ובשטר לא מהני רק להחזיק למשפון ואינו קונה הגוף ומ"מ מהני אם הנה לה סהדי דתבעוה מחיים ולא יהב' וצריף לומר דשם פיון דמה"ד הוי הב"ד יכולין לתפוס מהני תפיסתו וכמו שכ' הנתיבות ועוד יש ליישב בדרף אחר: ואם גזבר של הקדש הלנה מעות של צדקה על משפון אם אמרינו גם בזה בעל חוב קונה משפון כמו בהלנה ממון שלו או יש לומר פיון דכל מאי דיליף רי"ץ דבעל חוב קונה משפון הוא משום דכתיב וליה תהנה צדקה אם אינו קונה צדקה מניין ולגבאי הקדש מצינו בש"ס ב"מ (דף קי"ד) דאין מחזירין יצא הקדש דאין צריף צדקה ממילא י"ל דאין קונה המשפון.



וְרֵאִיתִי בְּתִשׁוּבַת הַב"ח הַחֲדָשׁוֹת (סי' פ') דְּדַעַת גָּאוֹן הַשְׂוֹאֵל שֶׁם דְּגַבֵּי הַקְּדָשׁ לֹא שֵׁינָהּ לֹמֵר בְּעַל חוֹב קוֹנֶה מִשְׁכּוֹן מִטַּעַם הַנּוֹז' וְכַעַת אֵין ת"י לְעֵינַי בּוֹ. אוּלַם בְּתִשׁוּבַת שַׁעַר אֲפָרַיִם (סי' קכ"ב) מְבֹאֵר דְּגַבֵּי גִזְבָּר שֶׁל צִדְקָה שֵׁינָהּ גַם כֵּן לְחִיבּוֹ בַּגְּנִיבָה וְאֲבִינָה מְדַרְיָצ' וצ"ע בְּזֶה וְאֵם בַּגִּזְבָּר שֵׁינָהּ לֹמֵר דְּהוּי שׁו"ש מִשׁוּם פְּרוּטָה דר"י וּבְנִתִיבוֹת (ס"ק י"ט) כ' דְּלֹא מִיפְטֵר בְּשִׁבִיל הַגְּבָאוֹת מְלָמִיתֵב רִיפְתָּא לְעֵנְיָא וְכִבֵּר פְּתִיבָתִי בְּזֶה בְּהִגָּהוֹתִי בְּדַבְרֵי חַיִּים דִּינֵי שׁוֹמְרִים (סי' י"ט) דְּמְבֹאֵר הַהִיפָּהּ בְּדַבְרֵי תוֹס' שְׁבוּעוֹת (דף מ"ב) וְעֵינַי שֶׁם מָה שֶׁכ' בְּזֶה וְכֵן בְּסִפְרֵי ח"ר אֲמָרֵי בֵּינָה בְּדִינֵי או"ח (סי' י"ג אוֹת ג') הָאֲרַכְתִּי בְּזֶה: סי' עֵא מְדַבְרֵי הַמ"מ (פ"י) מְשִׁכִּירוֹת הוֹכִיחוּ הָאֲחֵרוֹנִים דַּס"ל דְּהָא דֵא' שְׂמוּאֵל אָבֵד קָמִי אָבֵד אֶלְפֵי זוּזֵי הוּא אִפִּי' אִם נֶאֱבֵד בְּאוֹנָס וְע"ש בַּלח"מ וּבְרַמְבַּ"ן מַס' שְׁבוּעוֹת הַק' ע"ז דֵא"כ לָמָּה לֹא הַק' הַש"ס לְשְׂמוּאֵל מִמְתְּנֵי דב"מ דְּקִתְנֵי הַמְּלִנָּה עַל הַמְּשִׁכּוֹן שׁו"ש.

וַיֵּשׁ לִינִישׁב דַּעַת הַסּוֹבְרִים דְּלְשְׂמוּאֵל חִיבֵי בְּאֲוֹנָסִין דְּהֵנָּה הַגַּה"א ב"מ פְּתַב דְּטַעְמָא דְשְׂמוּאֵל לֹא הוּי רַק בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וְלֹא שְׁלֵא בְשַׁעַת הַלְוָאָה וּבְחֻמְיָם בִּיָּאֵר סְבָרְתוֹ עַפ"י דְּבָרֵי תוֹס' שְׁבוּעוֹת דְּכִתְבוּ הָא דְלֹא הוּי אֶסְמַכְתָּא פִּינּוֹן דְּהַלְוָה יַפְסִיד לְגַמְרֵי גָמֵר וּמְחִיבֵי נְפִשְׁיָהּ וּל"ד לֹאִם אוֹבִיר וְלֹא אֶעֱבִיד דְּהֵתֵם לֹא מַפְסִיד וּבִיָּאוֹר הַדְּבָרִים אִף דְּהֵתֵם גַם כֵּן מַפְסִיד מ"מ אִף אִם נֶאֱמַר דְּהוּי אֶסְמַכְתָּא הוּא דְּוִקָא עַל הָאֶלְפֵי זוּזֵי שְׁהֵתְחִיב אָבֵל מָה שְׁהֵפְסִיד חִיבֵי לְשַׁלֵּם מָה שְׁאִין כֵּן בְּמִשְׁכּוֹן אִם נֶאֱמַר דְּהוּי אֶסְמַכְתָּא וְאִף כְּנֶגֶד הַמְּשִׁכּוֹן לֹא יַפְסִיד הַמְּלִנָּה אִם כֵּן יַפְסִיד הַלְוָה לְגַמְרֵי גָמֵר וּמְשַׁעֲבֵד נְפִשְׁיָהּ וּלְפִי זֶה דְּוִקָא בְשַׁעַת הַלְוָאָה דֵאִם לֹא נֶאֱמַר דְּגָמֵר וּמְשַׁעֲבֵד נְפִשְׁיָהּ יַפְסִיד הַלְוָה מְכַל וְכַל אָבֵל שְׁלֵא בְשַׁעַת הַלְוָאָה דֵאִף בְּלֹא דְשְׂמוּאֵל הוּי שׁו"ש עַכ"פ כְּנֶגֶד הַמְּשִׁכּוֹן מִטַּעְמָא דר"י שׁוֹב הוּי עַל הַמְּוֹתֵר אֶסְמַכְתָּא עַכ"ד.

וּלְפִי זֶה יִקְשֶׁה לְכַאוּרָה מֵאֵי הַקְּשָׁה הַש"ס בַּמַּס' שְׁבוּעוֹת עַל שְׂמוּאֵל מִמְתְּנִיתִין שֶׁם סְלַע הַלּוֹתִיף וְשִׁקְלָהּ הִנֵּה שְׁנֵה דְלָמָּא הַמְּשַׁנָּה אֲתֵיָא כַּת"ק דְּמִתְנִיתִין דב"מ דְּהַמְּלִנָּה עַל הַמְּשִׁכּוֹן הוּי שׁו"ש וּמִטַּעַם פְּרוּטָה דר"י וְשְׂמוּאֵל סוֹבֵר כַּר"י שֶׁם דְּלֹא הוּי שׁו"ש מִטַּעַם פְּדֵר"י וְלִת"ק דְּהוּי שׁו"ש שׁוֹב הוּי אֶסְמַכְתָּא לְהַפְסִיד יוֹתֵר מְדָמִי שׁו"י הַמְּשִׁכּוֹן פִּינּוֹן דְּהַלְוָה בַּלֵּא"ה לֹא יַפְסִיד: אִף י"ל דְּהָא הַרְמַב"ן הַקְּשָׁה עַל הַמְּתְנִיתִין דְּלָמָּה יִהְיֶה הַלְוָה מוֹב"מ הָא אֵינּוּ יוֹדֵעַ אִם נֶאֱבֵד הַמְּשִׁכּוֹן וְדָלָמָּא עֲדֵינּוּן הַמְּשִׁכּוֹן בִּידּוֹ וְהוּי פְּחֻמְשִׁין לִית לָהּ וְחֻמְשִׁין לֹא יַדְעָתִי וּמְתַרְץ הַר"ן פִּינּוֹן דֵאִף אִם יֵשׁ הַמְּשִׁכּוֹן פְּחֻמְשִׁין דְּהַמְּלִנָּה מ"מ חִיבֵי הַלְוָה בְּדָמֵי הִתְרוֹן שֶׁל הַמְּשִׁכּוֹן אִף דַּהב"ד לֹא פִּינִיפִין לִיהַּ פְּדֵי שְׁלֵא יַעֲבֹר הַמְּלִנָּה עַל לֹא פְּחֻמְדוֹ מ"מ חִיבֵי הוּא בְּדָמֵי הִתְרוֹן וְהוּי מוֹב"מ לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה.

אִם כֵּן הַקְּשָׁה הַש"ס שְׁפִיר לְשְׂמוּאֵל דֵאִם נֶאֱמַר כְּסְבָרְתוֹ דְּהַמְּלִנָּה נְחִית דַּכ"ז שְׁלֵא יַחְזוֹר לוֹ הַלְוָה הַמְּשִׁכּוֹן לֹא יִשְׁלַם לוֹ הַלְוָה כְּלוּם וְאֶסְמַכְתָּא לֹא הוּי פִּינּוֹן דֵאִם לֹא כֵּן יַפְסִיד הַלְוָה לְגַמְרֵי לָמָּה חִיבֵי בְּמִתְנִיתִין לְהַלְוָה נִימָא הָא קַבִּילָתָּ.

וְאִף דְּהוּי אֶסְמַכְתָּא פִּינּוֹן דֵאִף בַּלֵּא"ה לֹא הִנֵּה מַפְסִיד הַלְוָה דְּסוֹבֵר הַמְּלִנָּה עַל הַמְּשִׁכּוֹן שׁו"ש מ"מ יִקְשֶׁה נִימָא דְלָמָּא יִשְׁנּוּ לְהַמְּשִׁכּוֹן בְּיַד הַמְּלִנָּה וְהוּי כַּנ' יַדְעֵנָּה דְלִית לָהּ וְנ' ל"י כְּקוֹשְׁיַת הַרְמַב"ן וְלֹא שֵׁינָהּ לֹמֵר כְּתִירוּצוֹ שֶׁל הַר"ן דַּעכ"פ מְחִיבֵי דְזֶה אֲתֵי שְׁפִיר אִם לִיתָא לְדְשְׂמוּאֵל כְּמוֹ שֶׁכ' הַר"ן בְּעֵצְמוֹ אָבֵל אֶלְיָא דְשְׂמוּאֵל לִימָא הָא קַבִּילָתָּ וְאִף דְּהוּי

אסמכתא זה אתי שפיר אם ידענו דנאבד שיפסיד הלנה הכל זה הוי אסמכתא אבל אם ישנו תחת יד הלנה בזה מהני מה שקבל המלנה על כל חובו שלא יתחייב הלנה לשלם לו עכ"פ כ"ז שהמשכון ת"י.

ומינשב מה שדקדק בתנאים למה לא הקשה הש"ס מרישא סלע הלוחיה ושקל הנה שנה והלה אומר סלע הנה שנה דעל מה יש להם דו"ד לשמואל פיון דארף בלא שנה מפסיד הכל. ולמה שכ' מרישא לא הי' יכול להקשות די"ל מתניתין אתיא כת"ק דהמלנה על המשכון הוי שו"ש ותייב בלא"ה נגד המשכון ולכך א"ח מדשמואל דהוי אסמכתא אבל מסיפא שפיר הקשה דעכ"פ איף יהיה הלנה מוב"מ לימא הא קבלית ואף דהוי אסמכתא זה אתי שפיר אם הנה נודע לנו בבירור שנאבד אבל לענין שלא יהיה חייב כ"ז שת"י ואינו מחזיר לו זה לא הוי אסמכתא ומתיר דמתניתין בדפירש או פגירסת הר"ח.

לפי זה אתי שפיר דעת הסוכרים דמטעמא דשמואל חייב אף באונסין ולא יקשה ממתניתין דב"מ דשם פיון דהת"ק סוכר בלא"ה דהוי שו"ש מטעם פירד"י אם פן לא יפסיד הלנה אף בלעדי קבלתו שוב הוי אסמכתא וכמו שכ' התנאים אבל ממתניתין דשבועות שפיר הקשו דעכ"פ לא יהיה מוב"מ: ונהנה הרמב"ן תירץ על קושיתו הנז' דכיון דחייבוהו חז"ל שישב' שבועה שאינו ברשותו הוי מוב"מ ונה"ך"ן הקשה על זה דאיף יכול להוציא בשבועה הזאת הא התקנה לא הוי רק לטובת המפקיד אף ששילם מ"מ שפא עיניו נתן בו אבל לא להוציא על ידי זה אם בלעדי השבועה לא הי' מוב"מ.

ויש לומר בדעת רמב"ן דהא בלא"ה הקשה בפנ"י ב"מ (דף ל"ד) דלמה לא נאמין להמלנה במגו דנאנסו להסוכרים דאמרין מגו להוציא וכ' דיש להלנה גם פן מגו [וימה שכ' שם דמגו של הלנה הוי ככל מגו דמוב"מ דאינו נאמן במגו דכופר הכל קשה דהא אם הלנה לא יהיה נאמן במגו יהיה המלנה נאמן להוציא אם פן מועיל המגו של הלנה לפוטרו ממון אף זה יקשה למה דאמרין בש"ס עקרוהו להשבועה מהלנה ושדיא על המלנה מטעם שפא ישבע זה יקשה דיהיה הלנה נאמן במגו דכופר הכל נאי דהוי מגו דהעזה ז"א דהוי לאפטורי ממון אולם זה יקשה גם פן בשפגגדו חשוד על השבועה יהיה הלנה נאמן במגו דכופר הכל הואיל דהוי לאפטורי מן ממון וכבר פתבו בזה המחברים ויבואר א"ה במ"א] וי"ל ביישוב קושית הפנ"י דהא רש"י מפרש שפא ישבע זה יוציא כו' ויפסלנו לעדות והקשו בתוס' וכי עבדינן תקנתא לרמאים אולם רש"י מיישב זה בלשוננו שכ' ושפא לא דקדק זה בשומא ומבואר יותר בש"מ ב"מ שם משם הרמב"ם דכיון דאין החפץ תחת יד הלנה לא יכול לשום בבירור.

וכן באמתגם המלנה לא יכול לידע בבירור גמור השומא מדהקשה הש"ס א"ה ליטרח לנה וליתני' ליה ועיי"ש בש"מ ובריטב"א ולפי זה לא הוי מגו פיון דאנו לא חשדינו להמלנה שרוצה לגזול רק דטעה בשומא והוי כמגו בדדמי.

ולפי זה לענין פמה הנה שנה בזה לא מהני המגו דהוי בדדמי דא"י לדעת בבירור השומא אבל לענין להאמינו להמלנה דאין תחת ידו המשכון דנאבד יש להאמינו במגו דהיה טוען נאנסו ושפיר כ' הרמב"ן פיון דנשבע שבועה שאינו ברשותו שוב הני הלנה כמוב"מ ולא קשה דאיף יוציא ממון על ידי שבועה דאינו ברשותו זה אינו דהא יש להמלנה מגו דנאנסו נאי דנאנסו הנה חייב שבועה הא גם עתה נשבע נאי דהוי מגו להוציא הא המלנה

טוען פרי והלנה שמה ובכה"ג אמרינו מגו להוציא ומה שיש לגמגם בזה יתנישב אחר העיון: סי' עב אם הלנה על בגדי אשתו מבואר מדברי ש"ע (ס"ג) וסמ"ע משם המרדכי אע"ג דאינו יכול למשכן בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינו דמסתמא אמרי דברשותה משפנם ומבואר מדברי ח"מ וב"ש (סי' ע"ג) דאין חילוק בין אם משפנם בשעת הלנה לשלא בשעת הלנה ואף אם משפנם שלא בשעת הלנה אין מוציאין מיד המלנה ויש להבין במה קנה פיון דהלנה מכפר ואחר כך נימא פיון דלא על בטחון זה הלנה ובגדי אשתו לא נשתעבדו כלל נימא מנה אין פאן משפון אין פאן אף דברשותה הניח ביז המלנה במה זכה כ"ז דלא אמרה קני משפון לשעבוד מנה.

וראיתי בס' שער משפט דהעיר בזה ומכח זה פוסק דמוציאין מידו. ולענ"ד הדין עם הח"מ וב"ש דהא עכ"פ השאילה האשה לבעלה הבגדים כדי להשפין ולרצות את המלנה שלא ינגוש עליו וקנה הבעל הבגדים בתורת שאילה עד זמן שישלם לבעל חוב וכיון דברצונה עשה זאת כבר הוא בקנין שאילה אצל הבעל ובמשיכתו דבעל זכה לתשמיש זה להשפון ביז המלנה שלו כדי שלא ינגוש עליו וכיון דמסר ביז המלנה זכה עכ"פ בהם שיעפכם על החוב שלו.

ואף אם נאמר דלא זכ' בהם מדר' יצחק להיות לו להמלנה קנין משפון בהבגדים פיון דהיא אינה חייבת לו ולא על בעחון בגדים אלו הלנה לבעלה מ"מ קני ליה מה"ת לענין שאין צריך להחזיר הבגדים עד שיקבל מעותיו ועיין נתיבות המשפט (סי' ס"ו וסי' רמ"א) דזכות זה הוא מדאורייתא ויכול למפור אף במקום דלא קני ליה מדר"י.

וה"נ פיון דהשאילה לו הבגדים ע"ד זה ועשה בזה תשמישו להשפיןם זכה בהם המלנה עכ"פ שלא יצטרף להחזירם עד שיקבל מעותיו וז"פ. ועיין ב"ש (סי' צ' ס"ק ס"ט) דאפילו אין הבעל פאן ואינו טוען שעשה ברשות אמרינו מסתמא ברשות עשה.

ויש להתבונן אם הבעל טוען שעשה שלא ברשות אם מוציאין מיד המלנה או די"ל דאינו נאמן לחוב לאחרים כמו באומר שטר אמנה זה דאינו נאמן לחוב לאחרים או די"ל דהתם אלים חזקה דמה שביד אדם שלו ואין צריך שום טענה מה שאין פן בזה דידוע דהם אינם של בעל רק מטעם דאחזוקי בגזלן לא מחזקינו ואמרינו דעשה ברשות אשתו אפשר דנאמן ולא חיישינו לקנוניא ומ"מ מוכח מכמה דוכתי דגם בכה"ג חיישינו לקנוניא שלא להוציא מיד המוחזק: ובב"י אה"ע (סי' ע"ג) כ' מתשובת רשב"א דאף אם הושפן שלא לרצונה חייבת עכ"פ להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק.

(ובסי' צ') הביא משם מ"כ דמוציאין ובס' בית מאיר מדחיק עצמו בשיטת המ"כ דלמה לא שייך תקנת השוק. אולם הטעם הוא בפשיטות וראיתי שתליא במחלוקת הראשונים אם אהד הפקיד אצל חבירו חפצים והשפיןם הנפקד אצל אחר אם יש בזה תקנת השוק דבש"מ ב"מ (דף ע') בהא דנכסי דיתמי היכא עבדינו דהקשו הראשונים הא אף אם אתי מרי' ויהיב סימנין מ"מ יתחייב להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק וכ' רשב"א דיש מתרצין דלא עשו תקנ' השוק רק בגנב וגזלן וליתא פיון ששלח בו יד הני גזלן.

אולם משם ריטב"א כ' דאפילו תימא בשולח יד בפקדון פי האי דלא עביד בו חסרון גזלן הוא לא עשו תקנה"ש אלא בגנב וגזלן גמור אבל לא בכיוצא בזה וכ"ש הא דל"ח גזלן

אָלאַ פֿשוּמֶר שְׁמֶסֶר לְשׁוּמֶר שְׁהָרִי דַעַתּוֹ לְפִדּוּתוֹ שְׁאִינוֹ אָלֶא לְבִטְחוֹנוֹ עַל הַעֶסֶק שֶׁהוּא מְקַבֵּל הָרִי דַס"ל דְּבִמְשָׁפֶן שֶׁל חֲבִירוֹ דִּלְא עָשׂוּ בְּזֵה תַקְנַת הַשּׁוּק.

וּמ"מ הַרְשָׁב"א חוֹלֵק בְּזֵה וְכַדְמִשְׁמַע שָׁם מִפֶּל הָרֵאשׁוּנִים דָּאף בַּכּה"ג שְׁיִיף תַקְנַת הַשּׁוּק וְאִין מוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחֲזֵק אַף דִּישׁ לְדוּן לֹא יִהְיֶה אָלֶא סָפֵק בְּתַקְנָה אֲזֵלִינֵן בְּתֵר דִּין תּוֹרָה וְכִינֵן דִּישׁ לָנוּ סָפֵק אִם בַּכּה"ג עָשׂוּ תַקְנַת הַשּׁוּק נִיזֵל בְּתֵר דִּין תּוֹרָה וְגַם י"ל כִּינֵן דִּלְהַחְזִיר בֵּין פֶּה וּבֵין פֶּה מְחֻנֵּיב וְאִין הַסָּפֵק רַק עַל חַיִּיב הַתְּשָׁלוּמִין מִצַּד תַקְנֹת הַשּׁוּק הֵנִי הָאִשָּׁה מִן חֻזְקַת וְדוּמָה לְהָא דִּיאֵלֶן סְמוּךְ לְעִיר דְּבִסְפֵק אֲמַרִינֵן כִּינֵן דִּלְמִיקָז קִינִימ' הֵנִי בַעַל הָאֵילֵן הַמוֹצִיא וְאִינוֹ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִסָּפֵק וְה"נ דְּכֻוֹנְתִיהּ: אַף י"ל דְּתַלְיָא בְּמַחְלוּקַת הַטו"ז וְהַח"צ (ס' ק"ג) בְּשׁוּמָא הֶדְרָה אִם הַמְּלִנָה הוּא הַמְּוֹחֲזֵק אוֹ הַלְּנָה דַעַת הַטו"ז כִּינֵן דְּלִיפָא סְפִיקָא רַק עַל הַמְּמוֹן דוּמָה לְאֵילֵן וְהַח"צ שָׁם כ' דוּקָא בְּאֵילֵן דְּחִיב לְקוּזִי קוּדָם נְתִינַת הַמְּעוֹת הָיוּ בַעֲלֵי הָעִיר מְוֹחֲזִין מַה שְׁאִין כֹּן בְּשׁוּמָא הֶדְרָה הַקְּרַקַע א"ח לְלָנָה עַד דְּנוֹתָן דְּמִים מְקוּדָם לְכֹן הֵנִי הַמְּלִנָה הַמְּוֹחֲזֵק וְה"נ יֵשׁ לוֹמֵר דְּבִמְקוֹם שְׁיֵשׁ תַקְנַת הַשּׁוּק אִין חִיב לְהַחְזִיר הַחֶפֶץ עַד דְּמַקְבֵּל דְּמִים שְׁנַתָּן הֵנִי הַמְּלִנָה הִינֵנוּ מִי שְׁהַמְּשָׁכוֹן בְּיָדוֹ מְוֹחֲזֵק וְכ"ז שְׁאִינוֹ מְקַבֵּל מְעוֹתָיו אִינוֹ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ אוּלָם י"ל דַּא"ד לְשׁוּמָא דְּהֶדְרָה דִּיאֵינוֹ מִן הַדִּין רַק מִצַּד הַיִּשָּׁר וְהַטּוֹב לְכֹן כ"ז שְׁאִינוֹ מְקַבֵּל מְעוֹתָיו לִיפָא הַיִּשָּׁר וְהַטּוֹב אָבֵל כָּאֵן הוּא רַק מְתַקְנָה וּמִן הַדִּין אִינוֹ חִיב כָּלֵל לְהַחְזִיר דְּמֵי הַלְּנָאָה רַק מִצַּד תַקְנ' הַשּׁוּק וְכָל שְׁיֵשׁ לָנוּ סָפֵק הַמוֹצִיא מִחֲבִירוֹ עָלָיו הָרֵאָזָה וְהֵנִי בַעַל הַחֶפֶץ הַמְּוֹחֲזֵק.

וּמ"מ פְּנִרְאָה הַסָּפֵקוֹת רַבֵּי רֵאשׁוּנִים דְּגַם בַּכּה"ג עָשׂוּ תַקְנַת הַשּׁוּק וְדִלְא כְּשִׁיטַת הָרִיטְב"א וְהַמ"כ שֶׁבַב"י הַנּוֹז' וְעִינֵן קַצוּה"ח (ס' שֵׁנ"ו ס"ק ו') וּבִסְפָר בֵּית מֵאִיר מְדַחִיק עֲצָמוֹ דַעַת הַמ"כ דְּמַדְמִיָּהוּ לְגוֹזֵלֵן וּגְנָב מְפֹרָסִם וְזֵה וְדַאי דוֹחֵק גְּדוּל וּבַל"ס סְבָרְתוֹ הוּא כַּדַעַת הָרִיטְב"א הַנְּ"ל.

וּמַה שְׁכ' הַב"מ שָׁם בְּדַבְרֵי הַסַּמ"ע שְׁכ' דְּאֵלוּ הָיָה בְּיָדָהּ הִיָּתָה נְאֻמְנַת בְּשָׁבוּעָה וְאִי מְשׁוּם ת"ה יָכוֹלָה לִיטְעֵן קִים לִי כַהַמ"כ אִינוֹ צָרִיף לָזָה דַאי מְשׁוּם תַקְנַת הַשּׁוּק כְּשָׁבָא לִיָּדָה לֹא שְׁיִיף תַקְנַת הַשּׁוּק כְּמַבְּוֹאָר בַּש"ף (ס' שֵׁנ"ו) מְשָׁם מְהָר"ם אֶלְשִׁיף ז"ל: שׁוּב רְאִיתִי בַמַּהֲרִי"ט חַח"מ (ס' י"ב) שְׁכַתֵּב לְדוּן כִּינֵן דִּישׁ פּוֹסְקִים דָּאף בְּגֻבֵּי מְפֹרָסִם עָשׂוּ תַקָּה"ש י"ל דִּלְא מְפִקִינֵן מִיַּד הַלּוֹקֵחַ בְּלֹא דְּמִים וְכ' דִּי"ל כִּינֵן דִּלְמִיקָדָר קִינִימִי הו"ל בְּחֻזְקַת בַּעֲלִים וְדוּמָה לְאֵילֵן הַסְּמוּךְ לְעִיר בְּסָפֵק וְכ' וְהַדְּבָר צָרִיף הַקְּרַע וּכְבָר כְּתַבְתִּי דְּלַמָּה שְׁכ' הַח"צ בְּשׁוּמָא הֶדְרָה דַא"ח לְהַחְזִיר עַד שְׁיִתָּן הַדְּמִים כֹּן נְמִי י"ל בְּזֵה דָאִם הַדִּין הוּא דְּחִיב בְּדְמִים אִינוֹ חִיב לְהַחְזִיר עַד שְׁיִתָּן הַדְּמִים אוּלָם י"ל דְּהֵנִי סָפֵק בְּתַקְנָה וְכַמ"ש.

וּכְבָר הַקָּשָׁה שָׁם הַתְּנֻמִּים וְהַקַּצוּה"ח עַל הַמְּחַבֵּר דְּפּוֹסֵק דְּהַמְּלִנָה שְׁיָרַד בְּרִשׁוֹת בְּהַקְּרַקַע הֵנִי הַמְּוֹחֲזֵק וּבִס'י (קַע"ה) לְעַנְיֵן סָפֵק אִם יֵשׁ מְצָרְנוֹת פּוֹסֵק דְּהַלּוֹקֵחַ הוּא מְוֹחֲזֵק וְכֹן מְבֹוֹאָר בַּת"ה (ס' ש"מ) דַּבְּס' לְגַבִּי מְצָרֵן וְלוֹקֵחַ הֵנִי כְּסָפֵק בְּתַקְנָה שְׁבָא לְזָפוֹת בְּכַח הַתַקְנָה וְעָלָיו לְבָרֵר וְעִינֵן שָׁם בַּקַּצוּה"ח וּכְבָר קַדְמָהוּ הַמַּהֲרִי"ט (ס' ע"ח) לְחַלֵּק בֵּין סָפֵק עַל פִּי טַעְנוּתִיהֶם לְסְפִיקָא דְּדִינָא.

וּבְאַמַּת י"ל קַצַּת דְּתַלְי' אִם בְּעִינֵן בְּשׁוּמָא הֶדְרָה קִנְיֵן חֲדָשׁ דְּלַדַעַת רִיטְב"א בַש"מ ב"מ וְכֹן הִבִּין בְּדַבְרֵי הַש"ף (ס' ק"ג) דְּבַעֲיָנוּ קִנְיֵן חֲדָשׁ הֵנִי שְׁפִיר הַלּוֹקֵחַ מְוֹחֲזֵק וְלַדַעַת הַנ"י וְכֹן הַסְּפִימוֹ הָאֲחֵרוֹנִים שָׁם דַל"ב קִנְיֵן מְחַדָּשׁ רַק מִמִּילָא כְּשֶׁמְקַבֵּל מְעוֹתָיו הֶדְרָה אַרְעָא

להלנה בכת חז"ל דשומא הדרה וכיון דבין כף ובין כף הדרה הני הלנה פמוחזק מפת מר"ק אף דאינתרע על ידי הגביתה.

ואם פן לענין תקנת השוק דמן הדין לא קנה הלוקח מן הגנב רק הקונה מחייבו להפעלים להחזיר הדמים מתקנת השוק בזה לכ"ע הני הפעלים הראשונים מוחזקין והפא מפת ספק בתקנה להוציא עליו להביא ראיה וכמו שכ' מהרי"ט הנז'.

ועיין בדברי משפט (סי' ק"ג) ועיין מה שכ' לעיל בדינים האלו (סי' מ"ו): ויש לעיין אם הנכרי הוא גם פן בתקנה הזו דתקנת השוק אם גזל מנכרי ומכר לישראל אם ג"כ מחויב להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק ולכאורה נראה דלא עדיף מישראל וכיון דבדינינו דנינו לתקנות ישראל נראה דחייב גם פן לשלם בהחזרת דמים שנתן וכן מוכח מקושית הראשונים הנ"ל דאף אם אתי מרי' ונהיב סימנים יהיה חייב להחזיר הדמים מתקנת השוק ואם נכרי לא יהי' חייב להחזיר ל"ק כ"ל אלא ודאי דבדינינו דנינו וסייב להחזיר.

אולם קשה פיון דבדיניהם מוציא בלא החזרת דמים אם פן נחוש דלמא גזל מנכרי ומאי קשיא להו להראשונים ויש ליישב. גם יש לעיין אם גנב והשכין והלנה ברבית על המשכון באיסור מישראל די"ל דהגזל מוציא מידו אף בלא החזרת דמים שנתן פיון דעשה איסור ועבר על לאו דלא תשימון י"ל דלא עשו בכה"ג תקה"ש כמו דמצינו דבאיסור לא עשו חכז"ל תקנה וכמו שכ' תוס' פתובות (דף ל"א) דד"א לא קנו בגניבה וכן ה"ר"ן בתשובה ורמ"א (סי' רל"ה) כ' דאף דפעוטות תקנו דמקחן מקח מ"מ היכא דמכרו באיסור כמו יתומי' שמכרו בנכסים מועטים לא עבדי חז"ל תקנה ויש לחלק משם.

ועיין מה שפתי לעיל (סי' ס"ג אות ל"ה): ועיין מרדכי ב"מ פ' א"נ שם דכ' לתרץ קושית הראשונים הנ"ל דמ"מ יפסידו רינח מהמעות וגם לזמן מרובה שפא יבוא עדים שהלנה קנאו אחר שהפקיד בעדים ויצטרכו ב"ד לשלם אם הוא שנה יותר מן המעות ועיין שם בחידושי אנשי שם דכ' פירוש מזה שהפקיד אצלו ומשכון אותו בדמים מרובים דאז אינו נותן ליתמי פל הדמים שהלנה ואין הבנה לדבריו ומה שכ' עוד שפא יביא עדים כו' ר"ל וגם לאחר שלנה עליו קנאו ואז המשכון קנויליתמי פיון שפא ליד הלנה בקנין לאחר שלנה ואם פן יצטרכו הב"ד לשלם ללנה אם הוא הלנה יותר ממעות שלנה עליו ואם פן לא יהיה ליתומים רינח וגם דברים אלו אינם מוכנים והנראה מדבריו דאחר כף יבוא המפקיד שהחפץ זה שלו הוא ויחזיר הדמים מטעם תקנת השוק והב"ד יהיו מוכרחים להחזיר החפץ רק אחר כף יביא הנפקד עדים שהוא קנה ממנו החפץ ואם פן הזיקו לו הב"ד בהחזרת החפץ ויצטרכו היתומים לשלם להלנה פי הזיקוהו וזה צ"ע מאד פיון דהדין תורה הנה פן להחזיר לו כשהביא עדים דהפקיד אצלו ואינו נאמן שוב לומר לקוח אף אם מביא עדים אחר כף דשלו הוא מ"מ הני אונס גמור ולא הפסידוהו היתומים בידיים ורק רינח יפסידו וזה פבר מתרץ המרדכי לעיל.

ויבאר אג"ה במ"א: סי' עג פתב הש"ע (סי' ע"ב ס"ח) ראובן שאל משמעון סיניף שהנה בידו משכון מעכו"ם ואבדו אינו חייב לשלם רק דמי שויו אף שהעכו"ם מבקש ממון רב ויש לחקור אם יכול לפשר א"ע עם העכו"ם בדבר מועט אם השואל חייב דמי שויו לשלם לראובן.

והנה בש"ג ב"ב (סוף פ"א) כ' הגונב מחבירו דבר שהיה שאול ביד הגנב ונתפשו הגנב בדבר מועט עם המשאיל דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפשו ואפשר אם היה אותו דבר מפותי ומחל לו על אותו דבר שגם הגנב פטור ממנו דהא לא מידי אפסידיה הגנב וכ' לפקפק בזה פיון דגם אם מעליל העכו"ם עליו לשלם ביותר לא הי' חייב וראיה לזה מש"ס ב"ק (דף ע"ח) דגנב יכול לומר לבועלים דמצי למפטור נפשי' בכבש ונראה דהש"ג איירי באופן דלא קנה השומר הפל פגון שהיה לו עמו דינא ודינא דאם לא פו' הא משנה שלימה שנינו ר"פ המפקיד שילם ולא רצה לישבע דקנה השומר כל השבח ועיין רמ"א (סי' רצ"ה) ובש"ד שם וכיון דשילם לבועלים הוי כאומר לכשתגנב ותרצה כו' הרי קנויה לה מעכשיו והוי פאלו גנב דבר של השואל <אלא ודאי דאיירי באופן דלא הקנה לו.

או די"ל פיון דאינו משלם במילואו וטובו רק דהתפשו עמו לא מקני ליה ואם הוא עם פותי פבר פתבתי בח"ר מספרי בשו"ת (סי' י"ב) לדון דלא מקני ליה כלל ע"ש מה שכ' על תשובת רמ"א ו"ל.

והנה מבואר מדברי הש"ג דאף הבועלים של החפץ אינם יכולין לתבוע מן הגנב המותר מה שהפסידו על ידי הגניבה פיון דכבר התפשו עם השואל. וזה תימא מה"ת שיפסיד אף דמחלו נגד השואל והתפייסו הבועלים מ"מ פיון שהפסיד אנו סהדי דנגד הגנב לא מחל ובמה נפטור הגנב נגד הבועלים וא"ד להא דב"ק דגנב מצי למפטור נפשיה בכבש דשם הגנב פטור נגד הקודש רק נגד הבועלים אנו דנין שגרים להם שיתחייבו להפריש קרבן אחר בזה שפיר יכול לומר שיפטור נפשיה בכבש מה שאין פו' פאן חייב לשלם לבועלים.

ואם פנונת הש"ג היכא דהבועלים אינם תובעים יותר להגנב בזה בודאי אין השואל יכול לתבוע ממנו המותר ממה ששילם פיון דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את' ואני חייב לבועלים פשייתבעו ממני דגזל ולא נתיאשו הבועלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

וראיתי בספר בני יעקב בתשובותיו (סי' י"ג) שהקשה על הש"ג ממתניתין דפ' המפקיד (דף ל"ה) השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה פדרפה דלרבנן דר"י השואל משלם לשוכר ולשיטת תוס' שם היכא דראה המשכיר דמתה פדרפה אף ר' יוסי מודה דמשלם לשוכר ולדברי הש"ג יקשה הא יכול לומר להשוכר מה אפסידתך דומיא לאם מחל לו דיכול לומר כמו שאתה לא שלמת גם אני לא אשלם ה"נ נימא הכא עיין שם באורו.

ולענ"ד משום הא לא אריא ואינו דומה לדין דשוכר פרה מחבירו דשם השואל הואיל דכל הנאה שלו נתחייב באונסין וכבר פתבו תוס' פתובות (דף נ"ו) דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם דהשומרים מחייבים א"ע לכל הכתוב בפרישה אם פו' במקום דהשוכר נפטור שלא על ידי שבועה או עדים בכה"ג נשאר החיוב של השואל אצל השוכר אבל בהגנב דאינו מחייב א"ע כלל לשלם רק ממילא נתחייב לשלם להבועלים אם פו' במקום דהשואל נתפשו עם הבועלים יכול הגנב לומר מה שנתפשו עם הבועלים אני חייב לשלם לה וא"ד לפורע חובו של חבירו פיון דהיה מוכרח ומחויב לשלם אבל לא יותר

וגם אם מחל לו יכול הגנב לומר לאו בעל דברים דידי את ומה אפסדתיך וז"פ לחלק משם רק גוף דברי הש"ג אינם מובנים כנז' פיון דהגנב נשאר בחיובו נגד הבעלים דלא מחלו לו.

ובס' ש"מ כ' אף דמצי פטר נפשיה מן הגוי בדבר מועט מ"מ השואל צריך לשלם להמפקיד שלו כל דמי שויל. וזה פשוט אף לר' יוסי דשם בשוכר פרה מחבירו והשאלו לאחר נעשה פאלו השאלו בשליחותם של הבעלים כמו שכ' הריטב"א ב"מ שם אבל בקיה בידו משפון מהכתיבי בזה הא אין שמירה לעפוי"ם ולא זכה העפוי"ם פלל בחיובו והשואל נתחייב להמשאיל לו ולא מבעי אם ישראל מנכרי קונה משפון הוי פהוא הבעל דין ונתחייב לו באונסין של דמי שויל דהשאלו קנין שלו ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דלנכרי לא נתחייב פלל רק לו אלא אף אם ישראל מנכרי אינו קונה משפון מ"מ קנין יש לו לעכבו תחת ידו וכיון דלקח ממנו בשאלה נעשה לו שומר ונתחייב בכל דיני שומרים כפי שויו של המשפון.

פיון דכל הנאה שלו ונתחייב אליו פדין שואל. וכמו בשוכר פרה מחבירו והשאלו לאחר דלדעת תוס' כשראה המשפיר דמתה פדרכו חייב לשלם להשוכר אף דלא הוי להשוכר רק קנין פירות.

ומבואר בנ"י ב"מ פ' השואל גבי שואל אדם בטובו דאם נאנס אצל השואל אינו חייב לשלם רק פערף דמי חפץ ששונה ההפסד הרי דאינו משלם שונה דהפכה רק מה שהיה להמשאל זכות בהפכה אם פן אמאי חייב לרבנן לשלם להשוכר הא לא הי' לו שום זכות בגוף הפכה רק קנין פירות וצריך לומר פיון דנחית אדעתא דשאלה ולהתחייב בדמי פרה לרבנן נתחייב להשוכר ולר"י להמשפיר והיכא דיש עדי' דמתה פדרכה זכה השוכר בחיובו ה"נ פיון דעכ"פ קבל מידו ונתחייב בשמירה חייב לשלם לו כפי שויו של החפץ.

ועיין ברא"ש ב"מ דאם אמר המשפיר להשוכר אם תרצה תשאלנה הוי דין השואל עם השוכר וכן פסקינן בש"ע (סי' ש"ז) ובקצוה"ח שם כ' משום דהו"ל פאומר קני פרה זו שתשאל אותה ושיהיה דינה עם השואל דבלא"ה אין אדם מקנה דבר שלא פא לעולם עיין שם ויש לומר דהא לרבנן דר"י חייב לשלם להשוכר הרי אף דאין לו קנין בגוף הפכה דאין לו ביה רק קנין פירות מ"מ מחויב השואל לשלם להשוכר פיון דנתחייב לגביה בשמירת הפכה זכה זה בחיובו של השואל לשלם אף בעד גוף הפכה ור' יוסי דסובר דמתחזור לבעלים הראשונים הוא משום דכיצד יעשה סחורה בפרתו של חבירו וכיון דגוף הפכה הוא של המשפיר אמרינן דהשאלו לו בשליחותו דמשפיר וכמו שכ' שם הריטב"א ב"מ.

ואם פן אם אמר אם תרצה תשאלנה גלי דעתו דאין רצונו בשליחותו וממילא לא זכה בחיובו דהשואל ונתחייב לגבי השוכר פיון דעכ"פ יש לו זכות וקנין פירות חל חיובו של השואל וה"נ בנדון דידן שהשאלו לו משפון של גוי דעכ"פ קאי ברשותו דהישואל לעכבו עד שישלם לו נתחייב השומר בשמירתו ובכל חיובו לגביה דהישואל.

ועדיף מדבר הגורם לממון דלאו פממון דמי בכ"מ מ"מ לענין חיובו דשומר נתחייב אליו בעד דבר שגופו ממון: עוד כ' שם בספר בני יעקב הא דפטור באם העפוי"ם מעליל פיותר

דאינו דומה לנגידון דהרא"ש המוכא בטוש"ע (סי' שע"ח) דפוטר לשלם מה דמעליל העפוי"ם בעל הסוס יותר מטעם דלא הזיק בכוננה משמע דאם הזיק בכוננה דחייב לשלם כל מה דתובע העפוי"ם דשם הוא מזיק בידים בדבר שאין לו הנאה אבל בגנב דהוא להנאתו לא נתחייב לשלם אלא מה שישנה החפץ ועיין קצוה"ח (סי' רצ"א) דלא הוי רק גרמי דפטור בכה"ג אף מזיק ממש ויקשה גם כן למה יתחייב אף פנגד שניו הא מדינא אין שמירה לעפוי"ם והישאל בדינינו לא נתחייב לעפוי"ם ואף פנגד מעותיו הוי פמעליל עליו ולימא הישראל המזיק לא הזקתי רק להעפוי"ם ומה שאת' מתחייב' לשלם לו הוי רק פגרמי בעלמא ועי' באורים פאן משם חידושי הגרשני דאם הודיעו שהוא של גוי חייב לשלם מה שהזיק בידים אף יותר מכדי שוי' דהרביץ ארי' בביתו ואמ"ו ו"ל בדברי חיים דיני נ"מ (סי' ג') כ' לחייבו מטעם פינו דכדי שניו מחויב מגלגלין עליו את הפל.

אולם צריך להבין אם גרמי בכה"ג לא מתחייב כמו שכ' הקצוה"ח לימא אף פנגד דמי שניו החפץ לא הוי רק גרמי. ואולי י"ל פינו דמ"מ חייב לשלם להעפוי"ם אם היזקו בידים יכול לבא עליו ממנ"פ דהוא מוכרח לפרוע להעפוי"ם ומ"מ על המותר מכדי שניו צ"ע: סי' עד הש"ף (סי' ע"ב ס"ק ט') פתב משם תשובת הר"ן בשואל ספר ונאנס אין השואל חייב לשלם דאין כל הנאה שלו דהמשאיל משתפר פרוטה דר' יוסף.

ואמז"ו ו"ל בספרו דברי משפט (ס"ק ב') למד מזה אם אהד אומר לחבירו הא לך דינר והשאיל כלי ללוי דאין לוי חייב באונסין דאין כל הנאה שלו ואף דהשואל לא נתן לו דהא גם בנגידון דהר"ן אין השואל נותן לו פלוס ואעפ"כ חשבינו להנאת המשאיל מה דמשתפר פרדר"י כן נמי בזה פינו דחבירו נותן להמשאיל שישאיל לו אין השואל חייב באונסין והא דאמרינו ב"מ בשוכר פרה מחבירו והשאילו לאחר דיכול המשפיר לומר דל אנת ונאנא משמע דינא בהדי שואל נימא ג"כ דשואל יהיה פטור לגבי בעלי' דאין כל הנאה שלו פינו דהבעלים קבלו שכירות דשם פינו דהשואל חייב לשלם להשוכר ולגבי השוכר הוי כל הנאה דשואל שפיר פריה לימא דל אנת כו' ונאנא משמע דינא עיין שם בנעם דבריו.

ואחר בקשת המחילה יש לפקפק בתירוץ הזה מש"ס ב"מ (דף צ"ו) דמבואר אף במקום דאין השואל מחויב לשוכר כגון דלגבי השוכר הי' שאילה בבעלים מ"מ חייב השואל לשלם להמשפיר וכן פתבו שם תוס' (דף ל"ה) ד"ה אמר ר' יוסי: ברם גוף קושיתו מש"ס הנ"ל על דין הנז' לא אבין דאף אם נאמר באומר הילך דינר והשאיל לפלוני חפץ פלוני פטור מאונסין דלאו כל הנאה שלו היינו היכא דהנאת המשאיל בא לו מכח השאלה שהשאיל דאם לא הי' משאיל לו לא הי' זה נותן לו וכיון דבהגרמת השאלה בא הנאה להמשאיל אף דאין השואל נותן פלוס שפיר פטור דאין כל הנאת שאלה לו אבל שם בשוכר פרה והשאילה לאחר לא בא הנאתו מכח השאלה דהא אף אם לא היה השוכר משאיל לו גם כן כפר נתחייב בדמי שכירות הפרה וכבר בא הנאתו של המשאיל דמי שכירות אל המשפיר מקמי דנעשה משאיל שהשאילה השוכר לאחר ולא נתוסף הנאתו במה דהשאילה לאחר מה שאין כן בנגידון הנז' וכן נגידון דהר"ן בא הנאה להמשאיל בהגרמת השאלה דאם לא היה משאיל לו לא היה בא הנאה הזאת לו לכה פטור השואל מאונסין: אף בעיקר דין הנז' מצאתי תשובת רשב"א (חלק ו') הנדפס בליוורני (סי' 14)



קפ"ט) דכתב בפשיטות להיקף דבכה"ג חייב באונסין פינון שפול הנאה הוא של שואל רק שאדם אחר מהנהו להמשאל וכ' דא"ד לתן מנה לפלוני ואתקדש לה דמתקדשת מדין ערב דאף פאן בקבלת השכר נתחייב המשאל ללוי מ"מ מדין שואל לא נפיק לוי ואינו פאלו הוא עצמו הוא השוכר והביא ראיה ממה דמותר בכה"ג לתת לו להלות לתבירו הרי דלא הוי פאלו זה מלנה מעותיו ברבית וכאלו קבלה מיד הלנה ה"נ לא הוי פאלו השואל נותן לו וכ' עוד והגע עצמה אלו אומר לתבירו תן שדה זו לפלוני ואני אתן לה פה וכה ונתנו לו וטרפהו ממנו היתחייב באחריו אותו מתנה פאלו מכרה להמקבל זה ודאי אינו נכון ואף זה פמוהו עכ"ל.

ובאמת מדברי רשב"א בתשובה נראה דחולק על הר"ן דכ' במשפן ספר ונתן רשות ללמוד בו דלא חשיב שואל פי אם שו"ש פינון דעל תנאי זה הלנהו מובא בב"י ומוכח דבלא"ה הנה שואל ונחייב באונסין וכן הוכיח מדבריו בס' מח"א הלכות שאלה (סי' ג') וכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א (ח"א סי' של"ב) כמו שהזכרתי דבריו בחלק ראשון בקונטרס התשובות (סי' ג') וכן מבואר מכמה תשובות שבמהר"ם רוטינבורג ז"ל ובספר הרמב"ן דאף בשואל ספר יש לו דין שואל ואולי הוא מה"ט דכיון דאין הנאת המשאל פא מן השואל אף שהוא בהגרמת השאלה חשיב לגבי השואל כל הנאה שלו: סי' עה היכא דמחולקין המלנה והלנה בסכום ההלנאה על המשפון העלה הש"ך (סי' ע"ב ס"ק ק"ט) כד' הרשב"א דהמלנה נאמן בשבועה אף כשיש עדים דבא לידו בתורת משפון ועדי ראיה באופן דליכא מגו והא דאמרינו דאופן א"נ פדי דמיו אלא במגו הוא משום דאופן אינו קונה משפון שלא פא לידו בתורת משפון אבל בעל חוב קונה משפון מדרג"צ והש"ך ס"ל אף דבשעת ההלנאה ל"א בעל חוב קונה משפון מ"מ פינון דנותן לו מתחילה בתורת משפון הוא מוחזק בו שייכול לטעון עד פדי דמיו אפילו בלא מגו.

והתומים והקצוה"ח הקשו על זה הא לדעת הרא"ש ורמ"א אה"ע (סי' כ"ח) דגם באופן אם קדשה בשכרו מקודשת דהוי ליה פמלנה שיש עליו משפון וכיון דסבירא ליה דאין לחלק בין אופן לבעל חוב מאי שנא אופן דאינו נאמן בלא מגו וקשה על הרמ"א דבתשובה דכ' דאין להוציא מהמלנה.

ובגוף הדין כ' הקצוה"ח אף דא"ק משפון רק בכדי דמיו וכיון שיש עדים שלנה ואינו יודע כמה הוי פאלו אנו מסופקין כמה קנה חלק קטן או גדול וראוי לומר אוקי ממונא אחזקת מרא קמא מ"מ פינון דהוי דררא דממונא מהני תפיסה בטענת ברי.

והנה דעת הרשב"א והרמב"ן דלא מהני תפיסה אף בדררא דממונא א"כ בודאי לא אתי עלה מטעם זה. גם לדבריו אם הנה נותן לאופן לתמן בשכר בפני עדים ואינם יודעים הקציצה הנה ראוי לומר הואיל דהוי דררא דממונא דיהני תפיסה ויהי' נאמן כמו במשפון וזה לא נראה.

גם הנה נ"מ אם תפס הלנה המשפון מיד המלנה אף בעדים הנה ראוי שיועיל תפיסתו בהחזרה פינון דאינו נאמן המלנה בטענתו רק מטעם תפיס'. ובנתיבות כ' דהואיל דאינו טוען על גוף החפץ לא מהני תפיסתו אף בדררא דממונא: ונראה די"ל בסברת הרשב"א וילדעת הש"ך פן דעת הרמב"ם דאף בלא מגו נאמן והטעם דהנה ז"ל ר"ח גאון ז"ל בתשובת הגאונים המכונה שיערי צדק (שער ב' ח"ד סי' י"א) והלכתא משפון שנה מנה

ביד מלנה ומלנה אומר מנה יש לי עליו ולנה אומר חמשים מלנה נשבע וגובה מאה שפיון שיש בידו משפון יכול לטעון עד פדי דמיו ונשבע וגובה ולא יכול לנה לאשתבועי נאפקועי בב"ד.

אנפא חדא דאם פן מה יש בין מלנה על משפון למלנה בלא משפון ועוד בעל חוב קי"ל דקונה משפון פדרי"צ ואם אבד חייב באחריותו ואם קודש אשה במשפון בגנה ממון דליה מאי איפא דהוא קאמר מנה והלנה נ' יפה פחו שיקרי משפון בידו נשבע וגובה עכ"ל והדברי מבוארים דלאו מטעם מגו אתי עלה רק אף בלא מגו נאמן וכדע' רשב"א ואף היכא דליכא עדים וליכא דררא דממונא רק על פי הודאתו של הלנה דנתן לו בתורת משפון נאמן הוא המלנה בשבועה.

אולם צריף ביאור מ"ש אנפא חדא דלא ישבע הלנה ויוציא דאם פן מה יש בין מלנה על המשפון למלנה בלא משפון דלמא באמת אין יש הבדל בין מלנה על המשפון למלנה בלא משפון ומניין לנו לחלק.

וי"ל הפנונה על פי מה שראיתי בספר בשמים ראש (סי' שנ"א) דכ' גם פן דהמלנה נאמן אף דאיכא עדים וראהו עכשיו בידו דליכא מגו וכ' דהא דבעינן מגו גבי האי דחבל ספינא דאשפבתא התם שאחר פן חבלו מעצמו אבל זה המוני הימני וכי היכי דיהיב ליה משפון דלא לשקר ביה בפדעון ה"נ יהיב ליה דלא לשקר בי' בסכום ההלנאה וכיון דשניהם מודים כיצד בא לידו כ"כ יכול להיות שהלנה עליו רב פמו מעט והוא משפנו עד שישלם לו וכל פמה דלא משלם זכה האי במשפנו והביא עוד דברי ירושלמי (ספ"ו) משבועות חד ב"נ קם עם חבריה בשוקא נאמר ב' דינרין לי בידה ומשפונה שנה תרין דינרין א"ל חד דינר אנא בעי למיתן לה ומשפוני שנה תרין דינרין אתא עובדא קמי דדייני נהרדעאי אמרי פיון דכ"ע מודי דמשפונא שנה תרין דינרין דינרא אחרנא יתא עלוהי סהדי ולא שמע מה דמר ר' יוחנן נאמן המלנה לומר עד פדי המשפון הלוייתיה עכ"ל הב"ר ובבעה"ת (שער מ"ט) הביא גם פן דברי ירושלמי הנז' ומפרש דדייני נהרדעאי סברי דהמלנה צריף ראיה נאמרו שיעמיד עדים על הודאתו שיודה בפניהם שהמשפון הוא בידו וששנה ב' דינרין ור"י אמר דלא מחייבי ליה למלנה בהודאת פיו שהודה בפני עדים דמשפון זה בידו וששנה ב' דינרין דמ"מ יכול לטעון עד פדי דמיו הואיל דלא היה שם עדים בשעת המשפונה שיעידו בכמה משפנו אצלו ומזה מוכח דנאמן אף בלא מגו דהא פיון דהודה בפני עדים חויז לב"ד דבא לידו בתורת משפון לא מהני המגו חויז לב"ד פמבואר בש"ע דמהני הודאתו חויז לב"ד לחובתו ולא לזכותו ועיין תומים (סי' ע"ב ס"ק ל"ה) ומוכח ע"כ דר"י סובר דאף בלא מגו נאמן ובאמת לא לחנם פתוב בירושלמי קם עם חבריה בשוקא משמע דגם מקודם היה טענותיה בשוקא חויז לב"ד והא ייתי עליהו סהדי היינו דסברי שצריף לברר פמה הלנהו הואיל דלא יש לו מגו וי"ל דבזה היו מחולקין דייני נהרדעאי הם סברו פיון דנתבטל המגו הואיל דמגו חויז לב"ד לא אמרינן שוב אינו נאמן המלנה ור"י סובר דאף בלא מגו נאמן וס"ל להבעל התשובה שפספר ב"ר דמטעם דהימוני הקמנהו לבעל המשפון הוא.

וי"ל דזה פנונת הגאון פיון דראינו דלא רצה להלות לו בלא משפון ואם לא יהיה נאמן על סכום ההלנאה מה יועיל לו המשפון פיון דליכא עדים שידעו סכום ההלנאה יכול

הלנה לכפון בסכום ההלנאה אף דעדים ידעו שפא לידו בתורת משכון מ"מ אם הלנה יהיה נאמן בשבועה מה יש בין מלנה על המשכון למלנה בלא משכון ומה מהני ליה למלנה על המשכון פיון דאחר כ"ז אינו בטוח אלא ודאי דהימוני הימני ליה להמלנה לכף נאמן המלנה על סכום ההלנאה ועוד דבעל חוב קוני משכון.

ולפי זה דנקא היכא דבא לידו בתורת משכון שנייה לומר טעם הראשון דהמניה אבל אם תופס משכון אף דשנייה לומר דבעל חוב קונה משכון הוי ליה כמחולקין זה אומר קטן מכר וז"א גדול לקח דהממע"ה וכן באופן אף דיש לו קנין בהחפץ מ"מ פיון דלא בא לידו בתורת משכון דלא שנייה לומר דהימוני הימניה על הקציצה לכף א"נ רק במגו: ונ"מ נמי לדינא באם ידוע שהמשכון לא הי' שנה בשעת הלנא' כמו שהוא שנה עכשיו דנתניקרה והמלנה טוען שהלנה כפי דמיו ששנה עכשיו והלנה אומר פחות דאם נאמר פיון דעדים לא ידעו והוי דררא דממונא ומטעם תפיסה נאמן כדי דמיו נאמן כפי ששנה עכשיו ואם נאמר דמטעם דהימוני הימניה א"כ לא נתן לנה הנאמנות שיהיה בטוח מעותיו רק כפי מה ששנה אז המשכון בשע' הלנאה ועל המותר ע"כ הימני' המלנה ללנה פיון דאז בשעת הלנאה ל"ה שנה כ"כ ואם פן אינו נאמן רק כדי דמיו שיהיה שנה אז ולא במה דנתניקרה החפץ ומליא בשני הדעות שבש"ע (סעיף כ') אם המשכון אינו שנה לשומת הבקיאים כפי שהמלנה טוען עליו אם יכול לומר לדידי שנה דלדעת המחבר הדין עם הלנה ולדעת רמ"א הממע"ה.

וי"ל למה שכ' מוהריק"ש ז"ל טעם הסוכרים דהדין עם המלנה כי אם היה טוען לקוח הוא בדי הנה נוטל כדי שווי בעיניו אעפ"י שמודה שאינו שלו הרי הוא טוען שיש לו עליו סף זה ונאמן בשבועתו ונה אתי שפיר היכא דיש לו מגו דלקוח אבל בהשפין אצלו בפני עדים ואינו יודע הסף ההלנאה דלא יש לו מגו רק דנאמן עד כדי דמיו בזה י"ל לכ"ע אינו יכול לומר לדידי שנה ואם אינו נאמן רק מטעם דהימוני הימניה אינו גובה רק כפי שווי דמיו שהנהבזמן שהשפין אצלו ואם מטעם דהמלנה הוא מוחזק הואיל דיש לו בו קנין מדרג"צ אזלינו בתר השתא וצריף הלנה הבא לפדותו לשלם כפי מה ששנה עכשיו: ולכאורה הש"ך לא ס"ל דמטעם דהימוני הימניה נאמן על סכי ההלנאה דאם פן היה מהראוי לומר דאף בליכא עדים פלל שפא לידו בתורת משכון מ"מ יהיה המלנה נאמן ומדברי הש"ך (ס"ק צ"ד) מבואר דאם ליכא עדים רק הלנה הודה שמסרו ללנה למשכון ונחלקו בסף ההלנאה דאז אינו נאמן בלא מגו ולדברי הב"ר הנז' ולפי מה שכתבתי בכוננת הגאון וכן משמע מדבריו הוא אף בלא יש עדים רק פיון דהלנה מודה שמסר לו בתורת משכון גם פן נאמן.

גם למה שכ' הש"ך בדעת הרמב"ם דסובר גם פן דנאמן אף בלא מגו מדכ' (פי"ג) ממלנה אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה ועל פרוף איירי ביש גם פן עדי ראיה באופן דאין לו מגו כמבואר בש"ך (ס"ק ק"ט) ובכ"ז כ' הרמב"ם שם (ה"ג) במלנה שפא לב"ד ומשכון בידו ורוצה למכרו ולהפרע חובו אין ב"ד נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לנה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בדי נאמן ולמה לו למגו דלקוח הא בלא"ה נאמן שפא לידו בתורת משכון אלא ודאי

פינן דלא יש עדים על זה צריף למגו ונה דלא כדמשמע מתשובת הגאון הנ"ל והתשובה שבס' ב"ר.

אף באמת היא דהוכיח הש"ך מדברי הרמב"ם דסובר פדעת הרשב"א כפר כ' בס' שער המלך (פ"ד) הלכות גזילה מדברי המ"מ (סוף פ"ב) מה' שכירות דלא כן הוא מדכ' שם הרמב"ם אין לה מי שישבע בנק"ח מתוך שיכול לומר כה וכה אלא השומר בלבד ושאר כל הנשבעין מתוך שיכול לומר כה אין נשבעין אלא היסת וכ' הרשב"ד דאיכא נשבע על המשכון לדעת הגאונים וכ' המ"מ דכוננת הרמב"ם הוא על הנשבעין ונפטרין לא בנשבעין ונוטלין בדין מגו והוא המלנה על המשכון משמע דמלנה על המשכון אינו נוטל אלא מדין מגו עיין שם בדבריו וכן הוא דעת המל"מ הלכות מלנה שם דלדעת רמב"ם אינו נאמן בלא מגו.

ועיין בתשובת ר"י בן מיגאש ז"ל (סי' קמ"ב) בטוען על דברים העשויים להשאיל ולהשפיר כה וכה הלוייתיה עליו והממשכן אומר פחות אם נפל ההפרש אחר שגראה המשכון בב"ד אינו נאמן לומר שיש לו עליו כה וכה כמו שאינו נאמן לומר לקוח הוא בידו ואם המשכון בביתו ואין שם עדים שיעידו שהוא אצלו מגו דאי בעי אומר להד"מ ומהימן כי אומר לקוח הוא בידי יש לי עליו כה וכה מהימן עכ"ל מבואר מדבריו דאף בהוד' הלנה שפא לידו בתורת משכון מ"מ צריף למגו ובלא מגו אינו נאמן.

ובאמת לסברת הב"ר דהימנוהו על הסף פינן שלא רצה להלות בלא משכון י"ל דבדבר העשוי להשאיל ולהשפיר לא שייך סברא הזאת דהא היכא דיהיה עדי ראיה דאינו נאמן לומר לקוח ע"כ דנותן המלנה נאמנות להלנה דהא יכול לכפור מפל וכל ולא יהיה נאמן לומר דבתורת משכון פא לידו כמו דאינו נאמן לומר לקוח דאין תפיסתו ראיה וצריף לומר דעכ"פ בטוח הוא כשלא יראהו אז יהיה נאמן ומפשטות דברי הר"י מיגאש גראה דאינו נאמן רק במגו ואף דהש"ך (ס"ק צ"ה) כ' דליכא מאן דפליג בהך דינא בדינא דרשב"א ונה דתשובת רמב"ן הוא דהרשב"א מתחילה פסק כה ואחר כה חזר בו מ"מ מפשיטות דברי הר"י מיגאש משמע דחולק וכן מדברי הטור שכ' בחלוקין בעיקר הלואה אם הוא בענין דהמלנה יכול לטעון לקוח או להד"מ נאמן עד כדי דמיו משמע דבלא מגו אינו נאמן אף אם ידוע שפא לידו בתורת משכון ולדברי הש"ך צריף לדחוק בדברי הטור דרק היכא דליכא עדים שפא לידו בתורת משכון אז צריף למגו: וי"ל בטעם הדבר דלא מהני הודאתו של הלנה דכא לידו בתור' משכון הוא משום דיש להלנה מגו דלא הודה שפא לידו בתורת משכון ומגו להוציא לא הני אף דיש להמלנה קנין בהמשכון מ"מ פינן דגוף המשכון הוא שלו כשיש ללנה מגו אז אין המלנה נאמן מה שאין כן כשיש עדים שפא לידו בתורת משכון נאמן המלנה אף בלא מגו ולכך הוצרך הר"י מיגאש למגו דבלא"ה אינו נאמן כמו שכ' שם בעצמו הואיל דיש ללנה מגו דאי בעי אומר שאול הוא בידו: אף לכאורה יש להשיב על זה מדברי הסמ"ע (סי' קל"ד ס"ק ב') דכ' באומן דאין לו חזקה הוא דוקא אם טוען ואומר לתמן נתתיו אבל אם טען הבעל הבית השאלתי פלי זה לאומן ואינו מדברים העשויים להשאיל אינו יכול להוציא מן המחזיק ולא מהימן במגו נתתיהו לתקנו דמגו להוציא לא אמרינו הרי אף דיש לו עדים דהיה שלו ויש חזקת מר"ק

מ"מ לא מְהַנִּי המר"ק עם המגו להוציא המטלטלין וה"נ נימא פִּינן דְהַלְוֵה מוֹדָה דְבָא לִידוּ בתורת משכון לא יְהִי נְאָמֵן להוציא אף דִּיש לֹא חמר"ק.

אולם בְּאֵמַת התנאים שם משיג על הסמ"ע וכו' פִּינן דְהַפְּלִי בְּחֻזְקָת בעה"ב לא הוּי מגו להוציא. וְלִדְבָרֵיו בְּמִשְׁכּוֹן גַּם פֶּן פִּינן דִּיש לֹא חֻזְקָת מר"ק אף דְמוֹדָה דְאִתְרַעָא חֻזְקָת מר"ק וְבָא לִידוּ הַלְוֵה בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן מ"מ מֵה דְהוֹדָה הוֹדָה וְנִשְׁאָר עַל מֵה דְכּוֹפֵר חֻזְקָת מר"ק וּמְהַנִּי המגו להוציא.

וגם י"ל דְכָאֵן אף הסמ"ע מוֹדָה פִּינן דְאִינוּ טוֹעֵן עַל גּוֹפוֹ שֶׁל דְבָר רַק לְהַחְזִיקוֹ לְמִשְׁכּוֹן עַד שְׂיִסְלַק לֹא פְּפִי מֵה שְׁטוֹעֵן שֶׁהַלְוֵהוּ עָלָיו וְאִם מְסַלַּק לֹא הַמְּמוֹן צָרִיךְ לְהַחְזִיר גּוֹף הַחֶפֶץ לֹא הוּי כְּמַגּוֹ הַחֶפֶץ וְרַק שֶׁם בְּאֵמַן דְטוֹעֵן עַל גּוֹף הַחֶפֶץ שְׂמַכְר אוֹ נָתַן לֹא בְּזָה הוּי מַגּוֹ לְהוֹצִיא.

ועוד י"ל דְהָא קָשָׁה עַל הַסְּמ"ע מְדַבְּרֵי רַמְבַּ"ם (פ"ח) מְטו"נ דְכָתַב בְּדַבְּרֵים הָעֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְלְהַשְׁפִּיר דְאִינוּ נְאָמֵן לֹאמֵר לְקוֹחַ מְבֹנָאָר בְּדַבְּרֵיו דְאִם בְּעַל הַפְּלִי טוֹעֵן אֲנִי הַפְּקֻדְתִּי אֲצִלוֹ אוֹ הַשְׁאֵלְתִּיהוּ דְנְאָמֵן וְע"כ הָא דְנְאָמֵן לֹאמֵר פְּקֻדוֹן הוּא אֲצִלוֹ הוּא מְטַעֵם מַגּוֹ דְאִי בְּעֵי הִנֵּה אֹמֵר הַשְׁאֵלְתִּיהוּ וְלִדְבָרֵי הַסְּמ"ע נִימָא דְהוּי מַגּוֹ לְהוֹצִיא מִיַּד הַמְּחֻזֵּק אֲלָא וְדִיש פִּינן דִּיש מר"ק לְבַעַל הַפְּלִי מְהַנִּי הַמַּגּוֹ לְהוֹצִיא וְחֻזְקָתוֹ שֶׁל הַמְּחֻזֵּק לֹא חֻזְקָה הוּא פִּינן דְהֵם הַדְּבָרִים הָעֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְה"נ נִימָא לְגַבֵּי אֲמָן וְכֵן הוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי הַרְמַב"ם הַנּוֹ' בַּס' שֶׁעַר מְשַׁפֵּט שֶׁם דְלֹא פְדַעַת הַסְּמ"ע.

אולם יֵשׁ לְחַלֵּק דְדוֹקָא בְּכָלִים שְׂאִינָם עֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְלְהַשְׁפִּיר טַעְנָה הַזֹּאת דְהַשְׁאִילוֹ לְאֲמָן טַעְנָה גְרוּעָה הוּא וְנִגְדַּד טַעְנָה הַזֹּאת מְהַנִּי חֻזְקָת הַמְּחֻזֵּק וּמַגּוֹ דְנִתְתִּי לְאֲמָן לְחַקוֹן לֹא מְהַנִּי בְּטַעְנָה גְרוּעָה פְּזֹאת לְהוֹצִיא אֲבָל אִם טוֹעֵן דְהַפְּקִידוֹ אֲצִלִּי דְזָה הוּי טַעְנָה מְעַלְיָא וְהוֹאִיל דְחֻזְקָת הַמְּחֻזֵּק שֶׁהוּא אֲמָן גְרוּעָה נְאָמֵן כְּמַגּוֹ אף לְהוֹצִיא הוֹאִיל דְמְסִייעוֹ חֻזְקָת מר"ק וְלִכְּפֹד בְּדַבְּרֵים הָעֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְלְהַשְׁפִּיר נְאָמֵן לְהוֹצִיא אף בְּטַעְנָתוֹ שֶׁבְּפְקֻדוֹן בָּא לִידוּ פִּינן שֶׁהוּא טַעְנָה מְעַלְיָתָא נְאָמֵן כְּמַגּוֹ דְהַשְׁאֵלְתִּי פִּינן דְהוּי דְבָרִים עֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל נִגְרַע חֻזְקָת הַמְּחֻזֵּק וּמְהַנִּי הַמַּגּוֹ בְּצִירוּף מר"ק לְהוֹצִיא וְכֵן בְּמִשְׁכּוֹן נְאָמֵן הַלְוֵה דְכָּה וְכָּה הַלְוֵהוּ עָלָיו אִם אִין מַגּוֹ לְהַמְלִינָה אף לְהוֹצִיא בְּצִירוּף מר"ק פִּינן דְטַעְנָתוֹ טַעְנָה מְעַלְיָא הוּא וְלִיכָּא רִיעוּתָא הֵן בְּטַעְנָתוֹ שְׁטוֹעֵן הֵן בְּטַעְנָתוֹ הַמַּגּוֹ: וְרִאִיתִי לְאִיזְמ"ו הַגָּאוֹן זצ"ל בְּסִפְרוֹ דְבָרֵי מְשַׁפֵּט שֶׁם שֶׁהִבִּיא רִאִיָּה לְדַעַת הַסְּמ"ע מְתַשׁוּבַת מְהַר"ם ב"ב ז"ל שֶׁבְּמֶרְדְּכִי ב"מ פֶּרֶק הַמְּפָקִיד בְּרֹאוּבוֹן שֶׁהַשְׁאִיל לְשִׁמְעוֹן סֹדֵר קְדָשִׁים וְתוֹבַע מְמַנּוֹ וְהַשִּׁיב אֶמַת שֶׁהַשְׁאֵלְתָּ לִּי אֲבָל אַחַר כֵּן נָתַן לֹא לְמִשְׁכּוֹן סֹדֵר מוֹעֵד שְׁשׁוּנָה יוֹתֵר מִסֹּדֵר קְדָשִׁים וְרֹאוּבוֹן הוֹדָה וְאָמַר שְׁנָתַן לֹא רְשׁוּת לְהַשְׁאִיל לְחַתְּנוֹ וְנִשְׁרַף בְּבֵיתוֹ וְשִׁמְעוֹן אֹמֵר דְלֹא נָתַן לֹא רְשׁוּת וְכו' רֹאוּבוֹן נְאָמֵן וְאִין צָרִיךְ לְשַׁלֵּם מֵה שְׁשׁוּנָה יוֹתֵר אֲבָל אִינוּ יְכוֹל לְהוֹצִיא סֹדֵר קְדָשִׁים מִן שְׁמִעוֹן אף דְאִית לְרֹאוּבוֹן מַגּוֹ דְהִנֵּה אֹמֵר לֹא נָתַתְּ לִי כֹל סֹדֵר מוֹעֵד דְהוּי מַגּוֹ לְהוֹצִיא וְלְשִׁיטַת הַתְּנָאִים לְמָה לֹא יְהִי נְאָמֵן דְנָתַן לֹא רְשׁוּת לְהַשְׁאִיל כְּמַגּוֹ דְהִנֵּה יְכוֹל לֹאמֵר דְלֹא נָתַן לֹא סֹדֵר מוֹעֵד פִּינן דְאִית לְרֹאוּבוֹן חֻזְקָת מר"ק בְּסֹדֵר קְדָשִׁים עֵי"ש.

וְהַמְּעִינִין בְּמֶרְדְּכִי שֶׁם יִרְאֶה דְעֵיקָר טַעְמוֹ שֶׁל מְהַר"ם ב"ב ז"ל פִּינן דְרֹאוּבוֹן מוֹדָה דְהַשְׁאִילוֹ לְחַתְּנוֹ וְהוֹדָאת בַּע"ד כְּמֵאָה עֲדִים דְמִי לְחוֹבְתוֹ מְהִימְנִין לְשִׁמְעוֹן לֹאמֵר לֹא נָתַתִּי לְךָ רְשׁוּת לְהַשְׁאִילוֹ כְּמַגּוֹ דְאִי בְּעֵי אֹמֵר אִין סִפְרָה בְּיַדִּי הַחֻזְרִתִּי לְךָ כְּמַגּוֹ דִּידִיָּה לְהַחְזִיק

הוא אם כן אינו ראיה היכא דליכא מגו להמחוק דאין מוציאים מיד המחזיק במגו היכא דמסייעו חמר"ק וגם בלא"ה שם מודה ראובן דאחר כף הי' ביד שמעון הספר למשכון והי' לו בו קנין משכון ועתה בא להוציא ממנו ולסלקו מחזקתו שהיה לו שלא יצטרף להחזיק לו הספר קדשים עד שיחזיר לו סדר מועד ואף שלא בא לידו בתור' משכון מ"מ זכות זה היה בידו לעכב ספר קדשים עבור ספרו לכן שפיר הני להוציא כיון שבא לפטור א"ע מצד אח' שנתן לו רשו' להשאיל ושמעון מכחישו ואומר שיודע שעדיין יש לו זכות זה לכן הני מגו להוציא מה שאין פן בנידון הסמ"ע התובע אומר שמעולם לא הי' לו זכות לעכב שפיר מוציאים מידו ע"י המגו כיון דלפי דבריו מעול' לא זכה בו רק בתורת שאלה מהני החמר"ק עם המגו להוציא מידו עכ"פ בנידון דידן שפיר פשמחלקין בסוף ההלואה אם אין לו להמלן' מגו מהני המגו של הלנה אף להוציא: עוד יש ליישב קושיות התנמי' והקצוה"ח על הרמ"א דסובר אף באופן שקדשה בשכרו מקודשת אף דלא בא לידו בתורת משכון מ"ש אופן דאינו נאמן בלא מגו דז"ל הרשב"א בתשובה בת"א (סי' מ"ח) דטלית שביד אופן לא בא ליד האופן מחמת שכרו והלכה אע"ג דאפשר לו למיתפסיה אאגריה מ"מ לא על זה בא לידו ואינו קנוי לו והיינו כל שאמר גמרתיו שוב אינו שו"ש ולפיכך כל שראה חייב להחזירו ועל הקציצה הממע"ה שהרי הטלית עומד הוא להחזיר' ודומה לס' זה קדם כו' אבל משכון קנוי הוא לו עד שיפרע לו מה שהלנהו ולא לחזרה קאי עד שיפדנו עיין שם עוד וכן בחידושי פ"ב דקידושין כ' דאופן לא הני כמלנה על המשכון אלא באומר הבא מעות וטול את שלך הא טול שלך והבא מעות ואפ"ל אומר גמרתיו לא כשו"ש הוא וכיון שכן לא הני כמלנה על המשכון וה"נ כסתמא דמי דהא לא אמר לה הבא מעות.

וכבר פתבתי לעיל (סי' ע') מדב' הר"ן ושם דאופן לא קנה עד דליתבעו מיניה ותפס ליה אאגרי' כעובדא דמלוגא דשטר'א וכוננתו כ"ז דלא גלי אדעתו דמחזיקו למשכון בעד שכירתו ועושה מעשה קנין או דא"ר להחזיר לו אינו קונה למשכון.

ואם כן י"ל דדעת ר"י ורמ"א באה"ע כיון דרצונה להתקדש בו אמדינן דעתו דחפץ להחזיקו למשכון ויש לו בו קנין למשכון ואף בתפס למשכון מודה הרשב"א דיש לו בו קנין. אבל באופן אומר שמים קצצת לי מחולקין על הקציצה וזה שהודה הבעה"ב רוצה לשלם לו שוב אינו יכול לתפוס למשכון לכה שפיר הממע"ה וכתב הרשב"א שהרי הטלית עומד להחזרה וכיון דלא ע"ז בא לידו ואינו קנוי לו ואף דעכשיו רוצה להחזיקו למשכון לאו כל כמינה כיון דרוצה לשלם לו מה שקצץ לו לפי דבריו ולכה הדין הממע"ה: והנה אם נאמר דהגאונים דסברו במלנה על משכון דנאמן עד פדי דמיו במגו דלקוח או החזרתי דחייב לישיבע בנק"ח סברו גם כן כשיטת רשב"א דהיכא דיש עדים שבאו לידו בתורת משכון נאמן המלנה אף בלא מגו דהוי מחזיק והא דבאופן אומר ב' קצצתי והבעה"ב אומר א' דהיכא דראה דאינו נאמן הואיל דלא ע"ז בא לידו ואינו קנוי לו לכה.

יש קצת ליישב מה דהק' כל הראשונים עליהם למה קתני שם בפרייתא בזמן שהטלית ביד האופן הממע"ה. ולא קתני שישבע באשר האריכו בזה כל הראשונים והש"ך (סי' פ"ט) די"ל ע"כ לא כתבו הגאונים דחייב המלנה לישיבע רק היכא דצריך המגו לממון

דבֿלא המגו א"נ כֿלל בְּנֵה הָיִי המגו לא־פְּטוּרִי מְשֻׁבְּעָה אוּ מְשׁוּם דְּהָיִי מְגוּ לְהוֹצִיא אֶבֶל הֵיכָא דְאַרְף בְּלַעְדֵי המגו עכ"פ נְאָמֵן לְחֵיבּוֹ שְׁבוּעָה מְדִין מוּב"מ וְכֵינֵן דְּיֵישׁ לְהַמְלִיחָה מְגוּ הָיִי כְּאֵנִן סְהַדֵי שְׁפִדְכְּרִיּוֹ פִּן הוּא אִם פִּן אֵין הֵב"ד מְנִיחִין לְהַלְוֵה שְׁיִשְׁבַּע וּמְמִילָא יֵישׁ עַל הַלְוֵה חֵיבּ לְשִׁלְמֵם כְּמוֹ בְּמַתוּדָה שְׁאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַּע דְּחֵיבּ לְשִׁלְמֵם פִּן נְמִי הֵיכָא דְּיֵישׁ לְהַלְוֵה מְגוּ לְסִייעוּ לְטַעֲנוּתֵי וְהֵב"ד אֵין מְנִיחִין לְהַלְוֵה שְׁיִשְׁבַּע חֵיבּ לְשִׁלְמֵם וּבְמַחְזְקִין בְּסוּד הַהַלְוָאָה כְּמָה הַלְוֵהוּ עַל הַמְשָׁכּוֹן שְׁפִיר כְּתִבּוּ לְחֵיבּוֹ לְהַמְלִיחָה שְׁבוּעָה פִּינֵן דְּבְלַעְדֵי המגו הָיִה הַלְוֵה פְּטוּר אֲרַף מְשֻׁבְּעָה דְּמוּב"מ דְּהַמְשָׁכּוֹן הָיִי הֵילֵךְ כְּמַבְּנֵאָר בְּסִמ"ע וְש"ךְ דְּאַרְף כְּשִׁנּוּתֵן לּוֹ עֲכָשְׁיָן מְשָׁכּוֹן לֹא הָיִי הֵילֵךְ מ"מ כְּשִׁהַלְוֵהוּ עַל הַמְשָׁכּוֹן הָיִי הֵילֵךְ כְּמַבְּנֵאָר סִמ"ע (ס"ק פ"ב) וְכֵינֵן דְּבִלָא הַמְּגוּ אֵין עַל הַלְוֵה אֲרַף חֵיבּוֹ שְׁבוּעָה מוֹדָה בְּמַקְצַת וְעֵיקָר נְאָמְנָתוֹ שֶׁל הַמְּלִיחָה הוּא עַל יְדֵי הַמְּגוּ לְכַף חֵיבּוֹ לִישְׁבַּע.

מֵה שְׁאִין פִּן בְּאֵנֵן דְּאַרְף בְּלַעְדֵי הַמְּגוּ יֵישׁ עַל הַבְּעָה"ב עכ"פ חֵיבּוֹ שְׁבוּעָה מוּב"מ דְּמְשָׁכּוֹן הַטְּלִית שְׁלֵא בְּאֵ לִידוֹ בְּתוֹרַת מְשָׁכּוֹן רַק אַחַר כִּף תְּפִס אַאֲגְרִיָּה וְדַאי לֹא הָיִי הֵילֵךְ וְרֵאָה לְזֵה מְדַבְּרִי רַמְבַּ"ם ה'ל' טו"נ שכ' וְאִם יֵצֵא הַטְּלִית מֵת"י אוּ שְׁאִין לּוֹ בּוֹ חִזְקָה וְאִינוּ יְכוּל לְטַעֲנוּן לְקוֹחַ הוּא בְּיַדֵי יִשְׁבַּע שְׁבוּעָה הַתּוֹרָה אִם הוּא מוּב"מ וְאִמָּאי הָא פִּינֵן דְּהַטְּלִית בְּיַדוֹ הָיִי הֵילֵךְ אֶלָּא פִּינֵן דְּלֹא בְּאֵ לִידוֹ תַּחֲזִילָה לְשִׁם מְשָׁכּוֹן לֹא הָיִי הֵילֵךְ.

גַּם בְּמְשָׁכּוֹן שְׁהַלְוֵהוּ עֲלִיו דְּיְכוּל לְסַלְקוֹ אֲרַף בְּשָׁנָה כְּסָף שְׁפִיר הָיִי הַמְשָׁכּוֹן כְּהֵילֵךְ מֵה שְׁאִין פִּן בְּאֵנֵן דְּאִינוּ יְכוּל לְסַלְקוֹ בְּשָׁנָה כְּסָף כְּמַבְּנֵאָר ש"ס ב"מ (דָּרְף קי"ח) וּבַח"מ (סי' של"ו ס"ב) יע"ש בְּדַבְּרֵי מְשַׁפֵּט מְשִׁם הַש"מ דְּאַרְף בְּמַקּוֹם דְּאִינוּ עוֹבֵר עַל בַּל תְּלִין מ"מ אִינוּ יְכוּל לְסַלֵק בְּשָׁנָה כְּסָף אִם פִּן וְדַאי מְשָׁכּוֹן לֹא הָיִי הֵילֵךְ.

וּבַקְצוּה"ח (סי' ע"ב ס"ק כ"א) כ' דכ"ז שְׁהַטְּלִית בְּיַד הָאֵנֵן הָיִי הֵילֵךְ דְּכְרִיּוֹ לֹא נְהִירָא כְּדִמְשַׁמַּע מְדַבְּרֵי הַרְמַב"ם (פ"ט ט) מְטו"נ וְכִמוֹ שכ' וְאִם פִּן י"ל דְּדַעַת הַגְּאוּנִים דְּבְּאֵנֵן הוּאִיל דְּאַרְף אִם לֹא יִהְיֶה נְאָמֵן מ"מ חֵיבּוֹ הַבְּה"ב לִישְׁבַּע שְׁבוּעָה מוּב"מ וְכֵינֵן דְּעַל יְדֵי הַמְּגוּ הָיִי כְּאֵנֵן סְהַדֵי וְאִין הֵב"ד יְכוּלִין לְחֵיבּוֹ שְׁבוּעָה לְכַף הַמְּמַע"ה וְאַרְף שְׁבוּעָה נַק"ח אֵין הָאֵנֵן חֵיבּ לִישְׁבַּע: אוּלַם דַּעַת הַרְמַב"ם דְּגַם בְּאֵנֵן אֲרַף דְּהַבְּעָה"ב הוּא מוּב"מ וְהָאֵנֵן נְאָמֵן מ"מ חֵיבּ לִישְׁבַּע בְּנַק"ח וְכִכֵּר הָאֲרִיף הַש"ךְ בְּנֵה (סי' פ"ט) וְכֵן בְּנִי"ב עֲמַד ע"ד הַרְמַב"ם עכ"פ שְׁהוּא מֵה שְׁאִינוּ מְבֹאֲרַר בְּש"ס וְמָה שכ' שִׁם הַש"ךְ לְתַרְזֵן דְּהַבְּרִיָּתָא אֲתִיָּא כְּר"י דְּגַם בְּקַצִּיצָה הַשְּׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל לְכֵן הֵיכָא שְׁהַטְּלִית בְּיַד הָאֵנֵן אֵין צְרִיף לִישְׁבַּע אֶבֶל לְדִידוֹ דְּבַקְצִיצָה מִיְדְּכֵר דְּכִירֵי לְכַף אֲרַף כְּשִׁהַטְּלִי בְּיַד הָאֵנֵן דִּינוּ כְּשִׁאֲרַר טוֹעֵן עַל מְשָׁכּוֹן דְּחֵיבּוֹ לִישְׁבַע בְּנַק"ח.

וּמִפְּחַזָּה כ' הַש"ךְ לְדִינָא דְּכָל הַנְּשַׁבְּעִין וְנוֹטֵלִין אִם הֵם מְנוּחְזְקִין וְיֵישׁ לְהֵם מְגוּ נוֹטֵלִין בְּלֹא שְׁבוּעָה בְּנַק"ח וְסָגִי בְּהִקְסַת אֲרַף לְדַעַת הַגְּאוּנִים [וְיִמָּה דְּקָשָׁה עַל הַש"ךְ דְּכָלֵל כָּל הַנְּשַׁבְּעִין וְנוֹטֵלִין וּבְכָלֵל זֵה גַּם פִּן פּוֹגֵם שְׁטֵר חוּב וְקָשָׁה הָא בְּפּוֹגֵם הָיִי מְגוּ בְּדַדְמִי כְּאִשְׁרַר עֲמַד ע"ז בס' ש"מ כְּתִבְתִּי לִישְׁבַע לְעֵיל (סי' מ"ה) עֵינֵן שִׁם] אוּלַם בְּאֵמַת מְבֹאֲרַר בְּש"מ ב"ב (דָּרְף מ"ו) מְשִׁם רַבִּינוּ יוֹנָה נְעוּד רַאשׁוֹנִים לְהִקְפֵּה דְּהַבִּיא דְּבְּרֵי הַגְּאוּנִים שְׁכָל הַנוֹטֵלִין נִשְׁבְּעִין וְהַקְשָׁה מְבִרְיָתָא וְכ' וְיֵישׁ לְהַשִּׁיב דַּל"ד שְׁבוּעָה דְּסִיפָא לְדְּרִישָׁא וְעוּד כְּשִׁהַטְּלִית בְּיַד אֵנֵן אֶפִּילוֹ לֹא מְשַׁתְּבַע לֹא מְפָקִין מִיְנֵיהּ שְׁכֵן כ' הַגְּאוּן ז"ל בְּכָל הַנְּשַׁבְּעִין וְנוֹטֵלִין שְׁהַטְּלִיָּה מִן הַדִּין וְהַשְׁבוּעָה מִתְקַנַּת חֲכָמִים כְּגוֹן הַבָּא לְפָרוּעַ מְנַכְסֵי יְתוּמִים וְהַפּוֹגְמַת

וע"א שפרוע בכל אלו אם נוטלין בלא שבועה לא נחתינו לנכסיהו אלא משמתינו להו עד דמשתבעי הלכה פשהכלים בינך האמן פינו שתפס ועומד אין מוציאין מידו אף אם אינו נשבע להכי תנא על הבעה"ב להביא ראיה ללמדינו שהוא מחזיק בו מן הדין עד שלא נשבע ואין מוציאין מידו אבל אחר שנתנה שאם נשבע נוטל ואם אינו נשבע אינו נוטל לכה תנא נשבע ונוטל וכן כ' עוד שם דמשמתינו ליה עד דמשתבע הרי מבואר דאף היכא דיש לו מגו אפילו תפס ועומד לא מיפטר משבועות הגאונים ומשמתינו ליה.

עכ"פ מבואר דאף היכא דאם לא נאמן להמלנה יהיה הלנה מחויב שבועת מודה במקצת גם כן חייב המלנה ליטבע בנקיטת חפץ ואלי י"ל דכמו דיש להמלנה מגו דלקוח כמו כן יש להלנה מגו לאמת טענתו דהיה יכול לכפור בכל ולומר פקדון הוא אצלו ובאמן דלית ליה חזקה אף בטענת פקדון נאמן במגו דהיה טוען דנתן לו לתמן דבר מה ולא תיקון וכמו שכ' הסמ"ע לדון במגו הזאת או דבתורת שאלה בא לידו ואף דהאמן יטעון שפא לידו לתמן ותיקון מ"מ הלנה יכחישו וכשיש לזה מגו ולזה מגו לכה צריף ליטבע ותנא דברייתא דקתני על בעה"ב להביא ראיה הא כ' שם תוס' דברייתא סברו דא"נ במגו דלא שכתריף ועיין תומים(סי' פ"ט) די"ל דאינו נאמן במגו לר"י או דהוי מגו בדדמי ולא מגו מעלייתא וכיין דליכא מגו לבעה"ב דאף בקציצה לא דכיר ולהאמן יש לו מגו לכה פטור אף משבועה היכא דהבעה"ב מודה במקצת וחייב ליטבע מה"ת דהוי ע"י מגו כמתשאי"ל ומשלם מה שאין פן לדין דהוי מגו גם לבעה"ב ונוטל על ידי המגו לכה חייב ליטבע בנקיטת חפץ.

ובזה יש ליישב מה שהקשו באם אין הטלית בינך אמן דהבעה"ב אינו נשבע רק הסית דכיין דאיירי על פרוץ בשכרו שלא בעדים דאם לא פן ל"צ כלל למגו פדעת הרשב"א וממילא נאמן במגו דלא שכתריף פן י"ל ע"ד פלפול אולם באמת נראה דהמגו של בעה"ב הוא מגו גרוע פמוכן וגם אף אם ע"י המגו של האמן הוי כאנן סהדי מ"מ לא נוכל לעכב את הבעה"ב מליטבע ועדיף מחשוד דדעת התוס' דלא הוי כמתוך שאינו יכול ליטבע משלם פינו דרוצה ליטבע כ"ש בזה דלכ"ע ל"ה כמתוך וכמוכן: ודע דלכאורה מדברי ר' יונה ז"ל נרשב"א בש"מ הנ"ל נראה פינו דכ' דאם אינו רוצה ליטבע דאין מוציאין מידו אבל משמתינו ליה כמו דמשמע בפשיטות דבריו דדומה לשאר נשבעין ונוטלין פשתפסו יש להוכיח דאינם סוברים כמו שכ' הר"ן המובא ברמ"א (סי"ז) דסובר אם תפס מעות נשבע היסת ונפטר ועיין בסמ"ע ובש"ף דאף בחפץ אם המלנה שותק ואינו מבקש שיפדה הלנה משכוננו ואינו רוצה לפרוע וגם אינו רוצה למכרו רק שותק ורוצה להחזיק אצלו המשכון עד שיפרע לו דמיו הוי לי' פטוען על גופו של משכון שהוא שלו ורוצה להחזיק להיות שעבודו קיים אין צריף אלא היסת וכ' הש"ף דיכול להיות שכל הפוסקים מודים לו לדינא.

ולפנינו למה שכ' מבואר מדברי רבינו יונה ותלמידו דאם אינו רוצה ליטבע לא נחתינו לנכסיו רק משמתינו ליה אם פן על פרוץ אינו יכול לגבות מהטלית דמאן שם לו ובלא ב"ד אינו יכול למפור וכיין דמשמתינו ליה פדי שיטבע הרי משמע דאף כפרוזה רק לעכבו עד שיפרע לו גם פן מחייבינו ליה מן הדין ליטבע בנקיטת חפץ וכן משמע מלשון מהר"מ ב"ב שפמרדכי פ' המפקיד שהבאתי לעיל שכ' אבל לא מפקינו ס' קדשים מיד



שמעון אלא יעפכהו ובשבועה אם רוצה לישיבע שלא הרשהו ללמוד בו פניו וכן כ' שם כ"פ יעפכנו שמעון ויגבה ומבואר דאף אם אינו רוצה לגבות רק לעפכ תחת ידו גם פן חייב לישיבע בנק"ח: וי"ל דאף הר"ן לא אמר דהיכא דרוצה לעפכו עד שישלם לו ואינו רוצה לגבות מהמשפון דאינו חייב לישיבע בנקיט' חפץ רק היכ' דגם ע"פ טענת הלנה זכה במשפוןו לשיעבודו פשהלנהו עליו שיעחזיק אותו עד שישלם לו וכן באומן אף דלא בא לידו בתורת משפון מ"מ ידוע דאינו חייב להחזיר לו עד שישלם דמי מלאכתו וכיון דגם על פי טענת המלנה והבעה"ב יש לו להמלנה ולהאומן תפיסת יד בו לעפכו עד שישלם לו והשתא מחולקין זה רוצה לסלק שיעבודו הזה כפי מה שאומר שנתחייב וזה טוען יותר לכה אינו חייב לקבל כפי הודאת הבועלים ויכול לעפכ עד שישלם לו כפי טענותיו הואיל דיש לו מגו ואינו מוציא מיד הבועלים לא מחייבין לי' שבועה בנקיטת חפץ.

אבל בתופס פמו בהנהו עיני דאכלו חושלא בנהרדעא ב"ב (דף ל"ו) וכדומה בתופס אף דיש לו מגו דלקוח מ"מ פיון דלא בא לידו על חוב שיעפכו לשעבודו בזה אף אם רוצה לעפכ תח"י עד שיעכרע לו גם פן חייב לישיבע בנק"ח דהוי כבא להוציא ועיין ר"ן סוף סוגיא דקציצה שכתב בהני עיני שיכול לטעון עד כדי דמיהו משום דמצי למימר לקוחין הן בידי דכולהו מודו דאינו נוטל אלא בשבועה פעין דאורייתא משום דליכא מגו גמור דהוא מאינו מעיז למעיז עיין שם ומשמע קצת דאף באם אינו רוצה רק לעפכ ת"י עד שישלם גם פן חייב לישיבע בנק"ח.

[ובאמת מה שכ' הר"ן פולהומודו לא משמע פן לדעת רבינו אפרים והר"ן והראב"ד דהקשו משם ע"ד הגאונים וכן מבואר להדיא ברמ"ה ב"ב שם לדינא דחולק על דברי הגאונים במלנה על המשפון הה"ד שם אינו חייב לישיבע בנקיטת חפץ ועיין בש"מ ב"ק (דף קט"ו) משם פרטי הרמ"ה] ואף אם נאמר דשם באינו רוצה לגבות רק לעפכ תחת ידו עד שישלם לו לדעת הר"ן פטור מלישיבע בנקיטת חפץ מ"מ י"ל פיון דעכ"פ תפס לשעבוד בשביל ההיזק ויש לו שעבוד ברור אבל היכא דבזולת המגו לא ידענו אם יש לו פלל שום תביעה על מה שתפס י"ל דגם הר"ן מודה דאף פשרוצה רק לעפכ עד שישלם הוי כבא להוציא וחיוב לישיבע בנקיטת חפץ פדין נוטל.

ומה"ט אתי שפיר דברי הר"ן כתובות פרק הכותב בעובדא דבקרא דתפס בעל חוב תורא דיתמי ואמר מחיים תפיסנא דנאמן במגו דלקוח כתב הר"ן ומיהו לדעת הגאונים ו"ל דכל שאינו טוען בגופו של דבר רק דתפס פעין משפון דאינו נוטל אלא בשבועה אף בע"ח זה נשבע דמחיים תפסו וראיתי שם בספר הפלאה דהקשה על דברי הרא"ש דלענין מאי כ' דלא הוי הבקרא כע"א שיצטרף לישיבע הא כל תופס שלא בעדים צריף לישיבע בנקיטת חפץ וכ' דמזה ראיה דבתופס מעות לא בעי שבועה בנק"ח פיון שהוא טוען על גופו של מעות אם פן בפורשים דא"צ לשלם מעות משלהם ותופס זה החפץ בעצמו אין צריף נקיטת החפץ וגם פשהתופס אינו תובע אין צריף נקיטת חפץ ולא אבין דבריו מה זה שכ' פיון דהיורשים אינם צריכים לשלם משלהם ותופס זה החפץ בעצמו הא מ"מ כשבא לגבות על פי שומת ב"ד הוי פנוטל ובלא שומת ב"ד אינו יכול לגבות דאף דאינם חייבין לשלם משלהם מ"מ גוף המטלטלין ירשו הם ויכולין לסלק בדמיהו ואם פן הוי

כְּנוּטֵל וְאִם בְּרוּצָה רַק לַעֲפָב עַד שְׁיִשְׁלַם לוֹ י"ל דְּבִתּוֹפֶס חֲפִיץ וְלֹא יִדְעֵנוּ כָּלֵל אִם זָכָה בּוֹ לְשַׁעֲבֹד אִף כְּשִׁרְוּצָה לַעֲפָב חֲזִיב לִישְׁבַע בִּנְק"ח וְתִמְהַנֵּי שְׁלֵא שָׁם עֵינָיו הִטְהוּרִים שָׁם בְּדַבְרֵי הָר"ן דַּכ' לְהִדְיָא דְשִׁינְיָה גַם בְּזָה שְׁבוּעַת הַגְּאוּנִים וְאִף דְּאִינוּ מְבוֹאָר אִם אִף כְּשִׁרְוּצָה רַק לַעֲפָב עַד שְׁיִפְרַע מ"מ זֶה מְבוֹאָר דְּגַם לְגַבֵּי יְתוּמִים הַדִּין פֶּן הוּא דְלֹא הָיִי כְּטוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפִיץ: וְלִמ"ש דְּהִיכָא דל"ב לִידוֹ בְּתוֹרַת מְשֻׁכּוֹן אִף אִם אִינוּ רוּצָה לְגַבּוֹת רַק לַעֲפָב בְּיָדוֹ עַד שְׁיִפְרַע לוֹ גַם פֶּן חֲזִיב שְׁבוּעָה אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּקָשָׁה לְכַאוּרָה הָא דְּמְבוֹאָר בִּש"ע (ס' קל"ג) אִם רָאוּ עֵדִים הַחֲפִיץ קוֹדֵם שְׁתַּבְּעוּ הַמְעַרְעֵר לַדִּין אִף אִם אָמַר בְּפִנְיָהֶם כִּי הוּא מְמוֹשָׁפֵן לוֹ בְּכַדֵּי דְמִי קָרִינוּ בִּיָּה שְׁפִיר עֵדִים וְרָאוּ וְעֵינָיו שָׁם בִּש"ע אִף דְּלִיכָא עֲדֵי פְקֻדוֹן מ"מ עֵינָיו תְּלוּי בְּשִׁבּוּעָה וְכִינוּן דְּרָאוּ וְהַפִּירוּ אוֹ שֶׁהוּדָה שֶׁהוּא שֶׁל פְּלוּנֵי וְצָרִיף שְׁיִשְׁבַע לֹא מְהַנֵּי הַמְגוֹ חוּץ לִב"ד וְמְבוֹאָר דְּחֲזִיב אִף לְהַחֲזִיר הַחֲפִיץ וְיִקְשָׁה הָא מ"מ פִּינוּ דְּטוֹעֵן מְמוֹשָׁפֵן הוּא מִיָּד כְּשֶׁהֲרָאָהוּ בְּפִנְיָ עֵדִים אִם נֹאמַר דְּכִשְׁלֵא בָּא לְגַבּוֹת רַק לַעֲפָב עַד שְׁיִפְרַע אִם פֶּן לֹא יִהְיֶה חֲזִיב לְהַחֲזִיר וְזֶה לֹא מְשַׁמַּע מְסַתִּימַת הַש"ע אֲלֵא פִינוּ דְּנִתְבַטַּל הַמְגוֹ וּמְהַנֵּי הוּדָתוֹ לְחִיּוּב מִמִּיל' חֲזִיב לְהַחֲזִיר וְאִמְאִי הָא לִזְה לֹא הִיָּה צָרִיף לְמַגּוֹ וְנִאָמַן בְּטַעֲנָתוֹ בְּעַצְמוֹ וְאִף אִם נֹאמַר דְּצָרִיף לְמַגּוֹ מ"מ הָא פִינוּ דְּאִין צָרִיף שְׁבוּעָה מְהַנֵּי הַמְגוֹ אִף חוּץ לִב"ד לְדַעַת הַש"ע.

וְלִמָּה שֶׁכ' אֲתִי שְׁפִיר דְּדוֹק' בְּהוּדָה הַלְלוּהָ שְׁבָא לִידוֹ לְשֵׁם מְשֻׁכּוֹן אוֹ אִף בְּאִנְוֵן מ"מ יָכוֹל לַעֲפָב וַיֵּשׁ לוֹ זְכוּת לַעֲפָב עַל שְׁכָרוֹ אִף כְּפִי מַה שְׁטַעֲנוּ הַבְּעָלִים לְכָף לֹא הָיִי לְהוֹצִיא וְלֹא בְּעֵי שְׁבוּעָה אֲבָל אִם כְּפִי דְּבָרֵי הַלְלוּהָ אִינוּ חֲזִיב לוֹ כָּלֵל לְעוֹלָם חֲזִיב שְׁבוּעָה: שׁוּב רְאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת (ס' קל"ג) שֶׁכ' לִישְׁבַע דַּעַת הַסֵּמ"ע שָׁם שֶׁכ' דְּאִיִּירֵי דְּאִיכָא עֲדֵי פְקֻדוֹן וְהַש"ע שָׁם הַשִּׁיג עָלָיו דְּכִינוּן דְּרָאוּ עֵכְשָׁיו עֵדִים וְאִזְזִיל לִיָּה מַגּוֹ דְּלִיָּה מַה בְּכָף שְׁלֵא הַפְקִידוֹ בְּעֵדֵי כִּי הַכֵּל תְּלוּי בְּשִׁבּוּעָתוֹ כִּי ב"ד יִפְסְקוּ לוֹ שְׁחֲזִיב כְּדִי דְּמִי בְּמַגּוֹ וְכ' דְּלְכָף צָרִיף עֲדֵי פְקֻדוֹן שְׁלֵא יִהְיֶה נִאָמַן אִף לְהַחֲזִיק הַמְשֻׁכּוֹן עַד שְׁיִשְׁלַם.

וְלִדְבָרָיו לֹא הִיָּה צָרִיף דוֹקָא עֲדֵי פְקֻדוֹן רַק בְּהוּדָה שְׁבָא לִידוֹ בְּפְקֻדוֹן וְאַחַר כֵּף הַלְלוּהָ עָלָיו וְאִינוּ נִאָמַן אֲלֵא בְּמַגּוֹ וְצָרִיף שְׁבוּעָה וְדְבָרֵי הַסֵּמ"ע שָׁם דְּאִיִּירֵי דִישׁ עֲדֵי פְקֻדוֹן וְאִין לוֹ טַעֲנָה לְפִטוֹר רַק אִם הַחֲזִיר כ' שָׁם בַּס' מ"ש לְהַקְשׁוֹת דְּכִינוּן דְּהֲרָאָה הַחֲפִיץ לְעֵדִים הָרִי רָאוּ וְכִינוּן דְּאִיכָא עֵדִים וְרָאוּ אִיף מְהִמְנִינֵן לִיָּה בְּמָה שְׁאָמַר שֶׁהוּא מְשֻׁכּוֹן נִגַּד עֵדִים דְּבָא לִידוֹ בְּתוֹרַת פְּקֻדוֹן וְהַנִּיחַ בַּצ"ע וְל"ק כָּלֵל דְּהָא עַל זֶה אָנוּ דְּנִין אִם יֵשׁ לוֹ מַגּוֹ דְלֹא הִיָּה מְרָאָהוּ וּבב"ד כה"ג אִף דִישׁ עֲדֵי פְקֻדוֹן נִאָמַן לוֹמַר דְּמְשֻׁכּוֹן הוּא אֲצִלוֹ אַחַר כֵּף בְּמַגּוֹ דְּהַחֲזוּרֵתִי וְעֵינָיו הַחֲקִירָה הוּא אִם אֲמַרִינוּ חוּץ לִב"ד אוֹ לֹא] עכ"פ לְדַעַת הַש"ע וְטו"ז שָׁם דְּמְשַׁמַּע דָּאָרְבָּא בְּלֹא עֲדֵי פְקֻדוֹן מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ עַל כְּרִחָף דְּסָבְרוּ דְּכָל זְמַן שְׁלֵא נִשְׁבַּע מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְאִינוּ יָכוֹל לַעֲפָב הִיכָא דְלֹא בָּא לִידוֹ אִף לְדְבָרָיו בְּתוֹרַת מְשֻׁכּוֹן שְׁיַעֲכָבְנוּ בְּיָדוֹ עַד שְׁיִפְרַע וּבְזָה אִף הָר"ן מוֹדָה וְכִמוֹ שֶׁכ' לְעֵיל: וְעֵינָיו ש"ע (ס"ק ס"ט) שְׁהִבִּיא שֶׁכ' הָר"ן שְׁאִין לְחַלּוֹק עַל הַגְּאוּנֵי וְכַתֵּב וְכֵן כָּתֵב רַב הָאִי גְאוּן בַּס' הַמְשֻׁכּוֹן וּבַס' מְשֻׁפְטֵי שְׁבוּעוֹת דְּמַלְלוּהָ עַל הַמְשֻׁכּוֹן נִשְׁבַּע וְנוּטֵל וְקָשָׁה מִמָּה דְּהִבִּיא הַבַּעַה"ת (שַׁעַר מ"ט ח"ד אוֹת ו') מְשֻׁמוֹ דְּרַב הָאִי גְאוּן ו"ל שֶׁכ' אִם טוֹעֵן שְׁחֲזִיב לוֹ פְטוֹר מְשֻׁבּוּעָה דְּאוֹרִיָּתָא וְחֲזִיב מְדַרְבְּנָן וְהַ"ד בְּמֵאָן דְּתַפְס בְּפְקֻדוֹן שְׁיִשְׁבַע עָלָיו הִיָּסַת וְיִתְפּוֹס מַה שְׁתּוֹפֶס וְקָשָׁה הָא לְדְבָרָיו חֲזִיב בִּנְק"ח כְּדִין נִשְׁבַּע וְנוּטֵל וְצָרִיף לְדַחּוֹק בְּדְבָרָיו דְּאִיִּירֵי בְּתַפְס מְעוֹת וְלֹא חֲפִיץ לְמְשֻׁכּוֹן וְתַפְס בְּפְקֻדוֹן אִיִּירֵי בְּמְעוֹת וְכִמוֹ שְׁהִבִּיא עוֹד אַחַר כֵּף מְתַשׁוּבְּתֵי דְּבְמְעוֹת

לא הוי פֿעבד דינא לנפֿשיה אלא חנוּשֿבֿנא בעלמא קא חשיב וכו' דאם אינו מוב"מ חייב  
היסת וכו' אחר כֿף אכל אם מלנה יש לנה והאחר יש לו פקדון שחייב להחזירו בעינא הא  
נדאי דמי לעבדי דינא לנפֿשיה ונאמן במגו דלא הד"ם או החזרתי יכול לטעון עד כדי  
דמיהן פֿמו בֿההוא דחבל ספינא והנהו עיזי דאכלי כו' ומשתבע ולא כתב היסת אלא נדאי  
דשם איירי בפקדון חפץ דצריה להחזיר בעינא בזה הוי פנוטל וכעבדי דינא לנפֿשיה  
וצריה שבועה פֿדין נשבע ונוטל מה שאין פֿן פֿשתפס מעות דל"ה רק פֿעבדי חנוּשֿבֿנא  
דינו כנשבע ונפֿטר ואינו חייב רק היסת.

וראיתי בתשובת פֿהונת עולם (סי' פ"א) שכ' דאף החולקי על הר"ן ואף בשותק רק  
להחזיק הפקדון לא מיפֿטר בהיס' מ"מ היכא דלא משכנו מדעתו אלא הוא תופסו ואומר  
יש לי עליו כֿף וכֿף משמע מדברי פוסקים שאין לו אלא היסת שהרי רה"ג סובר במלנה  
על המשכונן דישבע בנקיטת חפץ והבעה"ת הביא משמו דאינו חייב אלא היסת וכו' וכעת  
נלע"ד שפֿנלם יודו לנה והדברים מתמיהין דכי פֿינון שפֿא לידו למשכונן יגרע מתופס  
למשכונן זה נגד הסבֿרא נדאי בֿבא לידו בתורת משכונן דמודה הלנה שיש לו שעבוד  
בֿהחפץ עדיף מתופס והלנה כופר בֿכל ואם במלנה על המשכונן צריה שישבע בנקיטת  
חפץ מכ"ש בתופס וכן מבואר בפוסקים דבהגני עיזי דאכלי דחייב לישבע בנק"ח ומשם  
עיקר גֿושית הרב"ד נגד הגאונים וכן בֿחבל ספינא דאשכבֿתא מבואר אף דנאמן במגו  
דלא תפסתי בכ"ז חייב שבוע' נק"ח וכמבואר בבעה"ת שם ובכל הראשונים ולהפֿך י"ל  
דבתופס אף בשא"ר לגבות רק להחזיק בידו החפץ דינו גם פֿן פֿנוטל וחיוב לישבע  
בנק"ח וכמו שכ': ואם מת המלנה והיתומים אינם יודעים פֿמה הלנה והלנה אומר כֿף  
וכֿף הניח הש"ף (ס"ק קמ"ג) בצ"ע אם טוענין בעדם עד כדי דמיהן ובתומים תמה דא"כ  
פֿל מלנה על המשכונן שמת לקתה מדת הדין דהלנה רק פֿ"א ובנתיבות כ' דרק אם  
היתומים רוצים לגבות מהמשכונן זה הוי פֿלהוציא ולא טוענין ליתומי' אכל אם רוצים  
להחזיק המשכונן עד שישלם פֿדי דמיהן טוענין עבורם ואפתי לא מסתבר דאם פֿן הכי  
לעולם יהיה מונח המשכונן בידם ובבעה"ת כ' דישליש החמשים עד שישגדלו היתומים  
וישבעו שלא פֿקדנו אפא ויקחו המון מיד שלישי ולדברי הנתיבות לא יגבו לעולם רק  
יהיה מונח אולם י"ל דכיון דיש להם חזקה שאינם צריכין להחזיר עד שיתן פֿדי דמיו  
של המשכונן וזה רוצה בֿהמשכונן לכֿף צריה שישליש ביד שלישי ויתרצה על שבועתם  
דאם לא פֿן יהיה מונח עד עולם והיורשים אינם חייבין להחזיר בעד החמשים שמודה  
דדלמא חייב יותר לכן כ' דרף פֿשרה שיעשה הלנה כֿף ובאמת אם אין הלנה מתרצה בזה  
רק שישחזקו המשכונן תחת ידם ולא יגבו פֿלל יכול הלנה לעכב פי פֿפי דבריו אינו חייב  
רק חמשים וכל זמן דהמשכונן הוא בעין תחת יד היתומים אינו חייב להחזיר החמשים  
שמודה וגם אם היתומים אינם רוצים שיקבל המשכונן רק יהיה מונח אצלם יכולים  
לעשות כֿף רק בדרף פֿשרה אומר שטוב שיעשו פֿן ולכן השואל כ' שם שפֿל הק' תן על  
די שלישי עד שישגדלו וישבעו שבועת היורשי' שלא פֿקדנו דאם לא פֿן למה יוציאו  
המשכונן מתחת ידם והר"י ז"ל השיב שאינו מן הדין שפיניח הפֿל ביד שלישי רק מה  
שמודה תנתן ליורשים ונ' ביד שלישי ומשמע דמסכים להשואל שפֿשגדלו לא יהיו  
צריכין לברר רק שישבעו שלא פֿקדנו ויקחו הנ' והיינו דכיון דהו מוחזקין להחזיק עכ"פ  
המשכונן עד שישלם פֿדי דמיו למה יוציאו מידם אם לא שיקבלו דמי שויו המשכונן ומ"מ

זה דוחק ובפשוטו משמע כמו שכ' התומים דמה"ד טוענין אף לגבות מן המשכון דלא הוי להוציא פיון דבין פה ובין פה מונח בידם.

ועיין בתשוב' גו"ר (ח"ב ח"מ פלל ג' סי' ז') דהשיג גם פן על הש"ך וכו' להלקח דטוענין הב"ד בשביל היורש שממנושפן עד פדי דמיו: אף בתשובת רשב"ש (סי' שנ"ד) כ' באחד שבשעת פטירתו צונה שהלנה על המשכון פה וכה דינרים ויש ספק מאיזה משקל ודן דהוי כמו שטר דיד בעל השטר על התחונה ואעפ"י שתופסין המשכון אין תפיסתן תפיסה לפי שאין יודעין בבירור וישבע הלנה וישלם כפי שהודה ובספר ע"ש תמה עליו דסותר לדיון זה ולדברי עצמו (סי' קכ"ז) דאף בירושלים קטנים ינתן ביד שלישי עד שיגדלו וישבעו ויטלו.

ול"ק דכאן אמרו דאביהו צונה שממנושפן במאה וכן בנידון דרשב"ש (סי' קכ"ז) אמרו שאביהו פקד שממנושפן על כ"ה דינרים מממשקל הגדול. אבל בנידון דרשב"ש (סי' שנ"ד) אביהם לא צונה פלל מאיזה משקל רק סתם שממנושפן על כ"ז דינרים והיורשים באים ליטול מפת צונאת אביהם ולשונו מסופק אנו הולכין בו אחר פחות שבשלושונות כמו בשטר ואעפ"י שמחזקין בהמשכון לא מהני פיון שהספק הוא בלשון וקצת יש לומר דאם לא היה אביהו מצונה פלל אפשר דמודה דהב"ד טוענין בעד יתומים טענת פרי עד פדי דמי המשכון דלא הוי להוציא פיון דהם מחזקין במשכון וכמו שכ' הגו"ר והתומים רק שם הואיל דצונה אביהם שממנושפן על פה וכה ואין הכחשה בזה רק אם משקל גדול או קטן הוי ריעותא דלא בירר אביהו איזה דינרין לכה נוטלין רק הפחות שבשלושונות אבל לעולם היכא דליכא ריעותא טוענין עבור יתומים דמשכון שהוא בידם הוי פלהחזיק: ועיין רמ"א יו"ד (סי' קס"ט סכ"ה) בטוען לקחת ממני רבית וזה אמר לא לקחתי נאמן בלא שבועה וכ' הרמ"א דוקא שהלנה בא להוציא מן המלנה כגון שהיה לו משכון אבל אם המלנה בא להוציא מן הלנה ישבע ויפטור ועיין שם בש"ך (ס"ק ע"ח) אפילו טוען על המשכון הלויטני ק' בר' והלה משיב היתר עשיתי עמה פטור בלא שבועה וכ"ש אם טוען הנחתי לה משכון בעד רבית והלה טוען שבעשה מתחילה בהיתר הרי משמע דהיכא דיש בידו משכון הוי הוא המחזק ולא הוי פלהוציא ומשמע שם דאף לגבות ע"פ ב"ד יכול המלנה מן המשכון אף דהלנה טוען דהנה רבית מ"מ מטעם דלא שביק היתירא ואכל איסורא מחזקינן מה שהוא בידו ופטור אף משבועה אף דלא מהני קשבא להוציא מ"מ אם יש בידו משכון הוי הוא המחזק ואף במקום דלדברי הלנה בטוען הנחתי לה משכון בעד הרבית דלדבריו לא זכה המלנה פלל בהמשכון מ"מ פיון שהוא מחזק לא הוי פלהוציא אף שבא לגבות מהמשכון אם פן למה לא נטעון בעבור יתומים עד פדי דמיו של המשכון ובפרט היכא דנודע שבא ליד אביהו בתורת משכון רק שאינם יודעים על פמה הוא ממנושפן נימא דהוי להחזיק וטוענין עבור יורשים פל מה שהיה מורישן יכול לטעון.

ועיין מש"ל (סוף סי' נ"ז): והיכא דתובע טוען שפא כ' הש"ך (ס"ק ס"ז) דגם פן חייב שבועת הגאונים ובתומים גמגם בזה דבהני עיזי דאכלו חושלוא דין הוא דחייב לישבע הואיל דלא הוי ליה למידע וכללוא הוא דכל היכא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי ידע אבל במלנה על המשכון דהוי ליה לידע ולא ידע גרע טענתו ואינו חייב לישבע על

ספק ובאמת בבעה"ת שם משם הראב"ד כ' דבגני עיני דהאי ודאי שבועה בעי מטעם דלא אפשר ליה לידע פדין מוציא הוצאות על נכסי אשתו וכו' דהבאים אחריהם האריכו בזה ואמרו על כל משכון ואפשר שהיה טעות בידם או אנו הטועים.

ואם פו פיון דקיי"ל דבכל משכון חייב לישבע אפשר שהוא גם בטוען שפא פיון דקיימינו דהגאונים חייבו שבועה לא מטעם דהאי ידע והאי לא ידע. אולם מ"מ בלא הו"ל למידע על פרוק דמחייבין שבועה דאנו אמרינו דלא הוי טעות בידם וילפינו לכל נוטל נקטינו דכל נוטל צריף לישבע היכא דלה"ל למידע ותמהני ע"ד נתיבות (סוף סי' פ"ט) שכ' לתרץ קושית הראשונים שהקשו על הגאונים מברייתא דאמן אומר שתיים קצצתי וכ' פיון דר"י הוא דאף בקציצה טרוד בפועלים הוא והוי בו"ש ומנהי מגו אף בלא שבועה.

דקא אף לר"י מ"מ לא גרע טענת הבעלים שאמרו בברי דלא קציץ אלא אחד וצוועק שזוכר בבירור מטענת שפא במקום דלא הוי למידע פיון דהוא יודע רק אנו אמרינו דאפשר דלא ידע ולמה יהיה האמן פטור משבועה וז"פ: סי' עו ברימ"א (ס' ח"י) ואפילו אמר בשעה שראו עדים קודם שתבעו בב"ד וכ' בש"ף (ס"ק צ"א) דאם היה טוען מעיקרא לקוח וגם עכשיו בב"ד טוען לקוח דמהימן רק כשטוען ממנושפן וחזר וטען בפני ב"ד גם פו ממנושפן לא מהימן דבמנושפן הכל תלוי בשבועה שייפסקו לו ב"ד ובקצוה"ח (סי' קל"ג) כ' דלא איתברר מה לי היסת או שבועות בנק"ח פיון דחד תכסיס' ניגהו לדעת הש"ף (סי' פ"ז) דהיסת גם פו בעי בנק"ח וגם אם פו שטר פקדון דנאמן החזרתי במגו דנאנסו ואם יאמר חוץ לב"ד החזרתי לא יהיה נאמן.

ולא אדע מאי קשיא ליה הא עיקר הטעם דשבועת הגאונים הוא בשביל דצריף לעשות דין ואינו יכול למעבד דינא לנפשיה בלא שבועה הואיל דאינו טוען על גופו של חפץ ואינו מוחזק ממש לגבות מהמשכון עד שישבע מה שאין פו בטוען לקוח דהוא טענה על גופו של חפץ מהני המגו אף חוץ לב"ד פיון דלדבריו הוא מוחזק ממש וזה בא להוציא אינו חייב לישבע רק מתקנתא דר"נ וזה שכ' הש"ף דלא מחייב היסת אלא מתקנתא דרבנו.

ואם הוא חשוד אמרינו תקנתא לתקנתא לא עבדינו ובשבועת נוטל לכמה פוסקים כשאינו יכול לישבע דהוא חשוד נשבע הלנה ומפטר דלא הוי כלהחזיק אצלו המלנה רק פנוטל ועיין ש"ף (ס"ק קמ"ה) דנראה אם מת ולא נשבע מוציאין מיד היורשים וצ"ע בזה כמו שכ' שם התנאים עכ"פ עיקר הטעם הואיל דתליא בפסק ב"ד שייגבה החוב ולכוף לא מהני המגו חוץ לב"ד הואיל דצריף שבועה שייזכה מה שאין פו כשטוען לקוח דהיסת שפא חייב הוא כמו כל כופר הכל ועיין ש"ף (ס"ק הנז') וזה נמי ההבדל בדין שהפקיד בשטר ותבעו חוץ לב"ד וטוען החזרתי דנאמן במגו דנאנסו ולא אבד המגו שלו כשתבעו אחר כף בב"ד משום דהוא לפטור ולא ליטול: אף בתנאים הקשה על הש"ף דכינון דאם עומד בטענתו נאמן יהיה נאמן ממנושפן במגו דהי' אומר לקוח כמו שאמר מקודם.

ויש לומר פיון דאף בעומד בטענתו דלקוח ע"כ הא דנאמן הוא משום דאף אז כשהראהו לעדים היה לו מגו דלא הי' מראהו ויש לומר דדעת הש"ף דהיכא דבטענת המגו אינו נאמן רק במגו לא אמרינו מגו בזה שפן מבואר בדברי הריטב"א (דף פ"א) בעובדא דנהר פקוד וז"ל וליכא למימר להימני' משום מגו דאי בעי אמר לא מת במקום המים

דעתם נמי צריף מגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי ותרי מגו לא אמרינו עכ"ל הרי דאינו נאמן היכא דאר בטענ' המגו הנה צריף מגו ואם פו הכי נמי פינו דאר באם עומד בטענתו דלקוח עיקר הנאמנות הוא משום מגו ואמרינו דמאז שהראהו לפני עדים עד שפאו לדון נמשך הדין ביניהם ונאמן במגו דלא הי' מראהו ול"ה מגו למפרע אבל אם בא לשנות טענתו וטוען ממושפן שהוא טענה חדשה שמתחיל מחדש אינו נאמן במגו דהנה עומד בטענתו פינו דאר אם עומד בטענתו צריף למגו.

ועיין גד"ת (שער נ"א) דכונן גם פו לסברא הזאת בהא דאין המלנה נאמן לומר שטר אמנה במגו דאי בעי הנה אומר פרוע פינו דפרוע גם פו אינו נאמן רק במגו דאי בעי מחל עינין שם והראשונים דלא פתבו פו אולי יש לחלק דבמגו דבידו לעשות עדיף מה שאין פו מגו דטענה.

שוב ראיתי בתשובת פהונת עולם (סי' פ"א) דעמד גם פו ע"ד הש"ף הנז' דיהנה נאמן במגו דהנה נשאר בטענה הראשונה וכ' ואפשר דס"ל דל"א מגו פשהטענה שהנה טוען א"נ בה אלא מטעם מגו כי הכא דמעיקרא בטענת לקוח לא מהימנא אלא במגו דלא הנה מראהו ונה לא שמענו והרי כפר שמענו פו מפי הריטב"א הנז' והגדולי תרומה.

ומה"ט א"ש ד' הש"ף דהעלה (סי' רצ"ו) היכא דשומר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דצריף שבועה אינו חייב שבועת התורה. והקשה בקצוה"ח משבועות (דף מ"ה) דקאמ' בש"ס דאפקיד בשטר ואם נאמ' דנאמן החזרתי במגו דנאנסו אין צריף שבועת התורה אם פו יהנה נאמן נאנסו מה"ת במגו דהחזרתי עינין שם ולדברי ריטב"א אתי שפיר דהחזרתי במגו דנאנסו נאמן שפיר השתא פינו דגם נאנסו שבועה בעינין אבל אם נאמר דנאנסו לא יצטרף לישיבע דיהנה נאמן במגו דהחזרתי פינו דאפקיד בשטר אמרינו חזקה שטרף בידי מה בעי ורק שיהנה נאמן במגו דנאנסו והתורה לא האמינתו על נאנסו עד שיברר בשבועתו וכינון דאינו נאמן רק במגו דהחזרתי והחזרתי נמי לאו טענה מעליתא הוא נגד חזקה דשטרף בידי מ"ב רק במגו דנאנסו תרי מגו לא אמרינו.

אולם מדברי תוס' קידושין (דף מ"ג ע"ב) ד"ה לעולם משמע דאמרינו תרי מגו ועינין שם במהרש"א ויש ליישב בדוחק דברי התוס' עם דברי ריטב"א ב"מ הנז'. ובנתיבות כ' דכל הטעם דיכול לשנות מפטור לפטור הוא משום דאין מדקדק בדביבורו והוי ליה פלא הגיד פלל לכן פשטוען בפני עדים לקוח ובפני ב"ד טוען ממושפן אינו נאמן במגו דהנה עומד בטענת לקוח דכל שפא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן אפילו במגו פמבואר מדברי ריב"ש (סי' קצ"ג) דהביא ראיה מאמר עבדי וחזר ואמר בני דא"נ אר במגו רק מפטור לפטור דיכול לשנות הוי פלא אמר פלל דבריו הראשונים פי שלא בדקדוק אמר ונה דוקא במקום דאלו לא אמר פלל מקודם גם פו יכול לטעון טענה זו שטוען עכשיו לכה בדברים שאין עשויין להשאיל דאר אם לא טען פלל מקודם פשראו בידו נאמן לטעון לקוח לכה אר אם טען אחר כה ממושפן מהימן דטענה ראשונה הוי כל"א פלל אבל בדברים העשויין להשאיל אם טען מקודם לקוח ואחר כה ממושפן אם נאמר דטענה ראשונה פאלו לא טען פלל מ"מ הוי ליה ראה ומוציאין מידו.

ולא הבנתי דבריו למה שכ' בתנאים פללי מגו (ס"ק קל"ג) דרק בעובדא דריב"ש שאמר האב מתחילה שלא נתרצה בקידושי בתו הקטנה ואחר כה אמר שנתרצה דסותר לגמרי

דבריו הראשונים מהיפך להיפך מתחילה אמר שהיא פנויה ומותרת לשוק ואחר כך אמר שהיא א"א ואסורה לשוק בזה לא שינה דאינו מדקדק בדבריו ולא יתכן על זה לומר דאינו מדקדק בדבריו מה שאין כן אם אמר תחילה שלא נתרצה כלל ואחר כך אמר שנתרצה אבל הנה על תנאי ולא נתקיים באופן דליכא סתירה כה"ג לא דק ואם כן ה"נ אף דאמר מקודם לכן לקוח מ"מ כשטוען שהוא ממושפן הני פלקוח על תנאי אף דנ"מ טובא בין לקוח שהוא שלו ויכול לעשות בו פרוצנו פאדם העושה בשלו מה שאין כן אם טוען שהוא ממושפן דצריף לגבות על ידי ב"ד מ"מ בזה י"ל דלאדק כל כך ונאמן במגו דהנה עומד בטענתו הראשונה והדבר צריף הכרע די"ל דלקוח וממושפן הוי פטענות הסותרות לגמרי ולא שינה לומר בזה דלא מדייק פיון דנ"מ על גוף הספק: עוד הקשה התנאים אם יהיה עיקר הטעם מחמת השבועה אם כן פיון דהרא"ש בתשובה הביא ראיה מב"ב (דמ"ו) אי חכם משוי ליה ראה דאמר ליה אמאי תפיסת דמשמע אף דאמר כן בפני עדים בשעה שמראהו מ"מ א"נ ואם הטעם דנקא משום דבעי שבו' א"כ יהי דינא דגאונים דבטוען משפון בעי שבועה בנק"ח מבואר בש"ס ותיובחה להחולקין א"ו דטעמו דשבועה לאו דנקא רק דטענ' בפני עדים שלא בפני ב"ד לאו פלוס ובתשו' רע"א ז"ל (סי' קל"ה) כ' בזה להכריע דשם איירי דעדים מפירין בראייתן ששאל בעה"ב הוא וא"צ לדבורו של האמן הוי פאלו לא טען פלל ולכך אח"כ בב"ד אין לו המגו דלהד"ם אבל אם אינו ידוע לעדים שהוא של המערער וראייתם לחוד לא מזיק רק מפח דבורו בזה פיון דבאנו לחייבו מפח דבורו אמרינו הפה שאסר כו' פיון דטוען לקוח מיד לא הוי הודאה דכיון שבאנו לחייבו מפח דבורו צריכין להאמין לכל דבריו גם מה שהוא לזכותו רק משום דמחוסר שבועה והדברים נחמדים והא דהרא"ש בתשובה כ' בעובדא דידיה דהנה לו מגו דהתנאי ולא ידעו רק מפיו לכך כ' דהפל תלוי בשבועתו והביא ראיה מב"ב דאעפ"י שפפר פבר אם ראו אחר כך בידו צריף להחזיר היינו כמו דשם איירי שהפירו העדים בראייתו בלבד ואין צריף לדבריו אבד המגו שלו כ"כ היכא דצריף שבועה.

ובקצוה"ח (סי' קל"ג) הסכים לדעת מבי"ט המובא שם בש"ף דדוקא בראו מקודם שפא לב"ד אז אגיל מגו דיליה אבל אם לא ראו אלא שהודה נאמן במגו גם להרא"ש אין אנו יכולין לקבל מה שהוא לחובתו מתוך דבריו.

ולהנז' באמת מבואר דדעת הרא"ש דאף בהודה בלבד גם כן אגיל ליה המגו השתא פיון דצריף שבועת הגאונים וראיתי בתוס' רי"ד ב"ב שם בפסוקי הנז' שכ' גם כן דמגו לא מהני רק כשטוען בב"ד אבל אם הראה בפני עדים חוץ לב"ד וכשפא לב"ד טוען שחייב לו שוב אין לו מגו אבל אם הודה לו קודם לב"ד עדיין יש לו מגו דאם רוצה יכול לומר לו השטיתי כך ואין לה בנדי פלוס אף אם אמר לעדים אתם עדי ס"ל דאז אגיל ליה המגו ושוב אינו נאמן ומשמע שם להדיא דלאו מטעמא דמחוסר שבועה הוא: ובגוף ראיות הרא"ש מרמאי דפומבדיתא דלא מהני המגו חוץ לב"ד נראה מדברי הרמ"ה שם להדיא דמפרש לכל השקלא וטריא שם דבאו לפני ב"ד וכן מבואר שם בש"מ משם רשב"א דמתמה אמאי אם מפיק ליה תו לא מהימן הא כל מגו כך הוא אע"ג דבמת דטעין תו לא מצי טעין וכ' דאיירי שזה פפר מתחלה בטלית ואם הוציא לבסוף לא הנה יכול לטעון עליו עוד ב' קצצת לי דאיכא עדים דמפירין ואמתחוק פפרו הרי מבואר דאיירי שפל

טענומיהם הנה בפני ב"ד וכן מדברי רמ"ה מבואר דכ' דממה דקאמר ר"א ברי' דרבא דמצי אמר אנא לשומא דידך לא צריף פבר שמוהו קמאי דקמף שפעינו נמי דאע"ג דמודה דתפס ליה במאי דאית ליה גביה לא מחייבין ליה לאפוקי למישימיה דמגו דאי בעי אמר לקוח הוא בנדי מהימן כי אמר בהכי תפיסנא ליה וקים לי בגוה דלא שני טפי מהימן וה"ט דלא מחייבין ליה לאפוקי למישימיה דאי מפיק לה הוי ליה ראה וליפא להימניה ואיעקר ליה מגו וכיון דאית ליה פסידא פדמפיק לה לא מחייבין ליה לאפוקיה עיין שם בדבריו בארנפה ומבואר דהכל איירי בפני ב"ד ודבריו צריף ביאור הרבה דנשאר קושית הרשב"א אמאי אזיל המגו אם משני לי בפני ב"ד ראה דיש לו מגו דאינו מראהו ומדבריו שם מבואר דמפרש דאף איירי היכא דמודה וטעו דתופס ליה במאי דאית ליה גביה.

ובנ"י שם כ' פבר שמוהו בעליהם אבל אינו אומר שמו טליתך דאם פן הנה מודה דהוא שלו וברשותו והוכיח מדבריו בנתיבו (סי' קל"ג) דהודאה לפני עדים הוי כמו ראה ואינו מוכח דקצת נראה דגם הנ"י מפרש הסוגיא דאיירי בפני ב"ד מדכ' ושפעינו מהכא דאמר ואי חכם דכל דמודה מחמת אונס לראות אם יוכל לפתותו שיוציאנו אינו חייב בכך ואם איירי חוץ לב"ד יכול לטעון משטה ועיין בפ"ה (סי' פ"א ס"ק י"ט) ומשמע קצת דאיירי בפני ב"ד ולדבריה אינו ראיה מש"ס דמגו לא מהני חוץ לב"ד.

אולם מדברי תוס' רי"ד מבואר דהיכא דלא יכול לטעון טענת השטאה אזיל ליה המגו אחר כך פשפאו לפני ב"ד וממילא לדינא נדאי יכול הפונחזק לומר קים לי דהודאתו לא מהני ואין מוציאין מזדו: ועיין במחנה אפרים הלכות איסורי ביאה (דף ד') בתשובת הרב הפוקהק בעל פהונת עולם דדן שם בא"א שהודה שזינת' ובאונס דלהסוכרים דבליפא מגו לא מהימנא בטענת אונס פיון שהיה הודאה חוץ לב"ד לא מהני המגו כמו שכ' הרא"ש ונטור דהכל תלוי בב"ד אז המגו קיים וכ' שם בגדונו אפילו תימא דלא אמר הרא"ש אלא בתביעת ממון שטענת בעל דין תלוי בב"ד דוקא ואיפא נמי תשובת הריב"ש (סי' שצ"ג) דמשמע מתוך התשוב' דפליג אהרא"ש אפילו בתביעת ממון מ"מ הרי עד שהיתה מחזרת אחרי תרופות עיין שם.

והרב בעל פהונת עולם הולך בזה לשיטתו שכתבתי לעיל משמו דאינו מסכים לדברי הש"ך דהיכא דאינו חוזר מטענתו הראשונה שטען חוץ לב"ד ומחזיק בה דנאמן ולכך חקר בזה בדינו שם אבל לדברי הש"ך דרק בטוען בפני ב"ד ממוןשפן א"נ דאבד המגו שלו אבל בטענתו הראשונה דלקח נאמן אם פן כמו כן בדינו שם לענין איסור נאמנת דהיה באונס אף דאמרת פן מקודם חוץ לב"ד.

גם למה שכ' הש"ך דעיקר תליא בחיוב שבווע' אתי שפיר גם פן דלגבי איסור מהני אף המגו חוץ לב"ד וראיתי בנו"ב מהד"ת חלק אה"ע (סי' כ') דהעלה גם פן דמהני המגו בכה"ג אף שהוא חוץ לב"ד מה"ט.

ולמה שכ' לעיל דיני דינינים (סי' ח') די"ל דמגו לא מהני חוץ לב"ד דלא צריף התחכמות ולברר שיתקבל ורק בב"ד דצריף לברר שיעטעון טענה היותר מבונר' אמרינו היכא דיש לו מגו דהיה טוען טענה היותר מבונרת אם הי' רוצה לשקר ומדלא טען נדאי לא רצה לטעון השקר וטען האמת כמו שהוא.



י"ל דלענגן איסור שאני דיןצא הלעזו עליה שזינגתה ודאי אף חוץ לב"ד בותרת בטענה המבוננת יותר ומדלא טענה פן ודאי האמת אתה פמו שאמרה שהיה באונס. ולמה שכ' הנתבות דארף להראב"ד דלית ליה שבועת גאונים מ"מ יש לחלק דבמשכון אינו יכול לזכות בו רק עפ"י גביית ב"ד מה שאין פן בלקוח דממילא הוא שלו אם פן היכא דאיפא קול זנות ורגלים לדבר דצריך תקירות ב"ד ממנה ג"כ ל"א מגו חוץ לב"ד: ודע דהא דלא מהני אפילו כשאמר בשעה שראו העדים דחייב לו כ' הנתבות דמייירי שראו סמוך לתביעתו או שהתרה בו אל תחזירני דאם לא פן יש לו מגו לומר דפרעו לו והחזרתי לו משכוננו וכן כ' מהרי"ט בתשובה דרק בטוען לקוח לית לי אחר פה מגו דהחזרתי פינו דהיה שלו לא החזיר אבל בטוען ממושפן טענה מעליתא הוא לומר נתפרעתי והחזרתי לו.

ובש"מ חולק ע"ז ועפ"י דקדוקו בדברי הרמ"א רצה לחלוק ע"ד זה וכו' פינו דאינו נאמן ביש עדים וראה טענת לקוח וממשפן משום דאוקי החפץ על חזקת מרא קמא רק כשיש לו מגו דהוא הוכחה שאומר אמת כל טענה המסתעף מזה גם פן אינו נאמן ואמרין דשקורי משקר אף שיטעון נתפרעתי והחזרתי דיש לחבירו טענה על גוף המעות דנטל ממנו בחנם דאנו סהדי שאם לא הי' חייב לו על החפץ מעות לא הי' פורע לו אם לא על פי ב"ד ואם פרע לו מצד כפיית התובע שלא הי' רוצה להחזיר לו עד שיפרע לו יש לו טענה על המעות שנתן לו בחנם וכיון דנה מודה שקבל ממנו המעות חייב לשלם.

ודבריו לא נהירו דרק אם דנין על גוף החפץ אז שייך מר"ק אבל להוציא ממון עם חזקה הזאת מניין לנו וגדולה מזו למדנו מדברי רשב"א בתשובה מוכא בב"י ובסמ"ע (ס"ק ס"ב) דארף בדברים העשויין להשאיל אם אינם טוענין עכשיו רק לחייבו ממון בשביל שפסדו ביד אחרים אף דעכשיו יש לו דין על גוף הספרים שהם בחמר"ק מ"מ כשדנין על המעות שישלם לו מה שצריך לשלם למי שהחפצים תחת ידו אין מוציאין ממון מכ"ש בזה שאומר שהחזיר לו ואין פאן חפץ לדון עליו רק על הממון שטוען ואומר שנתן לו וכבר הוציא המעות דאנו דנין לחייבו בשביל שלא הי' נאמן על החפץ בזה אין מוציאין ממון מה דהתפיסו ברשות רק לפי טענת הלנה הנה בהכרח שלא רצה להחזיר לו החפץ ולפי טענת המלנה לקח פדין בזה י"ל דכ"ע מודים דאמרין הממע"ה ואין החזקת מר"ק של המשכון שאינו בפנינו לדון עליו מועיל להוציא ממון מה שקבל ברשות ועיין מה שיתבאר לקמן בדין זה וכאן לכ"ע י"ל דאמרין הממע"ה ודברי מהרי"ט נכונים: סי' עז כתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' ע"ה) מוכא בב"י (סי' ע"ב) ובסמ"ע שם (ס"ק ס"ב) בראובן שתובע משמעון שיש בידו ספרים שלו והשיב לו שהיה ערב בעדו וכשבא המלנה לפרוע נתן לו הספרים שימשפנם להתפרע מהם ופסק אם פי הספרים נחשב לדברים העשויין להשאיל מ"מ עכשיו אינם תחת יד שמעון ואם פן אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים וממי שהם בידו עכשיו אינו יכול להוציא עד שישלם הדמים מטעם תקנת השוק ועיין באורים (ס"ק פ"ז) דהוכיח מזה דאין לו טענ' על שמעון דמסר הספרים ביד אחר וצריך לשלם ממון להוציא מידו דרק כשדנין על החפץ מוציא מידו אבל לא להוציא ממון ומסתפק אם גם כשיש עדי פקדון דאינו נאמן לומר לקוח אם הדין פן גם פן.

ולכאורה יש להביא ראיה דבעדי פקדון ובמקום דאינו יכול לומר החזרתי בזה אף כשדנין אחר כף להוציא ממון מוציאים גם כן מדברי הרי"ף מס' שבועות סגיא דנגזל דכ' בשער העשירי דהיכא דיש עדים דנטל פלים מבית חבירו שלא בפניו ואמר לקוחיוהו בדי אינו נאמן והביא ראיה מהא דאמר ר"י האי מאן דנקיט מגלא ואמר איגזריה לדיקלא דפלגיא דובגיה נהלי מהימן מ"ט לא חציף אינש למיגזר דיקלא דלאו דיליה ש"מ דמידי אחריןא דלית ביה פי ה"ט לא מהימן ושם משמע דלקח הפירות לביתו ואכלן ואינם בפנינו ודנין אחר כף כשכא הבעל הפירות על הממון הרי אי לאו מטעם דלא חציף היינו מוציאים ממון ועד כאן לא כתב הרשב"א רק בדברים העשויין להשאיל דלא ידענו כיצד בא לידו וזה טוען שהשאילו ויש חזקת מרא קמא לבעלים לכה כשדנין על החפץ מוציאים מיזדו דאין ראיה מחזקתו אבל כשאנו דנין לחייבו ממון והחפץ אינו בפנינו לא מהני החזקת מר"ק להוציא ממון אבל היכא דיש עדי פקדון וראיה אמרינו דיש לאידך חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו פינן דידענו דהיה של המפקיד אף כשהיה ביד אחרים שוב אין תפיסתו ראיה ואף ממון מוציאים אחר כף ולכה אי לא טעמא דלא חציף פינן דאם היו הפירות בעין היינו מוציאים מיזדו מטעם הואיל דראינו שלקחם מבית בעלים וחזקה כל מה שבידם הוא שלהם ממילא מוציאים ממון: וי"ל דאף בדברים העשויין להשאיל דאין מוציאים ממון הוא רק כמו בנדון דרשב"א דלא היה דנין כלל על החפץ ולא נפל כלל ההפך על החפץ רק אחר כף על הממון כמו בנדון דרשב"א בזה אין מוציאים ממון אבל היכא דנפל ההפך ביניהם בזמן דהיה החפץ בעין שוב חייב לשלם גם הממון ועיין בס' ד"מ לאאזמ"ו ו"ל (סי' צ"א) דהעיר בעובדא דהאי רע' ב"מ דפריף משתבע אמאי הא גזלן ומאי קושיא הא אף דא"נ לקוח דגודרות אין להם חזקה מ"מ אין להוציא מחזקת כשרות כמו דאין מוציאים ממון.

ולמה שכ' פינן דאנו דנין אז על הני תרי דאכל ובוזה הני חזקת מר"ק וגם תפיס' הרועה אינו ראיה ממילא נגרר אחריו יתר הענינים וכ"כ בדברי הרי"ף הנז' אם לא היה נאמן מטעם דלא חציף פינן דנולד ההפך בעוד הפירות המה בעין נגרר אחריו אחר כף אף להוציא ממון.

אולם י"ל דכ"ז שלא הי' לפנינו טוען לא נולד שום ספק דיוכל להיות דהבעלים יודו להם ואחר כף כשבא טוען נגדו נולד הספק ואז אנו דנין רק להוציא ממון וכן בהני תרי דאכל כ"ז דלא הכחישו וידעו הבעלים יכול להיות דאין כאן שום הפך ביניהם שפיר הקשה אאזמ"ו ו"ל דכיצד נפסול אותו מצד החזקה [ומה שכ' שם בשוב הדברים אם פי יש לגמגם קצת דהוי כנפסל על ידי עצמו פינן דעל ידי דאמר דלא אכל אולם דבריו אתי שפיר למה שכ' בש"מ ב"מ (דף נ') בכופר במלוה וראינו בידו מעות והודה בפני עדים שאין עליו מלנה אחרת באופן דלא שייף אשתמוטי נפסל וי"ל כנונתו דהודה קודם לכן עדיף ונפסל אחר כף על ידי דבריו ואתי שפיר דברי אאזמ"ו ו"ל ואכ"מ] ובאמת יש להבין למה יגרע מקרקע דמבואר ב"ב (דף ל"ג) דאם אין לו ראיה על ג"ש רק על ב' שנים דאכל הדרא ארעא והדרי פרי ועיין שם ברשב"ם ותוס' הרי דנגרר הפרי בתר ארעא וכיון דמוקמינן הקרקע על חזקת בעלים הראשונים מוציאים ממנו אף הפירות שאכל וי"ל דכיון דטוען על הקרקע שהוא שלו יש לו ריעותא דלית ליה שטר דעוד תלת שנין מיזדהיר אינש בשטרא מה שאין כן במטלטלין דלאו בני שטרא נינהו.

אולם בָּהֵא דְמִשְׁפִּיר בֵּית בִּי"ב זְהוּבִים לְשָׁנָה דִּינָר זָהָב לְחֻדְשׁ דְּקִי"ל כַּר"ג דְּקַרְקַע  
בְּחֻזְקַת בְּעָלִים עוֹמְדָת וְהוּי כְּנֹלֵד הַסְּפֵק בְּתַחֲלַת חֻדְשׁ וְאִף בְּבֹא בְּסוֹף הַחֻדְשׁ מִחֲזִיבִינָן  
לִיָּה לְמִשְׁפִּיר וְכֵן קִי"ל (בְּסִי' קַל"ט ס"ד) אִם שְׁנִיָּהֶם טוֹעֲנִין עַל הַשְּׂדֵה מִי הוּא הַקְּרוּב  
יֹתֵר אִם הַחֻזְקָא אֶחָד מֵהֶם וְאָכַל הַפִּירוֹת וְהִבִּיא הַשְּׁנִי עֲדִים שֶׁהוּא קְרוּב וְדַאי אִף דִּיכֹל  
לְהִיּוֹת דְּזֵה שֶׁחֻזְקָא וְאָכַל הַפִּירוֹת הוּא קְרוּב יֹתֵר מִ"מ כ"ז שְׂאִינוּ מְבַרֵר שֶׁהוּא קְרוּב  
יֹתֵר אֶמְרִינָן אִין סְפֵק מוֹצִיא מִיָּדִי וְדַאי וְחֲזִיב לְשַׁלֵּם אִף הַפִּירוֹת שְׂאֶכֶל וְעֵינָן שָׁם בְּשִׁ"ף  
(ס"ק ה') וְלָמָּה לֹא נֶאֱמַר בְּמַטְלָטְלִין גַּם כֵּן וְעֵינָן מַה שֶּׁכ' בְּדַבְּרֵי חַיִּים מֵאֲמַר"ו ו"ל בְּדִינֵי  
תְּפִיסָה בְּהִגְהוֹתֵי שָׁם מִדִּין זֶה.

וְשָׁם דְּנָתִי בְּגִידוֹן דְּכ' הַכְּנֵה"ג מִשָּׁם ס' דְּמִשְׁקָא אֲלִיעֶזֶר דְּאִף דְּקִי"ל תְּקַפּוּ פִּהוּ מוֹצִיאִין  
מִיָּדוּ מ"מ כְּשֶׁאֶכְלוּ וְדָנִין לְהוֹצִיא מִמּוֹן לֹא מְהִי חֲחֵמֵר"ק לְחֲזִיבוּ וְהִבְאִיתִי סְמוּכִין לְדַבְּרֵי  
מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבִּ"א שְׂאֵנוּ מְדַבְּרֵי בּוֹ וְקִצָּת יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין טַעֲנוֹת בְּרִי לְטַעֲנוֹת שְׂמָא  
דְּהִיכָא דְכ"א טוֹעֵן בְּרִי וּמְחֻזְקִינָן בְּחֻזְקַת מֵר"ק י"ל אִף דְּכִשְׁכְּנִגְדוּ גַם כֵּן טוֹעֵן בְּרִי שׁוֹב  
נִגְרָר אֲחֵרִיו לְחֲזִיבוּ בְּהִנְצַחַח מְזֵה וְכֵן בְּאִין סְפֵק מוֹצִיא מִיָּדִי וְדַאי כְּמוֹ בְּגִידוֹן דְּסִי' (קַל"ט)  
הַנֵּ"ל דְּזֵה שְׁיֵשׁ לוֹ עֲדִים שֶׁהוּא קְרוּב טוֹעֵן בְּרִי שֶׁהוּא קְרוּב יֹתֵר מְזֵה שְׁיֹשֵׁב בְּהַקְּרַע  
וְאָכַל הַפִּירוֹת גַּם כֵּן נִגְרָר הַפִּירוֹת אַחֵר הַקְּרַע מִשָּׂא"כ בְּגִידוֹן דְּבַעַל דְּמִשָּׂא"א דְּהוּא  
סְפִיקָא דְּדִינָא הָנִי כְּשֶׁנִּיָּהֶם טוֹעֲנִין שְׂמָא לְכַף דִּי לְנוּ הִיכָא דְּדָנִין עַל גּוּף הַדְּבָר לְאוּקְמִי  
עַל חֻזְקַת מְרָא קְמָא אֲבָל לֹא לְחֲזִיבוּ מִמּוֹן אַחֵר כְּפִי בְּשִׁבִיל חֲחֵמֵר"ק וּבְמִשְׁפִּיר בֵּית דְּאִף  
בְּבֹא בְּסוֹף הַחֻדְשׁ מ"מ חֲזִיב לְשַׁלֵּם כֵּינָן דְּהוּי סְד"ד וְנִפְל הַס' מִיָּד בְּתַחֲלַת חֻדְשׁ וְדָנִין  
אֲז לֹמֵר דְּקַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלִים לְכַף שׁוֹב חֲזִיב לְשַׁלֵּם דְּמִי דִּירָה: וּמֵאֲז נִתְקַשְׁתִּי בְּהָא  
דְּמִבְּנֹאֵר בַּח"מ (סִי' קַע"ה סִמ"ה) אִם טַעֵן הַלּוֹקֵחַ נִגְדָּ בַעַל הַמְּצָרָן וְאִמַר גִּזְלָן אֲתָה לְשֻׁדָּה  
זוֹ צָרִיף בַּעַל הַמְּצָר לְהִבִּיא רְאִיָּה שֶׁהוּא בַעַה"מ וְהוּא מְדַבְּרֵי רַמְבַּ"ם וּמִבְּנֹאֵר שָׁם דְּאִף  
בְּטוֹעֵן סְפֵק גַּם כֵּן הַדִּין כֵּן וְקִשָּׁה הוּא כֵּינָן שְׂדֵה יוֹשֵׁב בְּהַקְּרַע כ"ז דְּלִיכָא מְעַרְעֵר  
מוֹקְמִינָן עַל חֻזְקַתוֹ וְצָרִיף הַמְּעַרְעֵר לְהִבִּיא רְאִיָּה כְּמִבְּנֹאֵר (סִי' ק"מ) וְאִם כֵּן כֵּינָן דְּכֹן  
הַמְּצָר יוֹשֵׁב בְּלִי מְעַרְעֵר וְאוֹכַל הַפִּירוֹת לָמָּה לֹא מוֹקְמִינָן הַקְּרַע בְּחֻזְקַתוֹ.

וְרִאִיתִי בִּשְׁ"מ שָׁם דְּעֵמֵד עַל זֶה וְכָתַב דְּלֹא מְהִי חֻזְקַתוֹ רַק לְגַבֵּי אוֹתוֹ קְרַע אֲבָל לְהוֹצִיא  
מִיָּד הַלּוֹקֵחַ לֹא מְהִי חֻזְקַתוֹ וְעֵדִינָן קִשָּׁה כֵּינָן דְּלִיכָא מְעַרְעֵר וְדָנִין עַל גּוּף הַקְּרַע  
וּמְחֻזְקִינָן שֶׁהוּא שָׁלוּ לָמָּה לֹא יָכוֹל לְסַלֵּק לְהַלּוֹקֵחַ וּבְכַרְט כֵּינָן דְּזֵה טוֹעֵן בְּרִי וְהַלּוֹקֵחַ  
טוֹעֵן שְׂמָא גַּם לֹא הָנִי לְהוֹצִיא מִהַלּוֹקֵחַ דְּלְדַבְּרֵי הוּא לֹא זָכָה בְּהַקְּרַע וְהָנִי רַק שְׁלוּחוֹ.  
וְצָרִיף לֹמֵר כֵּינָן דְּלֹא הָנִי רַק מִטַּעַם וְעֲשִׂיתָ הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב שְׁיִסְלַק הַכֵּן הַמְּיָצֵר לְלוֹקֵחַ עָלָיו  
לְבַרֵר בְּיִרְרוֹר גָּמוֹר שֶׁהוּא כֵּן הַמְּצָר וְכ"ז שְׂאִינוּ מְבַרֵר חֲשִׁיב הַלּוֹקֵחַ מְחֻזְקָא כֵּינָן דְּמֵן הַדִּין  
לִית לִיָּה לְבֹן הַמְּיָצֵר זְכוּת רַק מִטַּעַם וְעֲשִׂיתָ הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב צָרִיף שְׂנַדַּע בְּבִירְרוֹר דְּחֲזִיב לוֹ  
לְעֲשׂוֹת הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב.

אֲבָל בַּמ"א יֵשׁ לֹמֵר דְּחֻזְקַתוֹ מוֹעִיל לְכָל הַדְּבָרִים הַנִּגְרָרִים אַחֵר זֶה. וּבְאֶמַת מְדַבְּרֵי  
הַתְּשׁוּבַת רִשְׁבִּ"א אִין כָּל כְּפִי רְאִיָּה דִּי"ל מַה שֶּׁא' עֲכָשְׁנוּ אִינָם ת"י שְׂמַעוֹן וְאִין תְּבִיעַ'  
עָלָיו בְּגוֹפֵן שֶׁל סְפָרִים הֵינָנו דְּאִיָּרִי דְּלֹא הָיוּ עֲדֵי רְאִיָּה וְהִי יָכוֹל לֹמֵר לְהַד"מ וְטוֹעֵן  
שְׂמַשְׁכְּנָם בְּעַד הַחֹב דָּאִם הֵינָנו דְּנִין עַל הַסְּפָרִים הָיָה נֶאֱמַן בְּמַגוּ וְרַק הָיָה צָרִיף לְשַׁבַּע  
דְּהוּי כְּנוֹטֵל הוֹאִיל דְּבָא לְהוֹצִיא הַמְּמוֹן אֲבָל כֵּינָן דְּהַסְּפָרִים אִינָם ת"י וְשְׂמַעוֹן אִינָנו תּוֹבַע

כָּלֵל רַק רְאוּבֵן הָיָה כְּלֵהֲחַזִּיק וְנֶאֱמַר בְּמַגּוֹ וְאִין צָרִיךְ שְׁבוּעַת הַגָּאוּנִים אֲבָל אִם הָיָה עַדִּי רְאוּיָה דְלָא הָיָה נֶאֱמַר אֶפְשָׁר דְּהָיָה חַיִּיב לְשַׁלֵּם מִטַּעַם דְּחַמְרָא קְמֵהֲנִי אַף לְמַה דְּנִגְרַר אַחֲרֵי־וֹת אוֹלָם דַּעַת הַתְּנַמִּי אֵינּוּ פִּן בְּדַעַת הַרְשָׁבָא דְסוֹבֵר דְלָא מְהַנִּי חַזְמוֹרָא לְחַיִּיבוֹ וְלִהְיוֹצִי מִמּוֹן: וּבְאֵמַת אַף בְּמַקּוֹם שְׁאֵנוּ דְנִין עַל הַחֲפִץ לְחַיִּיבוֹ לְהַחֲזִירוֹ הֵיכָא דְנ"מ לְעַנְיָן אִיסוּר מְצִינּוּ מִחֲלֻקַּת הָרְאִשׁוֹנִים בְּזֵה דַּעַת רַמְבַּ"ם וְכֵן הוּא בַש"ע אַה"ע (ס"א קכ"ד ס"ו) בְּאִם הָיָה הֵגֵט חֲקוּק ע"י שֶׁל עֶבֶד אִם הָיָה מְחַזְקִין בְּעֶבֶד שֶׁהוּא שְׁלוֹ וְיוֹצֵא מִתַּחַת יָדָה וְאוֹמְרֵת בְּעַדִּים נְמַסֵּר לִי ה"ז סָפֵק מְגוֹרְשֵׁת שֶׁהַגּוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֻזְקָה וְעֵינָן שָׁם בַּח"מ (ס"ק י"ט) וּמְבַנְיָר דְּהַעֲבָד מוֹצִיאִין מִיָּדָה רַק אַף דְּמִטַּעַם דְּגוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֻזְקָה מוֹצִיאִין מִיָּדָה מ"מ מִיָּדֵי סְפִיקָא לָא נִפְקִי וּמִשְׁמַע אַף אִם הִבְעֵל מְכַחֲשֵׁה וְאוֹמֵר שְׁלֵא מְסַר לָהּ מ"מ הָיָה סָפֵק דְּחֻזְקַת מַר"ק אֵינְנָה חֻזְקָה הַמְכַרְעַת וּמְבַרְרַת שְׁפִן הוּא רַק חֵק הַתּוֹרָה לְעַנְיָן מִמּוֹן לְדוֹן אַחֲרֵיהָ כְּמוֹ שֶׁכ' הָאֲחֵרוֹנִים בְּקוֹנְטֵרַס הַסְּפִיקוֹת דְּמִמּוֹן.

וְדַעַת הַגְּהַת אֶשְׁרֵי (פ"ב דְּגִיטִין) דְּאַף סָפֵק מְגוֹרְשֵׁת לָא הָיָה פִּינּוֹן דְּמוֹצִיאִין מִיָּדָה וְכֵן מְבַנְיָר בַּס' אוֹר זְרוּעַ הַגְּדוּל. וְדַעַת הַרְמַבַּ"ם ע"כ דְּאֵין חַזְמוֹרָא מְבַרְרַת לְעַנְיָן אִיסוּר וְסָפֵק הָיָה אַף דְּמוֹצִיאִין מִיָּדָה גּוֹף הַעֲבָד וְכְמוֹ שֶׁכ' הַח"מ.

וְלִכְאוּרָה י"ל לְדַעַת תּוֹס' ב"מ (דף ק') דְּבִדְרָרָא דְּמִמוֹנָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּטַעֲנַת בְּרִי אַף בְּגוֹדְרוֹת וְכֵן פִּינּוֹן דְּגֵט פְּתַב עֲלָיו יֵשׁ סָפֵק לְפִינְיוֹ דְּלִמָּא כְּבָר מְסַר לָהּ וְהָיָה דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא וְרֵאִיתִי בַש"מ (ס"א קל"ו) דְּכ' דְּשָׁם הוּא מְצַד תְּפִיסַת הַלּוּקַח מַה שְׁאֵין פִּן לְעַנְיָן גֵּט פִּינּוֹן שֶׁהוּא מִקְלָתָא דְּאִיסוּרָא לָא שְׁיִיךְ בֵּיהּ תְּפִיסָה וְא"נ אֵלָא הֵיכָא דְּאִיכָא חֻזְקָה שֶׁהֵגֵט יוֹצֵא מִת"י וְהוּא שְׁלָה מַה שְׁאֵין פִּן בְּגוֹדְרוֹת דְּאֵין תְּפִיסַתָּהּ מוֹכַחַת וְדְּכָרִיו אֵינָם מוֹבְנִים הָא מְבַנְיָר דְּמוֹצִיאִין מִיָּדָה וְסוֹף סוֹף יִקְשֶׁה אִם הָיָה דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא אִמָּאִי מוֹצִיאִין אוֹלָם בְּאֵמַת צָרִיךְ לִזְמַר דְּנִקָּא שָׁם בְּמַחֲלִיף פְּרָה בְּחִמּוֹר דִּישׁ סָפֵק לַב"ד אַף בְּלַעֲדֵי חֻזְקָתוֹ פִּינּוֹן דִּינְעֵנוּ דְּהַחֲלִיפוֹ זֵה בְּזֵה לְכֵן כְּשֶׁהוּא מְחַזְקֵן וְטוֹעֵן בְּרִי מְהַנִּי חֻזְקָתוֹ אֲבָל כָּאֵן אַף אִם אֵנוּ רוֹאִין הֵגֵט כְּתוּב עַל יָדוֹ דְּעֶבֶד כ"ז שְׁאֵינּוּ בְּיָדָה לִיכָּא סָפֵק דְּמוֹקְמִינָן אוֹתָהּ עַל חֻזְקַת א"א דְּלָא נִתְגַּרְשָׁה וְגַם הַעֲבָד עַל חַמְרָא וְלָא יֵשׁ לָנוּ שׁוּם סָפֵק רַק עַל יְדֵי טַעֲנוּתֶיהָ וְחֻזְקַתָּהּ יִרְדְּנוּ לְבֵית הַסָּפֵק אֲמַרִּינּוּ כ"ז דְּהִבְעֵל אֵינּוּ מוֹדָה לָא יֵשׁ לָנוּ סָפֵק לְכָּהּ לָא מְהַנִּי תְּפִיסַתָּהּ.

וּמ"מ דַּעַת הַרְמַבַּ"ם דְּאַף דְּמוֹצִיאִין הַעֲבָד מִיָּדָה עַל יְדֵי חַמְרָא פִּינּוֹן דְּמוֹחֲזַקְתָּ בּוֹ עַכ"פ הָיָה סָפֵק מְגוֹרְשֵׁת דְּהַחְמוֹרָא אֵינְנָה מְבַרְרַת לְעַנְיָן אִיסוּר אֲבָל כ"ז דְּאֵינְנָה מְחַזְקַת לִיכָּא שׁוּם סָפֵק וְל"ה דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא: וְיֵשׁ לְהַבִּין לְמַה שֶׁכ' שָׁם הַח"מ וּב"ש דְּאִם הִבְעֵל מוֹדָה מְגוֹרְשֵׁת בְּנִדְאֵי אִמָּאִי הָא בַּעַל שְׁאֵמֵר גְּרִישֵׁתִי אֶת אֲשֵׁתִי אֵינְנָה אֵלָא סָפֵק מְגוֹרְשֵׁת וְגַם לְמַפְרַע א"נ לַכ"ע וְרֵאִיתִי שָׁם בַּס' תּוֹרַת גִּיטִין שֶׁכ' דְּאַף גוֹדְרוֹת מְחַזְקִינָן לִיהּ בְּחֻזְקַת הַמְּחַזְקֵן בּוֹ עֲכָשְׁיוֹ כ"ז שְׁאֵין לוֹ טוֹעֵן אוֹ בִּיתוּמִים שְׁאֵינּוּ טוֹעֲנִין עֲבוּרָם וּמִש"ה כְּשֶׁהִבְעֵל מוֹדָה מְגוֹרְשֵׁת וְדֵאִי פִּינּוֹן שְׁאֵין מִי שְׁטוּעֵן עֲלָיו וּמְחַזְקַת וְכִשְׁטוּעֵן לָא הָיָה רַק סָפֵק פִּינּוֹן דְּמַחְמַת טַעֲנָה הוּא יֵשׁ לְחוּשׁ לְעַנְיָן אִיסוּר דְּלִמָּא שְׁקָר הוּא טוֹעֵן וְאִפְתִּי אֵינּוּ מוֹבְן פִּינּוֹן דְּאֵין טוֹעֲנִין עֲבוּר יְתוּמִים כְּמוֹ דְּמְבַנְיָר בַּש"ס (ס"ק פ"ח) וְתַשׁוּבַת מִיִּימוֹנֵי פ' מְשֻׁפְּטִים (ס"ל"ב) [וּבַעַל שְׁעָרֵי מְשֻׁפְּט (ס"א קל"ד ס"ק ב') הַעֲלִים עֵינָיו מִדְּבָרֶיהָ וְחִידֵשׁ זֹאת מִדַּעַתוֹ דְּטוֹעֲנִין בְּעַד יְתוּמִים] ע"כ דְּכָל הַנִּי דְּאֵין לָהֶם חֻזְקָה כְּמוֹ אֲנָחְנוּ וְדְּכָרִים הַעֲשׂוּיָן לְהַשְׁאִיל וְגוֹדְרוֹת דְּאַף בִּיתוּמִים מוֹצִיאִין אַף דְּאֵינָם טוֹעֲנִין דְּלָא הָיָה כְּלֵהֲצִיא וְטַעֲנִין

בַּעֲדָם דְּלֹא הָיָה מִי שֶׁהוּא בִּידוֹ פְּמוֹחֶזֶק רַק כ"ז דָּאִין טוֹעַן בְּפִנְיֵנוּ לֹא אִיכְפֵת לָן דָּאִין פְּאֵן תּוֹבַע שְׂדוֹן עִמּוֹ אֶבֶל מ"מ לְעֵנָן מְמוֹן מְחֻזְקִין בְּחֻזְקַת מַר"ק וְאִם פֶּן אִמְאִי לְעֵנָן אִיסוּר הָיָה כְּסִפְקָא וְאוּלַי הוּא טְעוּת סוֹפֵר בְּסִפְרָא תו"ג וְצָרִיף לְהִיּוֹת דָּאֵן טְעֵנִין ע"כ דְּלְעֵנָן מְמוֹן מוֹקְמִין עַל חֻזְקַת מָרָא קְמָא וְהוּוּ פְּמוֹחֶזֶקִין וְע"כ דַּס"ל דָּאִין חֻזְקַת מַר"ק מְבַרְרַת לְעֵנָן אִיסוּר וְהָיָה סִפְקָא מְגוֹרְשָׁתָא וְשׁוֹב הַבְּעַל שְׂמוּדָה נְאָמֵן פִּינּוֹן דָּאֵן בְּלֹא דְבָרִיו הָיָה סִפְקָא מְגוֹרְשָׁתָא שׁוֹב עַד א' נְאָמֵן וְגַם יֵשׁ קִצְתָּ חֻזְקָה דְּלֹא מְקַדִּים פְּוֹרְעֵנִיּוֹת לְנִפְשֵׁיהּ וְכִינּוֹן דְּגַט כ' עָלִיו וְדָאִי גָמַר לְגִרְשָׁהּ וּמְסַר לָהּ הָעֶבֶד.

וְרֵאִיתִי בַתו"ג בְּחִידוּשָׁיו לַש"ס (פ"ב) דְּגִיטִין דַּכ' דְּרַף חֲדָשׁ דְּעַל הַגְּיּוּשִׁין לֹא מְסַפְקִי לִיָּה לְרַמְב"ח וְנְאָמְרִין דְּנֻדָּאֵי גִירְשָׁהּ דְּבָגַט פְּתוּב עָלִיו מְקַפִּיד הַבְּעַל וְלֹא לְתַר הָיָה חֻזְקָה רַק דְּעֵיקָא הַאִיבְעָא הִיָּה עַל הָעֶבֶד פִּינּוֹן דְּמַצַּד עֲצֻמוֹ אִין פְּאֵן חֻזְקָה וְתַפְיֶסָה מוֹכַחַת בְּעֶבְדִּים וְאֵף דִּישׁ רֵאָיָה בְּרוּרָה דְּגִירְשָׁהּ מְטַעַם דְּלֹא הִי מֵינַח הָעֶבֶד בִּיָּדָה מ"מ יְכוּל לֹמַר דְּלֹא הִקְנָה לָהּ רַק לְהַתְגַּרְשׁ וְעַל מְנַת שְׂתַחֲזִיר וְהַחֲזִירָה לּוֹ וְהוּא מְנַפְשֵׁיהּ עֵינִיל וְלֹא הִקְפִיד בְּפַחוֹת מַג"ש פִּינּוֹן דְּבִאֲמַת גִּירְשָׁהּ וְכִינּוֹן דְּהָעֶבֶד יוֹצֵא מַת"י עֲשָׂאָהּ חַכּוּז"ל כְּסִפְקָא מְגוֹרְשָׁתָא פִּינּוֹן דְּרֵאִיוֹת הַגְּיּוּשִׁין הוּא מְהַגֵּט הַכְּתוּב עָלִיו עֵינִין שָׁם.

וְיֵשׁ לְהַשִּׁיב עָלִיו מְדַבְּרֵי רֵשֶׁב"א בְּתַשׁוּבַת הַפְּרָם (ס' תַּק"ב) הַמוֹבָא ב"י (ס' כ"ט וְס' מ"ו) דָּאֵן בְּקַרְקַע דָּאִין שׁוּם תַּפְיֶסָה מוֹכַחַת מ"מ הִיכָא דְּנֻדָּאֵי מְכַר רַק דְּהָיָה תְּרֵי נֶגֶד תְּרֵי עַל הַתְּנָאֵי פִּינּוֹן דְּלְדַבְּרֵי פְּוֹלָם הַלּוֹקֵם יָרַד כַּדִּין אִין אוֹמְרִים בְּזָה לְאוֹקְמֵי עַל חַמַר"ק דְּכִינּוֹן דִּישׁ מְכַר וְנֻדָּאֵי אִיִּתְרַע הַחַמַר"ק דְּהַמוֹכַר וְאֵף דִּישׁ ס' דְּלֵמָא הִיָּה תְּנָאֵי פִּינּוֹן דְּתְנָאֵי מִלְתָּא אַחֲרִיתָא הוּא אִין זֶה מְרַע לְהַמְכַר וְלֹא מְפַקִּין מִיַּד הַלּוֹקֵם וְעֵינִין מַה שְׂכ' בְּזָה לְעֵיל דִּינֵי דִּינִים (ס' מ"א) וְה"נ דְּכִנּוֹתֵי פִּינּוֹן דְּנֻדָּאֵי דְּמַמָּה דְּהַגֵּט פְּתוּב ע"י וְיֹצֵא מִתַּחַת יָדָהּ מְגוֹרְשָׁתָא דִּיִּדְעֵנוּ דְּבָא מִיָּדוֹ דְּבַעַל וְלֹא בְּאֵנוּ לְהַסְתַּפֵּק רַק דְּדִלְמָא גִירְשָׁהּ עַל תְּנָאֵי אִין מוֹצִיאִין מִמְּנָה וְגַם מ"ש דְּעֲשָׂאוּהוּ כְּסִפְקָא מְגוֹרְשָׁתָא לֹא נִרְאָה פֶּן רַק דְּסִפְקָא גָמוּר הוּא וְלְדַבְּרֵי פִּינּוֹן דְּהַבְּעַל מְקַפִּיד וְלֹא לְתַר הָיָה חֻזְקָה מְהֵרָאֵי שְׂתַהֲיָה וְנֻדָּאֵי מְגוֹרְשָׁתָא מַד"ת אֵלָא וְנֻדָּאֵי דְּזָה אִינוּ וְכַמוֹ שְׂכ' תוּס' שָׁם דְּפִשְׁטֵינּוּ לִיָּה מְדַרִּישׁ לְקִישׁ דְּהַגּוֹדְרוֹת אִין לְהֵם חֻזְקָה וּמוֹצִיאִין מִן הַדִּין מִיָּדָהּ.

וְאֵעִפִּי"כ לְעֵנָן אִיסוּר סוֹבֵר הָרַמְב"ם וְשָׂאָר פּוֹסְקִים דַּחַמַר"ק אִינָה מְבַרְרַת לְבִירוּר גָּמוּר וְכַשֶּׁהַבְּעַל מוֹדָה נְאָמֵן פִּינּוֹן דְּבִלֵּא"ה הָיָה סִפְקָא מְגוֹרְשָׁתָא שׁוֹב אֵף ע"א נְאָמֵן. וְא"כ יֵשׁ לֹמַר ג"כ דָּאִין חֻזְקַת מַר"ק מְבַרְרַת לְהוֹצִיא מְמוֹן ע"י אִם אִין דְּנִין עַל גּוּף הַחֲפִץ עֲכָשָׁיו: וְשָׁם בְּדַבְּרֵי חַיִּים הַרְגָּשְׁתִּי בְּדַבְּרֵי תוּס' ב"ב (דף ל"ג) ד"ה וְאִי דַּכ' לְהַקְשׁוֹת ל"ל לְרַב זְבִיד מְשׁוּם דְּלֹא חֲצִיף תַּפ"ל מְשׁוּם דְּתַפְס מִיַּדִּי דְּהָנָה אִמְטַלְטְלִין שָׂאִין עֲשׂוּיִין לְהַשְׂאִיל דְּנֻדָּאֵי לֹמַר לְקוֹחִין הֵן בִּיָּד.

דְּמִשְׁמַע בְּעֲשׂוּיִין לְהַשְׂאִיל דָּאִינוּ נְאָמֵן אֵף אִם דְּנִין רַק עַל הַמְּמוֹן לְהוֹצִיא. וְהִנֵּה דְּבַרִּי תוּס' שָׁם אִינָם מוֹבָנִים הָא בְּקַרְקַע וְנֻדָּאֵי הַפְּיּוֹת נִגְרָרִין אַחַר הַקַּרְקַע דְּבַחֲזוֹת בְּעֲלִיָּהּ עוֹמְדִין פְּמוֹ בְּמִשְׁפִּיר בֵּית ב"ב לְשִׁנָּה דִּינָר לְחוֹדֶשׁ דָּאֵן בְּבָא בְּסוּף הַחוֹדֶשׁ פְּוֹלָה לְמִשְׁפִּיר וְאֵף בְּבַרִּי וְבַרִּי פְּמִבְּנָאָר מְש"ס ב"מ (דף ק"י) בְּמִשְׁפָּנָה בְּשִׁטְרָא שְׁנִין סְתָמָא וְעֵינִין בְּב"ח (ס' קל"ז) דְּמִטְעַם זֶה חוֹלֵק עַל דְּבַרִּי תוּס' דְּכְתָבוּ בְּתִירוּצָם דְּמִטְעַם סְבַרְתָּ לֹא חֲצִיף אֵף אִם

הניח ברשות שאינו שלו דלא תפס בהו זכה דמניין לנו זה פניו דבלא סברת לא חציף הפירות נגררין אחר הקרקע ועיין שם בפ"ה ובתנאים.

וקצת י"ל דנדאי תוס' גם בקושיותם ידעו דבלא הטעם דלא חציף מוציאין מידו פניו דיש עדים דלקח רשות מהבעלים ולא היו הבעלים שם וכמו שהוכיח הרי"ף מס' שבועות וע"ש בתו"ח ובהג' מיימוני (פ"ט) מטוען.

רק קושיות תוס' הנה באופן אחר דכבר עמד שם בתו"ח דמה אשמועינן רב זביד דנאמן לאו מי אמר רב יהודה הא היא היא ובאמת ברי"ף לא גרס אלמא אמר רב יהודה והתוס' גרסו אלמא אמר ר"י ה"נ ואם פן צריך להבין מה הוליד ר"ז חידושות יותר מדברי רב יהודה לכה סברו דרב יהודה לא אמר רק מטעם דלא חציף מניחין אותו הב"ד ואין הב"ד מוחין בידו פשהבעלים אינם לפנינו וכמו שכ' שם הרשב"ם.

ובאמת פשטאו הבעלים ותבעו שלא מכרו לו שוב אין מוציאין ממנו אף לדעת הרי"ף דעד כאן לא כתב הרי"ף והרא"ש דכיון שפא לידו מרשות הבעלים דא"נ רק פשדנין על הספץ והוי פירד שלא ברשות אכל פאן פניו דהב"ד מניחין אותו מטעם סברת לא חציף הוי פלקח ברשות ממילא שוב נאמן אחר כה לומר לקוח פניו דתפס ברשות אף דיש עדים דבא לידו מרשות בעלים מ"מ פניו דאז אין מוחין בידו וליפא הכחשת בע"ד שוב נאמן אחר כה שלא להוציא מתחת ידו והוי חזקה כבכל מטלטלין דאינו עשויין להשאיל אף דיש עדים דבא לידו מרשות בעלים פניו דברשות בא דאז נאמן מטעם סברת דלא חציף.

והנה קשה להתוס' דמה אשמועינן רב זביד יותר מרב יהודה דאמר בפשטיל דלא חציף אין הב"ד מוחין בידו ואי דבא לאשמועינן דאף פשטאו הבעלים ותובעין אין מוציאין מידו דמדר"י לא היינו יודעין רק דמטעם דלא חציף אין הב"ד מוחין בידו ובא רב זביד להוסיף דאף אחר כה אין מוציאין מידו על זה הקשו מאי איירא משום דלא חציף היינו פשטאו לדון אח"כ להוציא ממנו לא צריך שוב לטעם דלא חציף תפ"ל משום דתפיס דהוי כשאר מטלטלין ואף דכאן ירד שלא ברשות וידענו שלקח מרשות בעלים הא מתחילה כבר ידענו מרב יהודה דמטעם לא חציף לכנס שלא ברשות אין הב"ד מוחין בידו וכיון דאין ביד הב"ד למחות ומחזקין לסברת דלא חציף לחזקה ברור' שאין ביד הב"ד למחות שוב פניו שפא לידו בהיתר דומה לשאר מטלטלין דאם אמר לקוחין הו בידו נאמן ואף דכאן יש עדים דבא לידו מרשות הבעלים מ"מ פניו דמניחין לו מחזקה דלא חציף שוב ידענו דנאמן לומר לקוח ואין מוציאין מיד המוחז' ומאי איירא משום דלא חציף היינו מאי משמיענו רב זביד יותר מדרב יהודה וקושיות התוס' לא הוי דאף בלא סברת לא חציף הנה נאמן דנה ודאי אינו דקרקע בחזקת בעלים עומדת וגם פניו דלוקח מרשות הבעלים הפירות ודאי א"נ וכמו שכ' הרי"ף והרא"ש וכל הפוסקים כמבואר בטוש"ע (סי' צ' ושס"ד) רק פאן פניו דשייך לא חציף והב"ד מניחין אותו ואין מוחין בידו אמתחוק הדבר לברור גמור ומאי אשמועינן רב זביד יותר מדר"י וע"ז מתרצו דאיצטריך לר"ז הטעם דלא חציף לאלם הדבר דאף אם הם ברשות שאינו שלו דלא תפס בהו גם פן אמרינן דמטעם דלא חציף כבר נתברר שהוא שלו.

ואולי י"ל זאת בכוננת הש"ף (סי' קל"ז) דבמשפנתא פינו דירד מתחילה ברשות לא שייך סברת לא חציף ודבריו דברי תימא הן כמו שכ' שם בתנאים דקונשית הב"ח הנה על קונשית התוס' ולמה שכ' אתי שפיר דהתוס' לא הקשו דל"ל פלל לסברת דלא חציף דזה נדאי אינו רק הקונשיא על רב זביד דלאחר שיירד ברשות מטעם סברת דלא חציף שוב ידענו דאין מוציאין הפירות מידו דהוי מוחזק ומאי אתי לאשמועין.

ועיין נתיבות (סי' ק"נ ס"ק ג') מה דהקשו בש"ס בעובד' דרבה בר שרשום דאם איירי בפירות שפבר אכל נאמן בלאו הכי מטעם שהווא מוחזק כמו שכ' תוס' ולמה שכ' היכא דלא שייך בהתחלה סברת דלא חציף אינו נאמן כמו שכ' הרי"ף והתו"ח והגה"מ ואם פן שם בירד מתחילה למשפנתא דל"ש לא חציף שוב גם לדעת התוס' מוציאין מידו: סי' עח היכא דהטוען במשפון בא לידי הוא חשוד על שבוע' כ' הכנה"ג מהדו"ב משם פסקי ריקנטי וז"ל שישבע שה"ת שאין לו עליה פחות ממה שהוא שנה ואם חשוד השיב הרי"ף ז"ל שאינו נאמן לומר שבתורת משפון בא לידי ולא ירדתי לסוף דעתו ע"כ וכ' ע"ד הכנה"ג ולפום פשטיה מוכח שעל מה שכ' הרי"ף ז"ל דחשוד אינו נאמן שבתורת משפון בא לידי כ' שלא ירד לסוף דעתו ולא ידעתי למה הא קיי"ל דחשוד שנתחייב ש"ד שפנגדו נשבע ונוטל וצריף לומר שמה שכ' שלא ירד לסוף דעתו אעיקרא דדינא דלמה חייב שה"ת ואינו חייב אלא היסת וכדעת הראב"ד ז"ל עכ"ל ונה קשה ביותר דהא הרי"ף והגאונים הקודמים כתבו פן דהוא מן הנשבעין והנוטלין ונקרא כעין ש"ד אולם פנראה דעת הרקנטי בנשבע ונוטל אם הוא חשוד דלא עבדינן תקנתא לתקנת' ובפוגם שטרו ואינף דמה"ד נוטלין בלא שבועה אם הוא חשוד נוטל בלא שבועה וכדעת הרמ"ה והראב"ד וסייעתם בפוגם שטרו ואינף ולכך סובר במלנה על המשפון פינו דמן הדין נוטל בלא שבועה אף בחשוד מהראוי שישטול בלא שבועה.

אולם באמת להסוברים דבכל נשבע ונוטל עבדינן תקנתא לתקנתא ישבע הלנה ויפטור וכן כתוב בספר דברי משפט למר זקני ז"ל: ודברי הרי"ף ז"ל בתשובה הוא (סי' פ') ועינתי שמה ויש להתבונן הרבה להבין דבריו ושם השיב בראובן שתובע פקדונו משמעון והשיב שפא לידי בתורת משפון והוציא עליו שטר על סף ידוע וראובן אמר שלא קבל על שטר זה פלום אלא כף וכף והשטר הנה ע"ד שישלים ולא השלים וחיבוהו שה"ת שנתן לו כל מה שבשטר ונשבע ומכר המשפון שלא ע"ד ב"ד בחצי דמים שהי' שנה בשעת שנתנו ואחר כף באו עדים שנתשד על השבועה וזן הרי"ף ז"ל שאינו נפטור באותו שבועה וראין התביעה כתביעה בעל פה ויעלה תובע על מה שיש לו על הנתבע בחשבון ויפחת ממנו כל מה שנטל ממנו אם נשתייר פלום מהודאת הנתבע הוי לי' מודה במקצת וישבע הנתבע שה"ת פדין כל תביעה שאינה בשטר ודמי המשפון כמו הרי הן של נתבע שנה החשוד אינו נאמן שבתורת משפון הנה לו אצלו לפי שאינו יכול לישבע הלכך מחשבין בהן את התובע ממה שהיה לו אצלו עכ"ל הנה מבואר באותו תשובה דעתודגם בשטר בחשוד עבדינן תקנתא לתקנתא ואם פן לא על זה הי' תלונת הר"ם ריקנטי דבאמת דעת הרי"ף דחשוד הבא לגבות בשטר הואיל דאינו יכול לישבע אינו גובה.

אף קשה להנראה מדברי הרא"ש מס' פתובות שמביא דברי הרי"ף דכפוגם שטרו שהוא חשוד שפגגו נשבע ונפטר משמע דהוי היפוך לגמרי בנק"ח וכן כ' הב"ח (סי' צ"ב) דלדעת הרי"ף בפוגם שטרו והוא חשוד נשבע הנתבע כעין דאורייתא וכ' דג' מחלוקת בדבר והכי נקטינו.

וע' קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ד') אם פן למה כ' דרואין כאלו התביעה בעל פה ואם נשתייר פלום הו"ל מוב"מ אבל אם דמי המשפון עולה הפל אינו נשבע רק היסת כאלו הוא בעל פה הא מ"מ פיון דעבדינו תקנתא לתקנתא אם פן פיון דמן הדין הנה נוטל בלא שבועה רק דכיון דחייב לישבע בנקיטת חפץ והוא חשוד מהפכינו א"כ יצטרף ראונו לישבע בנק"ח אם מצד השטר אם מצד המשפון.

גם יקשה הא לדעת הרי"ף בנשבע ונוטל אם אינו רוצה לישבע ותפס לא נחתינו לנכסיו אף אם תפס מטלטלין ולדעת הרמב"ן ור"ן פ' הכותב הוא דוקא אם תפס מעות אם פן זה שתפס ועומד ומכר הפקדון אף דהוא חשוד מהראוי שישאר בידו מה שתפס ובפטר לדעת הר"ן בתפס מעות אם טוען שהוא בידו במשפון ואינו תובע לגבות אינו חייב שבועה ולמה שכ' הסמ"ע והש"ף אף בתפס חפץ פשאינו רוצה לגבות ואינו תובע להלנה אינו חייב לישבע ואין מוציאין מידו אם פן למה מחשבין בהן את התובע ממה שהי' לו אצלו לפרעון במה שהודה הא שמעון יכול לומר אני תופס זאת על מה שפופר ומה שהודה ישלם.

ואף באם המשפון הוא מעות צוררין דאינו יכול להשתמש בהן ככר כ' האחרונים דאין צריף לישבע פיון דאין צריף שומא ויכול למיעבד דינא לנפשיה ודלא כמו שכ' התומים. ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ב) דהוי פטוען על גוף החפץ דלפי דבריו ש'לו הוא גוף המעות ואף דמכר שלא ברשות ב"ד פיון דלדבריו חייב לו.

ואין הרי"ף דן שם כלל על ההפסד במה שמכר בפחות אם פן יכול לתפוס זה המעות על חובו והודאת הלנה נשאר בחיובו פיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה ואף די"ל דלענין משפון הוא דוקא אם ידענו בבירור דבא לידו בתורת משפון אז פשתופס מעות או שאינו רוצה לגבות מן החפץ אין צריף שבועה אבל אם אינו מודה דבא לידו בתורת משפון צריף לישבע וכמו שצדדנו לעיל (סי' ע"ה) מ"מ קשה למה לא יועיל התפיסה מפח השטר כמו בפוגם שטרו.

וכנראה הדיינים שם שדנו לחייב התובע בהשטר שישבע אף דלא נזכר שם שהבעל הפקדון אמר אשתבע לי דלא פרעתיף הי' משום דבאמת הבעל הפקדון הודה בהשטר רק שאמר שהיה ע"ד שישלים לו הפל ולא השלים וע"ז הוי כמו דאמר אמנה הי' ולמה חייבו שבועה ועיין בטור (סי' פ"ב) וצ"ל דזה הודה שפך הנה ורק שאמ' שהשלים ונתן לו כל השטר ודנו כמו בפוגם שטרו וחיובו שבועה ואם פן אף דנמצא ונתברר אחר כך דהיה חשוד הא מ"מ הוי בתפס ולמה לא יתחייב הנתבע לישבע רק פשהודה במקצת יותר מכפי חשבון דמי המשפון ואף די"ל דהוי הילף הא לדעת הרי"ף לא הוי משפון הילף עד שיאמר טול אותו בדמים כמו שמבאר שם (סי' פ"ח) ועיין ש"ף (ס"ק קח"י) דהוכיח מדעת הרי"ף דאף בבא לידו בתורת משפון לא הוי הילף ובפטר שם הבעל הפקדון טוען שלא בא לידו בתורת משפון ותובע פקדונו: וע"כ נראה מזה דלא כמו שכ'



הב"ח והקצוה"ח ואף דבנשבע ונוטל מן הדין אם הוא חשוד לא אמרינן הפוה שבוועה מן התובע לנתבע ורואין אותו תביעה כאלו הוא בע"פ וכמו שנראה מבואר מדברי הרי"ף בתשובה הלנה.

וקא דלא הוי כמוד' במקצת והתובע אף שהוא חשוד יאמר דתופס זה על מה שכופר ומה שהודה ישלם או ישבע ש"ד י"ל אף דרי"ף סובר בפוגם שטרן דמהני תפיסה והוא מטעם דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו רק דמשמתינן ליה מ"מ אפשר דמהני תפיסה בהחזרה אף דהב"ד לא נחתינן לנכסיו מ"מ אם עביד דינא לנפשיה ותפס בהחזרה לא מחייבין אותו הב"ד להחזיר עד שישבע שפנגדו השבוועה פעין תורה ויטול אם כן פאן נמי פיון דזה הוא חשוד ואינו יכול לישבע ומן הדין מפסיד רק שגדון הואיל ותפס אין מוציאין מידו לא מחייבין להנתבע לישבע שבוועת מודה במקצת פיון דהוי כתופס בהחזרה.

או די"ל אף דסובר דמהני תפיסה בנשבע ונוטל שפן הדין הוא נוטל בלא שבוועה היינו פיון דיכול לישבע רק שא"ר ודי דמשמתינן ליה אבל בחשוד פיון דהדין הוא דמפסיד ושפנגדו אינו חייב רק היסת הוי כמו דנפטר לגמרי ושוב לא מהני תפיסת החשוד או אף אם מהני מ"מ בזה מהני התפיסה בהחזרה וצ"ע בזה: סי' עט אם המלנה דוחק ללנה לפדות המשכון ואמר לו הלנה יהא משכון שלך לא קנה דדחוי מדחי ליה כמבואר ש"ע (סי' ע"ב סכ"ו) ועיין שם בש"ף שהניח דין זה בצ"ע ועיין תומים (ס"ק מ"א) דהעלה ליישב קושית הש"ף.

ויש לחקור פיון דהנ"י למד דין זה מדקיי"ל בפועל כשאמר לו בעה"ב טול מה שעשית בשכרך דיכול לחזור בו כל זמן שלא פינהו בפניו ודעת הב"י דמשכון עדיף ואף אם בפועל אינו מדחי לו מ"מ משכון דומה לאומר הגיעה דעצים ואבנים דאין דרף לפנות מיד וה"נ במשכון לא יהא מהיר למפור וכמו שכ' בתומים או משום דבפועל שלא לעבור על בל תלין גמר בדעת שלם א"כ כמו בנפל פותלו סמוך לגינת חבירו ואמר לו הגיעה כ' בש"מ ר"פ הבית והעליה משם הרמ"ך ז"ל דאע"ג דמרי פותלא מצי הדר ביה כל כמה דלא פינהו מרי גינתא אפ"ה מרי גינתא ל"מ הדר ביה דכיון דאינצו מחליה להזיקא ומחילה לא בעי קנין אם במשכון ג"כ אמרינן כן אף אם הלנה יכול לחזור מ"מ י"ל פיון דהמלנה שתיק ואינצו מחליה ליה או י"ל דוקא שם בהזיקא י"ל דהתרצה אבל במלנה פיון דהלנה לו אף דשתק כשאמר לו יהא שלך מ"מ כמו שהלנה מצי למיהדר בי ולא קנה כן גם המלנה מצי למיהדר ועיין כמה שפכתתי לעיל דיני דיינים (סי' כ' אות ט"ו) דגם יש לדון פיון דלא מחל בחנם כמו דיש ביד בעל הפותל לחזור למה לא יהיה ביד בעל הגינה לחזור ובמשכון ודאי לא סמכ' דעתה דהמלנה ולא גמר לקנות פיון דביד הלנה לחזור וכן משמע מלשון הש"ע דכתב לא קני וביד שניהם לחזור.

ועיין (סי' ע"ג סי"ז) באומר לו צא ומכור ומכרו ואחר כך בא הלנה לבטל המכר בטענה שלא פנון אלא לדחותו דאין בדבריו פלוס וכ' הרמ"א מתשובת רשב"א דכ"ז שלא מכרו יכול לחזור וי"ל דגם באם אמר יהא שלך אם מכרו המכר קיים אולם בכנה"ג כ' דדוקא שם שעשאו שליח למכור מה שעשה עשוי וכשלא מכרו יכול לבטל שליחות מה שאין כן באומר יהא שלך פיון דלא קנה ואמרינן דדחוי מדחי ליה אף אם מכרו בטל המכר וי"ל אף להסוברים בכותל חצר שנפל דאף אם פינה שלא בפניו שוב אינו יכול לחזור

כמבואר ר"פ הביית וקעל' ובראשונים שם ובסמ"ע (סי' קס"ו) מודים פאן פינן שהי' מתחילה בהלואה והחוב קנין ודאי דרק דחוי מדחי ליה ולא מהני מכירה לאחר וז"פ לענ"ד: וראיתי במהריק"ש ו"ל שכ' על דין זה דתשובת הרשב"א המובא ברמ"א הנז' שהיה במי שהשפין חנות וכו' לו שאם לא יפרענו לזמן פלוני יהא רשאי למכרו ולהפרע שיכול לעכב בידו מלמכרו דשליח מנהו ובידו לבטל שליחות וכו' ועיין בארוך דין מחודש מ"ג דמשמע דסתר דין זה וכוונתו על מה שכ' הב"י מתשובת הרשב"א בממשפן עליה בנכיתא והתנה שלאחר הזמן יהא רשות בידו לתפוע חובו או לדור בו או למשכנה או להשפיר לאחרים ונה מוחה שאין לו רשות להשפיר למי שיש לו סיעה גדולה יותר ממה שהיה לו לבעל המשכונא וכו' הרשב"א דלפי שאף בלא תנאי בקרקע אינו יכול למחות ולומר אין רצוני שיהא ביד אחר וכיון שנתן לו רשות התנאי מוסיף להשפירם לכל מי שירצה אפילו לסיעה גדולה ומזה הקשה דנימא דמבטל שליחותו.

ואם ע"ז כ' דסתר דין זה לא אבין דבריו דהא שם היה התנאי בשעת המשכונא דיהא בידו פשיבא זמן להשפיר לאחר וכל תנאי שבממון קנין וזוהי בזכות הנה בשעת המשכונא ועכשיו אינו יכול שוב לחזור בו אף קודם שהשפירה לאחר כ"ז שאינו משלם לו חובו מה שאין פן בנתן לו רשות אף בשעת המשכונא למכרו פשיגיע הזמן אינו יכול למפור דבר שאינו שלו לחלוטין רק בשליחותו דהבעל החנות שפיר יכול לבטל שליחותו קודם שמכר ואם מכר אחר כך לא מהני המכירה אחר שבטל השליחות אבל להשפיר זכותו בזה כבר זכה בעצמו בזכות זה שיהא הקנין פירות שלו עד שישלם לו ומשפיר את שלו ושוב אינו יכול לחזור בו.

שוב ראיתי בכנה"ג בב"י (אות ע"ט) שכ' דבתשובה הזו אין לאל ידו לפרוע דמי המשפנתא כ"א להשפירה או למשכנה לאחרים דאם יש לאל ידו לפרוע חובו כבר כ' הרשב"א בתשובה בב"י לעיל דשליח שנייה ויכול לבטל שליחותו וצ"ע עכ"ד ואינו מוכן ודאי אם יש לאל ידו לפרוע יכול לכוף אותו.

אולם הרשב"א דן פשיאין לו לפרוע דמהני התנאי שהתנה שיכול להשפיר לאחרים הנה הפוננה אף לסיעה גדולה. ובזה משפיר רק זכותו ול"צ לבא לזה דשליח שנייה מה שאין פן פשהתנה למפור בזה צריך לבא שימפור הגוף מה שלא זכה בו שהוא בא בתורת שליחותו בזה שפיר יכול לבטל.

ואף דהוא לתועלת השליח והני תנאי דאם לא יפרע בזמנו דיכול למפור מ"מ סובר הרשב"א פינן דלא מכר לו שום זכות ואינו יכול למפור רק בתורת שליחות יכול לבטל השליחות ובה מסולק גם פן טענותו של הראש יוסף על הרשב"א.

ועיין בב"י סוף הסי' ע"ב מה שהביא מדברי הריטב"א בהתנה שאם לא יפדה לזמן קצוב יהא מכור לו וכבר עבר הזמן וכו' בטעם הג' דהני פאומר משוה בהמה זו ותקנה לאחר ל' יום שלא קנה ומשמעותו שהיה מכור לו בשניו.

ובמח"א דיני קנין משיכה כ' ואם הוא בתצרו לאחר ל' יום הדבר קשה אמאי לא קנה וכבר הקדמו בזהבס' ראש יוסף בדקדוקים הרבה ע"ד הריטב"א. ועיין ריטב"א ב"מ ר"פ המפקיד דעפ"י דבריו שם יש ליישב דבריו אולם הפשוט דלזה הוסיף הריטב"א

ומשמועתי שיהא מכור לו בשיווי והוי פלא פסק דמים ואם הנה אומר שיקנה מעכשיו כפי שיווי הנה מהני אבל במשיכה פיון דלא הוי עדיין פסיקת דמים יכול לחזור קודם לכן ואכ"מ בנה השני לקנינים: סי' פ אם המלנה השפין המשכון ביד אחד או שנתן במתנה לאחר מה שהיה לו עליו ונאנס ביד אחד כ' בש"ע (סעיף ל') דאם יש עדים ששמו פראוי ונאנס ממנו נפטר המלנה וכן אם הוא רגיל להפקיד ודעת הב"ח דמ"מ אין הלנה חייב לשלם על פי שבועת השלישי או עדים פיון דאינו טוען ברי והש"ך משיג עליו ביש עדים ועל פי שבועתו הניח בצ"ע ובתומים כ' דאין פאן ספק פיון דנפטר משמירת המשכון למה לא יתחייב הלנה לשלם.

והקצוה"ח כ' בנה דהמחבר קאי על נתן במתנה פיון דנה לא זכה בגוף החוב רק בזכות לעכב המשכון עד שישלם לו הלנה וכיון דכבר אסתלק פשומר או נתן לאחר והאחר אינו יכול לתבוע החוב דלא זכה בו בקנין מעמד ג' בנה אבד המשכון אבד מעותיו אבל אם השפין ללוי דנוטל ממנו חובו בנה המלנה גובה מהלנה והסכים על ידו איש ריבו בנתיבות.

וכל העובר ישתומם בנה נהי דלוי לא זכה בהחוב רק זכות זה שישחיק בהמשכון עד שיפרע לו החוב ולא לתבוע גופו של לנה וכיון דאבד המשכון אבד זכותו מ"מ אף דמכר ונתן לו שמעון כל זכותו היינו גוף ההלואה גם כן פיון דמן הדין לא זכה המקבל מתנה בזכות זה דלא חל במשיכת המשכון לזכות לתבוע גופו של לנה נשאר זכות זה ביד שמעון המלנה דלא הפקיר זכותו ואף דאם הנה המשכון בעין לא הי' יכול לתבוע ללנה שישלם לו פיון דהמשכון הוא ביד לוי מ"מ פיון דנאבד המשכון באונס למה נאמר דאבד מעותיו יתבע להלנה שישלם ואינו יכול לומר דלא הי' לה לתבוע ממני אף באם הנה המשכון בעין חדא דיכול לומר עכ"פ הנה ניתא לי שישחיק לי המקבל מתנה טובה אם הוא הי' מקבל המזון ממה דומיא לדינא דירושלמי המובא ברמ"א (סוף סי' רמ"א) באם הלוקח שדה באחריות נתן לאחר במתנה ובא אחר וטרף ממנו דחייב לשלם לו מפת האחריות דיכול לומר המקבל הנה מחזיק לי טובה ועיין במה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') להסביר הדברים דלמה בלא"ה ל"א דהוי מקח טעות דעכ"פ שם מכר הוא ואין הלוקח יכול לבטל לכך צריף לומר שהנה מחזיק לו טובה ובכאן בלא"ה פיון דלא הוי קנין על גוף החוב רק על החזקת המשכון אבל לתבוע גוף החוב על זה לא הי' חל הקנין אם כן פשנאבד המשכון באונס למה לא ינהי יכול המלנה לתבוע גוף החוב ואף דאם הנה המשכון בעין הי' מקבל מי שיש בידו המשכון דבלא החזרת המשכון אינו מחויב הלנה לשלם מ"מ אחרי שנאבד באונס יאמר מן השמים מרחמים עלי מה לה בנה בגוף החוב.

ומה שהביא הקצוה"ח דוגמא מחזרת הקרן לבעלים הראשונים כל הרואה יבין שאין ענין לזה: אף יש מקום לדבריהם מצד אחר דאף בשומר שפסד לשומר פטור ולא הוי פשיעה וברגיל להפקיד מיפטר אף בשבועת השומר השני היינו דלא מסר רק לשומר וכשפא האונס יכול לומר מלאף המנות מה לי הקא מה לי התם בכך אונסין שאינו שכיח לבא וכל דלא בא האונס מחמת פשיעה פטור ועיין ש"ך (ס"ק קל"א) ונה שייך לומר היכא דלא יש מקום לתלות שפא האונס מחמת איזה סיבה אחרת שאפשר שלא הי' בא

אם לא היה מוסר להשני פיון דאין שייכות להשומר והפסיד במה שגאנס החפץ ואם מזלא דבעל החפץ גרם שיהיה גאבד באונס מה לי הקא מה לי התם.

אבל היכא דלהשומר יש איזה שייכות והפסיד במה שאירע האונס מה של"ה באם היה נשאר ביד הראשון בזה י"ל ולתלות דמזלא בישא דהאי גברא השומר השני גרם ואם פן פאן דיש להמלן' זכות בהמשפון שגשפתעבד לו על חובו ואינו יכול המלנה הנותן לתבוע מהלנה שישלם לו עד דמחזיר לו המשפון.

כשמסר לאחר פיון דהמקבל לא זכה בהחוב כלל ואינו יכול לתבוע החוב מהמלן' כלל רק בזכות זה בעוד המשפון תחת ידו אינו חייב להחזיר להמלנה עד שישלם לו החוב וכשגאבד באונס גאבד זכותו לגמרי שפיר יכול הלנה לומר אין רצוני שיהיה פקדוני על אופן זה ביד אחר ודלמא מזלא בישא דהאי גברא גרם שיזדמן האונס שיפסיד על ידי זה שלא יגבה החוב ואף דהוא ספיקא ואינו יכול להוציא מן המלנה דמי המשפון ששונה יותר מהחוב ולומר שגאבד האונס בשביל שהכניס אחר עמו ונעשה פשוטף בהמשפון ועל ידי מזלו גרם שגאבד באונס פדי שיפסיד ולא יגבה הוא החוב דמאן ימר לן שפן הוא ומספק א"י להוציא הממון פיון דמסר בשמירה ואוקי גברא בחריקאי מ"מ מידי ספק לא יצא לקף די לן בזה שגפטר מלשלם דמי המשפון ומ"מ להוציא מן הלנה אינו יכול להוציא מספק הואיל דגאבד זכותו דהמקבל מתנה יכול לומר דמזלו גרם.

ואף דמצינו בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דאם מתה פדרפה לרבנן דר' יוסי השואל משלם לשוכר ולמ"ד שומר שמסר לשומר פטור אף אם לא נתנו לו הבעלים רשות להשאיל ואמאי נימא פיון דנוכל לתלות דמזלא דשואל גרם שהפסיד הן שלא יעשה מלאכה בפרה והן שיצטרף לשלם ונוכל לתלות דמזלו גרם ואם היתה הפרה ביד המשפיר לא היתה מתה י"ל דשם אזלינן בטר מי שהגוף שלו וגם דלהוציא מצד זה אין מוציאין פיון דזה אי אפשר לדעת מה שאין פן היכא דמסר לאחר המשפון דאף דהגוף המשפון לא זכה המקבל מתנה מ"מ זכותיה שייגבה החוב והשעבוד שיש על המשפון הוי כמו אם היה שותף עם הבעל החפץ וכיון דנוכל לומר שמזלו גרם שגאבד האונס אין מוציאין מן הבעלים החוב ועיין במח"א הלכות שכירות (סי' ו) בשו"כ בית ולקחהו תוך הזמן עכו"ם דאין השוכר חייב בשכר דלהבא דמזל שניהם גרם ודמי לנפל ועיין נתיבות (סי' ש"י) פשלא גזל הגוף יכול לומר מזל שניהם גרם ואם נגזל הגוף דנעשה האונס בהגוף השייך למשפיר הרי רואין דמזל המשפיר גרם ואינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם ועיין ש"ע (סי' שי"ב סי"ז) במשפיר בית ונפל בבית זה אינו חייב ליתן שכירות רק מה דכבר דר ולא אמרינן מזל דשוכר גרם.

ובד"מ (סי' ש"י) כ' הטעם פיון דנפל הבית לא אמרינן מזל דשוכר גרם פיון דהבית היה רע ועומד ליפול. אולם באמת ברמ"א שם כ' נשרף הבית דינו כנפל וע"כ הטעם דאזלינן בטר העיקר ומ"מ י"ל דכאן עדיף והוי ספק מזל של מי גרם ולכך פטור המלנה לשלם החוב ומ"מ לדינא נראה פהכרעת התנאים דהמלנה חייב לשלם דמי החוב אם נתברר דגאבד המשפון אצל האחר באונס ואין אנו יכולין לדון מסברא לחלק בין שואל ושוכר בזה בלי ראיה מוכרעת: סי' פא אם ישראל שיש בידו משפון מפותי והפקידו הישראל ביד ישראל חבירו ומת הכותי מסתפק המרדכי אם זכה הנפקד בהמותר ששונה המשפון

מפגד החוב וכ"כ בש"ע (סמ"א) וביש"ש ב"ק ונ"ה פתבו דאין פאן מקום ספק דמ"ש ממשפנו של גר ביד ישראל וקדם ישראל אחר ונכה בו דנכה בהיות' מפפי החוב ובתנאים כ' לדון להסוברים דאף בפקדון מותר הפקעת הפקדון כמו הפקעת הלואה הואיל דבהתירא פא לידו אם פן מיד פשפא לידו נעשה הפקר ונכה בו הישראל מן ההפקר רק פשתי הפותי צריף להחזיר לו מצד אלמותו ואם יד ישראל תקיפה לדון בדינינו לא הי' מחזיר לו ואם פן פשהפקידו ביד ישראל שלו הפקידו.

והנה מלבד דכיון דלא עלה ע"ד ישראל שלא להחזיר לו דהכותי יתן לו בפלילים ממילא לא נתפנין לזכות בו דלא חש לזה דלמא ימות ולא יחזיר לו דהא במשפנונו של גר דנעשה ודאי הפקר אמרינו כל הקודם זכה ולא אמרינו דהישראל מתפנין מיד לזכות בו באם ימות ואף דלא יזכה למפרע דהוי כדבר שלא בא לעולם נימא דמתפנין מיד לזכות בו בתורת גזל מהשתא בתנאי אם ימות דיכול להתנות בדשלב"ע וכשמת זכה בו למפרע בתורת גזל ולא יחול הזכיה של האחר אלא ודאי דלא אסיק אדעתו ולא נחית לזה אם פן בכותי גם פן פנין דבדיניהם יוציאו מידו לא אתפנין לזכות בו.

גם נרא' דאף דהפקע' הלואה מותר היינו דאינו צריף להחזיר פשאינו רוצה אבל מיד שמתחייב א"ע להחזיר חל החיוב וראיה לזה מדברי תוס' ב"ק (נ"ה קי"ד) דכתבו בהא דתרי סהדי פשהעידו לעכו"ם לא משמתנין להו אף דהפקעת הלואה שרי ומפסידים הרבה שאם היה רוצה יכול לכפור מ"מ פנין שאינו משלם על ידו אלא מה שחייב לו לא משמתנין להו ולכאורה אטו המוצא אבידה של פותי ובא אחר והזיקו האם נאמר שלא יתחייב לשלם א"ו דהלואה שאני דעכ"פ נתחייב לו מדעתו וכל החיוב לשלם רק אחר כך יכול להפקיע ממנו שלא ישלם לו וכל זמן שלא הפקיע ולא נפטר ממנו נשאר בחיובו לקח לא משמתנין להו ועיי"ש ביש"ש (פ"י סי' כ"ג) וה"נ כ"ז שלא עמדו בדין ולא נפטר מן הכותי לא זכה בהמשכון רק פגד מעותיו.

ומה"ט י"ל דאם ישראל חייב לכותי ואחר כך הלנה ישראל לכותי דנשתעבד הישראל הלנה להישראל השני מטעם שדר"נ ואסור שוב להפקיע ועיין תומים (סי' פ"ו ס"ק י"ג) דפשיטא ליה דלא נשתעבד דתיכף בקבלת המעות פקע שעבודא אבל אם כבר היה הכותי חייב לישראל יכול הישראל לומר איף תפקיע שעבודי שבקבלת המעות נשתעבדת לי פי הכותי היה בשלוחי מגזה"כ דר"נ ונתחייב לישראל ולא לכותי.

וקשה להבין החילוק דלדבריו דלא חל החיוב כלל ונעשה מיד פהפקר אם פן אף דחייב לישראל אחר מ"מ פנין דבהתירא אתי לידו ומיד נפקע השעבוד הוי פנתן לו במתנה ולא חל כלל שעבודא דישראל אלא ודאי צ"ל דחל החיוב והשעבוד רק במקום דליכא חה"ש יכול להפקיע וכ"ז דלא הפקיע השעבוד נשאר אם פן אף אם הלנה הישראל אחר כך ג"כ חל השעבוד מדר"נ: שוב ראיתי בנתיבות המשפט בהשמטות דכ' גם פן דלא זכה כ"ז דלא הפקיע.

והביא ראיה מישראל שהלנה לכותי על חמצו דאינו עובר ואמאי הא פנין דהפקעת הלואה מותר אף בפקדון זכה בו הישראל תיכף אלא ודאי כל זמן שלא גילה דעתו לא נעשה שלו והוי של נכרי וראיה הזאת אינו מוכרחת דיכול להי' דאיירי במקום דיש חה"ש או בגר תושב.

ועוד דאף אם נאמר דכ"ז שלא הפקיע הישראל נשאר החיוב נימא מ"מ הואיל דבדידו להפקיע נאנו ממעטינו מלך אבל אתה רואה של אחרים היינו של פותים דשל ישראל חבירו יש דעת הפוסקים דעובר אף בלא קבל אחריות ובשל פותי נימא הואיל דיכול להפקיע ואף בשל הפקר לדעת רמב"ן ופנ"י עובר כמו שבארתי בח"ר דיני פסח (סי' ב') אם פן ה"נ נימא הואיל דבדידו להפקיע והוי כשלו אם פן כיצד משפחת אבל אתה רואה של אחרים.

אף י"ל דמזה גופה מוכח דצריך עד שיזנף בו ונפקיע זכות הפותי והוי כמו הואיל אי בעי קנה דלא אמרינו ומה שכ' הנתיבות דאפילו כפר גילה דעתו שגזול לא נקרא שלו כמו שכ' המג"א (סי' תרל"ז) דאף דגזול עפ"י מ"מ לא הוי שלכם.

כפר פתבתי בכמה מקומות דלדעתי הענייה לא הוי כהפקר שלא ימצא לו בעלים וכ"א יהיה בידו לחטוף מחבירו דזה אינו דרכי נועם ובנדאי גם ס' היראים מודה דאם מותר וזכה בו יש לו זכות שאין אחר יכול ליקח ממנו בעל פרחו אף זה נראה דאם הבעלים בעצמם לקחו בהחזרה אף דבני נח מצווין על הגזל מ"מ בזה לא הוי פגזלו פינו דלקח את שלו בהחזרה וכשבא לידו יש לו זכות לאכלו ולעשות בו כאדם העושה בשלו ולכך לענין אתרוג דבעינו שיהיה לכם ממש ולא ישאר בו זכות לשום אדם לא הוי זה כשלו פינו דיכול ורשאי הבעלים לגזול ממנו בע"כ ואין מוציאין ממנו בדיינים.

וממילא בהפקע' הלואה אם גילה דעתו דמפקיע ורוצה לזכות בו נגד אחרי' הוי כשלו. ועיין בב"ח ונש"ף יו"ד (סי' קמ"ו) דאף אבידת עפ"י קודם שנתניא' ממנו אע"ג דמותר מ"מ עדיין ל"ק זה שמצאו ובמח"א דיני גזילה (סי' ל"א) דאם בא אחר ולקחה מידו לא מפקינו מניה ומשיג עליהם וכ' דמיד שבא ליד ישראל זכה מן ההפקר עיין שם בדבריו ובתשובת זרע אברהם (סי' י"ב) דהיכא דישאל מציא אבידת פותי ובא ישראל והלשינו לכ"ע חייב לשלם להישאל מאחר שפבר זכה ונעשה ממונו ולדעת הב"ח והש"ף הנז' דלא הוי שלו ולא זכה בו עדיין י"ל דפטור מלשלם.

ואף אם נאמר דאחר אינו יכול לחטוף ממנו י"ל דפטור פינו דלא עשה רק שהלשין לבעליו והבעלים י"ל דכדין זוכין בו אולם י"ל דבאבידה פינו דנאבד ממנו ויש איסור בדבר להחזיר הוי כמו שגזול ממנו הפותי ומוציאין מידו: ובגוף הספק של המרדכי שהקשו היש"ש והש"ף דמ"ש ממשכוננו של גר דזכה האחר בהמותר ראיתי במהרי"ק (סי' קח"י) דכתב דעד כאן לא מספקא ליה לראב"ן אלא דוקא היכא שהפקידו אצלו ושמה בשעת מיתת העפ"י מיד זכה בו המפקיד שהנפקד הזה פשלוחו כל זמן שלא פירש שהוא רוצה לזכות בו והרי לא גילה דעתו שירצה לזכות בו עד לאחר זמן שבא המפקיד לתבוע משכנו דאלת"ה תקשי לו דלפשוט מההיא דמשכוננו של גר ביד ישראל כו' דזה קנה השא' עכ"ל הרי דמהרי"ק עמד ע"ד הראב"ן במה שעמד היש"ש והש"ף וניחא ליה לחלק במ"ש.

אולם באמת גם דבריו אינם מובנים דאף אם הנפקד הוי כשלוחו מ"מ במה זכה המפקיד פינו דעכ"פ לא נתפנו הנפקד שחצרו זכה להמפקיד וע"ז למה לא יהיה הנפקד נאמן דלא נתפנו לכה וכינו דלא נתפנו לזכות בעד המפקיד אין חצרו זוכה לו דאין זה חצרו ואף לדעת הרשב"ם דחצר דנפקד הוא דמפקיד היינו לענין זה דאינו יכול להקנות

למפקיד בלא מעשה קנגן ואף בזה רבו החולקים פאשר כתבתי במ"א דמבואר ברמב"ם וטור להיפך ומ"מ אף לדעת הרשב"ם והטו"ז אין התצר קונה לו להמפקיד חלק המותר מן המשכון.

ואולי י"ל ודאי לדעת ר"ת בתוס' ב"ב (דף נ"א ע"ב) ד"ה במתנה דנדקא שוכר דיכול להוריש זכותו ליורשיו הוי תצרו אבל היכא דאינו מוריש לא אם פן ה"נ פיון דאין לו שום זכות להשתמש במקום שמונח הפקדון כיצד יזכה לו תצרו בהמותר מדמי חובו וכן לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' שי"ג) דאף המשפיר תצר לתבירו הוי תצרו של משפיר לזכות במציאה ודאי דלא זכה לו התצר דנפקד להמפקיד אולם להסוברים דתצרו דשוכר קונה המציאה, לו יש לומר דקונה פאן גם פן ואף דאינו משתמר לדעת המפקיד דאינו פאן י"ל פמו דמצינו להסוברים דזוכה התצר להמשפיר אף דאינו משתמר לדעת המשפיר כתבו תוס' גיטין (דף ע"ט) דבשכירות הוי שוכר פשלוחו דמשפיר ה"נ י"ל דהנפקד הוי פשלוחו דמפקיד ומשתמר לדעתו וזוכה המפקיד על ידי תצרו דנפקד במקום שמונח הפקדון ואולי זה פנונת המרי"ק שהנפקד הוי פשלוחו והגם דראיתי בתשובת מרן רע"א ז"ל (סי' קל"ג) דכ' אף להחולקים על ר"ת הוא דוקא בנ"מ שלה דינדה על גוף הקרקע ואם הבעל סילק עצמו מן הפירות הוי תצרה אבל אם אין לה זכות ליתן לאחר לא להשפיר ולא להוריש לא מקרי תצרה.

מ"מ ברמב"ן שם שכ' לחלוק על ר"ת וכ' דאם פן שאל לעצמו סתם הכי לא תקנו לו עינין שם מבואר אף היכא דאין לו זכות ליתן לאחר לא להשפיר ולא להוריש מקרי תצרו לזכות. ועוד י"ל דאף לר"ת י"ל דוקא בנכסי מלוג דאם מתה נעשה הבעל לוקח למפרע מתקנת אנושא לכף לקנות לא הוי הוצאה מרשותו אבל שוכר לקנות מעלמא י"ל דמודה פיון דינש לו קנגן פירו' קונה ואכ"מ בזה.

[ויבדינא דרע"א ז"ל שם יעיין במהרשד"ם חאה"ע (סי' קכ"ג) ויבואר אג"ה במ"א]. ומ"מ לדינא אף אם נאמר דספק' של המרדכי הוא דדילמא פבר זכה לו תצרו ודאי למאי דפסק הש"ע (סי' שי"ג) דתצרו דמשפיר קונה לו מעלמא ליכא ספקא דתצרו של הנפקד יזכה להמפקיד ואף לאינה פוסקים מ"מ הא מבואר מדברי רמ"א (סי' קל"ח) דבלקח את תבירו אצלו בחנם לא הוי מוחזק וע' שם בפתיבות דבלקחו בחנם לביתו ודאי לא קני אף במציאה דכל שאין לו בהתצר גוף לפירות לא מקרי תצרו רק תצרו של בעה"ב ועיין תשובת עבה"ג (סי' קכ"א) כ"ש במפקיד אף לשיטת הרשב"ם לכן הברור כמו"ש הש"ך והיש"ש דהנפקד זוכה בהמותר אם הס' הוא פמו שכ' המרי"ק ז"ל: סי' פב בש"ע (סי' ע"ב סמ"ד) ראובן שהי' לו משכון ביד עכו"ם המלוה ברבית ושמעון ביקש מראובן שירשהו ללוות על אותו משכון ועשה פן ונשרף ביד העכו"ם פטור שמעון מלשלם לראובן דמי המשכון והוא מהמרדכי וכ' הטעם דהא לא עשה שמעון משיכה בהמשכון ובמאי יתחייב באחריות דתקנו משיכה בשומרין ועוד טעם אחר לפטור דהא בלא"ה הנה ממושפן בעבור ראובן והנה נשרף בבית העכו"ם.

וינש להבין הא מבואר ב"מ (דף צ"ט) בשואל קרדום מתבירו בקע בו קנאה לא בקע בו לא קנה וקאמר ופליגי דר"א דמהני משיכה בשומרין וכיון דחזינו אף למאן דסובר דלא

מהני משיכה בשומרין מ"מ אם שימש בו קנאה כמו כן לדין דתקנו משיכה בשומרין יש לומר דאם שימש בו מהני אף בלא משיכה להתחייב באונסין.

וכן כ' בנתיבות (סי' ש"מ ס"ק ח') בשואל דלא משוּף וגם לא הוי סילק שמירה פגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל וכדומה אף דלא עשה הגבחה מחייב באונסין כמו לר"ה דבקע בו קנאה וכו' הש"מ הטעם דמשיכ' חייב באונסין משום דקבלת הנאה של השואל הוי ככסף וכיון דאיכ' הנאת שימוש הוי כקבלת כסף ולא מצינו חולק על ר"ה רק דגם משיכה מחייבו באונסין אבל השימוש אף בלא משיכה מחייבו באונסין ואפוישי פלוגתא לא מפשינו וכן משמע קצת מדברי תוס' ב"ק (דף י') מובא ברמ"א (סי' שפ"א) בחמשה שישבו על הספסל דסתם ספסל היא שאולה לסתם בני אדם ואם נשברה תחתיה הוי כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם ומשמע אף דלא עשו הגבחה רק ישיבה בעלמא יש להן דין שואל ואף די"ל אף בלא קנין פטור במתה מחמת מלאכה פינו דהוי כמשמש ברשות וכיון דלא פשע פטור.

מ"מ מדכ' דהוי שאולה לסתם בני אדם והוי כמתה מחמת מלאכה משמע דרק מטעם זה פטור דמטעם מזיק ברשות י"ל אף אם הבעלים אין מקפידין מ"מ יותר צריף אדם ליהדר שלא יזיק. ולא הי' להם לשבת בחונק אלא נדאי דדין שואל יש לו ולטעם הרמב"ן הא שואל פטור במתה מחמת מלאכה הוא משום דמשאיל פשע דלא הי' לו להשאיל דבר שאין לו פח לעשו' המלאכה ועיין (סי' ש"מ) ובש"ף שם (ס"ק ה') ואם כן זה אם נאמר דדין שואל יש לו אבל לענגן שיהיה פעושה ברשות אם לא הרשה בפירוש למה יפטור היושב מטעם מזיק אלא נדאי דדין שואל יש לו מסתמ' והשימוש הוי פיש לו בו קנין שאלה ופטור במתה מחמת מלאכה.

וכיון דהתחלת השימוש מהני לחייבו באונס מה"ת לא נאמר דמה שהלנוהו העכו"ם הפמון על המשכון והנאה זו הוי ככסף ממילא הוי כמשוּף ויתחייב באונסין. וכן יש להעיר בהא דמבואר יו"ד (סי' קס"ט סי"א) דישאל ששהשאל לעכו"ם משכונו ללות עליו ברבית דאם משכו העכו"ם מותר דהקנהו לו לזה וקנייה במשיכה ועיין שם בטור משם רמב"ן ובב"י משם הבעה"ת דבלא משוּף אסור וקשה אמאי הא אף במשיכה לא קנייה לגמרי רק בתורת שאלה לצורך זה להלות לו לעצמו עליו אם כן אף בלא משיכה יהי שרי דההלואה לשמלה לעצמו עליו הוי כשימש בו וקנייה.

אף שם י"ל דעכו"ם אינו קונה בהתחלת השימוש דהוי רק ככסף ואינו קונה וכן למ"ש הריטב"א קידושין (דף מ"ח) דלא מצינו קנין על ידי שימוש רק הא דבקע בו קנאה הוא תקנת חכמים וי"ל דלעכו"ם לא תיקנו ועיין ש"ף (סי' ס"ו) אולם הא לדעת ריטב"א שם גם משיכה בשומרין לא מהני מדינא פינון דאינו קונה הגוף רק לפירות שאינן יוצאין מהגוף והוי כמו אותיות רק תקנת חכמים הוא אם כן גםאם משוּף העכו"ם המשכון יהיה אסור דנאמר דלעכו"ם לא תקנו וצ"ל דדעת הבעה"ת ורמב"ן וטוש"ע שם דמשיכה קונה בכה"ג מן התורה וכמו שכ' בש"מ מ"ב"מ שם משם הריטב"א לקו שרי במשיכה דקונה העכו"ם לתכלית זה אף דלא הקנה לו גוף החפץ.



ועיין בתומים (סי' ע"ב ס"ק נ"ד) מה שכ' שם ליישב דברי המחבר (סעיף ל"ח) על פי דברי ריטב"א הנז' דלגבי עכו"ם מלוה בפרשות בעלים לחזרה דלא קנה במשיכה ודבריו נסתרין מדברי הש"ע יו"ד הנז' דאף בחפץ להשפין קנינה במשיכה.

עכ"פ שם י"ל דקבלת הלואה אף אם הוי כהתחלת השימוש לא מהני לגבי עכו"ם לקנות אבל פאן לגבי ישראל צריך להבין למה לא הוי קנין להחשב כשואל על ידי מה שהשתמש בהמשכון שקבל עליו ההלואה: שוב ראיתי בנתיבות (סי' ש"מ) שכ' דזה לא עשה שום השתמשות בהמשכון שלא נולד דבר מחודש רק רשות בעלמא השאיל לו כיון דבלא"ה הנה ביד העכו"ם ולא הי' אפשר להוציא מיד העכו"ם והוליד מזה דהיכא דקבע זמן להשאלה באופן דאז אף אם יפרע המשאיל ההלואה שלו אינו יכול להוציא המשכון מתחת ידו הוי כמשתמש במשכון ונתחדש בהמשכון דבר מחמת הישראל ונתחייב באונסין עיין שם בעומק דבריו ובעניי לא הבנתי הדברים מה לי אם הרחיב הזמן יותר מהלואה דאמרינן הואיל דהנכרי יכול לעכב המשכון ולכפוש ת"י עד שימתן לו מעותיו של שמעון ומה לו אם לא הרחיב לו הזמן רק תנאי התנה עם השואל שתתקף כשיסלק המשאיל את החוב שלו מחייב השואל לפרוע את שלו ואין לו רשות להאריך תפיסת המשכון ביד העכו"ם הא סוף כל סוף העכו"ם לא יחזיר המשכון עד שיקבל מעותיו שהלנה לשמעון ואף שקבל שמעון ע"ע שישלם בזמן שראובן יסלק חובו מ"מ גם עכשיו משתמ' בגוף המשכון ונתחדש בו דבר מחמת השואל דהעכו"ם קנאו שיוכל לכפוש את המשכון עד שימתן לו מעותיו ואף דנכרי מיישראל אינו קונה משכון מ"מ קנין זה יש לו בו לכפוש תחת ידו עד שישלם לו.

ועיין נתיבות (סי' ס"ו ורמ"א) דאף במקום דאין בעל חוב קונה משכון מדר"י מ"מ יכול למפור הזכות שיש לו בו לכפוש תחת ידו ולא יצטרף להחזיר המשכון עד שיחזיר לו מעותיו אם כן כיון דעל חוב הקדום לא הי' לו זכות יותר ממה שחייב לו שלא יחזיר עד שיקבל מעותיו היינו חובו של ראובן ועתה כשהרשהו להלות לשמעון נתחדש לו להעכו"ם קנין יותר בהמשכון והוי שימוש מעלמא לשמעון ובפרט למה שכ' משם הש"מ דמטעם הנאת שימוש דהוי ככסף מתחייב השואל באונסין א"כ הדרא הקושיא לדוכתי למה לא נתחייב בשביל הנאה זו על האונסין: ונראה דהא בלא"ה צריך להבין בבואור דברי מהר"מ מה דכ' טעם אחר לפוטרו דבלא"ה הנה המשכון ממושפן בשביל ראובן והנה נשרף הא שואל מתחייב בכל אונסין אף דבלא"ה הנה בא כמו דאמרינן מ"ה מה לי הכא מה לי התם וכ' שם הנתיבות דכוננתו דעיקר הטעם משום דלא משכו ולא עשה קנין וטעם ב' הוא להנהיג דס"ל דסגי בסילוק שמירה ולא בעינן קנין לזה כ' דבלא"ה הנה נשרף וליכא סילוק שמירה וי"ל אף דדעת הרא"ש פ' השואל דשומרים מתחייבים בדינם אף בלא משיכה וכן שואל נמי אם אמר לו הפישה במקל והיא תבוא ויצאה לר"ה במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו ואפ"ה נתחייב באונסין ובס' מח"א דיני שומרין (סי' ז') גמגם בזה דשו"ח ושו"ש שעל פי השומר סמכו הבעלים וסילקו שמירתם מיד ממונם נתחייבו השומרים מיד כשנגנב שהרי על שמירתו של זה סמוך וזה הטעם לא שייך בשואל לחייבו באונסין דאתו ממילא.

אולם סברת הרא"ש דהא כ' תוס' פתובות (דף נ"ו) דשו"ש חייבתו התורה על שלוקח שֶׁכָּר וְשׂוֹאֵל לְפִי שֶׁכָּל הַנָּאֵה שְׁלוֹ וּמִשְׁעָבָדִים עֲצָמָם לְכָל הַכְּתוּב בְּפִרְשֵׁה וּלְכָה שׂוֹאֵל דַּע"פ שֵׁם שׂוֹמֵר עָלָיו כְּמוֹ ש"ח וּש"ש כִּינּוּן דְּבַעְלִים סִילְקוּ שְׁמִירְתָּם וְסִמְכוּ עָלָיו שׂוֹב גִּזְה"כ דְּחִיב נְמִי בְּאֲוֹנֵסִין הוֹאִיל דְּכָל הַנָּאֵה שְׁלוֹ וְשֶׁבֶד עֲצָמוּ לְהַחִיב דְּרַמִי רַחֲמָנָא עַל הַשׂוֹאֵל.

אָבֵל אִם לֹא סִילְקוּ עֲצָמָם הַבְּעָלִים מִשְׁמִירַת הַחֶפֶץ לֹא חָל עָלָיו שֵׁם שׂוֹמֵר כִּינּוּן דְּעוֹד לֹא סִילְקוּ עֲצָמָם וְלֹא סִמְכוּ עָלָיו וְכִשְׁמִשָּׁה הָיָה כְּמוֹצִיא מִרְשׁוֹת הַבְּעָלִים וּמְבִיא תַּחַת רְשׁוֹתוֹ וְהָיָה כְּסִילּוֹק שְׁמִירָה.

אָבֵל בְּקִנּוּן אַחַר שְׁאִינוּ מוֹצִיא מִרְשׁוֹת בְּעָלִים וְלֹא סִילְקוּ שְׁמִירְתוֹ לֹא שֵׁם שׂוֹמֵר עָלָיו: וְעִינֵן בְּמַכִּילְתָּא פ' מִשְׁפָּטִים ע"פ וְכִי יִשְׁאֵל אִישׁ מֵעַם רַעְהוּ וְנ"ל גְּתָקוּ הַכְּתוּב הַשׂוֹאֵל מְכַלל הַשׂוֹמֵר וְאָמְרוּ עֲנִינוּ בַּ"ע מֵעַם רַעְהוּ מְגִיד שְׁאִינוּ חִיב עַד שְׁיִוְצִיאָנוּ חוּץ לְרְשׁוֹתוֹ.

וּמִזֶּה נִרְאֶה קֶצֶת כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' ב"ק דְּשָׁאֵר שׂוֹמְרִים מִשְׁקַבְלוּ עֲלֵיהֶם לְשִׁמּוֹר מִיָּד מִתְחַיִּיבִין מֵהַ שְׁאִינוּ כֵּן שׂוֹאֵל דְּחִיבּוֹ בְּאֲוֹנֵסִין לֹא מִטַּעַם שְׁמִיר' הוּא דַּמ"ה מֵהַ לִי הֵכָא מֵהַ לִי הֵתָם בְּעִינֵן לְחִיבּוֹ קִנּוּן מְשִׁיכָה וְע' תּוֹס' ב"מ (דף צ"ט) ד"ה כָּהּ וּלְדַעַת הָרָא"ש וְתוֹס' ב"ק מְשִׁיכָה הוּא רַק לְעִנּוּן חֲזָרָה אָבֵל לְעִנּוּן חִיב אֲוֹנֵסִין מִשְׁסִילְקוּ הַבְּעָלִים שְׁמִירְתוֹ חִיב אִם כֵּן לִיכָא נ"מ בֵּין שׂוֹאֵל לְשָׁאֵר שׂוֹמְרִים וּלְדַעַת הָרַמְבַּ"ם דְּבַכָּל שׂוֹמְרִים צָרִיךְ קִנּוּן גַּם כֵּן לִיכָא נ"מ.

אִלְמָה הַמְּכִילְתָּא דִּינִיק מִדְכ' מֵעַם רַעְהוּ שְׁאִינוּ חִיב עַד שְׁיִוְצִיאָנוּ לְרְשׁוֹתוֹ וְהִינּוּ לְדַעַת הַסּוֹבְרִי דְּבִסִילּוֹק שְׁמִירָה מִתְחַיִּיב מ"מ בְּעִינֵן שְׁסִילְקוּ הַבְּעָלִים הַשְׁמִירָה וּמוֹצִיא לְרְשׁוֹתוֹ אִף אִם מְשִׁיכָה לֹא בְּעִינֵן לְדַעַת הָרָא"ש מ"מ סִילּוֹק שְׁמִירָה בְּעִינֵן מִהַבְּעָלִים כְּדִי לְחִיבּוֹ בְּשְׁמִירָה וְאִזְ שׂוֹאֵל חִיב כְּדִינוֹ.

וְאִם כֵּן אֲתִי שְׁפִיר אִף דְּבִאֲמַת הָיָה שְׁיִמוּשׁ הַמוֹעִיל מֵהַ שְׁמִירָה הַלְוָאָה מִן הַעֲכוּפִים עַל מִשְׁכּוֹן שֶׁל רְאוּבֵן אָבֵל מ"מ אִם כְּכָר הִיָּה מְמֻנְשָׁן תַּחַת יַד הַעֲכוּפִים עַל חוּב רְאוּבֵן כְּכָר יֵצֵא מִרְשׁוֹת רְאוּבֵן וְסִילְקוּ שְׁמִירְתוֹ וְהַעֲמִיסוּ הַשְׁמִירָה עַל הַמְּלִנָּה הַעֲכוּפִים וּמִשְׁכּוֹן אִף בְּמִקוֹם דְּבַעַל חוּב לֹא קָנָה מִדְר"י מ"מ אִינוּ בְּרְשׁוֹתוֹ הוּא לְעִנּוּן הַקִּדּוּשׁ וְלֹא הָיָה כְּפִקְדוֹן בְּיַד הַמְּלִנָּה לְעִנּוּן הַקִּדּוּשׁ אִף הַמְּוֹתֵר מְכַדִי חוּבּוֹ כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּפוֹסְקִים ח"מ (סי' ר"א) וְכִי"ד (סי' רכ"א) וְא"כ בְּזֶה שְׁהַרְשָׁה לְהַעֲכוּפִים לְהַלּוֹת לְשִׁמְעוֹן גַּם כֵּן אִף דְּהַשְׁתַּמְשׁ בּוֹ וְהַנָּאֵה זֶה שְׁנֵה פֶסֶף מ"מ לֹא סִילְקוּ הַבְּעָלִים שְׁמִירְתוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן יוֹתֵר מִמֵּהַ שְׁסִילְקוּ מִקוֹדֵם לְכֵן עַל דִּי הַלְוָאָתָם וְלֹא שְׁיָיִךְ לּוֹמֵר שְׁסִמְךָ דַּעַתוֹ עַל שְׁמִירַת שְׁמֻעוֹן כִּינּוּן דְּלֹא נִתְּוֹסֵף דְּבָר לְכָה פְטוֹר בְּאֲוֹנֵסִין דְּלֹא שֵׁם שׂוֹמֵר עָלָיו אָבֵל וְדֹאֵי כְּשִׁמְשָׁה וְכֹא לְרְשׁוֹת שְׁמֻעוֹן קָרִינוּן בִּי כִי יִשְׁאֵל אִישׁ מֵעַם רַעְהוּ דְּשִׁיָּךְ סִילּוֹק שְׁמִירָה וְסִמְיַכַת דַּעַת דְּבַעְלִים עָלָיו וְכִינּוּן דְּנַעֲשֶׂה שׂוֹמֵר רִיבְתָהּ הַתּוֹרָה שׂוֹמְרִים הִרְבָּה לְחִיבּוֹ לְשׂוֹאֵל אִף בְּאֲוֹנֵסִין אָבֵל בְּלֹא מְשָׁה וְלֹא סִילְקוּ שְׁמִירָה יוֹתֵר מֵאֲשֶׁר מִקוֹדֵם לֹא שְׁיָיִךְ דְּסִמְךָ דַּעַתוֹ עָלָיו לְכָה אִינוּ חִיב כִּינּוּן דְּבִלֵּא"ה הִי גִשְׁרָה.

וּלְפִי זֶה י"ל דְּאִף בְּגִנְיָבָה וְאֲבִיזָה לֹא נִתְחַיִּיב כִּינּוּן דְּלֹא מְשָׁה וְלֹא סִילְקוּ שְׁמִירְתוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן יוֹתֵר מֵאֲשֶׁר הִיָּה מִקוֹדֵם. וְלְפִי זֶה י"ל אִף אִם הַרְשָׁה לְהַעֲכוּפִים לְהַלּוֹת לְשִׁמְעוֹן

והאריה תפיסת המשכון בעד חוב שמעון על זמן יותר דאז אף אם יפרע המשאיל שלו אינו יכול להוציא מתחת ידו אף דהוי כמשמש בגופו של משכון אם נשרף קודם שפרע המשאיל את שלו מ"מ השואל פטור לגמרי פינון דלא הוי צדיין סילוק שמירה ממנו וסמיכת דעת על השואל לא חל עליו שם שומר פלל פינון צדיין לא הוציא מרשותו שום דבר וזה דלא כמו שכ' הנתיבות וצ"ע בזה: וראיתי בנתיבות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) דפשיטא ליה דאם הקדים שְכָר לשומר שְכָר דהוי שו"ש אף בלא משיכה דהא קנין מהני והוי כמו בשוכר פועל לעשות לו מלאכה דמעוה קונות דבר תורה ומה לי ששכרו לעשות מלאכה או שכרו לשמור לו.

ולי הנה הדבר קשה דכשלא סילק שמירתו מניין לנו לומר דאם לא עשה קנין בגוף החפץ דנתחייב בגניבה ואבידה וא"ד לשכרו לעשות לו מלאכה דנתחייב במעוהו לעשות המלאכה אבל שיהיה חייב בגו"א דרק התורה חייבתו וכ"ז דלא סילקו שמירתו אף דנתחייב בשמירה מ"מ לא חייב א"ע בפירוש לשלם אם יגנוב או יאבד.

ומצאתי בס' תוס' רי"ד הנדפס מחדש מס' ב"ק (דף ע"ט) וז"ל שאעפ"י שקבל עליו לשמרו וגם קבל שְכָר שמירתו אם לא משכו אינו מתחייב בשמירתו ואם נאבד פטור עכ"ל הרי דפשיטא ליה להיפך פינון דתקנו משיכה בשומרין אינו מתחייב אף בשמירה ואף לא לשלם אף אם הקדים לו שְכָרו.

ועיין במח"א דיני שומרים (סי' ז') דכ' מדכ' בירושלמי ד' שומרים הם ואין חייבין אלא דרף קנין מבואר דאף בשו"ש בעיניו קנין משיכה אולם הביא דברי תשובת רשפ"א (סי' א' א' קל"ז) דנעשה שו"ש אף בלא קנין ומחלק בין אם פבר קבל שְכָר לבין אם נדר לו שְכָר דאז כל כמה דלא משך צדיין ל"נ שומר עיין שם בדבריו.

ולמה שכ' י"ל אף אם הקדים שְכָרו כ"ז דלא סילק שמירתו עליו ל"נ שומר ואם סילק שמירתו והשומר קבל עליו לשמור בהבטחת שְכָרו י"ל דנעשה שומר ובכה"ג איירי הרשפ"א בתשובה דסגר הבית ומסר המפתח בידי השומר לקח באם הבטיח שְכָרו י"ל גם כן דחייב מה שאין כן בלא סילק שמירתו אף אם קבל שְכָר שמירתו אינו חייב וכמו שכ' התוס' רי"ד וצ"ע: ועיין בשער משפט (סי' ע"ב ס"ק ל"ח) דיצא לדון דאף השואל מחבירו משכון ללות עליו ולנה עליו לא מחשב שואל אלא שו"ש דדמי כמו אם שאלה לראות ודבריו לא נהירין פלל בהבנת דברי מהר"ם ז"ל וגם אף בשאלה לראות הוי רק ספק כמבואר בש"ע (סי' שמ"ו ס"י) ולדעת הרמב"ם חייב באונסין אף בשאלה לראות רק האיבעיא בש"ס הנה אם פטור בזה שאילה בבועלים ומדברי הש"ע אין הכרע אם כן זה נדאי אם משך וקבל משכון להשפינו בידי אחר הוי כשואל לכ"ע פינון דמקנה לו להמלנה קנין בגוניהו ואין שאלה יותר מזה להשתמש ועיין רמב"ן ב"ב (דף קס"ח) דשואל חייב באונסין דהוי פלוקח ק"ו אם משאיל לו להשפין ולשעבדו אצל המלנה ובשפראל בודאי חייב ואף אצל העפ"ם דל"ק משכון מ"מ קנין יש לו לכפוש ת"י נדאי דחייב באונסין: עוד כ' שם השער משפט (סקל"ט) להקשות על מהר"ם וש"ע דלמה לא יתחייב לשלם לשמעון מטעם דמשתרשי ליה פינון דעל ידי הזיקו נפטר מחובו והאריה בזה מש"ס ב"ק (דף נ"ח) בנפלה לגינה והביא דברי הפוסקים היכא דנהנה מחסונו של חבירו חייב אף דנה נהנה וזה לא חסר ודברי תוס' ב"ק (דף כ' ע"ב) וכל דבריו לא

גהירין לא מבעי למה שכ' תוס' ב"ק (דק"א) דהיכא דאין גופו או בהמתו נהנה על ידי מעשיו רק ממונו נתרבה שלא על ידי מעשיו אינו חייב לשלם ועיין ש"ה (סי' שצ"א) ודאי אתי שפיר פאן בפשיטות פיןן דהוא שלא על ידי מעשיו ולא נהנה גופו ולא בהמתו אלא אף אם נאמר דחייב לשלם אף היכא דלא משתרשי לי' רק ממונו מ"מ פאן הוי זה נהנה וזה לא חסר ואינו דומה להיכא דנהנה מחסרון חבירו דחייב לשלם דשם עכ"פ הנה יכול למנוע אותו מתחילה אמרינן פיןן דנהנה מן ממון חבירו חייב לשלם וסוף דינו פתחילת דינו אם הנה מוחה שלא להנות אבל פאן הרשה לו מדעתו מתחילה לקחת הלואה על משכונו בזה ודאי פיןן דאחר כף ממילא בא שגפקע החוב דמשמאי קא מרחמי עליה שלא יצטרף לשלם להעכו"ם לקף פטור וז"פ וברור.

ומ"ש מדברי מהרי"ט (סי' קכ"ח) אין ענין לכאן ועי' נתי' (סי' קכ"ח סק"ה) ודבריו שם מכוננים לדברי מהרי"ט אולם מדברי חכם צבי (סי' קל"ב) משמע דפטור מלשלם והא דחייב לעשר באגסו בית המלך גורנו בחובו הוא משום דמלכא לא טרח ואכ"מ בזה דאינו דומה לכאן פמוכן ועיין בדברי חיים דיני גניבה (סי' ל"ב) ומה שפתבתי שם סוף הסי' בהגהותי: ובספר או"ת כ' לדון דלהסוברים בשומר שהוא חשוד חייב לשלם פשאינו יכול ליטבע ואם פן פיןן דהעכו"ם צריף ליטבע דלא פשע ודלא שלח בו יד שבועת שומרים ואינו יכול ליטבע שהוא חשוד חייב לשלם מד"ת ממילא שמעון הלנה מהעכו"ם וחייב לו משעבוד מדר"נ וראובן מוציא מעותיו משמעון.

ובקצוה"ח כ' דכי היכא דישראל שקבל שמירה מעכו"ם פטור דממעטין מדכתיב רעהו זה"ד להיפוף פטור דלאו רעהו ולא אשפחן לחיובא רק בגזקין ולענין שומרין אוקמוהו אדינא נאפילו ודאי פשע פטור ומה דפשיט' ליה ובס' מח"א דיני שומרים (סי' ל"ג) מספקי ליה בזה וכ' דאפשר דממעטין מרעהו פמו כן עכו"ם בגנסי ישראל ואפשר דמתחייב מידי דהנה אנזקין עיין שם בדבריו.

אולם מדברי רש"י מס' ע"ז (דף ט"ו ע"א) בהא דקאמר בש"ס שאלה קנייה דכתב פיןן דחייב באונסין מבואר דיש דין שומרין לגוי בגנסי ישראל וכן מבואר ברמב"ן עה"ת פ' וישלח דכתב בפשיטת דב"נ מצנוה על דיני שומרי' והוא בכלל דינים.

וכן כתב שם הרמב"ן דכני נח נצטוו בדיני גניבה ואונאה ובכלל הדינים הוא והביא דבריו בכ"מ הלכות מלכים ועיין תשובת רמ"א (סי' יו"ד) וביש"ש ב"ק (פ"ה סי' מ"א) דכתב להדיא דגכרי ב"ח הוא להחזיר האונאה.

והדברים האלה נשמטו מהגאון בעל שבות יעקב (ח"ב סי' קס"ה) דפשיטא ליהל היפף ואכ"מ בזה ויבאר אי"ה במקומו: סי' פג אם הגיע זמן פרעון אעפ"י שהלנה ממהר לפרוע חובו פדי להציל עצמו מן הזק חילוף המטבע הדין עמו פמבואר בש"ע (סי' ע"ד ס"ב) ויש לחקור אם אין הלנה לפנינו ובא אחר ורוצה לשלם להמלנה בעד הלנה פדי להציל את הלנה מן ההפסד אם יכול לפרוע בעדו ד יכול לומר זכין לאדם שלא בפניו ואני עומד במקומו או יש לומר פיןן דזכיה הוא מטעם שליחות י"ל דאינו יכול לעשות עצמו שליח לחוב להמלנה ו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את ואני רוצה לקבל ממך שיפקע חובי בהפרעון הנה.

וְרֵאִיתִי בְּרִיב"ש (סי' קצ"ז) דְּכָתַב בְּגִידוֹן דְּהַמְלִיךְ עֲשֵׂה מִטְּבַע חֲדָשָׁה פְּחוֹת הַרְבֵּה מֵאֲשֶׁר הָיָה מִקֻּדָם וְצִוָּה בְּכָל מַלְכוּתוֹ שְׂיִקְוֶבֶל הַמִּטְּבַע וְאַחַר כִּמְהַר שְׁנַיִם פָּסֵל אוֹתוֹ וְזָמַן יְדוּעַ הָיָה לְפָרְעוֹן חוֹבוֹת וְכֹא אֶחָד וּפְרַע בֵּיד נֶאֱמָן ב"ד בְּעַד לֵוָּה אֶחָד לְפָדוֹת מִשְׁכוֹנָא מִמִּטְבַע הַגְּרוּעַ וְנָדוּ הַרִיב"ש אֶף דְּמַצַּד דִּינָא דְּמַלְכוּתָא דִּינָא מ"מ פִּינּוֹן דְּהַלְוָה בְּעַצְמוֹ לֹא עֲשֵׂה הַפְּרָעוֹן הַהוּא בֵּיד נֶאֱמָן ב"ד וְלֹא נִתְבָּרַר שְׁהָיָה שְׁלוּחוֹ אֶף אִם הָיָה מוֹסֵר לֵיד הַלְוָה עַצְמוֹ אִם לֹא רָצָה לְקַבְּלָם וְאָמַר לוֹ לֹא בְּעַל דְּבָרִים דִּי אֵת הַרְשׁוֹת בֵּידוֹ וְכ"ש שְׁהַפְּרָעוֹן לְחוֹבָתוֹ שֶׁל מַלְוָה שְׁמוּצִיאִין הַקְּרָקַע מִיָּדוֹ וְכ"ש מִפְּנֵי חֲשִׁשׁ מִטְּבַע שְׁהָיָה עוֹמֵד לְפָסוֹל בְּכָל יוֹם אַעֲפ"י שְׁהַלְוָה בְּעַצְמוֹ הָיָה יָכוֹל לְפָרְוֵעַ מ"מ אַחַר בְּעָדוֹ לֹא יִפְרָעֵנוּ לְחוֹבַת הַמַּלְוָה כָּל שְׂאִינוֹ שְׁלוּחוֹ עֵינָן שֶׁם בְּדְבָרָיו הָרִי מִבְּנוֹאָר דְּאַחַר א"י לְפָרְוֵעַ בְּעַל כְּרָחוֹ לְטוֹבַת הַלְוָה כָּל שְׁהוּא לְחוֹבַת הַמַּלְוָה: אֶף יֵשׁ לְהַבִּין אִם נֹאמַר דְּזָה הָיָה חוֹב אֶף שְׁהוּא רַק לְהַמַּלְוָה מֵה מוֹעִיל אִם עֲשָׂאוֹ לְשַׁלֵּיחַ הָא קי"ל דְּאִינוֹ יָכוֹל לַעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ לְחוֹב לְאַחֲרִים אֶף אִם עֲשָׂאוֹ שְׁלִיחַ כְּרוֹב הַהַפּוֹסְקִים הַחוֹלְקִים עַל רַש"י פְּמִבְּנוֹאָר (סי' ק"ה) וְכֵן דַּעַת רִיב"ש בְּעַצְמוֹ (סי' ק"ז) וְאֶף לֹאמַר קִים לִי כְּרַש"י הַסְּפִימוֹ כָּל הָאַחֲרוֹנִים דְּאִינוֹ יָכוֹל לֹאמַר קִים לִי.

אִם כֵּן אִמְרֵי מְהֵי אִם עֲשָׂאוֹ שְׁלִיחַ. אוֹלָם י"ל לְמָה שְׁפָתְבוּ הַמְּחַבְּרִים לְהַשִּׁיג עַל הַנו"ב דְּדַעַתוֹ אֶף בְּזָמַן הַש"ס דִּיכֹוֹל אָדָם לְגַרְשׁ אֲשֶׁתוֹ בְּעַל כְּרָחָה מ"מ אִינוֹ יָכוֹל לְגַרְשׁ עַל יְדֵי שְׁלִיחַ בַּע"כ וְהַשִּׁיגוֹ עָלָיו מִכְּמָה הוֹכַחוֹת מִש"ס וּפּוֹסְקִים דִּיכֹוֹל לְגַרְשׁ עַל יְדֵי שְׁלִיחַ בְּעַל כְּרָחָה וְהַטַּעַם פִּינּוֹן דְּהַאֲשָׂה מְשׁוּנְעָבְדָת לְקַבֵּל גִּיטָה כְּשִׁירוּצָה לְגַרְשָׁה וּלְכַף יָכוֹל לְגַרְשָׁה אֶף בְּעַל כְּרָחָה וְאֶף עַל יְדֵי שְׁלִיחַ דְּהָא אִינוֹ חָב אֶלָּא לְדִידָהּ וְלֹא הָיָה בְּמִקּוֹם שְׁחָב לְאַחֲרִים וְעֵינָן בֵּית מֵאִיר (סי' קט"ו) וְכֵן בְּקִצּוֹה"ח (סי' קפ"ב) כ' גַּם כֵּן ע"ד זֶה וַיֵּשׁ לְהַסְבִּיר עוֹד דְּהָא עכ"פ אִין הָאֲשָׂה מְחֻנְיָבַת לְהַזְמִין אֵת עַצְמָהּ לְקַבֵּל הַגֵּט וְכָל זָמַן דִּיכֹוֹלָה לְהַשְׁמִיט מִמֶּנּוּ וּלְבָרוֹחַ לֹא תִפְסִיד מְזוֹנוֹת כְּמוֹ שֶׁכ' בְּסִפְרַת הַפְּלָאָה אה"ע (סי' ע"ו) מ"מ לְמָה שֶׁכ' הַרְשָׁפ"א גִּיטִין (דף ע"ה) דְּאֶף אִם נִתְיָנָה בְּעַל כְּרָחָה לֹא הָיָה נִתְיָנָה הֵינּוּ בְּמָה שְׁהַפְּסִיד הַמְּקַבֵּל בְּמָה שְׁהוּא שְׁלוֹ אָבֵל בְּגִירוּשִׁין שִׁיֵּשׁ לְהַאֲשָׂה שְׁעַבּוּד עַל בְּעֻלָּה בְּעוֹדָה תַּחֲתוֹ כְּשִׁהוּא בָּא לְסַלֵּק שְׁעַבּוּד מֵעָלָיו אִם אֵתָּה בָּא לֹאמַר שְׂאִינוֹ יָכוֹל לְסַלֵּק אֶלָּא מִדַּעַת הָאֲשָׂה נִמְצָא שְׁאֵתָּה מְחֻיָּב אֵת שְׁלוֹ בַּע"כ וְאֵל תַּחֲיִיבָהּ וּלְכַף גַּם בְּפָרְעוֹן חוֹב נִמְיָנָה בְּעַל כְּרָחוֹ שֶׁל מַלְוָה הָיָה נִתְיָנָה עֵינָן שֶׁם וּלְכַף מְהֵי גַּם כֵּן עַל יְדֵי שְׁלִיחַ אֶף שְׁהוּא חָב לְהַמַּלְוָה וְכֵן בְּגִירוּשִׁין וּבִיּוֹתֵר יֵשׁ לֹאמַר פִּינּוֹן דְּמוֹסֵר בֵּיד הַשְּׁלִיחַ הַגֵּט וְעוֹשָׂה אוֹתוֹ בְּמִקּוֹמוֹ לְגַרְשׁ אֶף בַּע"כ אָבֵל מ"מ עוֹמֵד בְּמִקּוֹם הַבְּעַל לְגַרְשָׁה בְּרִצּוֹנָה שְׁהַנְּתִינָה לִידָהּ מִן הַשְּׁלִיחַ לְגִירוּשִׁין יֵהִי כְּמוֹ נִתְיָנָת הַבְּעַל לְכַף פִּינּוֹן שְׁהוּא בְּמִקּוֹם הַבְּעַל יָכוֹל לְגַרְשָׁה אֶף בְּעַל כְּרָחָה לְסַלֵּק מִן שְׁעַבּוּדָהּ מֵה שְׂאִין כֵּן אִם עוֹשָׂה שְׁלִיחַ לְגַבּוֹת חוֹבוֹ דְּלֹא חָל כָּלל עֲדֵינָן הַשְּׁלִיחוֹת דְּאֶף לְכוּף לְהַלְוָה שְׂיִסְלַק לוֹ אִינוֹ מוֹעִיל הַשְּׁלִיחוֹת דִּיכֹוֹל לֹאמַר לֹא בְּעַל דְּבָרִים דִּי דִּי אֵת פְּמִבְּנוֹאָר בְּרֵא"ש ב"ק (דף ק"ג) דְּאֶף אִם עֲשָׂאוֹ שְׁלִיחַ בְּעַדִּים אִינוֹ יָכוֹל לְכוּף לְהַלְוָה וְאִינוֹ חָל הַשְּׁלִיחוֹת רַק אִז כְּשִׁמְשַׁלְּם לוֹ מִדַּעַתוֹ וּרְצוֹנוֹ אִם כֵּן אִם תִּפְסֵם גַּם כֵּן לֹא מְהֵי פִינּוֹן דְּאִז אִם תִּפְסֵם חָל הַשְּׁלִיחוֹת וְאִז אִם הוּא בְּמִקּוֹם שְׁחָב לְאַחֲרִים אִין אָדָם יָכוֹל לְהַעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ לְחוֹב לְאַחֲרִים כְּמוֹ שֶׁכ' הָרֵא"ש דְּלֹא כָּל כְּמִינָה לַעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ לְחוֹב לְזֶה אָבֵל הֵיכָא דְּחָל הַשְּׁלִיחוֹת מִיָּד כְּמוֹ בְּגִירוּשִׁין שְׁמוֹסֵר לֵיד הַשְּׁלִיחַ הַגֵּט וּמְמַנָּה אוֹתוֹ בְּמִקּוֹמוֹ לְגַרְשָׁה הֵן מִדַּעַתָּה הֵן בַּע"כ מִמִּילָא שׁוֹב יָדוֹ בֵּיד הַבְּעַל וְיָכוֹל לְגַרְשָׁה ג"כ בַּע"כ.

וא"כ כמו כן בנגידון דהריב"ש אם מוסר לו הממון וממנה אותו לשליח לפרוע עומד במקום הלנה ולא איכפת לו במה שהוא חב להמלנה. מה שאין פן אם לא עשאו לשליח רק שבא לעשות במקומו בפעולה שפרע לו ואז פינן דהוי חוב לו אינו יכול לפרוע בע"כ פדי לחוב לנה דזכיה ג"כ א"י לעשות לחוב לנה: וראיתי בתשובת שער אפרים (סי' קל"ז) באחד שעשה מקח להעמיד ללוקח סחורה לזמן קצוב ובאם יעבור הזמן התחייב בקנס גדול ובסוף הזמן בא לוי ואמר שיודע בבירור שלא בא המוכר לזמן וכדי שלא תתבע ממנו הקנס לכן אני מעמיד לך בעדו הסחורה לסלק ממנו הדו"ד והלוקח אומר לאו בעל דברים דידי את פינן שאינה שלוחו וכתב די"ל זפין לאדם שלא בפניו אף במקום דחב לאחרים בזכיה הזאת והביא ראיה מטוש"ע (סי' פ"א) דראובן האומר לשמעון חייב אתה מנה ללוי ואמר פן אעפ"י שלא בא בהרשאות לוי מ"מ הוי הודאה הרי דזכין לאדם שלא בפניו אף במקום שבא להתחייב.

וראיה הזאת איני מבין כלל הא שם פינן דאמר אתם עדים ושתק הוי הודאה גמורה ומה חוב הוא לו פינן דבידו לחזור וכינן דאינו חוזר ועומד בהודאתו רוצה לחוב לעצמו ולהודות שכן הוא מה שאין פן היכא דמוחה ואומר לאו בעל דברים דידי את שפיר קאמר וכמו שכ' הריב"ש בנגידונו.

עוד הביא ראיה ממס' קידושין (דף כ"ג) גבי ע"כ דקונה עצמו בכסף על ידי אחרים אף שלא מדעתו משום דקבלת רבו גרמה לו הרי דחבין לו שלא בפניו פינן דעוסק בטובת האדון ה"נ אם הוא זכות לחבירו שלא בפניו.

ועיין בתשובת ריב"ש מדין זה עכ"ד ובל"ס פוננתו על דברי הריב"ש הנז'. ומשם מבואר דאינו יכול לחוב לנה בעל פרוח אף שעוסק בזכות אחר וגם ראיה הזאת לא אבין כלל הא שם פבר פירש"י דהרב אינו נעשה שלוחו רק לצורך עצמו ומקניהו מאליו ואחרים אינם חבין לו רק קבלת רבו והיינו פינן שמקבל הכסף יוצא ממילא העבד לחירות ועיין שם בפ"י דהוי כמפקיר עבדו ואין צריף לזכות בעד העבד כלל ולכך אף שהוא חוב להעבד, לר"מ מ"מ אין האדון משועבד לעבדו.

מה שאין פן בנגידון דשער אפרים דהלוקח אינו רוצה לקבל שפי' יכול לומר לאו בע"ד דידי את פינן דלא בא בשליחותו של המוכר ואף דזכות הוא לו מה שנה מסלקו בסחורתו בעדו מ"מ אינו יכול לחוב לנה בע"כ: הגם דיש לחלק נידון דש"א מנגידון דהריב"ש דשם יש חוב גמור להמלנה דמסלק לו במטבע העומד לפסול בכל יום מה שאין פן בנגידון דהש"א דאין לו שום הפסד מן הקרן רק מניעת רינח וסילוק תביעתו על הלוקח מהקנס שחייב א"ע וכבר כ' בתשובת מהר"ם אלשיף ז"ל (סי' ל"ז) דלא אמרו רק במקום שחב לאחרים לא במקום שמונע רינח לאחרים כמו בנגידון דידיה שם באלמנה שתפסה על ידי שליח מטלטלין למזונותיה שאינו חב אלא שהיורשים היו מרויחים בנכסים אבל חיובא דמזונות בכל גוונא עליהו רמיאונדוקא במקום שמזיק לאחרים אבל לא במקום שמונע רינח.

ועיין בש"מ פתובות (דף פ"ה) דכתב ג"כ בדברי מהר"ם אלשיף דחב ליורשים לא הוי פחב לאחרים ולכך מהני באלמנה תפיסה למזונות על ידי שליח וכ' שמצא און לו מחכמי א"י וכוונתו על מהר"ם אלשיף הנז'.

אם פן כמו כן י"ל דחייב קנס שעדיין לא זכה בו לא הוי רק פמניעת רינח. ואף דמצינו דהש"ס מדמה מגביה מציאה לאחרים לתופס לבעל חוב במקום דחב לאחרים ול"ק רק מטעם מגו דזכה לנפשיה מ"מ צ"ל דסברת המר"ם אלשיך ז"ל הוא דכיון דהוי הפקר ניד כל אדם בו עדיף טפי ודעת הרמב"ן בש"מ שם באמת דלדין דר"י אמר קנה חבירו הוא מטעם זה דלא הוי חב לאחרים פיון דלא מפסיד לאחרים דהוי הפקר ואף לדעת תוס' ורוב הפוסקים דצריף לטעמא דמגו דזכה לנפשיה וזולת זה ל"ק אף דלא הוי רק מניעת רינח י"ל דדעת מהר"ם אלשיך לחלק בין מניעת רינח דהשת' למניעת רינח העתידי לבא.

מה שאין פן בנגידון דהריב"ש י"ל דהוי חב לאחרים ממש דמונע ממנו זכותו שזכה מכפר בהמשכונת' וגורם לו הגזק מטבע בבירור. אוילם מתחילת דברי הריב"ש נראה דאף בלא טעמא דחב לאחרים אם לא רצה לקבל ואומר לאו בעל דברי' דידי אתה הרשות בידו רק הוסיף וכ"ש שהפרעון לחובתו כו' הרי דאף בלא חב פלל גם פן יכול לומר לאו בעל דברים דידי אתה וממילא בנגידון דהש"א גם פן יכול הלוקח לומר לאו בעל דברים דידי אתה ואינך יכול לכוף לי לקבל הסחורה.

ואף די"ל דהריב"ש שם לא סמך על זה בלבד פיון דהוסיף עוד לצדד שם בדינו מטעם דלא שילם כל החוב מ"מ משמע ודאי דעתו דבמקום דחב לאחרים א"י לכוף אותו שיקבל הפרעון: גם בדיני דש"מ ומהר"ם אלשיך ז"ל משמע מדברי רמ"א אה"ע (סי' צ"ג סכ"ג) וב"ש שם (ס"ק מ"ד) דבכל גונא לא מהני תפיס' על ידי שליח אף במקום דאינו חב למקבלי מתנה רק ליורשים ולא הוי רק מניעת רינח וכן דעת הב"י בתשובה הביא דבריו בספר נתיבות משפט שעל רבינו ירוחם (דף ש"ח) והסכים לזה אף שדעת מהרשד"ם ומבי"ט פדעת מהר"ם אלשיך ובאבני מילואים שם הביא ע"ד ב"ש הנז' דברי הש"מ פתובות הנז' וכתב ולפענ"ד נראה עיקר פדברי הרב מ' בצלאל ז"ל.

ובאמת דברי הריב"ש (סי' קצ"ז) הנז' משמע קצת דמה שכ' (סי' ק"ז) דהוי חב למקבלי מתנה לא דוקא הוא רק חב ליורשים גם פן לא מהני ומ"מ אף דבנגידון היכא דהוי הפסד והגזק מטבע ודאי הדין דאם המלנה אינו רוצה לקבל מן האחר דאין המוחזק יכול לומר קים לי ומוציאין ממון מן הלנה אחר פה.

אולם בנגידון דהש"א הנז' דלא הוי רק מניעת רינח שייחוב לו קנס י"ל דיכול לומר קים לי פדעת מהר"ם אלשיך ורבינו בצלאל בש"מ הנז' דזה לא הוי פחב לאחרים ואין מוציאין ממנו ומ"מ צ"ע פיון דנראה מדברי הריב"ש דאף בלא חב פלל יכול לומר לאו בע"ד דידי אתה: סי' פד אם משפן לו שדהו או אפילו ב' שדות אינו יכול לכופו שייחזיר לו חצי המשכונא בחצי המעות כמבואר ש"ע (סי' ע"ד ס"ה) וכ' הטו"ז במטלטלין שאין להמלנה פירות פיון שאין זה תועלת להמלנה כופין על מדת סדום ובתנאים כ' אף שאין לחלוק עליו בלי ראיה מוכרעת מ"מ לא מסתבר שיהי' זה מדת סדום שייכול לומר יותר שיש לי משכון שנה הרבה תדחיק עצמך לפרוע.

ולא אדע הפסד של מאור הגולה התנאים ז"ל הא הדבר מבואר בב"י דאין לחלק בין מטלטלין לקרקע וכן כ' הש"ף (ס"ק ח"י) דפשוט הוא דאין חילוק בדינים אלו בין משכון קרקע או משכון מטלטלין וכן הסברא דכיון דאין כופין על מדת סדום בתחלת ההלואה

שִׁילוֹה לֹו עַל מִשְׁכּוֹן כְּדֵי חוּבוֹ אִם אֵינוֹ רוֹצֶה עַד שְׁיִשְׁכְּנוּ לֹו מִשְׁכּוֹן שְׁשֵׁנָה הַרְבֵּה כְּשֶׁהִלְוֵהוּ וְשִׁתְּעַבְדֵהוּ לֹו כָּל הַמִּשְׁכּוֹן עַל כָּל הַחוּב יָכוֹל לַעֲכָב עַד שְׁיִשְׁלַם לֹו כָּל הַחוּב: וְהִנֵּה דִין זֶה בְּמִשְׁכּוֹן קַרְקַע דְּלֹא נִפְדָּה לְחֻצָּאִין וְאִם פּוֹרַע הַחֲצִי אוֹכַל הַמְלִוָּה כָּל הַפְּיֻרוֹת הוּא מִתְּשׁוּבַת רִשְׁבֵי"א הַמוֹבָא ב"י יו"ד (סי' קע"ב) דְּכֹוֹלָה מִשְׁכּוֹנָא אֲשֶׁתְּעַבְדָּא לִיה לְכֹוֹלָה מְלִוָּה וְאִינוֹ רוֹאִין הַמַּעוֹת כְּאֵלוֹ הֵן פְּקֻדוֹן עַד שְׁיִפְרַע הַכֹּל וְהִבִּיא רְאִיָּה מִש"ס קִידוּשִׁין (דף כ' ע"ב) אָמַר אַבְיִי אֵת"ל עֶבֶר עֶבְרִי נִגְאָל לְחֻצָּאִין מִשְׁפַּחַת לְחוּמְרָא וּבְנִיָּה בַר' וְיִהִיב נ' וְאִיפְסֹף וְקָם עַל ק' אִי אָמַרְתָּ נִגְאָל לְחֻצָּאִין יְהִיב לִיה נ' וְנִפְיָק וְאִם אֵיתָא דְכָל שְׁנִפְרַע חֲצִי הַמְלִוָּה נוֹטֵל חֲצִי הַפְּיֻרוֹת אִם כֵּן אֵף אֵת"ל שְׁאִינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין ה"מ שְׁאִינוֹ יָכוֹל לְכוּף אֵת רַבּוֹ לְקַבֵּל מִמֶּנּוּ כֶּסֶף מִקְנֵתוֹ לְחֻצָּאִין אֲבָל אִי אֲרֻצִּיָּה וְאִתְרַצִּי נִגְאָל חֲצִיו וְהָרִי זֶה עוֹבֵד אֵת רַבּוֹ יוֹם אֶחָד נִמְצָא שְׁזָה פְּרַעוֹן גְּמוּר בְּחֻצֵי וְהָאִיָּה אָמַר אַבְיִי שֶׁהוּא פְּקֻדוֹן אֲלָא מִכָּאן שְׁאֵף עַל פִּי שְׁגוּאָל לְחֻצָּאִין אֵינוֹ יוֹצֵא מִכָּלל שְׁעִבּוּדוֹ לְכָף הָוִי כְּפְקֻדוֹן עַד שְׁיִפְרַע הַכֹּל עכ"ד.

וְכָל הַמַּעֲיָיִן יִתְפַּלֵּא ע"ד הָא הַרְשֵׁב"א בְּחִידוּשֵׁיו לְקִידוּשִׁין שֶׁם הַקִּשָּׁה הִיכִי הָוִי כְּפְקֻדוֹן וְהָא אֵיהוּ לְפְרַעוֹן קְבִלִינְהוּ וְאֵף שְׁאִינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין הֵינּוּ שְׁאִינוֹ יָכוֹל לְכוּף לְהֶאֱדוֹן אֲבָל אִי אֲתֻרְצִי וְקַבֵּל לְפְרַעוֹן אִמְאִי לֹא הָוִי פְּרַעוֹן וְכ' דְהִכָּא בְּקַבֵּל סְתָם כו' וְהָא כִּינּוֹן דְּקַבֵּלִינְהוּ בְּסְתָם וּמִדִּינָא לֹא הָוִי פְּרַעוֹן דְּבַר תּוֹרָה חֲשְׁבִינְהוּ לְהוּ כְּפְקֻדוֹן עַד דְּפְרַע דְּמִי כְּוֹלָה אֲבָל אִי אֲתֻנִי בְּפִירוּשׁ שְׁיִהֵא פְּרַעוֹן בֵּין שֵׁת"ל נִגְאָל אוֹ אֵינוֹ נִגְאָל פְּרַעוֹן הָוִי וְיִהִיב לִיה מֵאִי דְאִישְׁתָּאָר עֲלֵיהּ וְנִפְיָק עֵינֵי שֶׁם וְכִינּוֹן דְּעַל פְּרַחֶף הַסּוּגִיָּא אֵיירִי דְּקַבֵּל סְתָם בְּזָה אֲמַרְיָנִין שְׁלֹא קַבְלוּ כָּלל לְפְרַעוֹן מָה הוֹכִיחַ גַּם בְּחִידוּשֵׁיו שֶׁם מִדְּבַרִי אַבְיִי דְּמִשְׁפַּחַתָּא אֵף דְּנִגְאָל לְחֻצָּאִין אֵין הִלְוֵה אוֹכַל פְּיֻרוֹת הָא אַבְיִי אָמַר כִּשְׁת"ל אֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין גַּם מִנ"ל לְאַבְיִי דְאִי אֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין הָוִי פְּקֻדוֹן בְּקַבְלוֹ סְתָם דְּלָמָּא בְּאַמַּת הָוִי פְּרַעוֹן רַק דְאֵינוֹ יָכוֹל לְכוּפוֹ בְּגִאֻלַּת חֻצָּאִין אֲבָל אִי קְבִלִינְהוּ הָוִי פְּרַעוֹן.

וְרֵאִיתִי בְּשַׁע"מ (סי' ע"ד) שְׁהֶאָרִיָּה בְּזָה לְתַמּוּהָ ע"ד הַרְשֵׁב"א וְהִנֵּיחַ דְּבַרִי בַצ"ע: וּלְפַע"ד דְּבַרִי הַרְשֵׁב"א נְכוּנִים וּבְרוּרִים דְּסוּבֵר בְּדְבַרִי אַבְיִי דְּוֹדָאֵי כִשְׁת"ל דְאֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין וְיִהִיָּה חוּמְרָא וְקוֹלָא וּבְכָל צַד יִהִיָּה הַקּוֹלָא לְהַעֲבֵד שְׁיִהִיָּה בְּעַל פְּרַחוֹ שֶׁל הֶאֱדוֹן וְהַבְּרִירָה יִהִיָּה בְּיַד הַעֲבֵד מַה שְׁיִרְצֶה אַחַר כֶּף בְּקַבְלַת הַמַּעוֹת שֶׁל הֶאֱדוֹן אִם יִרְצֶה יִהִיָּה הַנְּתִיבָה לְפִדְיוֹנוֹ וְאִם יִרְצֶה יִהִיָּה פְּקֻדוֹן דְּזָה וְדָאֵי אֵין סְבָרָא שְׁיִכּוֹל לְכוּף לְהֶאֱדוֹן שְׁיִקַּבֵּל כְּפִי שְׁיִרְצֶה אַחַר כֶּף וְעַל פְּרַחֶף צ"ל שְׁקַבֵּל הֶאֱדוֹן בְּרַצוֹנוֹ וְעַל זֶה הַקִּשָּׁה הַרְשֵׁב"א בְּאִם קַבֵּל בְּרַצוֹנוֹ אֵף אִם אֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין מ"מ כִּינּוֹן שְׁקַבֵּל לְפְרַעוֹן אִמְאִי לֹא הָוִי פְּרַעוֹן וּמִתְרַץ דְאֵיירִי שְׁקַבֵּל בְּסְתָם וְהַעֲבֵד נִתַּן לֹו בְּסְתָם בְּזָה הַבְּרִירָה בְּיַד הַעֲבֵד וְכִינּוֹן דְּהִדִּין דְאֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין הָוִי כְּפְקֻדוֹן וְאִם יִרְצֶה הַעֲבֵד יֹאמַר אַחַר כֶּף דְּהָא כְּבָר קַבֵּל עַל פְּרַעוֹן אֲבָל בְּאַתְנָו בְּפִירוּשׁ שְׁיִהִיָּה פְּרַעוֹן אִם כֵּן הַתְּרַצָּה לְזָה וּמִמִּילָא מוֹכַח דְאֵינוֹ עוֹבֵד לְרַבּוֹ יוֹם אֶחָד וְלַעֲצָמוֹ יוֹם אֶחָד דָּאִם נֹאמַר בַּאֲת"ל דְּנִגְאָל לְחֻצָּאִין הֵינּוּ שְׁהַעֲבֵד זוֹכֶה מִיָּד שְׁלֹא יַעֲבֹד לֹו רַק יוֹם אֶחָד לְרַבּוֹ וְיוֹם א' לַעֲצָמוֹ אִם כֵּן אֵף מִה"ד אֵינוֹ יָכוֹל לְכוּף לְרַבּוֹ עַל זֶה דְאֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין מ"מ כָּל שְׁנֵתָן לֹו הַעֲבֵד הַמַּעוֹת עַל גְּאֻלַּת חֻצָּאִין מִמִּילָא זוֹכֶה הַעֲבֵד בְּחֻלְקוֹ וְאִיָּה יָכוֹל שׁוֹב לֹוֹמַר שְׁיִהֵא פְּקֻדוֹן אֲלָא וְדָאֵי דָאֵף אִם נִגְאָל לְחֻצָּאִין מ"מ אֵין הַעֲבֵד זוֹכֶה מִיָּד בְּחֻלְקוֹ רַק אִם נִגְאָל לְחֻצָּאִין זוֹכֶה הֶאֱדוֹן בְּהַמַּעוֹת וְנִחְשָׁב לֹו עַל שְׁנַיִם הַאֲחֻרוּנִים מִמִּילָא אִם אֵינוֹ נִגְאָל לְחֻצָּאִין הַבְּרִירָה בְּיַד הַעֲבֵד אֵף שְׁהַתְּרַצָּה לְתַת לֹו חֲצִי



דמי פדיונו מ"מ פיון דהשתא אינו זוכה כלום רק על שנים האחרונים וכיון דנותן סתם והדין דאינו נגאל לתצאין בעל פרחו יכול לומר שהוא פקדון אבל אם היה הדין נותן שזוכה מיד בחלקו אם כן אף שהתרצה האדון וקבלו לשם פרעון והעבד זוכה מיד בחלקו איה יכול לומר שיהא פקדון אף דאינו נגאל לתצאין מ"מ כל שנתנו לו וקבלו האדון וזיכה לו בחצי עבדותו כבר נגמר הפדיון רק פיון שאף אם היה הדין דנגאל לתצאין היינו שייכול לשום לו החצי העבודה משנים האחרונים כפי ששנה עכשיו לכן כשנתן לו המעו' בתורת פדיון מ"מ אינו נותן לו רק כפי הדין ואם הדין דאינו נגאל לתצאין נעשה פקדון ועיין ספר המקנה קידושין שם.

ומ"ש הרשב"א דבממשן סתם פשגואל לתצאין נעשה המעות פאלו הן פקדון ודאי המעות הן באחריות המלנה רק לענין זה שלא יהיה נגרע המלנה מזכות פירותיו רואין פאלו הן פקדון אבל ודאי פרעון הוא אף שהתרצה וקבל סתם לא נגרע על ידי זה מפירותיו כ"ז שלא אתני הלנה בפירוש אבל כשלא אתנו על זה רק שנתן לו סתם בפרעון רואין פאלו הוא פקדון לענין שלא יגרע המלנה מפירות כל המשפונתא אבל באחריות של המלנה הן ואף אם אחר כך רוצה הלנה שיחזיר לו המעות אפשר דאין המלנה מחויב להחזיר לו שעל זה נתן לו המעות לפרעון חובו ודברי השער משפט שכתב שם בקבל סתם להסתפק אם הוא באחריות המלנה או לא אינם נראין דודאי פיון שנתן לו על פרעון חובו והמלנה קבלו סתם הני פרעון גמור רק לענין שיהיה המלנה נגרע מפירותיו חשבינו כפקדון פיון דאין הלנה זוכה כלום כעת כל זמן דלא אתנו בפירוש ברצון המלנה ואין המשפון יוצא משעבודו כלום וז"ב ופשוט בדברי הרשב"א להמענין היטב ועיין תשובת רשב"א (ח"ד סי' ר"צ) אף דמזכיר גם כן לשון פקדון מ"מ ודאי המוכן רק לענין זה שלא יהי' נגרע המלנה מזכותו: סי' פה המלנה על מטבע ונפסל' אם יכול להוציאה במדינ' אחרת מבואר בש"ע (סי' ע"ד ס"ז) אם יש לו דרך לאותו המדינה נותן לו מטבע שהלנהו ואם אין לו דרך לשם נותן לו מטבע היוצא באותה שעה וכ' הרמ"א ז"ל דכל זה כשהתנה ליתן לו מעות אבל אם לא התנה כלום נותן לו מטבע שהלנהו בכל ענין ואם התנה ליתן לו מעות היוצאין בהוצאה חייב ליתן לו מעות היוצאין בכל ענין.

והוא שיטת תוס' ורא"ש וטור כמבואר ב"ק (דף צ"ז) והיינו אם הלנה לו הן מעות הן פרקמטיאוכ' בשטר פלוני הלנה לפלוני סך מעות כך וכך בזמן פלוני ונתחייב לפורעם אינו חייב לשלם אלא מעות שהלנהו אבל אם כ' בשטר שנתחייב לפורע לז"פ כך וכך מעות הני כהתנה ופירש דמעות שגפסלו לאו מטבע הוא.

וילדעת הרמב"ם והרי"ף אף בסתמא אפילו אין שם תנאי נותן לו מטבע היוצאת דמסתמא על חשיבות המטבע הלנה לו. וילדעת התוס' וסייעתם מטבע שגפסלה דומה להיזול.

וראיתי במחנה אפרים דיני מלנה ולנה (סי' כ"ו) שכ' להביא ראיה לדעת הרי"ף ורמב"ם דאם איתא דכל שלא התנה אינו נותן לו אלא מטבע שגפסלה אפילו כי התנה עמו במה מתחייב לתת לו מטבע היוצאת הא קתני בר"פ הנהב הפסך אינו קונה את הנהב ופירשו בגמרא האי קונה מתחייב ובמשיכת הנהב דהוי פרי מתחייב לתת הפסך כמו שהתנה עמו בין חדשים בין שנים אבל במשיכת הפסך דהוי טיבועא אינו מתחייב לתת לו מה שהתנה עמו וה"נ אם סתמ' אינו חייב לתת לו אלא מטבע שנתן אף שגפסלה משום דהוי כהיזול

איה מתחייב כשהתנה עמו לתת מטבע היוצאת פיון שלא משך ודכונתה כתב הר"ן מס' ע"ז בשוכר את הפועל ופסק עמו לתת לו פור חטים עכ"ד: ואני שמעתי ולא אבין עד פאן לא כ' הר"ן שם רק דלא נתחייב לתת לו אותו המין דוקא חטים בעינא אבל דמי השוין ודאי דחייב לתת לפועל מטעם שכירות כפי מה ששוין למפור בשעת גמר הפעולה דאז הוי פרעון השכירות.

ומה"ת דמעו קונות הדין דגם בפועל חייב ליתן לו פור חטים אף דלא יחד לו הפור ורק הואיל דמעו אינו קונות מדרבנן אינו חייב ליתן ובאמת קאי במי שפרע ועיין במח"א הלכות מוכר דשבל"ע (סי' ג') והלכו' שכירות (סי' י"ד) ובקצוה"ח (סי' של"ב) [ובנתיבות (סי' ר"ד) כ' דמשמע דיכול ליתן דמיו אף לכתחילה אם אמר אתן לה חפץ זה בשכר דאתן לאו קנין הוא והוי פאומר לנה לי מעות ואפרע לה בהחפץ זה דיכול ליתן דמיו עיין שם בדבריו אולם בש"מ ב"מ (דף מ"ח) כ' משם הריטב"א וז"ל ושמעינן מהקא שהאומר לחבירו עשה לי מלאכה פלונית ואתן לה כלי פלוני אם לא משך הכלי לא זכה בו פיון דבעינן משיכה מדרבנן מיהת ואף לר"י והכין מוכיח בע"ז גבי נתן לה טלה באתנה עכ"ל הרי מבואר דאף באומר אתן בעד מעות או שוכר פעולה קונה מה"ת] ועכ"פ דמי שוניה של הפור חטים מחויב ליתן מטעם שכירות.

וכמו כן בהלואה אף דכסף אינו קונה את הנהב אף להתחייב את הפרי אבל מ"מ במעו יכול להתחייב בדמי הפירות כמו בפועל ונתחייב בעד הפסד לתת דמים עכ"פ או מטבע היוצאת או דמיה כפי ששוין עכשוו והיא דליכא איסור רבית יכול לחייב א"ע פיון דאינו חייב לתת דוקא מין ידוע ל"ה גדר מכירה וכסף דאינו מחייב את הנהב היינו דבר ידוע דהוי גדר מכירה אבל השויה של זהב מחויב לתת בעד הפסד ואם פן שפיר מהני בהתנה לתת לו מטבע היוצאת דלא הוי החיוב דוקא על מטבע ממש רק כפי שויה או מטבע היוצא או שויה כסף ע"ח כפי מטבע היוצא.

ועולה לנו מזה דבהתנה בעד הלואה לחייב א"ע לשלם במטבע היוצאת יכול אף לכתחילה לסלק אותו בשויה כסף אף אם אית ליה זוזי פיון דבלא התנה יכול לסלקו במטבע שקבל אף דנפסל דהוי פהיזל ורק ממה דהתנה לחייב א"ע לשלם כפי מטבע היוצאת והחייב לא מהני רק על דמיהן ולא על דבר בעינא.

ועיין ש"ע (סי' ק"א ס"ג) די"א במוכר סחורה אין מורידו לשומא אלא נותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה ועיין שם בסמ"ע וטו"ז ובתנאים שם כתב דוקא בהתנה על מעות ובקצוה"ח כ' דאף בלא התנה תנאי מפורש אמדינן לדעתו דכל מוכר סחורה לזוזי קא מכונן והוי פאלו התנה ועוד כ' שם דאף במלוה מעות אם יש לו מעות דצריך לשלם בזוזי מ"מ באית ליה פסידא יכול לסלקו בשויה כסף היינו בלא התנה אבל בהתנה פל תנאי שבממון קיים.

ולמה שכ' פיון דכסף אינו קונה את הנהב היינו דאינו מחייבו בפירות כמו כן במין ידוע אין מחייבו ליתן אם פן לעולם אף בהתנה אינו מחויב לתת דוקא בעינא רק השויה מה שאין פן במוכר סחורה הוי פנהב מחייבו לפסד דבזה מחייבו אף במין ידוע שפיר י"ל דחייב ליתן כסף מאותו מטבע שהתנה: עיין בב"ח שהביא דעת המרדכי דאם איתן המעות שהלנה לו ונפסלו הן בעין לא גרע לנה מגזלן שא"ל הרי שלח לפניה אבל בהגהת

מיימוני חולק דאפילו הו בעין צריה לשלם לו מטבע היוצאת וכ' וגם בזה נראה פיו דלא איפסקא הלכתא הממע"ה.

וקשה הא פיו דנותן לו מטבע היוצא בהתנה ובלא התנה מאחר דבשעת הלואה לא הוי נפסל ולא נשתעבד לו מן הסתם אלא מטבע שהלנהו ובהתנה ליתן מטבע או מעות חייב ליתן מעות היוצאת אם פו בהתנה ליפא נ"מ בין אם הוא בעין או אינו בעין דאף באם הוא בעין פיו דכבר קנה וחייב א"ע ומלנה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה כ"ע מודים דחייב דכל תנאי שבממון קיים וע"כ לא פתב המרדכי משם הראב"ן דבבעין יכול לומר הרי שלח לפניה רק פיו דסובר דאף בסתם צריה לשלם מטבע היוצאת קמ"ל בבעין דאינו חייב אבל לדעת התוס' ורא"ש דאירי רק בהתנה לתת מטבע או מעות דבזה הנה החיוב לתת מעות היוצאת אם פו י"ל אף באם הוא בעין חייב לשלם מטבע היוצאת.

וראיתי בתנאים שהרגיש בזה על דברי הסמ"ע וקצת יש לומר דהא באמת צריה טעם אמאי יכול לומר הש"ל הא קיי"ל מלנה לאו ברשות בעלים לחזרה ואף אם בסתם הנה ההלואה מ"מ פיו דאמרינו דדעתו הנה על מעות היוצא וע' במה שכ' בזה אאזמ"ו ו"ל בספרו דברי משפט באורה.

וי"ל דהא תוס' פתובות (דף מ"ז) הקשה בכל מוכר בהמה לחבירו ואירע איזה אונס אחר פה נימא אומדן דעת דהלוקח לא קנה אדעתא דהכי ולא לקחה על מנת פו וכתבו דאנו סהדי דבאותו ספק הנה רוצה ליפנס ואפילו אם אומר לו אם תטרף תקבל ההפסד הנה לקחה ובמל"מ (פ"ו) מזכיה מפרש דבריהם דדוקא פשאין הפסד לכשכנגדו בתנאי זה פגון בכתובה פשימות תחזור היא ומעשה פנויה וכן בזבין ולא איצטרכי ליה זוזי דזוזי זיהב זוזי שקיל מה שאין פו במוכר פרה ונטרפה או מתה דאינו מחזיר לו מאומה ודאי דאיכ' קפידא למוכר לא אמרינו אומדנא דנדאי המוכר לא יתרצה בזה ועיין נתיבות (סי' ר"ל) דמבאר ביותר דנדאי אם פבר נשתמש הלוקח במקחו ל"א אומדנא דכי קנה שיהי' לו הדבר לעולם ודומה למה שכ' תוס' ב"ק (דף ק"י) בהא דאמרינו שם דאדעתא דהכי לא קידשה דלאחר הנשואין ל"א אומדנא רק בקידושין שלא הנה לה שום טובה וממילא במקח שנשתמש ונהיה לו טובה בזה ל"א אומדנא וקושית תוספת הנה בלוקח שלא השתמש בו עדיין [ומה שכ' שם דאף אם לא השתמש עדיין רק דהנה ראוי להשתמש גם פו ל"א אומדנא אינו מוכרח ונכנסה לחופה ולא נבעלה הוא ענין אחר קנין גמור ופת בסלו כמובן] ואם פו כמו כן פאן פיו דלית ליה פסידא להמלנה כשמחזיר לו הני מטבעות שלקח ממנו בהלואה כ"ז דלא השתמש בהן יכול לומר הרי שלח לפניה דהוי אומדנ' דלא ע"ד זה נשתעבד דאם נפסלו קודם שיוציא אותן שיתחייב ליתן מעות היוצאת ואף דמלנה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה וקנה אותן הלנה ואף דהוי שו"ש בכ"מ בשביל הנאת היתר תשמיש מ"מ אומדנ' דמוכח יש דלא עד"ז נשתעבד שיפסיד באם פסלו מלכות בטרם שהוציאן מה שאין פו כשפבר הוציאן ונגמר הנאתו שוב לא אמרינו אומדנא לבטל המקח אבל פשהם בעינא הואיל דלית ליה פסידא למלנה דאף אם היו אצלו גם פו היו נפסלין אמרינו אומדנא לבטל הקנין פיו דלא יש לו פסידא לגמרי: ולפי זה נראה לכאורה במוכר סתם ולא התנה והסחורה עדיין קיימת אצל הלוקח דבזה יכול המוכר לבטל המקח באם הלוקח רוצה ליתן לו מטבע שפוסלה ואינו יודע באותו

שְׁעָה פִּינּוֹן דִּישׁ אָנְמִדְנָן דְּמוּכַח דְּלֵא מְכַר לֹו עַד"ז וְהַלּוּקַח אֵינּוּ מְפָסִיד פְּלוּם וְכִינּוֹן דְּהַמוּכָר עֲדִינּוֹן לֹא נִגְנֶה פְּלֵל מִן הַמְּכִירָה אָנְמִדְנָא דְּמוּכַח דְּלֵא מְכַר לֹו עַד"ז.

וּבְכָאן יוֹתֵר עֲדִיף מְקַנְשֵׁת תּוֹס' הַנּוּ דְשָׁם שְׁיִיף לֹוּמֵר מְזִלְף גֵּרָם וְנִסְתַּפְּחָה שְׁדֵהוּ מַה שְׁאִין פֶּן פֶּאן דְּהוּא מִפְּת מְדִינָה. וְעִינּוֹן ש"ף (ס' ל"ט סקמ"ה) פְּשֵׁמַת הַלְוָה יְכוּל הַמְּלָנָה לְחִזּוֹר אַף לַד' רַמְבַּ"ן דְּהַמְּלָנָן נִשְׁתַּעֲבָד לְהַלּוֹת וּבִס' ב"מ (ס' צ' ס"ט) דְּחַד דִּינָא הוּא בִּין לְהַחְזִיק בִּין לְהוֹצִיא וְעִינּוֹן בַּמַּח"א שָׁם (ס' כ"ה) שְׁכ' דְּמַה שְׁכָּתְבוּ הַתּוֹסְפוֹת בְּמוּכָר פֶּרְקַמְטִיא כָּל שְׁלֵא פִּירֵשׁ שְׁיִתָּן לֹו מְטַבֵּעַ נֹתָן לֹו מְטַבֵּעַ שְׁנַפְסֵל אֵיירִי בְּמוּכָר לֹו לְזַמֵּן בְּהַקְפָּה וְהַמְּעוֹת נַעֲשֶׂה עָלָיו מְלָנָה אָבֵל בְּמוּכָר שְׁלֵא בְּהַקְפָּה אֵלֵא עַד שְׁיַבֵּא בְּנִי אֹו שְׁאֵמְצָא מִפְּתַח לֹא מְצִי לִיתָן לֹו מְטַבֵּעַ שְׁנַפְסֵלָה דְּאֵם פֶּן נִמְצָא זֶה נִתְאַנָּה.

וְאֵינּוּ מוּכָן הָא פִּינּוֹן שְׁהַמְּקַח כְּבָר נִגְמַר בְּרִשּׁוֹתוֹ דְּהַמוּכָר הוּזַל וְזֶה וְדֵאִי אִם נִגְמַר הַמְּקַח בְּקִנְיָן הַמוּעִיל וְקֵאִי בְּרִשּׁוֹתוֹ דְּהַלּוּקַח לְעִנּוֹן כָּל אַחֲרֵיוֹ וְנִתְיַקֵּר בְּרִשּׁוֹתוֹ אֲתִיקֵר וְלְעִנּוֹן אֹונָאָה אֲזִלִּינּוֹן בְּתֵר גֵּמֵר הַמְּקַח וְאוּלִי פִּנּוֹנְתוֹ כְּשֵׁלֵא זָקָפֵן בְּמְלָנָה דְּצָרִיף לִיתָן לֹו מִיַּד הַמְּמוֹן וְהוּי פְּעִייל וְנִפְיָק אֲזוּזִי לֹא נִגְמַר הַמְּקַח עַד שְׁיִתָּן לֹו הַמְּעוֹת וְאֲזִלִּינּוֹן בְּתֵר נִתִּינָן הַמְּעוֹת לְעִנּוֹן אֹונָאָה אוּלָם זֶה צ"ע פִּינּוֹן דְּכְשִׁנּוֹתֵן הַמְּעוֹת נִגְמַר הַמְּקַח לְמַפְרַע אִם שְׁיִיף בְּזֶה דִּין אֹונָאָה אוּלָם לְמַה שְׁכ' בְּאֵם הַמְּקַח הוּא עֲדִינּוֹן בְּיַד הַמוּכָר אֹו אַף בְּיַד הַלּוּקַח בְּזֶה אֵינּוּ יְכוּל לִיתָן לֹו מְטַבֵּעַ שְׁנַפְסֵלָה דְּהוּא אָנְמִדְנָא דְּמוּכַח דְּלֵא עַד"ז מְכַר.

וְאִם הַלְוָה מְדַחֵי אַחַר זְמַן פֶּרְעוֹן וְאֵינּוּ מְשַׁלֵּם וּבְנִתִּים נִפְסֵל הַמְּטַבֵּעַ דְּדַעַת הַמְּרַש"ל דְּחִיב אַחַר כֶּף לְשַׁלֵּם מְטַבֵּעַ הַיּוֹצֵא וְהַש"ף חוֹלֵק וְעִינּוֹן תּוֹמִים וּמַח"א וּבְאֲבָנֵי מִילּוּאִים אַה"ע (ס' קי"ד) וּבַמ"ש לְעִיל (ס' מ"ט): תַּמּוּ דִּינֵי הַלְוָאָה, אֲשִׁירָה לֵה' פִּי גָאָה גָאָה.

דִּינֵי טוֹעֵן וְנִטְעָן ס' א פְּתַב הַרְמַב"ם (סו"פ י"ג) מֵהַלְוָאָה טְעוֹן הַמְּלָנָה וְאֵמֵר הַיּוֹם סוּף זְמַן שְׁקַבְעֵתִי וְהַלְוָה אוֹמֵר עַד עֲשֶׂרָה יָמִים קְבַעְתָּ הַלְוָה נִשְׁפַּע הַיִּסֵּת וְאִם הִיָּה שָׁם עַד א' נִשְׁפַּע שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה כְּשֶׁאֵר הַטְּעוֹנוֹת וְהַעֲתִיקוּ הַש"ע (ס' ע"ג) וְכ' שָׁם הַמ"מ לֹא מְצִאתִי מְבוֹאֵר אָבֵל דַּעַת הָרַב שְׁטַעֲנָה זֹו כְּשֶׁאֵר טְעוֹנוֹת.

וּמַהרִ"ט בְּתַשׁוּבָה (ס' ק"ה) כ' שְׁלֵמַד מִמְתְּנִיתִין דְּמַכּוֹת מְעִידִין אָנוּ בְּאִישׁ פְּלוּנֵי שְׁחִיב אֵלֵף זוּז כו' אוֹמְדִים כְּמָה אָדָם רוּצָה וְיִהְיֶה בְּיַדוֹ אֵלֵף זוּז בִּין נֹתָנָם מְכָאן עַד ל' יוֹם בִּין נֹתָנָם מְכָאן עַד עֶשְׂרֵת שָׁנִים הָרִי דְחִשִּׁיב דְּבָר שְׁבַמְמוֹן דְּמְחִיבֵי עֲדִים זוּמְמִין בְּהַכִּי וְכָל שְׁב' מְחִיבִין מְמוֹן עַד א' מְחִיבֵי שְׁבוּעָה וְהָא דְאָרְף בְּלֵא הַעַד אִם יֵשׁ בְּאוֹתוֹ כְּפִירָה ש"פ לֹא יִתְחִיב כ' דְּהַרְמַב"ם לֹא נַחִית לְאֲשִׁמוּעִינּוֹן בְּהַכִּי וְאֵיירִי פְּשִׁהוּדָה תַּחֲזִילָה בְּעֲדִים וְאֵינָם מִתְדִּינִים אֵלֵא עַל הַזְּמַן וְעִינּוֹן שָׁם דְּכ' א"נ פִּינּוֹן דְּהוּדָה בְּכָל נְהִי דְאֵיפֵא דְרָרָא דְמְמוֹנָא בְּהַמְתָּנָה אֵין הַהוּדָאָה מִמִּין הַטְּעֵנָה וְדוּמָה לְדִינֵר זָהָב לִי בְּיַדְךָ אֵין לְךָ בְּיַדִּי אֵלֵא דִינֵר קָסֶרֶף.

וְזֶה תִּימָא לְמָה לֹא הוּי מִמִּין הַטְּעֵנָה הָא הוּא תוֹבֵעַ חוּב מְמַנּוּ שְׁשׁוּנָה כְּפֶן וְכֶף פִּינּוֹן דְּהַזְּמַן פֶּרְעוֹן הוּא מִיַּד וְהוּא מוּדָה שְׁחִיב לֹו לְפָרוּעַ אַחַר זְמַן וְשׁוּנָה הַחֹב עַכְשָׁיו פְּחוֹת וְעִינּוֹן רִיטְב"א מַכּוֹת שָׁם שְׁהַקְשָׁה לְמָה חִיבִין הַעֲדִים זוּמְמִין לְשַׁלֵּם הָא הוּי מִיַּדִּי דְלֹא קִינִין וְעוֹד שְׁזֶה גֵּרָמָא בְּנִזְקִין בְּעֵלְמָא הוּא דְפָטוֹר וּמְבַטֵּל כִּיסוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ דְפָטוֹר לְכֶף פִּירֵשׁ שְׁיִשׁוּמוֹ מָה הִיָּה נֹתָן הַלְוָה לְמְלָנָה מְחוּב זֶה אִם יִפְרַעְנוּ עִתָּהּ וּמָה הִיָּה מְנִיחַ לֹו מְזֶה מְנַפִּין

שומא זו והשאר ישלמו לו פשיעור האומד שהיה נותן לסלק שעבוד זה מעליו ועיין שם עוד לענין מוחל דשמין כמה יפחתו דמי החוב אם בא למכרו מפני כן ומשלם לו.

וה"נ דכונתי' פיון דתובע חוב שעומד לגבות וזה מודה בחוב ששנה פחות למכור פיון דאינו עומד לגבות עד זמן. ובקצוה"ח כ' דמעדים זוממין לאו ראיה דמחייבין ללוה לשלם מיד חשוב היזק טפי אבל פאן שהמעות תחת יד הלוה ורוצה לעכבו טפי אינו אלא כמבטל פיסו של חבירו ולא שייך שבועה על זה.

ולפנינו דעת הריטב"א דהאומד הוא כמה שנה החוב למכור אם עומד לגבות מיד או לאחר זמן. והקצוה"ח העלה אף אם כל הממון אינו אלא פרוטה מ"מ פיון דלדברי התובע חייב לשלם מיד מ"מ אם באמת חייב לו ונזקקין הב"ד להוציא מיד ממנו ויורדין לנכסיו אף דלא הוי רק כמבטל פיסו זה פטור בדיעבד אבל אם אינו רוצה להמתין יורדין לנכסיו ממילא זוקק ע"א לשבוע' דהוי כפירת ממון עכשיו כל הפרוטה כמו אם תובע לו כלי ששנה ממנו בקנין המועיל ונ"ח לו הדמים דעד א' זוקק לשבועה דהו"ל תביעה בכל הפלי וה"נ דכונתי' אבל מוב"מ לא דנין באם הודאה הוא בהחוב והפפירה הוא על הזמן ואינו אלא כופר הפל עכשיו ועל הודאה דלאחר זמן בזה ליכא שבועה על מה שפחת שוי' דחוב ממה שהוא אם יפרע עכשיו על זה ליכא שבועה זהו תמצית דברי: והנה מקור דברי הרמב"ם בדין זה הנה דברי רבו הר"י אבן מיגאש ז"ל בתשובותיו (סי' ע"ד) ונ"ל שם ומי שעליו חוב לחבירו וטען המלוה שפכר הגיע זמן פרעון והלוה טוען שלא הגיע זמן הפרעון עד יום פלוני ועד א' מעיד שהגיע הזמן פרעון חייב לישבע שה"ל שלא הגיע זמן פרעון החוב אלא בזמן פלוני לפי שהכלל העולה מטענת המלוה הוא שאמר יש לי אצלה עתה ממון והלוה אומר אין לה אצלי עתה פלום אם כן היה כפירתו כפירת ממון בעת זה ומי לא עסקינן שתזמין לו בזה העת למלוה עסקא שיקנה אותה באותם ממון אם הביאם לו הלוה וכשאינו מביא לו מעכבו מקנייתו ומונע אותו מהריוח שהיה לו ממנה הא למדת שהיא כפירת ממון באותה העת עכ"ל הנה מדפחת בהדין ומי שעליו חוב לחבירו משמע קצת כד' מהרי"ט דהיינו שהחוב היה ידוע ובלתי אפשר לכפור בו לכה דן לחייבו שבועה להכחיש העד וגם ממה דכ' שמונע אותו מהריוח משמע דבשביל זה הוי כפירת ממון.

ואולם טענות הקצוה"ח חזקות הן דזה לא הוי רק כמבטל פיסו ואף למה שכ' דכמו בעדים זוממין דכ' הריטב"א דעל הגרמא פטורין רק שישומו מה צריף ליתן דמ"מ ל"ה גופו ממון. וגם אם התביעה אינו רק בפרוטה למה יתחייב לישבע להכחיש העד.

ובהכרח צריף לומר דכוננת הר"י בן מיגאש ז"ל דכפירתו הוי כפירת ממון בעת זה וכמו שכ' הקצוה"ח דהוי ככופר הפל עכשיו ומה שכ' ומי לא עסקינן שמונע הריוח הא למדת שהוא כפירת ממון באותו העת הוא רק לתוספת ביאור דמה שצריף לו עכשיו לממונו חשוב כפירה אבל לעולם אף אם לא משפחת להרויח בממון זה מ"מ חייב לישבע להכחיש את העד: וראיתי בתנאים שכ' ע"ד הש"ף והטו"ז דאם רוצה לגבות מהמשפון שת"י באמרו שהגיע הזמן והלוה כופר בזמן דבזה לא מיפטר הלוה בהיסת רק המלוה נשבע בנק"ח פדין נוטל וכ' הוא פיון דע"כ צריף לומר דמה דלא הוי מודה במקצת

בכפירה על הזמן דלא הוי ממון גמור לחייב עליו ש"ד ממילא גם במשפון ל"ש שבועה  
בנקיטת חפץ בדבר שאינו ממון גמור.

ולמ"ש הקצוה"ח אתי שפיר דאף דלא הוי מודה במקצת מ"מ פיון דלדברי הלנה אינו  
חייב לפרוע לו עכשיו והמלנה רוצה לגבות מהמשפון דבזה נדאי צריה שבועה דהא אף  
בטענו חפץ וליכא נ"מ לגבי ממון חייב שבועה מה"ת כמו שהוכיח הקצוה"ח מסוגיא  
דנאמן בעל המקח.

וה"נ דכונתין פיון דהמלנה רוצה שייגבה לו מגוף המשפון והלנה אומר דעדיין אינו חייב  
לשלם הוי פנוטל ממש וכיון דאינו טוען על גוף המשפון רק על החוב דינו כמו בכל  
משפון אם הטענות הוא על הממון דחייב המלנה לישבע בנק"ח וגם פיון דבא להוציא  
מן הלנה מה שת"י קודם זמנו הוי ממון גמור לחייבו להמלנה שבועה כדין נשבע ונוטל:  
ובספר דברי משפט למרן זקני מ"ו זצ"ל כ' לדון דאף בתובע חפץ ידוע שקנה ממנו  
בקנין המועיל וליכא נ"מ לענין ממון רק שיתן לו החפץ דכ' הקצוה"ח דחייב ש"ד  
להכחיש העד אף דליכא נ"מ רק על החפץ בעינא וכ' למה שכ' הר"ן סו"פ שהד"י בטעם  
הדבר דאין נשבעין על קרקע להכחיש העד אף דב' מחייבין ממון ומה"ט אין צריה  
בהעדאת ע"א לשתי פספס לפי שהורע פחן של ב' עדים לענין תשלומין דנתמעט מדין  
שומרין לכה הורע פחו של עד א' לשבועה עיין שם וה"נ היכא דליכא נ"מ לענין ממון  
דהורע פחן של ב' עדים בשומרין אף אם יש ב' עדים דפשע אינו חייב לתת פלי אחר  
דוקא ומשלם ממון ממילא הורע פחו דעד א' דאינו מחייבו שבועה בכה"ג בליכא נ"מ  
לענין ממון.

ולדבריו נימא גם כן היכא דהכחשה הוא על הזמן דעד א' לא יחייבו שבועה פיון דהורע  
פחן של ב' עדים אם אינו פורע לו ומעכבו אינו חייב לשלם דהוי רק כמבטל פיסו נימא  
גם כן דהורע פחו של עד א' שלא יחייבו שבועה כמו בקרקע.

וש"ב הרב הגאון מ' צבי הירש נ"י אויערבאך אבד"ק קאנין כ' ליישב על פי זה דעת  
הב"ח המובא בש"ך (סי' פ"ח) דסובר דשבועה להכחיש העד לכ"ע אף בכלי צריה  
שיהיה שנה פרוטה והש"ך משיג עליו דכמו שב' מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה  
ולדעת הר"ן ה"נ הורע פחו של פלי שאין בו ש"פ אם מזיק לו אין הב"ד נזקקין.

ואני שמעתי ולא אבין כלל דברים האלה דאף אם נאמר כדעת מרן זקני מ"ו זצ"ל  
דהר"ן אתי עלה מצד הסברא ולא מגזה"כ רק הואיל דהורע פחו בב' עדים היינו פיון  
דסוג ממון זה כמו שהוא קרקע ושטרות יש בהן ריעותא דאינו בני שמירה לחייבו על  
ידן אבל בסוג פלי לית בהו שום ריעותא דעל פלי בעינא נזקקין מטעם חשיבותן והוי  
כפירת דבר חשוב ולית בהו שום ריעותא רק אם הזיקו אז פיון שאין בהן ממון לדון רק  
על התשלומין ואין נזקקין על פמש"פ אבל סוג פלי לא הורע פחו וכן בנידון דקצוה"ח  
אף בהיזק דפסור מ"מ זה ענין אחר דלא חייבו התורה לכל מזיק רק לשלם השויה ואם  
ליכא נ"מ לממון ליתא בתשלומין אבל פשדנין על הדבר שהוא בעין פיון דשניים מחייבין  
אותו ממון ע"א מחייבו שבועה משא"כ בקרקע דנתמעט אף פשהו בעינא אם פשע  
ונלקח מיד השומר: ברם פנראה הר"ן לא בא לדון מפת הסברא רק נדאי מודה דהוא  
גזה"כ דאין נשבעין על קרקע ולמדין זאת מבנין אב משבועת מודה במקצת דנתמעט

מקרא פן נמי לא משביעין מן התורה להכחיש העד וכמו שכ' הריטב"א (שבועות דף מ') רק עיקר גושית הר"ן הנה פניו דאמרינו דלא בעינו גבי שבועה להכחיש העד שתי פספס והוא מטעם פלגא דכ"מ ששנים מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה ולמדוין מפלג זה שיהא דוקא וכמו שכ' הר"ן שם אם פן למה לא נימא ללמוד מהה פלגא אף לענון קרקע ולא נלמוד מבנין אב דמודה במקצת ועיין שם בתורת חיים דכ' הא דש"ס מיימי שם מהה דרשא דלא יקום ורק מברייטא דכ"מ ששנים מחייבין כו' למה איצטרף לאתויי הה דרשא וכ' דברייטא יליף מדכתיב לא יקום ולא איצטרף דעפ"י שנים עדים יקום דברפתיב ולא צריף רק למידק דקם לשבועה ולכתוב דבעד א' ישבע אלא ודאי הקישא אתי לאשמועין דכ"מ דב' מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה.

ובאמת קרא דלא יקום איצטרף ללא פמו שכ' הסמ"ג דעד א' המעיד בכל עון עובר בלאו או ללא על הב"ד דלא ידונו על ידי עד א' והא דילפינו דקם לשבועה כ' הרמב"ם דמפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה כמבואר הלכות עדות (ופ"א) מטו"נ כ' דמפי השמועה למדו שכ"מ שב' מחייבין ממון א' מחייבו שבועה.

עכ"פ פניו דכלל הוא דכל מקום שב' מחייבין ממון א' מחייבו שבועה קשיא ליה לר"ן ז"ל דנלמוד גם פן מהפלג לענון קרקע ולא מבנין אב דמוב"מ וע"ז כתב סברתו דהה פלגא הוא דוקא בממון השנה לכל החייבין אבל דברים שמיעטן התורה מחייב אשר בשאר ממון בזה אף ששנים מחייבים ממון כמו קרקע מ"מ פניו שהורע פחו של קרקע לענון חייב שמירה משוינו המשקולות שלא לחייבו שבועה נגד עד א' אף לענון כפירה לבד וכמו שכ' הר"ן שם וילפינו מבנין אב דמודה במקצת אבל בשאר דברים הדרין לכלל דכל מקום ששנים מחייבין ממון עד א' מחייב שבועה וז"ב לדעתי הענייה.

ומ"ש אאזמ"ו ז"ל לסלק ראיות הקצוה"ח מהא דנאמן בעל המקח דעכ"פ חייב ליטבע שבועת המשנה מדרבנן כמו בעד א' המעיד שהוא פרוע לא אדע פנונתו שם פניו דבא להוציא חייב ליטבע להפיס דעתו של בעה"ב כמבואר בש"ס כתובות אבל היכא דהוא מוחזק לא מצינו היכא דמן התורה אינו חייב ליטבע להכחיש העד שיתחייב ליטבע בנק"ח רק הוסת כמבואר (סי' צ"ה): ועל גוף הדין דחייב ליטבע הוסת היכא דליכא עד א' במחולקין על הזמן כ' בש"מ להקשות מדברי הרמב"ם וש"ע (סי' קכ"ג) במי שפא בהרשאה והלנה כופר ומתפף השבועה על המלנה שייבא וישבע ויטול דמוציאין הממון ויהי' מונח ביז ב"ד עד שייבא וישבע ויטול ואם כפירת זמן ככפירת גוף הממון היאך יכול להפנה פניו דמפח ההיפוף יתעכב הממון והוי כמהפף חצי תביעתו והאריף בזה והניח בצ"ע ותמהני על אדם גדול המחבר הנז' מלבד הא שם מניח המעות ביז ב"ד חזינו דלא נתפנון לעכב הממון ביזו אלא אף באם א"צ להניח ביז ב"ד כמו שכ' הכנה"ג שם משם מהרשד"ם מ"מ אף דהוי הזמן גם פן כפירת ממון מה איכפת ליה בפסידא של המלנה דישתהא הממון עד שייבא הא הלנה מה"ד פטור רק תקנת חכמים הי' לחייבו הוסת והם אמרו בדרבנן מהפכינו ונשאר על ד"ת כ"ז שאין המלנה נשבע דפטור הלנה מפל וכל ומה לו ללנה בפסידא דהפסד הזמן הא הוא טוען דאינו חייב פלל ואינו מפסידו ואף דחייב על זה גם פן הוסת מ"מ בכל אופנים יכול להפנה ולפטור את עצמו דהא אם המלנה הי' בכאן יפרע לו מיז אחר שישבע וכי משום דלא פא המלנה בעצמו יפסיד

הלנה ויצטרף לישיבע זה לא תקנו חז"ל שלא יהיה בידו להפך השבועה עליו פיון דבדרבנן מהפכינו והם אמרו והם אמרו ואין פאן סרף קושיא בזה: והיא דתובע לתבירו חוב והלנה משיב אמת שחייב אני לה אכל תנאי הי' לשלם לה אימתי שארצה ולא תתבע ממני בב"ד ורק אימתי שיהיה לי ממון ברינח אשלם לה לפי הסכמת האחרונים דאם הפפירה הוא על הזמן לא הוי פמודה במקצת דהוא מודה לו בחיוב אחר וכמו שכ' הקצוה"ח דגבי שבועה בעינו דוקא דבר שגופו ממון וכופר שטרות פיון דלאו גופו ממון פטור אפילו מודה במקצת ועד א' וה"נ אף דהוא מודה לו בחובו וכופר בחיוב פרעון פשייתבענו מ"מ אינו מודה לו דבר שגופו ממון ופטור משבועה.

אף קצת קשה הא מוב"מ דחייב ואינו נאמן במגו דכזה"כ הוא משום דאין אדם מעיז לכפור הפל רק פשמודה במקצת יכול להעיז אם פן הדעת נוטה דיותר יכול להעיז ולהודה בכל החוב רק שתנאי היה ביניהם שלא יתבענו עד שיהיה לו ממון ברינח והאמינו בזה מלהודות בפרוטה ולכפור לגמרי פל החוב ואם פן יהיה נאמן במגו דהיה מודה בהפל רק שיהיה תנאי זה ביניהם והאמינו המלנה על זה שכשיהיה לו ברינח ממון יפרע לו מעצמו פיון דנשאר חייב לו רק שלא ידחוק אותו לא הוי העזה פל פה מאשר יכפור הפל ויודה בפרוטה ובע"כ צ"ל דכף היא המידה פיון דאינו מודה בחיוב פרעון פשייתבע ממנו המלנה פלל הוי העזה יותר ועיין טו"ז: ועיין בפ"ה שהעלה אם תובע ממנו מנה שחייב לפרוע לו תיכף והוא מודה בתמשים לפרוע לאחר זמן נשבע על הנון שאמר שזמנו אחר פה היסת ובכלות הזמן ישבע ש"ד על התמשים שכופר.

ובתומים משיג על זה והעלה דחייב לישיבע תיכף שבועה דאורייתא דהא ההודאה על התמשים שחייב לשלם אחר זמן שהוד' הוי הודאה שיש בו שנה פרוטה ואם פן הוי מוב"מ גמור ולמה ימתין עד תשלום הזמן על שבועתו בנון שכופר.

אולם יש מקום לדברי הש"ה לפי הנז' דהלואה לא הוי גופו ממון והוי פטוען ממון בעינא ומודה לו בשטר דלא הוי גופו ממון אף דהשטר הוא דבר בעין מ"מ פיון דל"ה גופו ממון איתמעט מדין שבועת מוב"מ וה"נ בהודה לו חוב שחייב לו לפרוע לאחר זמן אינו מחייבו לישיבע ולא קרינו ביה פי הוא זה וכמו שכ' הקצוה"ח.

הן אמת דהקצוה"ח סותר קצת לדברי עצמו שכ' (סי' קכ"ו ס"ק ט') לדון דחוב בע"פ הוי גופו ממון רק דהוי אינו ברשותו ואף דאיתמעט שטרות מפלל ופרט מדין אונאה מ"מ מוכר חוב בע"פ במעמד שלשתן יש להם אונאה דהוי גופו ממון ואם יש לו עד א' שנתן לו חוב אחד בע"פ על ידי מע"ג והוא כופר דצריף לישיבע שבועת התורה להכחישו פיון דתובע אותו גוף החוב הוי גופו ממון עיין שם וכאן כ' דחוב ל"ה גופו ממון.

אולם באמת דבריו שם המה תמוהין למאד פאשר פכר פתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ו) ולעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות כ"ב) דהא דצריף קרא למעט שטרות משום דהיה ס"ד דהוא דבר הנקנה מיד ליד ממעטינו משום דאינו גופו ממון ואינו אלא לראיה שבו אף להסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת אכל מלנה על פה בלא"ה ממעטינו כמו דממעטינו קרקע משום דלא הוי דבר הנקנה מיד ליד וכן נמי לענין שבועה אם תובע ממנו שהקנה לו שני חובות במעמד ג' והודה לו בא' דאינו חייב שבועת מוב"מ דלא הוי דבר הפטלטל וממעטינו מחיוב שבועה מפלל ופרט וממילא אינו חייב



שבועת התורה להכחיש העד ואם כן הכא נמי פיון דנה תובע ממון שחייב לו מיד והוא מודה במקצת שחייב לו לאחר זמן הוי כמודה בדבר שאין גופו ממון ואינו מטלטל דפטור משבועה ולכך אינו חייב עכשיו לישבע רק היסת.

אף זאת קשה דאם כן לא יתחייב שבועה גם אחר כך פשיגא דהזמן פירעון ממה שהודה פיון דכבר יצא הודאה בפטור אם נאמר דאז פשהודה לא הוי כמודה במקצת הואיל דהוד' בדבר שאין גופו ממון לא קרינו פי פי הוא זה אבל מ"מ הודאה הוי שחייב לשלם אז פשיגא דהזמן הוי כמו הודאה קדמה לתביעה דפטור ועיין קצוה"ח (סי' ע"ה) אלא ודאי דהוי הודאה גמורה אף שלא יתחייב לשלם עד פשיגא דהזמן אם כן למה לא יתחייב לישבע עכשיו וכדעת התנאים: סי' ב יש לחקור בתובע לחבירו חמשים שחייב לו וכופר בכל בפני ב"ד ופסקו ב"ד לחייבו היסת ואחר כך אמר התובע ששוב נזפרתי שמלבד אותן חמשים אפה חייב לי עוד חמשים והודה באותן חמשים אם נאמר דחוזר ונגיעור טענתו הראשונה פיון דתובע אותו עכשיו גם כן והוי מודה במקצת ונחייב שבועה דאורייתא א"ד פיון דכבר פסקו הב"ד על אותן הנ' שבוע' היסת שוב אינם חוזרין ונגיעור בטענתו השניה לחייבו עליהן שבוע' דאורייתא.

ולכאורה הנה נראה דאם עדיין לא פסקו הב"ד על תביעת הנ' הראשונים יכול לצרף עוד תביעה הראשונה עם השני' לחייבו שבועה דאורייתא פיון דעדיין לא נפסק הדין ועתה פיון שטוען עוד על הנ' אחרים והודה עליהן הוי מודה במקצת התביע' ונחייב שבועה דאורייתא ואינו דומה להודאה קדמה לתביעה דשם יצאה כבר הודאה בפטור אבל פשהודה לחייב א"ע בנ' י"ל דמצטרפין התביעה השניה לראשונה ומקרי פי הוא זה אם תובע לו מאה מחדש היינו בצירוף הנ' שפבר כפר: אולם נראה דתליא במחלוקת הראשונים בריש ב"מ בהא דקאמ' בש"ס אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי ופירשו הרמב"ן ורשב"א ור"נ ונ"י שם היינו דהיה ס"ד בהעדאת עדים פיון דהוא כופר הפל חזקה אין אדם מעיז ופטור מש"ד קמ"ל פיון דחזינו דכפר הפל ועדים מעידים דחייב נ' יצא מחזקה דאין אדם מעיז דהא העיז פניו וכפר הפל אף במה דהעדים מעידים ועיין שם בש"מ דהיה ס"ד אף דהחזוק כפרן במקצת לא נוציאנו מאותו חזקה במקצת האחר דשפא לא הי' זוכר א"נ משטה הנה בו פיון שטענו יותר ממה שהלנוהו ויהי' נאמן באותו נ' שלא הכחישוהו העדים קמ"ל ק"ו דהואיל דהחזוק כפרן במקצת בחזקת מעיז הוא ונשבע.

ולפי זה בגד"ד פיון דבראשונה לא תבע ממנו רק ל' ובכל זה כפר בכל ואחרי כן פשהוסיף לתבוע ממנו נ' אחרים הודה אם כן לא החזוק כפרן במקצת ונשאר החזקה דאין אדם מעיז בתוקפו פיון דהעיז לכפור בתביעה הראשונה ולא הודה כלל לא מהדרינו לחייב על ידי הודאה שהודה על תביעה השניה אעפ"י ששוב צירף תביעתו הראשונה עם תביעתו השניה שהודה עליה אולם לשיטת תוס' שם דכתבו דכופר הפל פטור מצד גזה"כ לא מצד הסברא דאין אדם מעיז י"ל דחייב ש"ד פיון דנעשה בהודאתו עכשיו כמודה במקצת ובטוש"ע (סי' פ"ז) מבואר בכופר הפל ונשבע היסת ואחר כך הודה במקצת דחייב ש"ד ועיין שם בסמ"ע (ס"ק פ"ה) ונש"ף שם וקשה למה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי שתיק.

ונאף דלא הו' פהודא קדמה לתביעה פיון דתבע אותו קודם לכן מ"מ האבמרדכי פ' שבועות הדייגין עמד בקא דקתני במתניתין מנה לאבא בידה אין לו בדי אלא נ' פטור מפני שהוא משיב אבידה ומוקי בש"ס דלא אמר ברי ולמה צריף למשיב אבידה הא בלא"ה קתני שם אין נשבעין על טענת שמה וכתב דהא בקא תליא דטעמא דאין נשבעין על טענת שמה הוא משום דהוי כמשיב אבידה וכן מבואר במהרי"ט (סי' קנ"א) דמטעם משיב אבידה פטור בטענת שמה.

והודא דקדמה לתביעה דפטור הוא גם פן מטעם משיב אבידה כמו שכ' המרדכי ויקשה בזה ג"כ פיון דכבר נשבע היסת ונפטר יהיה אח"כ פמשיב אבידה: אף מדברי הפוסקים מבואר בכמה מקומות דהא דאין נשבעין על טענת שמה וגם הא דהודא קדמה לתביעה דפטור לאו מטעם משיב אבידה הוא ועיין רמב"ם (פ"ט) מנ"מ דכ' דוקא פשאומר הנזק ברי דגדול הזיק מבואר בטוען שמה פטור אף דשם לא שניף לומר דהוי כמשיב אבידה פיון דיש עדים על ההזק.

וכמו כן בדין דרח"ק דמתייבו ליטבע בהעדאת עדים הוא דוקא באומר מנה לי בידה אבל לא בטענת שמה. וכן אם תובע מחבירו ואומר לו מנה לי בידה חמשין ידענא בבירור דאתה חייב לי ואני מסופק עוד על חמשין והלה אומר חמשין אני חייב לך ולא יותר לדברי המרדכי והמהרי"ט נאמר דחייב ליטבע שבועה דאורייתא דהוי מוב"מ וזה לא שמענו.

אולם עכ"פ יקשה דיהיה נאמן במגו דאי בעי שתיק ולמה ישבע אחר כף ש"ד. אולם לדברי הרמב"ן וסיעתו הנז' דמטעם דהחזוק כפרו יצא מחזקתו אתי שפיר דכיון דהעיו מקודם לכפור בקל והודה אחר כף במקצת יצא מחזקה דאינו מעיז ולכה חייב ש"ד.

שוב ראיתי באורים (סי' פ"ז סקפ"ב) דכ' הא דל"ה כמשיב אבידה משום דעתה הוא מתחרט ואינו רוצה להעיו ולכה הודה במקצת ואשתמוטי קמשתמיט. וזה לא אתי שפיר דהא מ"מ כבר העיו והוי מגו דאי בעי שתיק ולא הוי הודה פלל וביותר למה שכ' הרשב"א ריש ב"מ דלכה חייב ליטבע במודה במקצת אף דאינו רוצה לגזול ורק קמשתמיט משום פיון דהתחיל לכפור שוב לא יודה ובגידון הנ"ל דכבר כפר בכל ונשבע וראינו שאף שאחר שנשבע הודה ולא בוש ודאי אם היה חייב יותר ישלם ולא יתחזק בטענתו דהרי ראינו שהודה ולא בוש אף אחר שבועה אולם למה שכ' ע"פ שיטת רמב"ן אתי שפיר דכיון דיצא מחזקת מעיז לכה חייב שבוע' דאורייתא: וקצת י"ל דזה דעת רמב"ם דכ' (סוף פ"ד) מטו"נ מנה לי בידה אין לה בדי פלום והעדים מעידין עליו שעדיין יש לו אצלו נ' פסקו כל הגאונים הלכה שישלם חמשים וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ובלח"מ שם תמה למה תלה בפסק הגאונים הא פיון דקיי"ל טענו חטים והודה לו בשעורים ע"כ הלכה כר"ח פמבואר ב"מ (דף ה') [וכבר כתבו ליישב על פי דברי תוס' שם] וי"ל דהא הרמב"ם שם כ' (ה"ד) אין מוב"מ חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען ק' יש לי אצלה נ' שבשטר זה ונ' בלא שטר אין לה בדי אלא נ' שבשטר אין זה מוב"מ שהשטר לא תועיל לו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם.

ובמ"מ שם הביא משם רבינו האי שאפילו אין הנ' אלא בעדים אם הודה בהן אין הודאתו פלוג ובס' גד"ת (שער ז' ח"ב) הקשה אם פן היכי מחייב ר"ח בעדים מעידין בנ' הא לא ילפינן אלא מהודאת פיו וכיון דהודאת פיו על מה שיש עליו עדים אינו מחייב שבועה גם העדים לא יחייבו דתהא העדאת עדים גדולה מןהדאת פיו לא אמרו אולם ל"ק די"ל דר"ח איירי באופן דהעדים לא העידו רק על הלואה ויכול להיות שפרע וכמו שכ' הר"ן מס' שבועות ובש"מ ב"מ שם משם פמה ראשונים.

אבל בהעידו שעדיין חייב י"ל פיו דאינו יכול לכפור ובהודאת פיו אינו מחייב שבועה דלא הוי הודאה פלל כמו כן אינו מתחייב על ידי העדאת עדים. לזה בא הרמב"ם משם פסק הגאונים להוסיף דאף אם העדים מעידין שעדיין יש לו אצלו נ' מ"מ פיו דבהודאת פיו במקום דאינו יכול לכפור חייב מוד' במקצת לכ"ע העדאת עדים מחייבין אף דאינו יכול לכפור דכיון דכפר בקל והעיו פניו בדבר שיש עדים יצא מכלל מעיו ואף כופר הפל חייב בכה"ג ועיין ש"ע (סי' פ"ז ס"ב) תבעו ר' והודה לו במנה והוא בענין שלא הי' יכול לכפור באותו מנה כגון שהוא מעשה ב"ד לא מיקרי הודאה במקצת ובבדה"ב שם כ' דלאו מטעם הילך הוא רק הואיל דאינו יכול לכפור לא מיקרי מודה ועיין שם בקצוה"ח (ס"ק ה') ביאור דבריו והקשה דעכ"פ יתחייב על פי העדאת עדים מדר"ח וכ' דהודאת פיו פיו דאינו מחייבו בדבר שחיובו ברור גם העדאת עדים אינו מחייבו ור"ח איירי במקום דאין חיובו ברור דאפשר דפרע וקשה הא בדברי הרמב"ם מבואר דאף היכא דהחיוב ברור דהעדים מעידין שעדיין יש לו אצלו נ' גם פן חייב הרי דהעדאת עדים עדיף מהודאת פיו.

אולם למה שכ' אתי שפיר דדוקא היכא דהוד' במה דאינו יכול לכפור לא מחייבו הודאת פיו דאין זה אשר יאמר עליו כי הוא זה והוי דינו כמו כופר הפל אולם זה דוקא היכא שהודה במה דאינו יכול לכפור אבל היכא דהעיו פניו לכפור אף במה שאינו יכול לכפור בזה פיו דיצא מחזקת מעיו חייב שבועה על ידי העדאת עדים.

ומיושב מה שהניח שם הקצוה"ח בקושיא קושית הכ"מ (בפ' כ') מעדות בשני פתות עדים שהכחישו זו את זו והמלנה יש לו על הלנה שני שטרות אחד גדול ואחד קטן וכת אחד חתומה בשטר זה וכת אחד בשטר זה והלנה כפר בשניהם דישבע על השאר ואמאי הא אינו יכול לכפור.

ולמה שכ' אתי שפיר דדוקא אם הודה במה דאינו נאמן לכפור לא הוי הודאה במקצת אבל אם כפר והעיו פניו לכפור גם ע"ז שיש עדים יצא מחזקת מעיו וחייב לישבע: אולם באמת בתנאים (סי' פ"ח ס"ק י"ט) הוכיח בראי' ברורה מדברי הרמב"ם (פ"ט) מנ"מ בהי' אחד גדול ואחד קטן והניזק טוען על המזיק שידע שהגדול הזיק דחייב ש"ד הרי אף דאינו יכול לכפור חייב גם פן הודאה דהא שם יש עדים בדבר ובכ"ז חייב ש"ד.

והשיג מפח זה על הש"ך שם (ס"ק נ"א) דדעתו באינו יכול לכפור פטור מש"ד. וי"ל דבאמת מטעם מוב"מ פטור פיו דכתיב אשר יאמר כי הוא זה משמע שידה בדבר שצריך אמירתו ולא בדבר שאינו יכול לכפור ואין צריך לשום הודאתו.

וילכה במעשה ב"ד שפבר יש בידו ואין צריף שום טענה עוד לא הוי מודה במקצת אבל בהעצאת עדים אף אם הודה בהעצאתו מ"מ מיקרי מוב"מ וילכה שם בהודה שהקטן הזיק חייב אם מצד הודאתו דאף דיש עדים מ"מ צריף עדיין לקבל עדותו ולעשות פב"ד על זה ושיעידו בפני בעל דין ואם מצד העצאת עדים וי"ל בכוננת הרמב"ם שכ' מהלכות טו"נ הנז' שהשטר לא תועיל בו כפירתו ונהרי פל נכסיו משונעבדין בו היינו הודאתו אינו מחייב משום שלא תועיל כפירתו ועדים הסתומים על השטר כמי שנתקרה עדותו בב"ד ולא צריף עוד שום דבר ואפילו פפר בו הנה חייב לשלם היינו מטע' הודאתו מ"מ מצד העצאת עדים היו מהראוי לחייבו אף היכא דאין ביז הנתבע לכפור אמנם פטור דמצד השטר בלא"ה אין לחייבו דהא עיקרו של שטר הוא שעבוד קרקעות והוי כהעצאת ש"ק בשלמא מצד הודאתו ליכא למיפטרין מצד ש"ק דהרי חייב לשלם גם ממטלטלין שלו והוי כהודאת קרקעות ומטלטלין ולא חשיב שעבוד קרקעות רק בשטר שעיקרו שעבוד קרקע וכמו שכ' הלח"מ (פט"ז) מאישות לכה כ' משום דאינו יכול לכפור לא הוי כמודה במקצת ומצד העצאת עדים הנה מהראוי לחייבו אף דאינו יכול לכפור מ"מ פיון דצריף עדות ועדיף מהודאת פיו לכה כ' דפטור מטעם שעבוד קרקעות.

ומעשה ב"ד י"ל אף דלא הוי שעבוד קרקעות עיקרו מ"מ לא נוכל לחייבו מצד הודאתו דהוי אינו יכול לכפור ומצד מעשה ב"ד שיהיה כהעצאת עדים ודל הודאתו מכאן צריף לומר דמעשה ב"ד גרע מן העצאת עדים.

ועיין תשובת עבודת הגרשוני (סי' קי"ג) שכ' דמעשה ב"ד עדיף והוי כגבוי יותר מכתב יד שיש בו נאמנות לכה אף דדעת הש"ע דבכ"י אף שיש בו נאמנות אינו פטור משבועה אף דאינו יכול לכפור מ"מ מעשה ב"ד דהוי כגבוי עדיף ואינו מחייבו דהוי כהילך: סי' ג הא בתבעו מנה והשיב איני יודע אם פרתיה דחייב לשלם מבואר ברמ"א (ס"ט) אם אמר אחר כה נזפרתי שפרעתי נאמן בשבועה והש"ף הביא דברי מהרש"ל דאינו חוזר וטוען ועיין בתומים דהוכיח מדברי המרדכי דנאמן לומר נזפרתי ובנ' ידענא ונ' לא ידענא דהוי מתשאל"מ דעת הכנה"ג דאינו נאמן לומר נזפרתי ובקצוה"ח תמה אמאי ודעת הנתיבות להכריע דזה דומה לאיני יודע אם פרתיה דנאמן לומר נזפרתי אולם היכא דעד א' מעיד לתובע דלעגן שבועה נחשב לשנים וכיון דפ"א אמר א"י שוב אף באומר נזפרתי א"נ להכחישו דהוי פשנים ואזמ"ו ז"ל בדברי משפט כ' להוכיח מדברי תוס' פתובות (נ"ג י"ג) דהקשו לר"ה ור"י דסברו ברי ושפא ברי עדיף למה לי קרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דאפנה בכה"ג חייב הא בלא"ה חייב מטעם ברי ושפא ברי עדיף הא נ"מ לעגן אם יטעון אחר כה נזפרתי דמטעם בו"ש ברי עדיף ודאי אם אמר אחר כה נזפרתי פטור ומטעם מתוך כה נזפרתי דמטעם בו"ש ברי עדיף ודאי ידענא ונ' לא ידענא יכול אחר כה לומר נזפרתי עיין שם.

אולם יש להבין למה צריף התוס' לתרץ דנ"מ היכא דשניהם אינם יודעין אלא דעד א' מעיד דחייב דלגבי אב מתוך שאיל"מ וזה תליא במחלוקת הפוסקים אם טענו בספק על פי העד מחייב הא נ"מ אף אם התובע טוען ברי דלכ"ע מחייבו שבועה ואם הנתבע אומר א"י אם אמר אחר כה נזפרתי דמטעם בו"ש הנה פטור ומטעם מתוך שאיל"מ פיון דע"א מחייבו א"י לטעון נזפרתי א"ו מוכח דגם בע"א יכול לומר נזפרתי: אף נראה דאין לבנות

יסוד על הוכחות פאלה דבלא"ה יש נ"מ טובא בין אם חייב מצד בו"ש פרי עדיף או אם חייב מצד מתשאי"ל"מ.

חזקא דלכאורה נראה הא דבו"ש פרי עדיף לר"ה ור"י הוא מטעם דהוי ספק גזל וכינן דהוי חזקה לצרף ג"כ דאין אדם תובע אלא אם פן יש לו מחייבין ליה לשלם וכופין אותו על זה לדעת ר"ה ור"י אבל מ"מ י"ל דשעבוד נכסים אין פאן בבירור ואם יש בעל חוב אחר שחייב לו בבירור י"ל דהוא קודם לזה דאין ספק מוציא מידי נדאי ואף דטוען פרי גם לנגד הבעל חוב האחר מ"מ לגבי אחר הוי שמא טוב דלא הוי ליה למידע אם הלנה חייב גם לו וכינן דהוא בנדאי פא מפח השעבוד אין ספק מוציא מידי נדאי גם י"ל אם מת דאינו יכול לגבות מן היורשין פינו דשעבוד ליפא בבירור ולגבייהו הוי שמא טוב דלא הוי ליה לדע אם אביהן חייב או לא ואם פן אף דכבר יצא אביהן חייב מפי ב"ד עיקר החיוב הוא מטעם ספק גזל דעל ידי חזקה דאין אדם תובע אלא אם פן יש לו אין מוציאין ממון דהממע"ה רק מטעם דהוי ספק גזל ואף דנחתינו לנכסיו הוא רק מטעם פפיה אבל לא ידענא בבירור דנשתעבדו נכסיו וכשמת לא עדיף מנודר ומת אף דרמא ארקפתי דגברא לקיים נדרו דעת פמה פוסקים דירשין פטורין.

אבל אם פבר יצא חייב מב"ד לשלם מטעם דמתשאי"ל"מ וכ"ז דאינו יכול ליטבע הוי פמודה במקצת דאינו רוצה ליטבע דנחתינו לנכסיו מטעם דהוי רגלים לדבר דחייב לו פינו דהודה במקצת וכמו שכ' תוס' ב"מ (נף ד') וכתוב ולקח בעליו ולא ישלם דכבר נתחייב דמים רק שיכול לפטור א"ע ממנו בשבועה וכינן דאינו יכול ליטבע חייב לשלם מטעם שעבוד והוי בבירור גמור ואין לבע"ח אחר דין קדימה נגדו וגם היורשין חייבין לשלם: ועוד י"ל פאם התובע הוא גזלן וחצוף מפורסם דלא שייך לגבי אין אדם תובע אלא אם פן יש לו מודו ר"ה ור"י דלא מחייבין לזה לשלם ואף דנדאי אף גזלן מפורסם התובע לכשר מפורסם שפישראל פשאין הדין מרומה מחייבו שבועת הית מסע' חזקה דאין אדם תובע אלא אם פן יש לו והוא מטעם דלא פלוג עבדו חז"ל וכן מודה במקצת דחייבו התורה שבועה הואיל דיש רגלים לדבר דהודה במקצת מחייבין אף בכה"ג.

ועיין תשובת הגאונים (סוף ש"ד מח"ה) דאף עכו"מ התובע לישראל ומב"מ משתבע ישראל ומ"מ אם חייב ליטבע הית אינו מבואר ועיין כנה"ג (אות ס"ט) ובצמח צדק (סי' קכ"ט) דתקנתא לעפון"ם לא עבדינו וברמב"ם (פי"ד ה"ה) מטו"נ ובש"ף (סי' קמ"ט ס"ק ג') ומ"מ לחייבו מצד בו"ש פרי עדיף נראה דגם ר"ה ור"י מודים דלא מחייבין ליה אף דהוא שמא גרוע ומטעם מתשאי"ל מחייבין ליה לשלם.

ויש להסתפק גם לדין דבו"ש לאו פרי עדיף רק לציד"ש חייב אם בכה"ג נגד גזלן וחצוף מפורסם חייב לציד"ש ולמה שכ' התנאים דעיקר תלוי בשמא גרוע לדעת ר"ה ור"י י"ל לדין חייב לציד"ש אף בכה"ג: עוד יש למצוא נ"מ לר"ה ור"י בין בו"ש למשאי"ל"מ פגון אם הנתבע מסופק אם חייב לו התובע ממ"א דבזה אף דהוי בו"ש י"ל דלגבי הנתבע הוי ס"ס חזקא דלמא באמת אינו חייב לו זה החוב ואף אם חייב לו זה החוב שנתובע תובע ממנו דלמא באמת חייב לו ממ"א ויש לו בידו פנגדו וס"ס פמו דמהני לגבי איסורין פמו כן מהני לגבי ממון להחזיק פינו דכל חיובו אליבייהו הוא רק מטעם ספק גזל.

ועוד יש לומר אם עד פֿשר מעיד דאינו חייב לו מודים ר"ה ור"י דאינו חייב לשלם פינו דאינו, חייב רק מטעם ספק איסור ולגבי איסור עא"נ. ומטעם מתשאי"ל דחייב לשלם דעת הסמ"ע והש"ך (סי' פ"ז) דאין עד א' נאמן לפנטרו מן חיוב קמון ואף לדעת הקצוה"ח שם דעד א' נאמן לפנטרו בתמשינן ידענא וחסמשינן לא ידענא י"ל דהיינו דוקא עד פֿשר ולא עד פסול דלא עדיף מלפטור אותו משבועה דאין עד פסול המסייעו פוטר אותו מה שאין פן מטעם בו"ש דחייב לצאת ידי ספק גזל י"ל דאף אם מסייעו עד פסול היינו קרוב נאמן לפטור אותו מחיובו: ולכאורה בא קשה למה יכול לומר אחר כך הנפרתי הן באיני יודע אם פרתיה הן במתנה הן מבואר בתשובת רשב"א בת"א (סי' ג') בא' שפגר על ידי ערפאות חנות של חבירו למשכנו ונכנסו ב"א להוציא משם סחורות וטוען הבעל החנות שנגנב ממנו תיקוה וזה טוען שלא לקח אלא דבר השונה זזו א' ודן הרשב"א לזה פשוט וזה שהודה במקצת הוי על השאר מתשאי"ל מ' וכ' הרשב"א ונ"ל זה אם טוען עכשיו שא"י כמה היה שנה והה"ד אם טוען מתחילה א"י אעפ"י שחזר עכשיו פשראה שהוא מתחייב בדין ואומר הנפרתי ואני יודע שלא הי' בו אלא כך וכך דכל דבר שאדם טוען בב"ד שאינו יודע שוב אינו יכול לחזור בו מחיוב לפטור הרי דאינו יכול לומר הנפרתי אולם אתי שפיר למה שכ' הש"ך (סי' ע"ט ס"ק כ') דדוקא פשוטו שפאותו פעם שאמר איני יודע באמת לא ידע ועכשיו נזכר ישבע שכן הוא שמתחילה שכח ועכשיו נזכר אבל אם אמר שמתחילה טוען שגר אינו נאמן רק דוקא אם שתי הטענות באות לפנטרו וי"ל דהרשב"א גם כן פונונתו על אופן זה פשראה שהוא מתחייב בדין אומר הנפרתי היינו שחזר מטענתו אבל אם אומר שבאמת לא ידע ועכשיו שם על לבו וידע י"ל דגם הרשב"א סובר דנאמן וכדעת הרמ"א: ויש להסתפק באיני יודע אם פרתיה אם מת אם גופה מן היורשין די"ל אנו טענינו עבור יתומים דלמא אם היה אביהן חי היה טוען הנפרתי שפרעתי וכל מה דאביהן היה יכול לטעון אנו טענינו עבור יתומים וכן בני' ידענא ונ' לא ידענא למה שכ' הקצוה"ח והנתיבות דיכול לומר הנפרתי אם מת אם אנו טענינו עבור היתומים דלמא אם, היה אביהן חי היה משים על לבו והיה טוען הנפרתי שפרעתי בעת שהיה בא לגבות ממנו.

וכמו כן יש להסתפק בהא דמבואר (סי' ע"ט ס"ג) בהודה שחייב לזה התובע מנה דאם אמר הנפרתי והרי עדי מועיל ודעת רמ"א שם משם הנ"י דאם באו עדים תחילה דא"נ ודעת המ"מ מובא שם בש"ך (ס"ק י') דאפילו באו עדים תחילה אם מת קודם שבאו העדים אם טוענין ליתומים דלמא אם היה אביהן קיים היה טוען הנפרתי קודם דבאו עדים ודאי מצד הסברא נראה אם מת דטענינו עבור היתומים אילו היה חי ודאי היה טוען הנפרתי דהא יש עדים דאינו חייב ואף דהודאתו מהני יותר מהעדים מ"מ מה"ת נאמר דלא שכח ובנדאי היה טוען הנפרתי רק אף לאחר שבאו העדים לדעת המ"מ וכן הסכים שם התנאים דלעולם יכול לומר הנפרתי פינו דהעדים מסייעין לו י"ל אף אם אינו חוזר ומת דטענינו בעד היתומים.

ואם פבר פסקו הב"ד דחייב לשלם נראה דבכל אנפי א"י שוב לחזור ולטעון וכמו שכ' הנתיבות (סי' נ"ט ס"ק ב') רק אם עדיין לא פסקו הב"ד ומת מקודם י"ל דטענינו בעד היתומים הן בהא דסי' (ע"ט) הן באיני יודע אם פרתיה ובני' ידענא ונ' לא ידענא ואין זה מילתא דלא שכיח כ"כ דכ"ז שלא הי' ברור אצלי לא שם על לבו כ"כ ואומר שא"י

וכששם על לבו נזכר שכבר פָּרַע וְאַף בְּמִלְתָּא דְלֵא שְׂכִיחָא יֵשׁ מַחְלֻקְתָּהּ הַפּוֹסְקִים (סי' ק"ח) דִּישׁ סוֹבְרִים דְּטַעֲנִינּוּ לִיתְמֵי וְעֵינֵי ש"ה (סי' ס"ט ס"ק כ"ו) דְּמַסִּיק דְּלַעוּלָם אָנוּ חוֹשְׁבִין כְּאֵלוּ אֲבִיהֶן קִיָּים לְפָנֵינוּ וְטוֹעֵן כֶּה יִהְיֶה אִיזָה טַעֲנָה שְׂיִהְיֶה אִם כֵּן ה"ל לְטַעוֹן לָהֶן כֶּה דָאִם הִיָּה לְפָנֵינוּ וְהִיָּה טוֹעֵן נִזְכְּרֵי שְׂפָרְעֵתִי אוֹ שְׂאִינוּ חֵיב הִיָּה נְאָמֵן אִם כֵּן יִהְיֶה פְּטוּרִין: אוֹלָם יֵשׁ לוֹמֵר לָמָּה שֶׁכ" הַש"ה (סי' ע"ט) הַנּוֹ דְּצָרִיף לִישְׁבַע שְׁפָן הוּא דְּמַתְחִילָה שְׂכַח וְעַכְשָׁיו נִזְכְּרֵי וְכֵן מִשְׁמַע מִלְשׁוֹן הַרַמ"א דְּכ" נְאָמֵן בְּשִׁבְעָה וְלָמָּה צ"ל בְּשִׁבְעָה דְּכִי ס"ד שְׁעוֹד יִהְיֶה נְאָמֵן בְּלֵא שְׁבֻעָה וְכִי גָרַע מִשְׁאָר כּוֹפֵר הַפֶּל דְּחֵיב הִיָּסֵת וְגַם בְּאִינֵי יוֹדַע אִם גַּתְחִיבְתִּי חֵיב לִישְׁבַע שְׂאִינוּ יוֹדַע וְאִם כֵּן הִיָּה בְּשִׁבִיל שְׁטַעֲן קוֹדֵם אִינֵי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיף דְּהוּא טַעֲנָה הַמְחִיב כְּשִׂאֹמֵר אַחַר כֶּה נִזְכְּרֵי יִהְיֶה פְּטוּר אִף מִשְׁבֻעָה אֲלֵא וְדֵאִי כּוֹנְנָתוֹ שְׂיִשְׁבַע שְׁעַכְשָׁיו נִזְכְּרֵי וְקוֹדֵם לֵא יָדַע וְאִף דְּאִינוּ טוֹעֵן עַל זֶה בְּרִי מ"מ כִּינּוֹן דְּעַל פִּי טַעֲנָתוֹ הִרְאִשׁוּנָה הִיָּה חֵיב לְשַׁלֵּם כְּשִׁחֻזֵר וְטוֹעֵן נִזְכְּרֵי רְגָלִים לְדָבָר הַגֵּי וְחֵיב לִישְׁבַע אִף עַל זֶה דְּמַתְחִילָה שְׂכַח וְלֵא יָדַע וְעַכְשָׁיו נִזְכְּרֵי אִם כֵּן י"ל כ"ז דְּלֵא נִשְׁבַע שְׁבֻעָה הַזֹּאת דְּמַתְחִילָה שְׂכַח וְטַעֲנָתוֹ שְׂאִינוּ יוֹדַע הִיָּה בְּאֵמֶת וְעַכְשָׁיו נִזְכְּרֵי לֵא נִפְיָק מַחֲיִבוֹ וְלִכְּה לֵא טַעֲנִינּוּ כֵּן בְּעַד הַיְתוּמִים כִּינּוֹן דְּכָבֵר הִיָּה בְּחֻזְקַת חֵיב עַל יָדֵי טַעֲנָתוֹ וְאִף דְּשִׁבְעָה זֶה הוּא רַק מְדַבְּרֵן וּמְדַאֲרִינְתָּא אִין צָרִיף לִישְׁבַע כָּל מ"מ הַשְּׁתָּא דְּחֵיב שְׁבֻעָה זֶה אִם הִיָּה לְפָנֵינוּ וְטַעֲנָתוֹ לֵא טַעֲנִינּוּ טַעֲנָה הַזֹּאת עֲבוּר יְתוּמִים לְהוֹצִיא מַחֲיִב לְפְטוּר וְאוּלַי י"ל דְּבְאֵמֶת כֵּל הֵא דִּיכּוֹל לוֹמֵר נִזְכְּרֵי הוּא רַק הַשְּׁתָּא דְּמִשְׁבִּיעִין עַל זֶה אֲבָל מִן הַתּוֹרָה דְּל"ש שְׁבֻעָת א"י א"נ לוֹמֵר נִזְכְּרֵי וְאִם כֵּן אִינוּ רְאִיָּה כָּל מְדַבְּרֵי תוֹס' כְּתוּבוֹת הַנּוֹ דְּשֵׁם קָאִי עַל ד"ת אִף זֶה דְּחֻזְקַת לוֹמֵר כֵּן דָּאִם מִן הַתּוֹרָה א"נ לוֹמֵר נִזְכְּרֵי כִּינּוֹן דְּלִיכָּא שְׁבֻעָה לֵא הַקִּילוּ חֻכְמִים לוֹמֵר שְׂיִהְיֶה נְאָמֵן בְּהִיָּסֵת וּשְׁבֻעָת אִינוּ יוֹדַע לֵא תִקְנוּ לְהַקֵּל עָלֵינוּ מִדִּין תּוֹרָה רַק לְהַחֲמִיר וּמ"מ י"ל דְּהַשְּׁתָּא דְּחֵיב שְׁבֻעָה כ"ז דְּלֵא גַתְכֵּר עַל יָדֵי שְׁבֻעָה דְּבְאֵמֶת לֵא יָדַע אִזְ אִינוּ נְאָמֵן לְחֻזֵר מִטַּעֲנַת חֵיב לְטַעֲנַת הַפְּטוּר וְלֵא טַעֲנִינּוּ כֵּן עֲבוּר יְתוּמִים וּמ"מ צ"ע דָּאִם כֵּן בְּחֻזְקַת עַל הַשְּׁבֻעָה דְּפְטוּר דְּמַתְחִילָה לְתַקְנָתָא לֵא עֲבָדִינּוּ הִיָּה נְאָמֵר דָּאִם טַעֲנָתוֹ א"י אִם גַּתְחִיבְתִּי לֵא יִהְיֶה נְאָמֵן לוֹמֵר אַח"כ נִזְכְּרֵי זֶה וְדֵאִי לֵא נְהִירָא וְצ"ע בְּכ"ז וְעֵינֵי מַה שֶׁכ" לְעֵיל דִּינֵי הַלְוָאָה (סי' מ"ה): סי' ד הֵא דְּאִינוּ יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיף חֵיב אִם הַתּוֹבַע טוֹעֵן בְּרִי וְכ" הַרִי"ף סוּף ב"ק הַטַּעֲם מִשׁוּם דָּאִין ס' מוֹצִיאֵמִידֵי וְדֵאִי.

וְהִיכָּא דְּלֵא הֵנִי לִיָּה לְמִידַע יֵשׁ מַחְלֻקְתָּהּ הַפּוֹסְקִים יֵשׁ סוֹבְרִים דֹּאֵעִפִּי"כ חֵיב כִּינּוֹן דָּאִין סְפֵק מוֹצִיא מִידֵי וְדֵאִי כִּינּוֹן דְּנִזְכְּרֵי וְיֵשׁ סוֹבְרִים דְּפְטוּר דְּעִיקָר הַטַּעֲם דְּבו"ש הִיכָּא דִּישׁ חֻזְקַת חֵיב בְּרִי עֲדִיף וּבְמִקּוּם דְּלֵא הֵנִי לִיָּה לְמִידַע דָּאִז אִין הַשְּׁמָא גְרוּעַ וְהַעִיקָר תְּלוּי בְּשִׁמְא גְרוּעַ וְעֵינֵי בְּתוּמִים וּבְנִתִּיבוֹת כ" וְיֵשׁ לִיָּה לִיָּה טַעֲם בְּדָבָר מַה בְּכֶה שְׂהַשְּׁמָא גְרוּעַ וְכִי מִשׁוּם שֶׁהִי לִיָּה לִיָּה וְלֵא יָדַע קְנָסִינּוּ לִיָּה וְצ"ל דְּטַעֲנַת אִינוּ יוֹדַע בְּמִקּוּם דְּהֵנִי לִיָּה לְמִידַע טַעֲנָה גְרוּעַ הוּא וּמַחְזִקִינּוּ אוֹתוֹ לְמַשְׁקֵר וְטוֹעֵן שְׁמָא וּבְאֵמֶת אֵלוּ הִיָּה בְּרוּר לְב"ד בְּאֵמֶת שְׂאִינוּ יוֹדַע הִיָּה פְּטוּר דְּלֵא גָרַע מִמֶּקוּן דְּלֵא הֵנִי לִיָּה לְמִידַע רַק דְּחֻזְקַתֵּינוּ אוֹתוֹ לְמַשְׁקֵר לְטַעוֹן שְׂאִינוּ יוֹדַע וְא"ל דְּנִזְכְּרֵי לֵא שְׂאִינוּ יוֹדַע בְּמִגּוֹ שְׂהִיָּה טוֹעֵן בְּרִי דִּיּוֹתֵר נ"ל לְטַעוֹן אִינוּ יוֹדַע מִטַּעֲנַת בְּרִי וּבְמִגּוֹ דֵאִי אִם גַּתְחִיבְתִּי א"נ דִּירָא שְׁמָא יֵשׁ עֲדִים עַל הַלְוָאָה וְעוֹד כִּינּוֹן דְּשִׁמְא גְרוּעַ הוּא א"נ אֲפִילוּ בִּישׁ לֵא מְגוֹ אִם לֵא בְּמִקּוּם הַפֶּה שְׁאֵסֵר כו' עֵינֵי שֵׁם בְּדָבְרֵינוּ (ס"ק ז'): וְזֶה דְּבָר רְחוּק לוֹמֵר לְהַחֲלִישׁ כֵּחַ הַמְּגוֹ וְשִׁלָּא לְהַאֲמִין לוֹ

דא"י בַּמְּגוּ דא"י אַם נְתַחֲיִבְתִּי דְהָא אַף בְּמִקּוּם חִזְקָה דְאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוּ דְהוּא חִזְקָה אֲלִימְתָא דְמוֹצִיאִין מְמוֹן עַל יְדוּ הוּא אֲיַפְעִיא דְלֹא אֲיַפְשָׁטִי אִי מְהֵנִי מְגוּ ק"ו בְּזָה .

גַּם יֵשׁ לְהַתְּבוּנָן אַם פִּן הִיכָא דְעַד א' מַעֲיַד שְׁפָרַע לּוּ בְּזָה וְדַאי יֵשׁ לּוּ לְהֶאֱמִין בְּמַגּוּ דְאִי בְּעֵי הִיזְר חוֹזֵר מְדַבְּרִיו וְאָמַר נִזְכַּרְתִּי שְׁפָרַעְתִּי לּוּ דְכִינּוּ דְעַד א' מְסִינְעוּ יְכוּל לְהַעֲזִיז וְעֵינּוּ ס' הַפְּלָאָה פְּתוּבּוֹת (דָּף פ"ה) דר"ל דבא"י אַם פְּרַעְתִּיהּ הִיכָא דְיֵשׁ לּוּ עַד א' מְחַשְׁבִּינּוּ לְטַעֲנָתוּ טַעֲנַת בְּרִי וְכַבֵּר הַשְּׂיָגוּ עָלָיו בְּזָה דְמַחֲזִיב מְמוֹן אִין עַד א' פּוֹטֵר אוּלָּם אַם נֹאמַר דְעֵיקֵר חִיּוּבוּ בְּשִׁבִיל דְלֹא נֶאֱמִין לּוּ שֶׁא"י וּבְמַגּוּ דְהִיזְר טוֹעֵן בְּרִי א"נ דְיוֹתֵר נִיחָא לִיהּ לְמִיטְעֵן טַעֲנַת אִינוּ יוֹדַע מְטַעֲנַת בְּרִי י"ל דְהִיכָא דְיֵשׁ לּוּ עַד הָאוּמַר שְׁפָרַע הַמַּגּוּ טוֹבָה הוּא דְהָא אַם הִיזְר טוֹעֵן בְּרִי הִיזְר לּוּ עַד הַמְּסִינְעוּ וְכַעֲזִין זֶה רְאִיתִי בִּש"מ (ס' פ"ו ס"ק ה') דבנ' יְדַעְנָא וּנ' לֹא יְדַעְנָא דְחִיּוּב מְטַעַם מִתְּשֵׁאִיל"מ דכ' הַשְּׂ"ף דְאִין עַד א' קָם לְמַמּוֹן וְכֵן דַּעַת הַסַּמ"ע (ס' ע"ב) וּכ' הוּא דְלַדְע' הַשְּׂ"ף דְהִיכָא דְיֵדַעְנּוּ שְׂאִינוּ יוֹדַע לֹא הָוִי מִתְּשֵׁאִיל"מ פִּינּוּ דְאִז פְּטוֹר מְשִׁבּוּעָה וְאִם פִּן הִיכָא דְיֵשׁ לּוּ עַד הַמְּסִינְעוּ עַל הַנ' דְפָרַע אָנּוּ סְהַדִּי דְאִינוּ יוֹדַע דְאִי בְּעֵי לְשַׁקֵּר הִיזְר טוֹעֵן בְּרִי וְהִיזְר פְּטוֹר מְשִׁבּוּע' דְהַעֲד הַמְּסִינְעוּ פּוֹטֵרוּ וְלֹא הָוִי מְגוּ דְהַעֲזָה פִּינּוּ דְהַעֲד מְסִינְעוּ מַעֲזִיז וְמַעֲזִיז וּכ' דְאִף הַסַּמ"ע וְהַשְּׂ"ף לֹא מִיִּירִי אֲלֵא כְּשִׁבָא הַעֲד הַמְּסִינְעוּ לְאַחַר טַעֲנוּתֵיהֶם בְּב"ד וְלֹא הִי' לּוּ אִז מְגוּ דְלַהַד"מ דְהִיזְר צָרִיף שְׁבּוּעָה אֲבָל אַם הַעֲד הַמְּסִינְעוּ הִיזְר קוֹדָם שְׁטַעֲנוּ בְּב"ד אַף הֵם מוֹדִים דְפְטוֹר מְלִשְׁלָם עֵינּוּ שְׁם וְלְדַבְּרִיו אַם נֹאמַר דְכָבָא הַעֲד מִיָּד נֶאֱמַן בְּמַגּוּ יִהִי נֶאֱמַן דְאִינוּ יוֹדַע אַף אַם בָּא אַחַר כֶּף הַעֲד אַם עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוּ דא"י בְּמַגּוּ דְהִיזְר אֹמַר נִזְכַּרְתִּי וְהִיזְר אֹמַר בְּרִי לִי שְׁפָרַעְתִּי לְמָה שְׁפָתְבוּ הָאֲחֵרוּנִים דְאִף בנ' יְדַעְנָא וּנ' לֹא יְדַעְנָא נֶאֱמַן לּוֹמַר נִזְכַּרְתִּי כְּמוּ שְׁכ' בְּסִי הַקְּדוּם וְדוֹחֵק לּוֹמַר דְהוּאִיל דְמְסִינְעוּ לּוּ הַעֲד לֹא יְהִיזְר נֶאֱמַן בְּמַגּוּ דְנִרְאָה כְּמִשְׁקֵר בְּטַעֲנַת נִזְכַּרְתִּי דוּמָה קֶצֶת לְמָה שְׁכ' הַמ"מ (פ"ט) מְאִישׁוֹת בְּדַעַת רַמְב"ם בְּעַד אֲנָמַר נִתְקַדְּשָׁה וְעַד אֹמַר לֹא נִתְקַדְּשָׁה וְהִיא אוֹמַרְת לֹא נִתְקַדְּשָׁתִי דְחוֹשְׁשִׁין לְכַתְּחִילָהּ יוֹתֵר מֵאִם לֹא הִי' לָהּ עַד הַמְּסִינְעוּ דְשָׁם הוּא רַק לְעַנְיָן אִיסוּר וְלֹא לְגַבִּי הוֹצֵאוֹת מְמוֹן וְגַם שְׁם הַרְאָב"ד וְסִינְעָתוּ חוֹלְקִין עַל סְבָרָא הַזֹּאת וְאִם פִּן כְּמוּ דְאִם בָּאוּ הַעֲד עִם טַעֲנוּתֵיהֶם לְב"ד דְרַצָּה לּוֹמַר דְנֶאֱמַן א"י בְּמַגּוּ דְלַהַד"ם הוּאִיל דְעַד מְסִינְעוּ פִן אַח"כ יְהִיזְר נֶאֱמַן בְּמַגּוּ דְנִזְכַּרְתִּי וְאִם נֹאמַר דא"י א"נ בְּמַגּוּ כְּמוּ שְׁכ' הַנְּתִיבוֹת אֲתִי שְׁפִיר גַּם בנ' יְדַעְנָא וּנ' לֹא יְדַעְנָא .

אוּלָּם הַדְּבָר קָשָׁה לְמָה לֹא יְהִיזְר נֶאֱמַן וְכִי כָּל כֶּף טַעֲנָה גְרוּעָה הוּא שְׁלֵא יְהִיזְר נֶאֱמַן בְּמַגּוּ וְאִף דְמַצִּינוּ דְאִינוּ נֶאֱמַן בְּמַגּוּ דא"י דְאִין אָדָם טוֹעֵן בְּרַצוֹן א"י מ"מ אַם טוֹעֵן א"י אֲדַרְבֵּה הִיכָא דְיֵשׁ לּוּ מְגוּ נֹאמַר דְנִזְכַּרְתִּי שְׁכַח וְעֵינּוּ תוֹס' ב"מ (דָּף צ"ז ע"ב) ד"ה ר"נ דכ' דְאַחַר שְׁנִתְקַנְהָ שְׁבּוּעַת הַיִּסְת חִיּוּב לִישְׁבַע שֶׁא"י דַּל"כ כָּל נִתְבַּע יֹאמַר א"י וְיִהִיזְר פְּטוֹר מְפִלוּם וְכֵן כ' הַר"ן פְּתוּבּוֹת (דָּף י"ג) וּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵיהֶם אַף דְתִיקֵן ר"נ שְׁבּוּעַת הַיִּסְת מְטַעַם חִזְקָה דא"א תּוֹבַע אֲלֵא אַם פִּן יֵשׁ לּוּ מ"מ לֹא מַצִּינוּ דְתִיקֵן בְּאוּמַר א"י דְהַתּוֹבַע א"י שְׁזָה יוֹדַע וְאִין נִשְׁבָּעִין עַל טַעֲנַת שְׁמָא לְכַף פְּתוּבוּ דְבַהֲכַרְח לְקַיִים הַתְּקַנְה שְׁיִשְׁבַע כְּשִׁאוּמַר לְהַד"ם צָרִיף גַּם פִּן לְתִיקֵן שְׁיִשְׁבַע כְּשִׁאוּמַר א"י שְׁכֵן הוּא דְאִם לֹא פִן כָּל אֲחָד יֹאמַר א"י וְאִף דְכַתְּבוּ הַתּוֹס' וְהַר"ן דְלִמְאֵן דְלִית לִיהּ מִתְּשֵׁאִיל"מ הָא דְאִינוּ נֶאֱמַן בְּמַגּוּ דא"י דְאִין אָדָם טוֹעֵן בְּרַצוֹן א"י ע"כ סְבָרְתֵם דְלְכַף חִיּוּבוּ הַתּוֹרָה לְמוּב"מ דְאִין זֶה מְגוּ טוֹבָה אֲבָל שְׁיִתְקַיִים תְּקַנְת חֲכָמִים פְּיַתֵּד שְׁלֵא תְמוּט לֹא הוֹעִילוּ בְּתִיקְנָתֵם לְגַבִּי אֲנָשִׁים שְׁיִטְעֵנוּ א"י הָרִי דְיֵשׁ אֲנָשִׁים שְׁטוּעֵנִין בְּרַצוֹן אִינִי יוֹדַע כְּדִי שְׁיִפְטְרוּ מְשִׁבּוּעָה אַם פִּן עַכ"פ א"י



מהראוי שיהיה נאמן במגו: וכבוד שארי המנוח הגאון המובהק בעל ספר זית רענן זצ"ל אמר בזה דלכך אינו נאמן בטענת א"י במגו פניו דגם אם נאמין לו שא"י אינו ברור דפטור רק דאין מוציאין ממנו דאין לחייבו מספק ודומה לדברי רמב"ן ב"ב (דף מ"א) בלוקח שישיב בהקרקע ג' שנים ובא המערער וטוען הלוקח דקנה מפלוני ושדר בה המוכר חד יומא ולית ליה סהדי ע"ז דל"א שיהיה נאמן במגו דמינה זבינתה משום דאף לפי טענתו אינו מבונן לגמרי ורק אחר כך צריף שיבאר ספק מדעתנו דמוכר לקחה מן המערער וה"נ אף אם נאמן שאינו יודע אינו מבונן שהתובע משקר אלו דבריו ו"ל ולדעתי א"ד לשם דשם יש להמערער חזקת מר"ק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואם היה בא אז לערער היה מוציא מידו ורק פניו דאיתרעא שלא מיתה ג' שנים אין מוציאין כשכא מחמת טענה אבל כשטוען דקנה מאחר שדר בו חד יומא גם עכשיו מוציאין ממנו דאינו טענה מבוננת להוציא מחמר"ק פניו דאף אם דר בו חד יומא לא ידענו אם קנה מן המערער רק אם ידענו מזה טוענין בעד הלוקח ואין המגו אלהם כ"כ לבנות על זה בנני חזק שאנו נטעון בעדו דמסתמא לקחו.

וגם שם הוא דוקא כשדנין המגו של הלוקח אם דר בו חד יומא דאף אם דר בו יום א' לא ידענו אם דר בחזקת שהוא שלו אבל אם הלוקח אומר שידע שהמוכר דר בו ג' שנים והחזיק בו י"ל דבזה פניו שהלוקח יש לו ע"ז מגו וטענה הזאת שדר בו ג' שנים הוא כאלו ידענו שלקחה המוכר טוענין בעדו שפן הוא וכן כ' בנתיבות (סי' קמ"ו ס"ק כ') בפשיטות דזה הני כבירור גמור וכתפיסה מוכחת דקנה המוכר מה שאין פן כשדר בו חד יומא פעמים מניח ביתו ריקן ודר זה המוכר בה ובאנו רק שאנו נטעון בעדו צריף שיהיה ברור גמור להוציא מחמר"ק מה שאין פן פאן כשנאמין לו שאינו יודע אז אף דלא ידענא כבירור דטענת התובע הוא שקר מ"מ פניו שהדין הוא הממע"ה עפ"י דת וחזק התורה הני כבירור גמור ואם היה הדין דאם גדע שאינו משקר רק באמת א"י הוא פטור למה לא נאמן לו במגו המבוננת טענתו שפן הוא ואנו סהדי דא"י ואם א"י באמת פטור מן הדין.

ושם עיקר הטעם דלא מפיו אנו חיינ ואנו צריכין לטעון בעדו דלקחה מוכר מן המערער. ולא טענינו בעדו רק אם יש עדים שרגלים לדבר ומשום מגו לא טענינו אנו כמבואר שם ברמב"ן להדיא אבל במקום דהדין ברור דהמע"ה וא"צ שום טענה עוד מה"ת לא יהי נאמן שא"י [גם י"ל דאף רמב"ן לא אמר סברתו רק שם במגו דמינה זבינתה דהוא העצה בזה לא נוכל לבנות על המגו הזאת שצריף לברר ספק מדעתנו אבל במגו אלימתא לא אמר פן ואכ"מ בזה] ואני המתקתי ביותר די"ל פניו דאף אם נאמין לו שא"י עכ"פ פניו שהתובע בא בטענת ברי דחייב לו חייב לציד"ש דלא גרע מא"י אם נתחייבתי דג"כ חייב לציד"ש מכ"ש בא"י אם פרעתיה אף אם נאמין לו דא"י דנדאי חייב לציד"ש רק הב"ד אינם יכולין לכופו ולהוציא ממון עפ"י ברי של התובע לכך כ"ז דלא נתברר ברור גמור דא"י ואולי משקר לומר פן אף דיש לו מגו מחייבין ליה לשלם אולם באמת כ"ז דחוק לסלק נאמנותו דא"י.

ברם עיקר הסברא דחייב בא"י אם פרעתיה כתב הטו"ז דמוקמינן על חזקתו חזקת חיוב הואיל דנדאי נתחייב כ"ז שלא נתברר דפרע כבירור נשאר בחיובו ואין ספק מוציא מדי



ובצירוף חזקת חיוב מוציאה ממוך כמו בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מוציאה ממוך מטעם חזקת חיוב וכמו שכ' אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' ע"ח) וכן כ' בש"מ ב"ק ר"פ שור שנגח משם הרא"ה דעם רוב וחזקת חיוב דמעיקרא מוציאה ממוך וה"ל דכונתו עם חזקה דאין אדם מעיז לתבוע וחזקת חיוב מחייבנו לי' לשלם ולכך בעינו דוקא שתבעו מקודם ואם לא תבעו אלא מעצמו אמר א"י אם החזרתי לך פטור פמבואר בש"ע (ס"י) וברמב"ם (פ"א) מטוען כ' דאף אם אמר אביה הפקיד אצלי וא"י אם החזרתי א"ח לשלם ומבואר אף דלא הוי ליה למידע וליפא ריעותא מ"מ פטור והטעם דעל ידי חזקת חיוב בלבד א"מ ממוך רק בצירוף חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ואף דמבואר בש"ע (ס"ק ל') דאם לא תבעו ומעצמו אמר אם המלנה אומר ידעתי מזה וטוען ברי על ההלנה ועל הפרעון חייב אף דקדים שפא של הנתבע לברי של התובע היינו דמ"מ שייך חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ואף דשמע דהנתבע א"י מן הפרעון מ"מ לא יעיו לומר ברי דלא פרע דדלמא ישים על לבו ויזכור א"ע ועיין תומים (ס"ק ח') ואם המלנה עומד בספק בהלנה רק שיתחייב על ידי הודאתו וברי שלו שפונדאי לא פרע י"ל פיון דהמלנה מעיד ע"ע דלא דייק פיון שא"י פלל מן הלנה חזינו דלא דייק לא נוכל לסמוך על הברי שלו מן הפרעון אף אם זה הוא הטעם א"כ היכא דלא הוי ליה להמלנה למידע מן ההלנה כגון דאמר דגנב מעמו או שחייב לאביו ואינו יודע אם פרע לו והוא אומר דברי לו שלא פרע לו פיון דליפא ריעותא במה דהמלנה א"י מהחייב י"ל דהש"ע מודה דחייב מטעם דהוי א"י אם פרעתי ו"מ כן מדברי הש"ע] אבל היכא דלא הוי ליה למידע ליפא פל כף החזקה דאין אדם תובע פיון שידע שחבירו אינו יודע מזה ואינו מפיר בשקרו לא נשאר רק חזקת חיוב בלבד לכך פטור הלנה.

ובזה אחי שפיר מה שהקשה בתומים מסוגיא דקציצה דכ' שם תוס' דלכך הנה ס"ד דשכיר יטול בלא שבועה פיון דבעה"ב טריד בפועלו הוי פאיני יודע אם פרעתי הא לא גרע טרדת דבעה"ב ממקום דלא הוי ליה למידע דפטור פיון דהוא צועק שידע רק אנו אין מאמינים לו ולהנ"ל אחי שפיר דהיא הנותנת פיון שצועק שידע בבירור שפרע לו רק הב"ד אין מאמיני' לו שוב שייך החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו לגבי השכ"י דכיצד יעיו כנגדו פיון דהבעה"ב יודע בברי רק הב"ד אינ' מאמיני' לו דנקטינו מחמת טרדותיו טוען כן ומשוינו לטענת בעה"ב לטענת שפא אבל חזקה דלא יעיו השכיר לתבוע פעם שנית נשאר וכן מבואר שם ברש"א דשייך החזקה דאין אדם תובע לגבי שכיר אם כן נשאר החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו בצירוף חזקת חיוב לחייבו והוי כמו במקום דהו"ל למידע דחייב ומיושב נמי מה שהעיר בנתיבות מחנוני על פנקסו ופועלים דהבע"ב חייב לשלם מטעם דהוי א"י אם פרעתי אף דלא הוי ליה למידע אם שילם החנוני להם או לא ולמה שכ' פיון דהפועלים מעיזים ומכחישין להחנוני ואמרו דלא קבלו נשאר החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו בתקפו לכך בו"ש ברי עדיף בצירוף חזקת חיוב: וראיתי בתומים דהוכיח דעת תוס' מס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה דבלה"מ פטור בא"י אם פרעתי דהקשו לר"ה ור"י דבו"ש ברי עדיף אמאי סברי ב"ה בכתו בפעליהן עד שלא שתו אינו נוטלות פתובה ומרצו מאחר שהתורה עשאה ספק עד שתשת' אינה יכולה לטעון טענת ברי ומדלא הקשו אף לדין דבו"ש לאו ברי עדיף מ"מ בא"י אם פרעתי אין ספק מוציא מידי ודאי אלא ודאי דסברו דבזה בעינו הוי ליה למידע

והקשו רק לר"ה ור"י לס"ד בכתובות דאף בלא הוי ליה למידע לדידהו בו"ש ברי עדיף וילדעתי הענייה אין ראיה משם וגם דוחק גדול לומר דקנשית תוס' הנה לס"ד הא הם כתבו דהש"ס כתובות הנה יכול לומר ולטעמה אלא ודאי נראה דעת תוס' שם דלר"ה ור"י אף בלהו"ל למידע ברי עדיף וכדעת רמב"ן פ"ג דהטעם הוא מצד ברי ושמה ברי עדיף והא דלא הקשו אף לדין דהוי א"י אם פרעתיך ל"ק דשאני ספק שהוא לפנינו וכן בהגרמת המלוה וידעו התוס' בקנשיתם פ"ג דהתורה עשה בסוטה שהוא רגלים לדבר לספק פודאי אין מוציאין ממון ואף דכ' תוס' בתירוץ דהתורה עשה ספק אף דהוי פודאי פוננתם למה שכ' תוס' יבמות (דף י"א) דבר להחמיר עשה התורה ספק פודאי ולא להקל אם פן נשאר ספק עכ"פ לפנינו בלא טענותיהם ובכה"ג לא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי לחייבו דדומה למחייב עצמו בתנאי שהוא קום ועשה דעליו לברר שקיים תנאו ה"נ בכתובה פ"ג דאסורה לדור עמו והוי פועל על דת דלית לה פתובה ועיין במל"מ (פ"ב) דסוטה דהקשה למה אם אמר בעלה אינו רוצה להשקותה נוטלת פתובה הא הוי פועל על דת וכ' דודאי משום עבירה שעברה אינה מפסדת פתובה רק משום דאסור לדור עמה ובהתברר ששהורה היא ורשאי לדור עמה לא הפסידה פתובה לכו פ"ג שרצה לשות ולברר והוא אינו רוצה לברר אינה מפסדת פתובה וזה כשבעלה מעכב אבל אם מת הבעל ולא נתברר אם היתה שותת לברר ששהורה היא הפסידה פתובה פ"ג דרגלים לדבר ואינו רשאי לדור עמה עליה לברר שהיתה שותת והיתה עושה הקום ועשה ולכך פטור הבעל ואינו דומה לאיני יודע אם פרעתיך דשם עליו לברר שנעשה הקו"ע שפא לכלל פרעון להפקיע החזקת חיוב מה שאין פן בסוטה דעל ידי קו"ס נאסרה עליו בהגרמתה ועד"ז לא התחייב ונפקע ממילא החיוב רק שפיגדה לברר בקו"ע שמוותרת לו וכ"ז שלא ביררה אינה יכולה להוציא ממון ואף דבאונס א"י לברר על ידי השתיה דמת בעלה מ"מ אונס רחמנא פטרה אבל לא אמרינן לחייב להיורשים בשביל שאנוסה וא"י לברר שהיתה שותת ושתייה מותרת לבעלה על ידי בירור השתיה ועיין ש"ס כתובות (דף פ"א) דפריה לב"ש ספק זנאי ספק לא זנאי וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי ומתיר קסברי ב"ש שטר העומד לגבות פגבוי דמי והינינו ע"כ אי לאו פגבוי דמי אין ספק זנאי מוציא מידי ודאי יורשי הבעל שהן ודאי וכנז' ולכך הקשה התוס' רק לר"ה ור"י דלדידהו מצד ברי ושמה ברי עדיף מוציאין ממון והיא טוענת ברי שמוותרת שלא זינתה ושתייה מתברר הדבר על ידי שתיה ועל זה תירצו התוס' דכיון דהתורה עשה ספק עד שתשתה א"י לטעון אף טענת ברי.

ועיין ש"מ כתובות שם לשון הרא"ש: ועל דרך זה ישבתי בילדותי מה ששמעתי להקשות בהא דמבואר גיטין (דף ל"ז) דנאמן אדם לומר פרוזבול הנה לי ואבד מטעם דלא שבק התיירא ואכל איסורא ולמה לטעם זה הא בלא"ה הלנה הנה כא"י אם פרעתיך דאינו יכול להכחישו של"ה לו פרוזבול והמלנה טוען ברי ואמרת פ"ג דכל הטעם משום דאין ס' פרעון מוציא מידי ודאי הלואה ועליו לברר שקיים בקו"ע אם פן שם דהפרעון ודאי דשמיטה משמט ורק אם עשה פרוזבל אינו משמט אמרינן להיפך אין ספק פרוזבל מוציא מידי ודאי פרעון שמשמט ממילא ועליו לברר שעשה מעשה פרוזבול בקו"ע שלא ישמט אם לא מטעם דלא שבק התיירא ואכל איסורא: ובספר בית מאיר (סי' קע"ח סט"ו) ראיתי שהוכיח מדברי תוס' סוטה הנז' להיפך דאף דלה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתיך

דְּהָא מְבוֹאֵר בְּמִתְנִיתֵין דְּסוּטָה שָׁם ד"ה נְשִׁים הַשּׁוֹנְאוֹת אוֹתָהּ נֶאֱמָנוֹת לוֹמַר שְׁנִטְמָאת אָבֵל לֹא לְהַפְסִידָה פְתוּבָתָהּ וְהַקְשָׁה מ"ש מְהָא דְאִם מְתוּ בְעַלְיָהּ דְקִי"ל כב"ה דְאָבְדָה פְתוּבָתָה ע"י קו"ס וּה"נ פִּינּוּ דְנֶאֱמָנוֹת שְׁלֵא לְהַשְׁקוּתָהּ תַּפְסִיד פְתוּבָתָהּ וּכ' דְרַק נֶגְד הַיּוֹרְשִׁים הָוִי לִיה ס' נֶגְד וְדָאִי דְאִם זִינְתָה מְעוּלָם לֹא חָל שׁוּם חַיִּיב עַלְיָהּ מַה שְׁאִין פֶּן לְגַבֵּי בְעַל עֲצָמוּ הָוִי לִיה כּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ וְהַתּוֹס' ר"פ אַרוּסָה שְׁהִבִּיאוּ דְבָרֵי הַיּוֹרוּשְׁלָמִי הַטַּעַם בְּאָרוּסָה דְמַפְסִדָת פְתוּבָתָהּ פִּינּוּ דְיִוֹדַעַת הֵיטָה שְׁאִין אַרוּסָה שׁוֹתָה וְלָמָּה הַכְּנִיסָה עֲצָמָה לְסַפֵּק זֶה הַמְרֻנְבָה לֹא לְבַד טַעֲמָא דב"ש אֲתָא רַק שָׁם פִּינּוּ דְהוּא חַי מְוַכְרַח לְטַעֲמָם אַף לִב"ה וְלִקְרָא לְאִהְקָשׁוּ תוֹס' בְּמִתּוּ לִב"ה הָא הָוִי פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ אֶלָּא וְדָאִי דְלְגַבֵּי יוֹרְשִׁים חָשׁוּב כּא"י אִם נִתְחַיִּיבוּ אָבֵל בְּהִנָּה חֲמֵשׁ נְשִׁים דְנֶאֱמָנוֹת שְׁלֵא לְשִׁתּוֹת חַיִּיב הַבְּעַל בְּכַתּוּבָה מִטַּעַם א"י אִם פְּרַעְתִּיהּ.

וכ"ד תְּמוּהִין הֵם חָדָא דְבִירוּשְׁלָמִי ר"פ הָאָרוּס' מְבוֹאֵר דְרַק לִב"ש צְרִיף לְטַעַם זֶה דְיִוֹדַעַת שְׁאִין אַרוּסָה שׁוֹתָת אָבֵל לִב"ה בִּלְא"ה אֲתִי שְׁפִיר פִּינּוּ דְאִינָה שׁוֹתָת מַפְסִידָה פְתוּבָתָה וְז"ל הַיּוֹרוּשְׁלָמִי מִתְנִיתָא דב"ש דב"ש אוֹמְרִים נוֹטְלָת פְתוּבָתָהּ וְלֹא שׁוֹתָה א"ר יוֹסִי תַּמָּן טַעֲמִינָהּ דב"ש אוֹמְרִים הִבִּיא לִי בְעַלִּי נְאֻנִי שׁוֹתָה בְּרַם הֵכָא יוֹדַעַת הֵיטָה שְׁאִין אַרוּסָה שׁוֹתָה לָמָּה הַכְּנִיס' עֲצָמָה לְסַפֵּק הַמְרֻנְבָה הַזֶּה בְּשִׁבִיל לְפִנּוּסָלָה מִפְתוּבָתָהּ הָרִי דִלְב"ה לֹא צְרִיף לְטַעַם הַזֶּה רַק פִּינּוּ דְאִינָה מְבָרַתָּ עַל יְדֵי שְׁתִּיָּה מַפְסִיד' פְתוּבָתָהּ אַף דְהַבְּעַל בְּחַיִּים מ"מ לֹא הָוִי פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ פִּינּוּ דְהַסְפֵּק נוֹלַד בְּפִנְיָנוּ וְלֹא בָּא עַל יְדֵי קוּם וְעֲשֵׂה וְכַנְז' [וְיֵשׁ לְהַתְּבוּנָה בְּדְבָרֵי תוֹס' יְכַמּוֹת (דף ל"ח ע"ב) דְכַתְּבוּ מִשָּׁם הַר"י דב"ש מוֹדִי בְּאָרוּסָה מִשׁוּם דְהִיא נִתְּנָה אֲצַבַּע בֵּין שְׁנֵיהּ וְכַטַּעֲמָא דִירוּשְׁלָמִי הַנּוֹז' וְכַתְּבוּ עוֹד מִשָּׁם הַר"י דְבְּאָרוּסָה יֵשׁ לְחֻשְׁבָּה פְּעוּבָרַת עַל דַּת פִּינּוּ שְׁאִינָה יְכוּלָה לִיבְדַק וּבִירוּשְׁלָמִי מְבוֹאֵר דְלֹא מִטַּעַם זֶה אֲתִי עֲלָה וְעֵינִין מִלִּמ"ל (פ"ב) דְּסוּטָה בְּזֶה דְכַתְּבֵי רִיא"ז דְאִין צְרִיף לְהַתְּרוֹת וְלְהוֹדִיעֵן שְׁמַפְסִידוֹת פְתוּבָתוֹן אָבֵל דַּעַת שְׁאָר הַפּוֹסְקִים דְצְרִיף לְהַתְּרוֹת שְׁתַּפְסִידֵי פְתוּבָתָהּ וְאִם פֶּן מֵצֵד עוּבְרַת עַל דַּת אִינָה מַפְסִדָת הַכְּתוּבָה רַק מִטַּעַם פִּינּוּ שְׁאִינוּ יְכוּל לְדוֹר עָמָה וּבְאָרוּסָה גְרַע דְלִיפָא לְבָרַר כָּלָל ע"י הַשְׁתִּיָּה] גַּם מַה שְׁכ' דְלְגַבֵּי יְתוּמִים הָוִי כּא"י אִם נִתְחַיִּיבוּ קָשָׁה לוֹמַר פֶּן פִּינּוּ דְבִיתוּמִים לִיפָא שְׁעָבוּד הַגּוֹף כָּלָל רַק מְנַכְסֵי מוֹרִישָׁהּ בָּא לְגַבּוֹת מִכַּח חֲזָקַת חַיִּיב אִם פֶּן הָוִי פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ וְעֵינִין מַה שְׁכ' אַמ"ו ו'ל בְּדְבָרֵי חַיִּים דִּינֵי טו"נ (ס' ד') לְהַשִּׁיג עָלָיו בְּזֶה מְהָא דְמְבוֹאֵר בַּש"ע (ס' פ"ע) בְּמַת הַבְּעָה"ב דְהַשְׁפִּיר גּוּבָה מִהַיּוֹרְשִׁים וְשָׁם עִיקַר הַטַּעַם מִשׁוּם דְאִבְיָהּ פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ וּמִשְׁמַע אַף אִם לֹא עָמַד אֲבִיָּהּ בְּדִין: גַּם עִיקַר דְבָרֵינוּ לְדוֹן לְסוּטָה כּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ קָשָׁה הַדְּבָר לְמֵאֵד פִּינּוּ דְהַכְּנִיסָה עֲצָמָה לְסַפֵּק זֶה אַף דְהֵיטָה יְכוּלָה לִיבְדַק בְּשִׁתִּיָּה מ"מ פִּינּוּ דְאִחַר כֶּף נִתְּגַלְגַל הַדְּבָר דִּא"י לְשִׁתּוֹת הָרִי הַסְפֵּק לְפִנְיָנוּ בְּלִי שׁוּם מַעֲשֵׂה פְרַעוֹן אִם נִפְקַע הַחֹב וּמַה"ת יְתַחַיִּיב: וּבְאֲמַת הַקּוֹנְשִׁיא בְּהָא דְחֲמֵשׁ נְשִׁים הַשּׁוֹנְאוֹת זֹאת זֹאת מְעִידוֹת לוֹמַר שְׁנִטְמָאת לְאֹנְסָרָה עַל בְּעֻלָּה וְשְׁלֵא לְהַשְׁקוּתָהּ אָבֵל לֹא לְהַפְסִידָה מִכְּתוּבָתָהּ וּבְרַמְב"ם מְבוֹאֵר אֶלָּא נוֹטְלָת פְתוּבָתָהּ וְיִוְצָאָה [וְעֵינִין גְּלִיוֹן רַע"א זצ"ל בְּמִשְׁנֵינּוֹת מַס' סוּטָה דְמִכַּח זֶה הַשִּׁיג עַל הַב"מ שְׁרָצָה לְדַחּוּק א"ע דְבַהֲנָה ה' נְשִׁים הוּא רַק שְׁלֵא לְהַפְסִיד' הֵינּוּ דְתַפְסִיָּה מְהִי וּבְרַמְב"ם מְבוֹאֵר דְנוֹטְלָת פְתוּבָתָהּ וְנִשְׁמַט שָׁם מֵאֲשֶׁר רְאִיתִי בְכ"י שְׁהִבִּיא שָׁם ד' הַב"מ וּמִשְׁיַג עָלָיו בְּזֶה מַד' הַרְמַב"ם] וְאִמָּי נוֹטְלָת פְתוּבָתָהּ וּמִי גְרַע מִמֶּתוּ בְעַלְיָהּ.

והגרע"א זצ"ל הק' לב"ה ממתו בעליהן עד שלא שותת ובאמת אף לב"ש קשה דשם יכולה לומר הביא לי בעלי ואני שותה כמו שכ' בירושלמי אבל פאן פיון דמה"ד כל דעד א' נאמן אף פסול נאמן ונאמנות שלא לשותת אמאי נוטלת פתנתה וגם למה שכ' תוס' במוות (דף ל"ח) הנז' דהוי פתנת על דת וה"נ פיון דעכ"פ בפתנתה צריף להוציאה על ידי מעשיה אמאי חייב בפתנתה והקושיא עצומה.

וגם מה שכ' שם הגרע"א ז"ל מדברי ירושלמי סוטה דהא דמפסדת פתנתה הוא מטעם פיון דהאמינו התורה פתרי ממילא אין לה פתנתה ומדמה לעד א' שמעיד שנה חלב ואחר כך אכל והתרו בו דלוקה הא בלא"ה פיון דא"י לשותת מפסידה פתנתה יש לדבר בזה טובא שם בבבאור דברי ירושלמי שם ובהך בעיא שם חמותה שאמרה אני ראיתי שנטמאת ובא אחד ואמר ראיתי מה בא להעיד דכבר נראית שלא לשותת אלא לא בא אלא להפסידה מפתנתה שאין מפסידין ממון על פי עד א' ובא למיפשט מהא דעד א' אומר שנה חלב דלוקה אף דעיקר עדותו בעד א' ופירש בפ"מ דה"נ מפסידה ואינו מוכן הא בסוטה מיד בא להפסיד ממון ויש לפרש אף דכבר נראית שלא לשותת מ"מ נ"מ אם בא אחר כך עד א' להכחיש לחמותה דלדעת רמב"ם ל"א בעד פסול כ"מ שהאמינו תורה עד א' הוא פשנים ואף להחולקים נ"מ אם באו ב' נשים להכחיש נ"מ להחזיק על פי הגדת העד פשר שיהיה בבירור וכבי תרי דא"י להכחישו לכן ממילא מפסידה פתנתה.

או י"ל דהפשיטות הוא להיפך פיון דלא צריף עכשיו לעדותו רק לענין פתנתה א"נ [והרמב"ם הלכו' סוטה לא הביא כלל דבר זה] וגם אף בבא עד פשר א"ד להך דחלב פיון דה"נ לענין ממון הוא מיד בכל אלה יש לדבר טובא ויבואר בעזה"י במ"א.

עכ"פ משם אין להוכיח לענין א"י אם פרעתיה במקום דלא הוי ליה למידע ובנדאי לדינא הוי ספיקא דדינ' ואין מוציאין ממון בא"י אם פרעתיה במקום דלא הוי ליה למידע ולא פשע כלל בדבר: סי' ה' ראיתי במהרשד"ם חח"מ (סי' פ"ז) שדן במלנה שאמר ללנה שיפרע החוב לפלוני ואחר כך פשבא המלנה לחשוב עם פלוני אמר שלא קבל והלנה אומר שפרע רק שאינו זוכר למי פרעם אם למלנה או לאותו פלוני דחייב הלנה לשלם לפי שהיה לו לידע למי פרע דכיון אם המלנה היה תובע מהלנה והי' משיב א"י א"פ הנה חייב דצריף לידע שפרע וזה פשיבוא כ"א ויתבע א"י להשיב פרעתיה ודאי דישאר חייב עכ"ד וזה קשים להבינם.

הא סוף סוף טענתו ברורה שפרע לאחד משניהם א"ד לא"י אם פרעתיה פיון דברי לו שפרע וכי רמיא עליו למידע באיזה אופן שפרע לו די אם טוען בברי שפרע החוב וראיתי בספר מטה שמעון שהביא משם הרב משאת משה שתמה עליו פן והוא כ' דאף דא"ל שיפרע לפלוני פיון דלא ידע למי פרעו לא מיפטר בזה ממנ"פ דאם פרע לו או לפלוני הרי פרוע זה ליתא דאם הנה אומר ברי דפרע לפלוני אפשר דהנה מודה פלוני ואם הנה פופר הנה צריף לישבע ואם פן נמצא דבהעלם דיעתו עדיין אינו ניצל מדין איני יודע אם פרעתיה אלו דבריו וזה תמוהין ביותר דסוף כל סוף פיון דטוען ברי שפרע במה נחייבו ואי משום דאינו זוכר למי לא פשט בזה כלל דכי מוטל על הלנה שיזכור למי פרע ואף גרמא לא הוי בזה במה שאינו זוכר אם פרע לו או לפלוני פיון דלא אמר לי' הב ליה באפי סהדי אף דאינו זוכר אם פרע לו או להמלנה עצמו ויוכל להיות אם

היה זוכר ל"ה ביד הפלוני להכחישו מ"מ בשביל זה לא נוכל לחייבו: ומ"ש דאם היה כופר היה צריך לישבע נראה דפשיטא ליה דהפלוני אין צריך לישבע פיון דליפא נגדו טענת פרי ולענ"ד גם פשאומר איני יודע אם פרעתי לו מ"מ צריך הפלוני לישבע פיון דהמלנה יודע וטוען פרי מצטרפים טענתו עם טענת הלנה שפרע למיחשב טענת שניהם לברי שקבל המזון וחיוב לישבע היסת ודומה להא דמבואר (סי' קכ"א ס"ח) דהלנה נשבע למלנה על ידי טענתו של השליח שבועת היסת ועיין שם בפ"ה (ס"ק מ"ו) פיון שפמנו היה בנדאי בידו ועכשיו השליח כופר מצטרפים טענת המלנה והשליח.

וה"נ אף דלא היה מזון בנדאי בידו מ"מ פיון דבצירוף טענותיהם הוא טענת פרי חייב לישבע היסת דהא הש"ה שם (ס"ק מ') גרס דנשבע למלנה או למפקיד וע"כ דס"ל אף דעיקר הטעם דמהני צירוף למיחשב לטענת פרי להשביעו פיון דהיה מעותיו נדאי בידו ונתקלקל כמו שכ' הש"ה (ס"ק מ"ו) והכא ל"י אם היה כלל מעות ביד השליח דמפל מקום פיון דהשליח קבל עליו השליחות ומחמת זה יכול לפטור הלנה את עצמו בטענותיו הוי פידעוין שהיה בידו וצריך לישבע ולא כן בשולח מעות ללוי לקנות לו סחורה דהביא הש"ה שם (ס"ק מ"ב) משם ת"ה דאין ראובן יכול להשביע ללוי הואיל דאין לו עליו רק טענת שפא דהתם אין לו שום שייכות עם לוי ועיין שם בנתיבות (ס"ק י"א) וה"נ בנדון דרשד"ם דלוי הוי יותר משליח פמבואר שם הוי כמו שפא לידו ונתקלקל ומצטרפין טענתו פיון שיודע בפרי שהוא לא קבל מן הלנה עם טענת הלנה שיודע פרי שפרע או למלנה או לאותו פלוני שצוה לו פדי להשביעו וגם בדינא דתה"ד הנ"ל מצאתי בתשובת מהר"ם רוטינבורג ז"ל (סי' תח"י) בראובן שתובע לשמעון וטוען שלחתי על ידך ממון ללוי ולא נתת לו ושמעון משיב עשיתי שליחותך וראובן משיב הלא לוי כופר ופסקו ב"ד להשביע את שמעון וכו' ואם יחזיר ראובן ויתבע גם את לוי כספי בא לידך ולוי כופר ישבע גם לוי שלא בא לידו ונפטר עכ"ל ומשמע אף על ידי תביעת ראובן יכול להשביעו ללוי דמצטרפין טענת שמעון וראובן לטענת פרי ודלא כמו שכ' התה"ד ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני שומרים (סי' א') ואם פן ה"נ פיון דהמלנה יודע וטוען פרי שהוא לא קבל והלנה טוען פרי ששילם לאחד מהם מצטרפין טענותיהם לטענת פרי להשביעו לאותו פלוני.

ויהנה איה שיהנה אף אם לוי יפטור משבועת היסת מ"מ לא גרם לו בזה פלוס הלנה בקמה שא"י דאם הדין פיון דלא ידעין שפא ממון לידו לא מצטרפין טענת שניהם לטענות פרי להשביעו היסת אם פן אין הבדל בין אם טוען פרי או שפא דפרע לו ואם פן מפל צד נראה דפטור הלנה בטענת פרי שפרע אף דא"י אם לזה או לזה ונדברי מהרשד"ם צ"ע: והא דחיוב לשלם באיני יודע אם פרעתיך ואין התובע צריך לישבע פמבואר בש"ע ראיתי בס' שער משפט שיצא לדון בדבר חדש דאם התובע מודה שגפרע מקצת חוב בכה"ג דינו כמו פוגם שטרן דצריך בעהש"ט לישבע והטעם מבואר בפ"ס דפרע דייק דמפרע לא דייק ואם פן הכא דבא"י אם פרעתיך אינו חייב רק פשהתובע טוען פרי וכיון דמודה דגפרע מקצת חשוב טענתו ספק וכל זמן שלא נשבע לא מיחשב טענתו בפרי עיין שם דהוליד מזה עוד דינים חדשים: ולא נהירא לענ"ד דלא מצינו בזה תקנה ובפוגם שטרן הוא גם פן רק אם התובע טוען פרי והנתבע טוען ג"כ פרי אז רמו רבנן שבועה עלי' כי היכא דלידוק אכל לא מצינו אם טוען שפא דיחייב לישבע וכמבואר (סי' א')

פ"ד) רק בעד א' מעיד שְהוּא פְרוּעַ יֵשׁ מְחֻלְקֵת הַפּוֹסְקִים אִם תִּקְנוּ כְּעֵין דְּאוֹרְיִיתָא דְעַד א' קָם לְשִׁבּוּעָה אַף אִם אֵין הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרִי כ"כ תִּקְנוּ לְיִשְׁבַע וְלִיטּוֹל אַף אִם טוֹעֵן הַנְּתַבֵּעַ סָפֵק כְּמוֹ שֶׁכ' הַש"ד שֶׁם אָבֵל בְּפּוֹגֵם לִכ"ע תִּקְנוּ כְּעֵין דְּאוֹרְיִיתָא כְּמוֹ בְּנִשְׁבַּע וְנִפְטָר הֵיכָא דְהוּא מוֹב"מ כְּמוֹ כֵּן בְּשִׁטְרַן נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל וְכְמוֹ בְּמוֹב"מ דַּא"ח שְׁבּוּעָה רַק בְּטוֹעֵן בְּרִי פֶן נְמִי בְּפּוֹגֵם שְׁטָרוֹ אֵינוֹ חֲזִיב לְיִשְׁבַע רַק אִם טוֹעֵן בְּרִי דְפָרְעָתִי הַכֹּל וְלֹא כְּשִׁטּוֹעֵן שְׂמָא דְאָז וְדַאי הָוִי רִיעוּתָא פִּינּוֹן דְּפָרַע דְּיִיק וְהוּ"ל לְמִידַע וַא"י וְכְמוֹ כֵּן בַּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ דְּחֲזִיב מִטַּעַם אֵין סָפֵק מוֹצִיא מִיַּדִּי וְדַאי כִּינּוֹן דְּנִדְאִי נִתְחַזֵּיב וְזֶה טוֹעֵן בְּרִי דְלֹא פָרַע לּוֹ אַף דְּמִפְרַע לֹא דְיִיק לִיכָא רִיעוּתָא בְּמַה שְׁפּוֹגֵם הַחוּב וּמוֹדָה דְּפָרַע לּוֹ מְקַצָּת וְאֵין נִשְׁבַּעֵין עַל טַעֲנַת שְׂמָא.

וְגַם א"ד לְפּוֹגֵם שְׁטָרוֹ דְּשָׁם אֵינְתֵרַע חֲזִיקַת הַשְּׁטָר מַה שְּׂאִין פֶּן בַּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ דְּחֲזִיב מִטַּעַם חֲזִיקַת חֵיב הוּא עַל כָּל פְּרוּטָה וּפְרוּטָה דְּנִתְחַזֵּיב וְכ"ז שְׂמִסְנֵפֵק בְּפָרְעוֹן בְּפָרַט בְּמַה דְּהָוִי לִיהּ לְמִידַע נִשְׂאָר הַחֲזִיקַת חֵיב וְאַף דְּמִפְרַע לֹא דְיִיק מ"מ לֹא מְשׁוּיָנִן לְטַעֲנַת הַמְּלָה לְשְׂמָא וְאַף לְהַסּוֹבְרִים דְּבַלְה"ל לְמִידַע גַּם פֶּן חֲזִיב כְּשֶׁהַסָּפֵק עַל הַפְּרַעוֹן מ"מ לֹא חֲשְׁבִינּוּ לְטַעֲנַת הַמְּלָה לְשְׂמָא וְאַף בְּפּוֹגֵם מְקַצָּת הַחוּב אֵינוֹ חֲזִיב שְׁבּוּעָה מְדִלָא אֲשֶׁתְּמִיט שׁוּם פּוֹסֵק לּוֹמַר כֵּן: ס"ו וְלִכְאוּרָה הִזְהָ נִרְאָה כִּינּוֹן דְּבַא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ חֲזִיב וְכ"ז בְּטו"ז דְּהוּא מִטַּעַם חֲזִיקַת חֵיב אִם פֶּן אַף בַּא"י אִם נִתְחַזֵּיבִתִּי הֵיכָא דְּמִסְיַע לְהַתּוֹבֵעַ רַבָּא אוֹ חֲזִיקָה נִימָ' גַּם כֵּן בְּרִי עֲדִיף וּבְאַמְתַּת דַּעַת בַּעַל הַתְּרוּמוֹת בְּהָא דְּחֲנּוּנִי עַל פְּנִקְסוֹ דְּגוּבָה וְנִשְׁבַּע וְנוֹטֵל מִבַּעַה"ב הוּא מִטַּעַם דְּבו"ש בְּרִי עֲדִיף וּמְסִיַעוֹ חֲזִיקָה דְּשְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ כְּמוֹ גְּבִי מְשִׂאֲרִסְתָּנִי נְאַנְסְתִּי דְּהִיא נְאַמְנַת מְשׁוּם דְּאֵיכָא חֲזִיקַת הַגּוֹף וּבְתוּמִים (ס"ז צ"א ס"ק ב') הָאֲרִיף לְהַקְשׁוֹת עַל זֶה חֲדָא דְּשָׁם יֵשׁ עוֹד תִּירוּץ מְשׁוּם דְּהוּ"ל מְגוֹ וְעוֹד דְּחֲזִיקָה דְּשְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ אֵינוֹ חֲזִיקָה גְּמוּרָה בְּפָרַט דְּהַחֲנּוּנִי הוּא נוֹגַע בְּדָבָר.

וְעֵינִין ב"ש (ס"ח) וּבְאַמְתַּת י"ל אִם מִטַּעַם מְגוֹ אֲמַרִּינּוּ שָׁם בּו"ש בְּרִי עֲדִיף אַף דְּמְגוֹ גְּרוּעַ הוּא וְכַמְבּוֹנָאָר בְּרִשְׁכָּ"א קִידוּשִׁין (דָּרָג) דְּלֹא הָוִי מְגוֹ כְּלָל בְּבְרִי וּבְרִי כִּינּוֹן דְּאֵי אִי אֲמָרָה מְנַפְתַּת עַץ אֲנִי גַּם כֵּן א"נ רַק טַעֲנָה יָפָה יוֹתֵר וּבְבְרִי וּבְרִי כִּינּוֹן מְגוֹ הַמּוֹעֲלֵת הֵינּוּ טַעֲנָה שְׂאֵם טַעֲנָה כְּפִי הִזְהָ נְאַמְנַת רַק בְּבו"ש מְהֵנִי מְגוֹ גְּרוּעַ כְּזֶה גַּם פֶּן וְכִינּוֹן דְּמְהֵנִי מְגוֹ גְּרוּעַ מְהֵנִי חֲזִיקָה בְּנִדְאִי וְלוֹמַר דְּבַעֲיָנִי תִּירוּנִיָּהוּ לְסִיַע לְבַעַל הַבְּרִי וְחֲזִיקָה חֲזִיקַת הַגּוֹף גַּם כֵּן מְבּוֹנָאָר מַר' יוֹחֲנָן שָׁם דְּלִדְיָדִיהּ לִיכָא מְגוֹ כְּמוֹ שְׁפָתְבוּ תוּס' שָׁם וְע"כ מִטַּעַם חֲזִיקָה הוּא דְּנְאַמְנַת וַא"ל דְּרַק חֲזִיקַת הַגּוֹף דְּנִקָּא הוּא דְּמְהֵנִי לְצַרְרָה לְבְרִי נְגַד שְׂמָא ז"א דְּהִיא בְּמוֹפֶת עַץ ל"ש חֲזִיקַת הַגּוֹף רַק חֲזִיקַת פְּשָׁרוֹת וְכְמוֹ שֶׁכ' הָר"ן שָׁם וּמְזֶה הוֹכִיחַ הַבַּעַה"ת דְּכָל חֲזִיקָה מְהֵנִי בְּצִירוּף בְּרִי נְגַד שְׂמָא: אַף יֵשׁ לְהַבִּין דְּהִיא ע"א עֲדִיף מְחֻזְקָה דְּלִכְמָה פּוֹסְקִים בְּאִיסוּרִין נְאַמְנַת עַד א' לְהוֹצִיא מְחֻזְקָה וְגַם בְּמִזְמוֹן עַד א' מְחֻזְקָה שְׁבּוּעָה וְחֲזִיקָה אֵינוֹ מְחֻזְקָה שְׁבּוּעָה וְאִם בְּבו"ש מוֹצִיאִין עִם חֲזִיקָה נוֹצִיא גַּם כֵּן מְמוֹן עַל יָדִי עַד א' בְּצִירוּף בְּרִי נְגַד שְׂמָא וְזֶה מְבּוֹנָאָר הַהִיפּוֹד בְּדְבָרֵי טוֹר וְכָל הַפּוֹסְקִים דְּכַתּוּבָה אוֹתוֹ עַל יָדִי עַד א' וְהַשִּׁיב א"י מְחֻזְקָה אוֹתוֹ רַק מִטַּעַם מִתְּשַׁאֵל"מ מְבּוֹנָאָר בְּטוֹר וְהֵיכָא דַּא"ח שְׁבּוּעָה כְּגוֹן בְּקַרְקַע פְּטוֹר וְלָמָּה לֹא מְהֵנִי בּו"ש כְּשֶׁעַד א' מְסִיַעוֹ לְבַעַל הַבְּרִי כְּמוֹ דְּמְהֵנִי חֲזִיקָה וּקַצָּת רְאָיָה יֵשׁ מְש"ס דְּשְׁבּוּעוֹת (דָּרָג ל"ב) דְּחוֹשֵׁב שָׁם אוֹפְנִים דְּעַד א' מְחֻזְקָה בְּקַרְבֵּן שְׁבּוּעָה הֵיכָא דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י וְלֹא נִקְטַב בְּבו"ש וְעַד א' אוֹלָם י"ל דְּשָׁם הוּא אֲבִי וְהוּא סוֹבֵר דְּבו"ש בְּלֹא"ה בְּרִי עֲדִיף כְּמוֹ שֶׁכ' תוּס' ב"ב (דָּרָג קל"ד) אוֹלָם מְכָל הַפּוֹסְקִים מְבּוֹנָאָר דְּאֵי בְּטַעֲנֵנוּ



בְּבָרִי עַל יְדֵי עֵד א' חֲתִיב רַק הִיכָא דִּישׁ חַיִּיב שְׁבוּעָה וּמִתְשַׁאֵיל"מ וְלֹא מִטַּעַם בּו"ש  
בְּצִירוּף עֵד א' בְּרִי עֲדִיף וְאַמַּאי.

וְעַל פְּרָחָה צ"ל שְׁזָה גְזִירַת הַפְּתוּב מִדְּכַתִּי לֹא יָקוּם עֵד א' וְשִׁלָּא לְחֲתִיבוּ מְמוֹן פְּשִׁמְכַחִישׁוּ  
ל"צ דְּכַתִּיב עַל פִּי שְׁנֵי עֲדִים יָקוּם דְּבָר וְלֹא אֲתִי רַק לְחֲתִיבוּ שְׁבוּעָה וְכִמוֹ שֶׁפְּתַב הַתּו"ח  
מִס' שְׁבוּעוֹת אוֹ כִּמוֹ שֶׁפְּתַבְתִּי לְעֵיל (ס' א') דְּמִפִּי הַשְּׁמוּעָה לְמַדּוּ.

מִמִּילָא אַף בְּאוּמַר א"י אֵין לְחֲתִיבוּ רַק מִטַּעַם מִתּוּף שְׁאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַע' מְשִׁלָּם. וְחִזְקָה  
הוּא עֲנִין אַחַר שֶׁהוּא חֹק הַתּוֹרָה וּמִהֲנִי יוֹתֵר בְּצִירוּף בְּרִי נֶגֶד שְׁמָא.

וּמַה"ט נִרְאָה ג"כ דְּאַף רֹב וְעַד א' אֵינָם מְחֲתִיבִין מְמוֹן לְדִידוֹן דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר  
הָרֹב לֹא מְחֲתִיב אַף כְּשֶׁמְסִינְעוּ עֵד א' לְהָרֹב. וְכַדְמוּכַח נְמִי מְהֵךְ דְּשְׁבוּעוֹת דְּלֹא קְאָמַר  
הַפֵּל מוֹדִים בְּעַד א' הִיכָא דְּמְסִינְעַ לֹו רֹב וְאַבְיִי אַף דְּסוּבְרַ בּו"ש בְּרִי עֲדִיף מ"מ מוֹדָה  
דְּזָה הָנִי פֶּלֶל בְּדִין הַמוֹצִיא מִחֲבִירוֹ עֲלִיו הָרְאִי' דְּאַפִּי' הִיכָא דְּרַנְבָּא מְסִינְעַ ד"אָה בְּמְמוֹן  
אַחַר רֹב פְּמִבְּנָאָר בְּתוֹס' ב"ב שֶׁם וְאִם פֶּן הִיָּה יְכוּל לֹוּמַר דְּבְעַד א' הִיכָא דְּמְסִינְעַ רֹב  
דְּחֲתִיב קְרַבְּן שְׁבוּעָה אֲלֵא וְדֵאִי דְּבְאַמַּת א"נ וְאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן לְעוֹלָם עַל פִּי עֵד א'  
מִדְּכַתִּיב לֹא יָקוּם וְכֵן מוּכַח מִפְּמָה דְּוִכְתִּי דְּאֵין עֵד א' נְאַמֵּן אַף בְּצִירוּף רֹב מְהֵא דְּסוּף  
פ"ב דְּכַתְּנוּבוֹת דְּאֵלוֹ נְאַמְנִים לְהַעֲיֵד בְּגִדְלוֹן מַה שְּׁרָאוּ בְּקִטְנֵן שִׁיִּצְאָה בְּהִינוּמָא וְרֵאשִׁי  
פְּרוּעַ וְנַעַת רֹב הַפּוֹסְקִים וּש"ע אה"ע (ס' צ"ו) דְּבְעֵינֵן גְּדוּל עֲמוֹ אַף דְּשֶׁם רֹב גְּשִׁים  
בְּתוֹלוֹת נִישְׁאוֹת א"ו דל"מ רֹב וּע"א לְהוֹצִיא מְמוֹן: וְרֵאִיתִי בִּס' מַחְנֵה אֲפָרִים דִּינֵי עֵדוֹת  
(ס' ח"י) דְּכ' לְדוֹן בְּכ"י הִינְצָא עַל הִיתוּמִים וְעַד א' מְעִיד שְׁלֵא נִפְרַע וְלֹא עֶבֶר זְמַן רַב  
דְּגוּבָה בּוֹ וְהִבִּיא רְאִיָּה מִדְּבַרִּי רש"י מִמִּס' בְּכוֹרוֹת (דף מ"ט) לְאַחַר שְׁלֵשִׁים יוֹם בְּחִזְקַת  
שְׁנִפְדָּה עַד שְׁיֵאמַר לֹו שְׁלֵא נִפְדָּה וְכ' רש"י וּבְאַמִּירָה סְגִיא בְּלֵא עֵדוֹת גְּמוּרָה דְּהֵךְ חִזְקָה  
דְּמַחְזִקִּין בְּחִזְקַת שְׁנִפְדָּה לֹא הָנִי חִזְקָה גְּמוּרָה דְּרַנְבָּא דְּאֵינְשֵׁי לֹא עֶבְדֵי לְמִפְרַע חוּבוֹ  
מִיָּד כֵּן יֵשׁ לֹוּמַר בְּכַתֵּב יָדוֹ וְזָה צ"ע דְּאֵיָּה מְצִינוּ שְׁיָקוּם אַף עַד א' כְּשֶׁר לְהוֹצִיא מְמוֹן  
אַף בְּרֹב גְּמוּר.

וְאַף בְּסוּטָה שְׁנִסְתְּרָה אַחַר קו"ס שֶׁהוּא גְזָה"כ דְּעַד א' נְאַמֵּן שְׁלֵא לְשִׁתּוֹת מ"מ הוּא דְּוִקָא  
לְעֲנִין שְׁלֵא לְשִׁתּוֹת אֲבָל לְעֲנִין פְּתוּבָה מְבִנְאָר מִדְּבַרִּי יְרוּשְׁלָמִי שֶׁם דְּהוּא מִטַּעַם דְּעִיקַר  
עֵדוּתוֹ לֹא בָּא לְזָה רַק לְמַנְעָה שְׁלֵא לְשִׁתּוֹת וּמִמִּילָא נִגְרַר אַחַר זֶה דְּמִפְסִידָה פְּתוּבָתָה  
אֲבָל לֹא אִם בָּא רַק לְהַעֲיֵד לְהַפְסִיד הַפְּתוּבָה אַף דְּשֶׁם יֵשׁ רַגְלִים לְדַבֵּר טוּבָא וְהַתּוֹרָה  
עֲשָׂאָה הַסְּפֵק פְּנוּדֵאִי וְכִמוֹ כֵּן בְּרֹב אַף לְהַסוּבְרִים דְּעַם רֹב וְחִזְקָה מוֹצִיאִין מְמוֹן מ"מ  
פִּינֵן דְּבָרֹב לְחוּד אֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן שׁוּב לֹא מְהֲנִי עַד א' דְּקֵרָא פְּתִיב לֹא יָקוּם עַד א'  
בְּאִישׁ וְאִם פֶּן בְּכ"י פִּינֵן דְּאֵינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת מִיתוּמִים דְּאַבְיָהֵן הִיָּה נְאַמֵּן לֹוּמַר שְׁפָרַע מַה"ת  
יְהִיָּה נְאַמֵּן עַד א' לְהוֹצִיא מְמוֹן.

וּמַה שְׁכ' מִדְּבַרִּי רש"י בְּכוֹרוֹת הַנֵּ"ל פְּכַר פְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי ח"ר דִּינֵי פְּדִיוֹן הַבֵּן (ס' י')  
דְּנוּדֵאִי חַיִּיב מִשֶּׁשׁ אֵינוּ עַל הַבֵּן שְׁיִפְדָּה א"ע דְּעַד א' א"נ לְחֲתִיבוּ מְמוֹן רַק לְצֵאת יְדֵי שְׁמִים  
לְפָדוֹת א"ע מְחֲתִיבִין אֲבָל לֹא לְכוּפּוֹ וּע"ש מַה שְׁכ' בְּזָה וְעֵינֵן ש"ך (ס' ת' ס"ק א) דְּהִבִּיא  
דְּבַרִּי הַמְרַש"ל דְּבַהוֹכְחָה וְאַנְמִדְנָ' מוֹצִיאִין מְמוֹן בְּבָרִי נֶגֶד שְׁמָא וְהַשִּׁיג עֲלָיו דְּבָקַל עֲנִין  
הַמְמַע"ה וְכִמוֹ דְּמוּכַח שֶׁם מִדְּבַרִּי הַרְמַב"ם הַלְכוֹת נ"מ וּמִשְׁמַע אֲפִילוֹ אֵינוּ עוֹמֵד הַשׁוֹר  
בְּרִשׁוֹתוֹ וּבְתָם פִּינֵן דִּישׁ חִזְקַת מַר"ק לֹא מְהֲנִי בְּרִי נֶגֶד שְׁמָא אוּלָם לְשִׁיטַת הָרַאב"ד דְּכ' דְּכ'

שם דל"ה מתשאל"מ ומשלם מטעם דל"ה לי למידע י"ל דרבך בלא הני ליה למידע ל"מ  
ברי נגד שפא להוציא ממר"ק אבל בהו"ל למידע הא מבואר בדברי הראב"ד המובא  
בש"מ ב"מ (דף ק') לתרץ הא דקתני במתניתין זה אומר עבד גדול מכרת לי וזה אומר  
איני יודע וזה בגדול ואמאי הא בו"ש לאו ברי עדיף ומתרץ הא אוקימנא בעומדת באגם  
ובסימטא ואע"ג דאיכא למימר אוקמינהו אחזקה דמרא קמא פיון דברי ושפא ניהו לא  
אמרינו ובין לרבנו ובין לסומכס לברי יתבינו ליה ולא לשפא הרי דס"ל דנגד מר"ק  
מהני ברי נגד שפא וי"ל דס"ל דוקא בהני ליה למידע פיון דעכ"פ איתרעא חזקה דמר"ק  
דחייב לציד"ש שוב אמרינו בו"ש ברי עדיף ועיין שם בש"מ סוף הסוגיא בלשון רמ"ך  
דהניח דין זה בצ"ע.

ומדברי הר"י פן מיגאש ז"ל ב"ב (דף ל"ד) מבואר גם פן דנגד מר"ק אמרינו בו"ש ברי  
עדיף דכ' אבל היכא דאיכא למימר אוקמי אחזקה דמר"ק פגון המחליף פרה בתמור  
כו' פיון דתרוניהו קאמרי ברי מוקמינו לה אחזקה דמר"ק ונהי אידך הממע"ה עכ"ל  
הרי דמדקדק פיון דתרוניהו קאמרי ברי ומשמע דנגד מר"ק מהני ברי נגד שפא.

אולם ברמב"ן שם מבואר דלרבנו במחליף פרה בתמור אפילו במחליף פרה בתמור  
חזקה דממונא עדיפא וכן פסק הטור (סי' רכ"ג): וראיתי בקה"ס (פל"ו אות י"א) דחקר  
אם נגד חזקה מר"ק לחוד מהני רובא די"ל פיון דחזקה מר"ק הוא בממון פמו חזקה  
קמייתא באיסורא ורובא וחזקה רובא עדיף וכ' דלא מצא ראיה פדי הכרעה ודעתו דאין  
מוציאין בממון ממר"ק ברובא וקצת ראיה ממה דאמרינו בש"ס ב"ק הא דאמר שמואל  
המוכר שור לחבירו כו' ולפום ריהטא הני תרי מיילי ברי ושפא ורובא בחזא מיתקלא  
מיתקלין ובו"ש ל"מ אף נגד חמר"ק לחוד עכ"ל ולדבריו לדעת הראב"ד ור"י מיגאש  
דס"ל דבו"ש מהני נגד חמר"ק כ"כ מהני רובא ולי נראה דלא בחזא מיתקלא מיתקלין  
דקא בבו"ש מבואר בש"ס דחייב לציד"ש ובהא דאין הולכין בממון אחר הרוב לא מצינו  
דחייב לציד"ש מדלא אשתמיט אהד מהפוסקים לומר פן ובס' דברי חיים חיו"ד (סי'  
נ"ב) מסתפק אאמ"ו ז"ל בזה ובהגהותי שם הבאתי להוכיח מדברי נ"י ב"ק (סוף פ"ד)  
דבשפא ושפא א"ח לציד"ש אף דרוב מסייע וכבר פתבתי לעיל דיני דינינים (סי' מ"ט)  
שפאיתי ראיה זו פתובה בכ"י הגאון הגנוח בעל המחבר' ס' ברית אברהם.

עכ"פ חזינו דברי ושפא עדיף יותר מן רובא לגבי ממון ואם פן י"ל אף היכא דליכא רק  
חזקה מר"ק לא אזלינו בממון בתר רובא: ובספרי ח"ר בקונטרס התשובו' (סי' ה')  
הוכחתי מד' הר"ן ונ"י ריפ' הבית והעליה דהיכא דמחזקינן בחזקה שניהם לא אזלינו  
בת"ר דליתא קמן דכ' דמתניתין דחולקין אתו לאשמועינן דלא אזלינו בתר רובא דאף  
דרוב פתים הנופלים בחבטה נפלי ושם איירי במונח ברה"ר ולא שייך ביה הממע"ה  
ואעפ"כ לא אזלינו בתר רובא והא דמבואר ממתניתין דב"ב בנמצא בין שני שוכנין  
דאזלינו בתר רובא הוא ברובא דאיתא קמן או י"ל דקא התוס' ב"מ שם פתבו בהא  
דקאמר בש"ס לימא תהוי תיובתא דר"נ אע"ג דאין אהד מוחזק יותר מחבירו מ"מ בהכי  
חשיב מוחזק שאנו יודעין שהחצי שלו ועוד דכל ממון המוטל בס' חשוב כאלו שניהם  
מוחזקין בו ואם פן לתרוץ ראשון הוי מר"ק ומוכח דלא אזלינו בתר רוב.

ולתירוץ השני דהוי פשניהם מןחוקין צ"ל ע"כ בהך דגיפול בין שני שוככי עדיף הואיל דהוי רנבא דאיתא קמן אכל ברנבא דליתא קמן לא מוציאין מחזקת שניהם ועיין שם בספרי מה שכתבתי עוד בענין זה ולענין אם מהני תפיסה היכא דרנבא מסייע והבאתי דברי נתיבות (סי' רל"ב) ודברי בעה"ת (שער נ"א סוף ח"ח) והוכחתי מדברי רא"ש קידושין (דף מ"ה) בקטנה שנתקדשה לדעת אביה ונישאת שלא לדעת דאין הולכין בממון אחר הרוכב אף פשתפס ואף דשם הוא מטעם אין ספק מוציא מידי נדאי וכמו שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני אונאה (סי' ה') מ"מ מוכח דתפיסה ל"מ בשמא ושמא אולם נגד מר"ק בברי נגד שמא י"ל דהוי ספיקא דדינא ומנהי תפיסה למה שכ' הר"י בן מיגאש דרק בברי וברי אולינן בתר מר"ק ולא בבו"ש וכן פנראה הרמב"ד והרמ"ך מסתפקו בזה: וראיתי בנתיבות (סי' ע"ה ס"ק י"א) שכ' לתרץ הא דבזה אומר גדול וזה אומר קטן דאמרינן בו"ש פרי עדיף דכיון דמכר לו אחד בנדאי מהני תרי עבדים בהא כ"ע מודים דברי עדיף דכיון דאיירי בעומד באגם וליכא חזקת מר"ק וכאן לא שייך מר"ק כיון דאחד נדאי מכר לכ"ע פרי עדיף דליכא חזקה פנגדו.

ולענ"ד י"ל דמ"מ שייך חמר"ק על כל מה שדנין ואין האחד מכריע על חברו ואף דנדאי אחד יצא מרשותו מ"מ פשאנו באין להוציא הגדול אמרינן לאוקמי אחזקת מר"ק דחמר"ק לא גרע מחזק' קמייתא באיסורין ובאיסור כף הוא חק התורה לאוקמי על החזק' אף בדבר דאי אפטר כמו בראיתי טומאה שגזרקה בין שניהם ואיני יודע על איזה מקם דמבואר בתוס' חולין (דף י') ונזיר דבכל זאת מוקמינן לכ"א על חזקתו כן נמי כאן בממון אף דהם של אחד מ"מ כיון דהם גופים נפרדים אין חזקה של השני מוציא להראשון מחזקתו ואם לא אמרינן בו"ש פרי עדיף נגד חמר"ק לא איכפת לן במה דהאחד נדאי יצא מחמר"ק.

שוב ראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ב') דהשיג עליו מטעם אחר דלדבריו אמאי בז"א איני יודע וז"א איני יודע לא אמרינן יחלקו לרבנן עיין שם ובש"ס שם מבואר דזוקא לסומכס יחלקו וכן בפוסקים א"ו דבמה שמכר בבירור לאחד לא איתרע החזקת מר"ק: סי' ז היכא דתובע מחבירו מנה הלואה והלה אומר א"י ועד א' מעיד שהלנהו הוי מתשאי"ל ומשלם כ' הש"ך (ס"ק ל"ד) משם מהרשד"ם דזוקא פשהעיד שהלנהו בנדאי אכל לא פשהעיד שמנה לו מעות וכן הביא הכנה"ג משמו על הא דכ' הטור (סי' ע"ט) באם טען אמת שקבלתי ממה מנה אכל במתנה הנה דנאמן דלאו זוקא בטענת פרי אלא הה"ד בטענת שמא ובס' שער משפט האריך בזה דבאומר א"י אם במתנה נתת לי חייב לשלם מטעם דבו"ש פרי עדיף בזה ממילא אם הנה ב' עדים הי' חייב לשלם פשיש עד א' הוי מתוך שאילו"מ ועיקר ראיתו מבעה"ת (שמ"ז) שכ' בהא דאמרינן פ' א"נ מפדי שאין הדעת טועה דמתנה בעלמא יהיב ליה הוא זוקא פששתק ולא תבע אכל אם אמר אחר כף טעיתי ותובע ממנו אעפ"י שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דמעיקרא מתנה יהיב ליה וזכה בהן והשתא הוא דקא בעי למיהדר ביה אפ"ה מחזירין ליה דאיהו פרי ואידך שמא ובו"ש פרי עדיף הרי היכא דידוע שפא ממון חבירו לידו אף שא"י אם במתנה בכה"ג לכ"ע בו"ש פרי עדיף וה"נ כיון שהתובע טוען פרי שבהלואה אמת לידה פרי עדיף.

וּלְדַעְתִּי אֵינּוּ רְאִיָּה מִשֵּׁם דַּע"כ לֹא כ' הַבְּעָה"ת שֶׁם דְּבַכָּה"ג בּו"ש פְּרִי עֲדִיף רַק כ"ז  
שֶׁהַמַּעוֹת הֵיחְרוֹן שֶׁמֵּצֵא הוּא בְּעֵין וְזֶה תּוֹבֵעַ שֶׁיִּחְזָר לוֹ מֵה שֶׁבָּא לִידוֹ בְּטַעוֹת וְשֶׁלֹּא כַּדִּין  
בְּכַה"ג פְּרִי עֲדִיף וְדוּמָה לַמ"ש רַמְבַּ"ן ב"ב (דף ל"ד) וְהַרִיטְבַּ"א רִישׁ ב"מ דְּבַב' אוֹחְזִין  
בְּטַלִּית אֲמַרִּינּוּ בּו"ש פְּרִי עֲדִיף הוּאִיל דַּל"ה לְהַמְחִיז מַר"ק.

אָבֵל אִם כָּבֵר הוֹצִיא הַמְּקַבֵּל הַמַּעוֹת וְהַנּוֹתֵן בָּא לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ שֶׁיִּשְׁלַם לוֹ בְּזָה לֹא מֵהַנִּי  
הַפְּרִי שְׁלוֹ נֶגֶד שֶׁמָּא לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ כֵּינּוּ דַּיֵּשׁ חֲזָקָה דְּמַעֲיָקְרָא דְּלֹא נִתְחַיֵּיב לוֹ וְעֵינּוּ מֵה  
שֶׁפְּתַבְּתִי בְּסִפְרוֹ שֶׁל אַאמ"ו וְ"ל בד"ח דֵּינִי אוֹנָאָה (ס' ו') לִיִּישׁב בְּזָה בְּהָא דְּמִבְּנָאָר (ס'י  
רכ"ז ס"ז) דָּאָם שְׁהָה יוֹתֵר א"י לְחֲזוֹר וְלֹא לְתַבְּנֹעַ אוֹנָאָתוֹ וְאִם יִכְרַר שְׁהָה אֲנִס יְכוּל  
לְחֲזוֹר וְהַקְּשָׁה הַמַּח"א לְמָה צָרִיף לְכַרֵּר הָא בְּכַה"ג רְאוּי לּוֹמֵר בּו"ש פְּרִי עֲדִיף כְּמוֹ  
בְּדִינָא דְּבַעַה"ת הַנּוֹ' וְכַתְּבַתִּי דְּלִגְבֵי אוֹנָאָה בְּמַקְחָה וּמִמְכָּר הָוִי לְעוֹלָם הַמּוֹכֵר מִן חֲזָקָה דְּאַף  
כְּשֶׁהַמַּעוֹת בְּעֵין בִּיד הַמּוֹכֵר הָוִי פְּאִינּוּ בְּעֵין לְדַעַת הַנִּי וְרַמְ"א (ס'י רל"ב) בְּמַקְחָה טַעוֹת  
הָוִי הַמּוֹכֵר כְּלָנָה עַל הַמַּעוֹת וְכֵינּוּ דְּאִין צָרִיף לְהַחְזִיר אוֹתָן הַמַּעוֹת שֶׁקֶבֶל וְהַמַּעוֹת שֶׁקֶבֶל  
בֵּין כָּף וּבֵין כָּף הוּא שְׁלוֹ וְהַסְּפֵק אִם חֵיִיב לוֹ לְשַׁלֵּם הָוִי כְּפָא לְהוֹצִיא מִיד הַמּוֹכֵר וּבְזָה  
בּו"ש לֹא פְּרִי עֲדִיף מֵה שֶׁאִין כֵּן בְּנִידוֹן דְּבַעַה"ת אִם בְּאַמְתַּת טַעָה בְּחֻשְׁבוֹן חֵיִיב לְהַחְזִיר  
הֵיחְרוֹן בְּעֵינָא וְל"ה כְּלָנָה לְכָף כֵּינּוּ דְּלֹא הָוִי לְהוֹצִיא וְיֵשׁ לְבַעַל הַפְּרִי מַר"ק בּו"ש פְּרִי  
עֲדִיף בְּכַה"ג וְעֵינּוּ מֵה שֶׁפְּתַבְּתִי בְּדַבְּרֵי חֵיִים דֵּינִי תְּפִיסָה (ס'י ט') וּבְמָה שֶׁכ' עוֹד בְּזָה  
לְעֵיל דֵּינִי דֵּינִים וְאִם כֵּן אֵינּוּ דוּמָה נְדוֹן דִּידָן הֵיכָא דְּטוֹעֵן אֵינּוּ יוֹדַע מֵהַלְּנָאָה וְעַד א'  
מַעִיד שֶׁמֶנָּה לוֹ מַעוֹת וְכֵן אִם טוֹעֵן שֶׁקֶבֶל מַעוֹת אָבֵל א"י וְאֵינּוּ זוֹכֵר אִם בְּמַתְּנָה אוֹ  
בְּהַלְּנָאָה דְּבְּזָה כֵּינּוּ שֶׁבָּא לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ וְלוֹמֵר דְּחֵיִיב לוֹ לֹא אֲמַרִּינּוּ בּו"ש פְּרִי עֲדִיף.

וְאַף אֵינּוּ דוּמָה לְכָל רְאִיּוֹתָיו שֶׁם דְּדוֹקָא הֵיכָא דַּא"י אִם בָּא הַמַּמּוֹן לִידוֹ כַּדִּין וְלִית לֵיהּ  
חֲזָקָת מַר"ק וְלִהְתּוֹבֵעַ יֵשׁ חֲמַר"ק בְּזָה בּו"ש פְּרִי עֲדִיף אָבֵל הֵיכָא דְּבָא לִידוֹ כַּדִּין וּבֵין  
כָּף וּבֵין כָּף זָכָה בְּהַמַּעוֹת שֶׁבָּא לִידוֹ וְאֵנּוּ דְּנִין לְחֵיִיבוֹ לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּזָה אֲמַרִּינּוּ הַמַּמַּע"ה  
וּמוֹקְמִינּוּ עַל חֲזָקָה דְּמַעֲיָקְרָא דְּלֹא נִתְחַיֵּיב לְשַׁלֵּם וּבּו"ש לֹא פְּרִי עֲדִיף: גַּם אִף אִם נֹאמֵר  
בְּדִינָא דְּבַעַה"ת דְּאַף אִם הַמַּעוֹת אֵינּוּ בְּעֵין כְּשֶׁבָּא לְתַבְּנֹעַ הֵיחְרוֹן שֶׁכָּבֵר הוֹצִיא הַמְּקַבֵּל  
בְּכ"ז חֵיִיב לְהַחְזִיר הֵינּוּ מִשּׁוּם דְּאֵנּוּ דְּנִין עַל תְּחִילַת לִידַת הַסְּפֵק וְאִם הִנֵּה בָּא לְתַבְּנֹעַ  
מִקְּוֹדֵם כְּשֶׁהָה הַמַּעוֹת בְּעֵין וְאִז הֵינּוּ דְּנִין עַל חֲזָקָתוֹ שֶׁל זֶה אִם בָּא לִידוֹ כַּדִּין וְזֶה טוֹעֵן  
שֶׁמָּא וְחִבְּרִירוֹ פְּרִי וְיֵשׁ לוֹ חֲמַר"ק הֵינּוּ מוֹצִיאִין וְסוֹף דֵּינּוּ כְּתַחֲזִילַת דֵּינּוּ וְהָוִי כְּהוֹצִיא מִמּוֹן  
חִבְּרִירוֹ שֶׁלֹּא מְדַעַתוֹ וְדוּמָה לְהָא דְּמַשְׁפִּיר בֵּית בִּי"ב דֵּינֵר לְשָׁנָה דֵּינֵר לְחֻדָּשׁ דְּאֲמַרִּינּוּ  
קַרְקַע בְּחֲזָקָת בְּעָלִים עוֹמְדָת וְנִגְרַר הַדִּין כְּמוֹ שְׁהָה אִם בָּאִין לְדוֹן תְּחִילַת חֻדָּשׁ כֵּן אִף  
אִם דָּר בּוֹ חֵיִיב לְשַׁלֵּם וְה"נ דְּכֹנּוֹתִי כֵּינּוּ דָּאָם בָּא כְּשֶׁהַמַּמּוֹן הוּא בְּעֵין מוֹצִיאִין מִידוֹ  
הוּאִיל דְּלֹא יֵשׁ לוֹ חֲזָקָת מִמּוֹן בְּטַעָנָה מְבֹרְרָת וְהִלָּה טוֹעֵן פְּרִי וְיֵשׁ לוֹ חֲמַר"ק שׁוֹב אִף  
כְּשֶׁהוֹצִיא הַמַּעוֹת וְאֵינּוּ בְּעֵין מִמִּילָא אֲמַרִּינּוּ דְּכָבֵר נִתְחַיֵּיב שֶׁהוֹצִיא מִמּוֹן חִבְּרִירוֹ וְאַף לְמָה  
שֶׁכ' בַּס' דְּמַשְׁק אֱלִיעֶזֶר מוֹבָא בְּכַה"ג יו"ד (ס'י ס"א) דְּאַף אִם בְּסִפְקָ לֹא מֵהַנִּי תְּפִיסָה  
וְתַקְּפוֹ כֵּהֵן מוֹצִיאִין הֵינּוּ כְּשֶׁהוּא בְּעֵין אָבֵל אִם אָבֵל אוֹ הַזִּיקוֹ פְּטוֹר מִלְּשַׁלֵּם וּבְהַגְהוֹתִי  
בְּדַבְּרֵי חֵיִים דֵּינִי תְּפִיסָה (ס'י ג') הַבְּאִתִּי סְמוּכִין לְזָה מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת רִשְׁבֵּ"א הַמּוֹבָא  
בְּאוּרִים (ס'י ע"ב ס"ק פ"ז) דְּכ' בְּדַבְּרִים הַעֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְיֵשׁ עַדִּי רְאִיָּה דְּאֵינּוּ יְכוּל  
לְטַעוֹן לְקוֹחַ הֵינּוּ אִם הַחֲפֵץ הוּא בְּעֵין אָבֵל אִם הַחֲפֵץ אֵינּוּ בְּעֵין לֹא מֵהַנִּי הַמַּר"ק לְהוֹצִיא  
מִמּוֹן וְה"נ דְּכֹנּוֹתִי וְשֵׁם הַבְּאִתִּי דְּמְדַבְּרֵי תוּס' (דף ל"ג) ד"ה דְּאִי טַעִין דְּמַשְׁמַע קַצַּת דְּלֹא

פְּדֻבְרֵי רִשְׁבָּ"א וּמְדַבְרֵי הָרָ"ן וּנ"י סוּף פ' הַשּׁוֹאֵל בְּמִשְׁפֵּיר מְטַלְטְלִין בְּשָׁנֵי לְשׁוֹנוֹת אִם  
בָּא אַחַר כֶּף אֵין מוֹצִיאִין מִמּוֹן אֵינוּ רְאִיָּה פְּדַעַת הַדְּמָשֶׁק אֲלֵיעֶזֶר דִּי"ל דְּשָׁם הָנִי כְּתִפְסָה  
בְּרִשׁוֹת.

אוּלָם אַף לְדַעַת הַדַּמ"א הוּא בְּסָפִיקָא דְדִינָא וְאִיכָא דְרָרָא דְמִמוּנָא וּשְׁנִיָּהֶם טוּעֲנִין שְׁמָא  
אוּ בְרֵי פְּנִידוֹן דְּרִשְׁבָּ"א אֲבָל הֵיכָא דִּישׁ חֲמַר"ק וּבְרֵי נֶגֶד שְׁמָא דְהַמְּוִחָזֵק דְּאֵינוּ יוֹדַע  
אִם בָּא לִידּוֹ כְּדִין בְּזָה לַכ"ע י"ל דְּבְרֵי עֲדִיף וְשׁוֹב אַף אִם אָנוּ דְנִין אַחַר כֶּף לְהוֹצִיא מִמּוֹן  
חֲזִיב לְשַׁלֵּם וְסוּף דִּינוּ כְּתַחֲזִילַת דִּינוּ וְזֶה הַכֹּל הֵיכָא דְשִׁינָה לְדוֹן אִם הוּא בְּעֵין לְאוּקְמֵי עַל  
חֻזְקַת מַר"ק אֲבָל בְּאֵינוּ יוֹדַע אִם בָּא לִידּוֹ הַמְּוִחָזֵק בְּתוֹרַת הַלְּוָאָה אוּ בְּתוֹרַת מִתְּנָה וּבָא  
הַדִּין אַחַר כֶּף אַף לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְדַאי אֲמַרְיִנן דַּהֲמַמַּע"ה פִּינּוּ דְסוּף סוּף בָּא הַמְּוִחָזֵק כְּדִין  
לִידּוֹ וְאִם הַמְּוִחָזֵק הוּא בְּעֵין וְזֶה אוֹמֵר שְׁאֵינוּ יוֹדַע אִם בָּא לִידּוֹ הַמְּוִחָזֵק בְּתוֹרַת מִתְּנָה  
אוּ בְּהַלְּוָאָה גַּם כּוּ אֵין מוֹצִיאִין פִּינּוּ דְבִין כֶּף וּבִין כּוּ בָּא הַמְּוִחָזֵק לִידּוֹ כְּדִין מְדַעַת בְּעֵלִים  
וְנִכְהָ בְּהוּ רַק הַדִּין אִם חֲזִיב לְשַׁלֵּם לוֹ אוּקְמֵי מִמוּנָא בְּחֻזְקַת מְרִיָּה וְהַמַּמַּע"ה וְבו"ש לְאוּ  
בְרֵי עֲדִיף וְהוּי הַדִּין כְּמוֹ בְּכָל אֵינִי יוֹדַע אִם נְתַחֲזִיבְתִי: וְקִצַּת י"ל הָא דְמְבַרְאָר בְּרַמ"א  
(ס' רמ"ו ס"ז) בְּאוֹמֵר לְחַבְרֵי אֲכוּל עִמִּי דְצָרִיף לְשַׁלֵּם לוֹ וְל"א מִתְּנָה קָא יְהִיב לִיה  
וּבַתְה"ד מִיִּתִּי רְאִיָּה מְקַרַע כְּסוּתִי שְׁלֵא אֲמַר לוֹ עַל מְנַת לְפִטוֹר וְהַש"ף שְׁם תְּמָה דְשָׁם  
נְמִי אִי לֵא אֲתִי לִידְהוּ בְּתוֹרַת שְׁמִירָה פְּטוֹר אַע"ג דְּלֵא אֲמַר עַל מְנַת לְפִטוֹר וּבְקִצוּה"ח  
שְׁם מִיִּשְׁבַּב ע"נ דְּמִזִּיק בְּרִשׁוֹת פְּטוֹר אֲבָל בְּאֲכוּל עִמִּי אֵין חִיּוּבוֹ מִשּׁוּם מִזִּיק רַק מִשּׁוּם  
דְּנִהָגָה וְנִפְלִי עֶבֶד מְדַעַת בְּעֵלִים חֲזִיב לְשַׁלֵּם וּכְבָר קַדְמוּהוּ בְּזָה בַמַּל"מ בְּהַלְּכוֹת מְלָה  
וְלָה (פִּט"ז ה"א) עֵינֵן שְׁם וְלְכַאוּרָה יִקְשָׁה הָא מ"מ פִּינּוּ דְהוּי סְפַק אִם מִתְּנָה קָא יְהִיב  
לִיה וְלֵא נְחִית אַדְעָתָא דְתַשְׁלוּמִין אַמַּאי חֲזִיב לְשַׁלֵּם הָא הָנִי כַא"י אִם נְתַחֲזִיבְתִי דְפִטוֹר  
וְבו"ש לְאוּ בְרֵי עֲדִיף לְהוֹצִיא מִמּוֹן.

וְלַמ"ש אֲתִי שְׁפִיר פִּינּוּ דְאִם הֵינּוּ בְּאֵין לְדוֹן בִּינֵיהֶם בְּטָרַם שְׁאֲכַל הֵינּוּ מוֹקְמִינן הַמַּאֲכִיל  
עַל חֲמַר"ק סוּף דִּינוּ כְּתַחֲזִילַת דִּינוּ וְלִכְף מוֹצִיאִין וְדוּמָה לְדְבְרֵי בַע"ה ת' הַנַּז' דְּבַכָּה"ג בּו"ש  
בְרֵי עֲדִיף. וּבְזָה הֵיךְ מִנְּשָׁב מַה שְׁהַקְשָׁה שְׁם בְּש"ף (ס' ש"ס"ג ס"י) בְּאוֹמֵר לְחַבְרֵי דוֹר  
בְּחֻצְרֵי דְפִטוֹר מְלַשְׁלֵם וְהַאֲחַרְוֵי כְּתַבוּ דְשָׁם אֵינִרֵי בְּגַבְרָא דְלֵא עֶבֶד לְמִיגַר וְלַהַנְ"ל י"ל  
אַף בְּגַבְרָא דְעֶבֶד לְמִיגַר פְּטוֹר מְלַשְׁלֵם פִּינּוּ דְעִיקַר הַסְּפַק נוֹלַד אַחַר שְׁדָר בּוּ דְקוֹנְדָם  
שְׁדָר אִם הָיוּ בְּאֵין לְדוֹן בְּלֵא"ה יְכוּל לְחַזוֹר וְאִם כְּבָר נִכְנַס לְבֵית לְדוֹר מ"מ פִּינּוּ דְלֵא  
אֲמַר לוֹ עַל זְמַן יְדוּעַ יְכוּל לְעוֹלָם לְסַלְקוֹ שְׁיִצָּא מִהַבֵּית וְכוּנְוִתוּ לֵא הִי רַק עַל יוֹם א' אִם  
כּוּ עִיקַר הַס' נוֹלַד עַל זְמַן שְׁדָר בּוּ כְּבָר שְׁפִיר יְכוּל הַשּׁוֹכֵר לְטַעוֹן דְלֵמָּא הֵיךְ פְּנוּנְתָהּ  
שְׁאֲדוֹר בְּחֻזְמָם וְאֲתָהּ בָּא לְהוֹצִיא מִמּוֹן מְמַנִּי וְהוּי כְּאֵינִי יוֹדַע אִם נְתַחֲזִיבְתִי: אַף בְּאַמַּת ז"א  
דְבַרְמ"א (ס' רס"ד) מְבַרְאָר דְבְּכָל עֲנִינִים מַה שְׁאֲחַד עוֹשֶׂה לְחַבְרֵי טוֹבָה דְחֲזִיב לְשַׁלֵּם  
וְלֵא אֲמַרְיִנן דְּבַחְזָם נְחִית וְהוּא מְדַבְרֵי הָרָ"ן כְּתַנּוּבוֹת פ' שְׁנֵי דִינֵי גְזִירוֹת דְהוּי פִּיּוֹרַד  
לְשִׁדָּה חַבְרֵי שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת דְחֲזִיב לְשַׁלֵּם לוֹ וְקִשָּׁה אַמַּאי לֵא הָנִי כַא"י אִם נְתַחֲזִיבְתִי  
וְצָרִיף לוֹמַר דְזָה הָנִי כְּתַחֲזִיב דְאֵין אָדָם נוֹתֵן בְּסִתָּם מִתְּנָה פִּינּוּ דְלֵא פִּירִשׁ וְעֵינֵן קִצוּה"ח  
(ס' ש"ס"ג ס"ק ט') וּמ"מ זָה דְוָקָא אִם נָתַן בְּסִתָּם אֲבָל בְּאוֹמֵר שֵׁא"י אִם בָּא לִידּוֹ בְּפִירוּשׁ  
לְמִתְּנָה אוּ לְפָרְעוֹן חוֹב אוּ בְּדָרְף הַלְּוָאָה לַכ"ע הָנִי כַא"י אִם נְתַחֲזִיבְתִי וְכַמוֹ שְׁכ'  
מַהֲרַשְׁד"ם הַנַּז': וּבַמ"א עֲמַדְתִּי עַל דִּין דְאֲכוּל עִמִּי דְחֲזִיב לְשַׁלֵּם.

דהנה בתוס' פתובות (דף ל"ט ד"ה) קרע שיראין פתבו אע"ג דלא אמרה על מנת לפטור  
כיון דיש לה הנאה מסתמא על מנת לפטור ולכאורה מאי קשיא להו הא בלא פא לידו  
בתורת שמירה ל"ב על מנת לפטור.

אף י"ל למה דמסיק הש"ס סוף פרק החובל בצערי דגופו בחסרון אבר ל"מ אף באומר  
על מנת לפטור ובצערי דגופ' בלבד בעינון שיאמר על מנת לפטור אם פן שם במפנה  
כיון דהוי צערי דגופא שפיר הקשו תוס' דלבעי שיאמר על מנת לפטור ועל זה תירצו  
דהיא קא דיש הנאה מסתמא הפנונה על מנת לפטור.

וראיתי בספר נתיבות משפט אלגאזי (דף קי"א) שכ' בבבאור דברי תוס' הנז' דדוקא  
בקורע שהוא מזיק בלבד ואינו מתהנה ממנו דעתו הנה על מנת לפטור אבל במפנה  
דיש הנאה לכוועל פל שא"ל קרע שיראים שלי ול"א ליפטר לא מיפטר ובכה"ג שהוא  
מתהנה קרע והתחייב קא"ל וזה בשביל הנאתו עשה פן על מנת להתחייב ולכך הוצרכו  
לומר דש"ה כיון דהיא נמי אית לה הנאה מחלה לגמרי ועיין שם בדברי וילפי זה הנה  
נראה באומר לאדם חשוב בא אכול עמי דפטור מלשלם להמבואר (סי' ק"צ) ובאה"ע  
(סי' ז"ד) דנתיב' לאדם חשוב הוי הנאה ומתקדשה אשה עי"ז וכן קרקע נקנה בזה אם  
פן כיון דהבעלים נהנו גם פן נימא מסתמא פנונתו הנה על מנת לפטור.

וילפי זה יש לומר דלכך באומר לו דור בתצרי פטור אף בעביד למיגר כיון דהבעלים גם  
פן נהנו דביתי מייתי יתיב ושאיה יופת שער כמבואר ב"ק (דף ד') וש"ע (סי' שס"ג)  
הנז' וכיון דשניהם נהנו י"ל דמסתמא פנונתו על מנת לפטור אולם לפי זה להמבואר  
ברמ"א אה"ע שם דלגבי קידושין באמרה הילך מנה ואקדוש אני לה צריף חקירות חכם  
אם הוא אדם חשוב ובסתם אדם הוי ספק קידושין דלמא הוא אדם חשוב אם פן למה  
סתם בחו"מ באומר אכול עמי דחייב לשלם ול"א מתנה קא יתיב ליה למה מוציאין ממון  
מספק דלמא הוא אדם חשוב ונהנו שניהם והוי כאומר על מנת לפטור.

ואולי י"ל דע"כ לא מצינו דבאדם חשוב הוי הקבלה להנאה לגבי הנותן רק פשמחשב  
הנאה הזאת באומר הרי את מקודשת לי בהנאה הזאת שקבלתי ממך אבל בסתם פשלא  
ראינו שפשמחשב הנאה הזאת י"ל דלא הוי הנאה הזאת פממון ולכך בסתם אכול עמי חייב  
לשלם ולא מספקין דלמתנה קא יתיב: והנה באיני יודע אם נתחייבתי דפטור ולצאת ידי  
שמים חייב והש"ף העלה דלא מהני תפיסה ובספר בית מאיר (סי' קע"ח) העלה כיון  
דהנתבע עצמו מסופק וזה טוען ברי מהני תפיסה וכבר פתבתי לעיל דיני הלואה (סי'  
מ"ה) באורף להשיג על דבריו והבאתי סמוכין לדבר דל"מ תפיסה בבו"ש יעיין שם.

[וראיתי בתשובת מהריט"צ (סי' מ"ז) שכ' בפשיטות בראובן שחייב לשמעון מנה  
וראובן מודה לו אלא שטוען ששמעון חייב לו חוב אחר ושמעון טוען החוב שאתה חייב  
לי הוא ודאי והחוב שאתה טוען שאני חייב לה איני יודע אם חייב אני לה שעל זה ישבע  
שאינו יודע ויפטר וראובן יפרע לשמעון חוב עכ"ל וכנראה שעל דין זה הסכים שם  
מהר"ם גלאנטי ז"ל מבואר גם מדבריהם דלא מהני תפיסה וגם מבואר דכיון דקיי"ל זה  
גובה וזה גובה אינו ספק על חוב הפרור לו והספק נולד מחוב אחר וכדברי קצוה"ח (סי'  
נ"ט) וכהסקמת הנתיבות שם ודלא פמו שהבאתי שם משם השב הפנה ועיין נתיבות (סי'  
ע"ה סק"ה) במה שהשיג על קצוה"ח בדין ספק פרעון קודם הלואה אם המלנה ג"כ

מסנפק פנין דקיי"ל זה גובה וזה גובה דדעת הקצוה"ח דהמלנה הוי כא"י אם נתחייבתי והוא ז"ל כ' דליתא פנין דעושה זאת לפרעון אינו בכלל זה גובה וזה גובה ודברי מהרי"ט צאהלן ז"ל נוטים פמו שכ' קצוה"ח ועוד ביותר דשם בנידון דמהרי"ט צ' הנה שהלנה טוען פרי שהסחורה שמסר לו בתנאי שלא יתן ללוי למפור אם פן לדבריו פא לידו על פרעון חוב ואעפי"כ דנו להמלנה לאיני יודע אם נתחייבתי.

וראיתי למי שהשיג על המריט"צ וכ' האיך תלי השבועה בשמעון שישבע שא"י שחייב לו ממ"א ויטול את חובו מאחר שראובן טוען פרי שחייב לו ממ"א פנגד חובו הא נדאי דנאמן בשבועה ויפטר מחובו.

אולם דברי מהרי"ט צ' דאיירי שם היכא דחוב שמעון הוא חוב ברור דא"נ לומר פרעתי וכיין דהדין זה גובה וזה גובה נשאר החוב ברור וזה ישבע שא"י אם יש לו בידו פנגדו וכמו שהספימו הקצוה"ח והנתיבו' לעיל (סי' נ"ט) ומ"מ בדינו של מהרי"ט צ' צאהלן ז"ל שם דהלנה נתן סחורה שיימפור על חובו וטוען פרי שהנה שנה פפי חובו רק שעבר התנאי ומכר על ידי לוי שפשע ומכר בפחות בזה זה הוי פרעת פטענת פרעון פנין שמסר לו סחורה בפרעון וכשפשע הוי כא"י אם לי והלנה טוען פרי בזה לא שייך לומר זה גובה וזה גובה ועיין קצוה"ח (סי' ע"ב) ובנתיבות שם (ס"ק מ"ו) וכאן עדיף טפי]: ועיין בקצוה"ח (סי' ע"ה ס"ק ד') הביא מתשובת בית יעקב דאם הלנה פרעו בסתם לאחר שאמר איני יודע אם הלנתני ואומר הלנה דטעה וסבר שהוא חייב בדיני אדם ואילו הנה יודע דפטור בדיני אדם לא הנה נותן לצאת יד"ש דהוי מחילה בטעות.

והקצוה"ח השיג עליו דהיכא דחייב לציד"ש ונתנו בסתם לא אמרינו דהוי מחילה בטעות והביא ראיה מפתובות (דף צ"א) מצנה על היתומים לפרוע הני מצנה עבידתו השתא בדין קא טריף ול"א אלא דלא אמרו ליה הני נ' זוזי דמי דארעא דקטינא אבל אמרו ליה כו' סלוקי סלקיה מבואר דהיכא דנותן סתמא אף עפ"י שאינו חייב בדיני אדם אמרינו למצנה קעביד וכ"כ ה"נ אמרינו מסתמא למצנה קא עביד לציד"ש ולא אמרינו דהוי בטעות.

ולמה שכ' לעיל מדברי בעה"ת דהיכא דאינו יודע אם פא הפמון לידו בדין והלה טוען פרי בזה לכ"ע אמרינו בו"ש פרי עדיף אתי שפיר דינו של הבית יעקב הנז' דיש לומר פנין דפרע לו בסתם וא"י אם ידע דאינו חייב לו בדיני אדם רק לציד"ש או דלא ידע וכסבור דחייב בדיני אדם אם פן בו"ש פרי עדיף ואזלינו בתר חזקת מר"ק ואף דהוא פא בטענת פרי דחייב לו מן הדין מ"מ פנין דהדין הוא הממע"ה ואנו פאין לדון רק השתא על תשלומין הזאת ששילם בסתם בזה הוי התובע בטענת שפא דלמא פרע לו הואיל שלא ידע והלה טוען טענת פרי דטעה וכסבור דחייב לו מה שאין פן שם בהך דקטינא דארעא דממנ"פ זכה המלנה בהנהך חמשים שנתנו לו דאף לדברי היורשין אם יטענו פרי דיהבי ליה לסלקיה מהך קטינא דארעא מ"מ זכה בבירור בהנהך נ' זוזי ולא נפל הספק עליהן פלל רק אם סלוקי סלקיה והנהך נ' דמי דארעא דקטינא ניהו לכך פנין דלא אמרו ליה אף אם טענו בפרי דכוננתם הנה לסלקיה מהך ארע' מ"מ בו"ש לאו פרי עדיף פנין דבאו להוציא הך קטינא משעבודא דבעל חוב מה שאין פן בדינא דהבית יעקב דהספק נופל אם זכה בהמעות או לא אמרינו בו"ש פרי עדיף פנין דמסייע לו להלנה

חמר"ק ונאמן דטעה וכסבור דחייב בדיני אדם ובשביל זה נתן לו ולא לציד"ש והוי נתינה בטעות גם י"ל דשם הוכחה יש מדלא אמרו ליה הני דמי קטינא דהי' להיתומים לחוש דלמא אחי בעל חוב מאןחר דאביהו ויטרון מהם הקרקע ומדלא אמרו להו הא ראיה דלא חששו לסלקו מדמי קטינא ולא קנו ממנו הקטינא רק כפריעת חוב בעלמא ולכך גם הוא בעצמו יכול לטרוף מה שאין פן בנגידון דהב"י לא היה לו לומר שום דברים בשעת הפרעון נאמן לומר שטעה: עוד הביא הקצוה"ח ראיה מהמוכר פירות דקל דל"ק ואמר ר"ל מודינא דאי שמט ואכל לא מפקינן מיניה התם זביני הכא הלואה ופירש ר"ת דהלואה והלנה לא הקנה אלא בתורת מכר ואינו כלום והוי מחילה בטעות אבל גבי פירות דקל ניהו דיכול לחזור אין לו לחזור פי הכא דליקו בהימנותא לכך אית לן למימר אפילו יודע שהיה יכול לחזור לא הי' חוזר אם פן השתא היכא דאינו אלא דליקו בהימנותא לא הוי מחילה בטעות כ"ש הכא דליקו בהימנותא קמי שמיא דבנדאי לא הוי מונע מלפרוע לציד"ש.

ויש לדחות דשם הא פעם א' מכר והתרצה שיזכה במקחו וכל זמן דלא חזר מהמקח אמרינן דנשאר אדעת הראשון ואינו חוזר וכ"ז דלא חזר בפירוש מה"ת נאמר דהיה חוזר לכן לא מפקינן מיניה אם שמט ואכל ועיין שם בש"מ משם הריטב"א דדוקא אי שמט ואכל דליתא בעינא ושאר פוסקים חולקין ע"ז ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות כ"ו) וזה הכל דלא נחוש על השתנות דעתו ממה שהתרצה מתחילה על המכירה רק לא סמכה דעתו הואיל דהוי דשלב"ע פמושכ' הנ"י שם אבל פאן לא גלי דעתו כלל וכיון דטוען פרי דמה ששילם לו היה פינו דסבר דחייב בדיני אדם ואם היה יודע דאינו חייב לא הי' בדעתו לציד"ש י"ל דהוי מחילה בטעות ולא הוי מחילה וכו"ש פרי עדיף היכא דינש חמר"ק ולהמוןחזק ליכא חזקה.

ועיין בש"מ ב"מ (דף צ"א) אתנן אסרה תורה ואפ"י בא על אמו דכ' אף דפטור מטעם דקלבד"ם אפי"ה אי יחייב לה אסור משום אתנן ה"נ לא חייב לשלם בב"ד קאמר אלא דאי שילם תשלומין ניהו ונ"מ דאי יחייב ליה וכסבור שהיה חייב בתשלומיו והלך זה וקדש בהם את האשה מקודשת ולומר שאלו ל"ה חייב בתשלומין וטעה ושילם אינו ממונו של בעל הפרה וה"ז כמקדש בגזל דאחרים שאינה מקודשת עכ"ל משמע קצת פשיטת הקצוה"ח דכיון דינש עליו חיוב עכ"פ לשלם לציד"ש אף שטעה זכה בו ויש לדחות די"ל דבמקב"ם דהספק ברור רק דלא נמסר לב"ד עדיף מה שאין פן באיני יודע אם הלנתני דחייב לציד"ש הוא רק מספק גם י"ל דשם אם תפיסה לא מהני באמת אם בא וטען פרי שטעה אמרינן בו"ש פרי עדיף בכה"ג ועכ"פ יש מקום לדברי הבית יעקב: וראיתי לאאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ע"ט ס"ק ד') דכ' בנגידון הנז' פינו דבהיקר בא המעות ליד התובע הוי מוחזק ול"מ חזקת מר"ק להוציא פינו דטוען פרי דחייב לו.

ובעניי יש לגמגם בזה פינו דמצד בו"ש הי' פטור בדיני אדם דהממע"ה וע"ז אינן דנין עכשיו רק על פרעון הממון שפא לידו על איזה אופן בא לידו אם בשביל לציד"ש או בטעות שסבר דחייב לשלם ואנו דנין על הבא לידו ובזה אין לו טענות פרי רק שמא והלה טוען פרי שבטעות בא לידו אם פן לא הוי רק בתפיסה בעלמא ואנן קיי"ל דכבו"ש לא מהני תפיסה ואף דתפס ברשות מ"מ לא מהני בכה"ג תפיסה ברשות בטעות שטעה



וסבר שחייב לו ועיין בפ"ה בס' ת"כ ובנתיבו' דיגי תפיסה (פלל ח"י) וה"נ פיון דטוען  
ברי שמוון זה בא בטעות ממנו לידו אמרינו בו"ש ברי עדיף ומה שהביא שם מדברי  
רמ"א (סי' קפ"ה ס"ה) אם בעל הבית אומר במאה אמתתי למוכרה והסרסור אומר בנ'  
אמתת למכור אף דהלוקח אינו יודע אין מוציאין מן הלוקח הרי דבו"ש לא מוציאין מיד  
המחזיק אף דיש לבעל הכרי מר"ק פבר פתבתי בד"ח דיגי תפיסה די"ל מטעם דאחזוקי  
אינשי בגזלנא לא מחזקינן ועיין מה שכ' לעיל דיגי הלנאה (סי' מ"ה) להוסיף דיש לצרף  
חזקה דשליח עושה שליחותו בפרט היכא דעשה השליחות לכ"ע יש חזקה דלא עשה  
שינוי בשליחותו כמו שכ' המ"א (סי' ת"ט) משם רבינו בצלאל אשפנזי ז"ל אבל לעולם  
י"ל דבברי נגד שפא פשיש לבעל הכרי חמר"ק וזה א"י אם בא לידו בהיתר מוציאין  
כמו בגידון דבעה"ת הנז' וצ"ע: סי' ח פתב הרמ"א (סי' ע"ה סכ"ג) דמשביעין היסת  
אפילו על ידי קרוב ודוקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות והוא מתה"ד כמו שכ'  
הש"ך (ס"ק פ"ד) פגון ראובן ששלח ביד שמעון מעות ללוי לקנות לו סחורה ושמעון  
אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו אין להאמינו שיוכל ראובן להשביעו ללוי פיון ששמעון  
נוגע בעדות שהרי צריך לישבע נגד ראובן ובתומים (סי' קכ"ג) תמה על זה הא בקידושין  
מסיק הש"ס והשתא דתיקון רבנן היסת משתבעי עדים דינהינהו ליה ומשתבע מלנה  
דלא שקיל וכתבו תוס' הא דל"ה העדים נאמנים בשבועה במגו משום דעדים הצריכים  
שבועה אינן עדים דהתורה אמרה על פי שנים עדים יקום דבר רק היכא דנאמנים בדבור  
בלבד ואם פן בגידון דתה"ד למה אינו נאמן שמעון במגו ואחר שנשבע פיון דפסול רק  
מצד גזה"כ במקום דחייב שבועה לאו תורת עד עליו ולא גרע מקרוב דגם פן פסול מצד  
גזה"כ ולאו תורת עד עליו ובכ"ז מחייב היסת ע"פ: והנה אם נאמר דתה"ד סובר כמו"ש  
הרשב"א והר"ן שם ובכ"ז פתובות סוגיא דבקרא דכינון דצריף שבועה הוי כבע"ד ולא  
משום נוגע הוא ופסול אף לחובתו אם פן י"ל דגרע מקרוב אף לא משמע פן בתרה"ד  
לכן נראה ליישב דהמרדכי מס' קידושין שם מתרץ על קושיות הראשונים דיפטרם הלנה  
משבועה להשליחים ויהיו עדים וכ' דלא הוו עדים מטעם דעבידי להחזיק דבריהם  
הראשונים והיינו דאינו ראיה מעדותם שיעידו אחר הפטור פיון דמוכרחים לומר פן כמו  
שאמרו קודם לכן.

ושאר הראשונים דלא תירצו פן סוברים פיון דהשתא יעידו בתורת עדות לא ישקרו ולא  
יעברו על לא תענה כמו דהאמינה תורה לכל עדים ולא חיישינן שישקרו בשביל סיבת  
מזון וי"ל הא דמשביעין היסת על ידי קרוב אף דפסלה התורה לעדותו הוא מטעם דלא  
חיישינן לקרוב שישקר רק גזה"כ וחק התורה הוא ופסלה אף למשה ואהרן כמבואר  
ב"ב (דף קנ"ט) לכן רגלים לדבר הוא ומשביעין היסת עכ"פ על ידי עדותו של קרוב  
דרגלים לדבר דאין אדם חוטא ולא לו.

ולפי זה אתי שפיר דינו של תה"ד דבנוגע ליכא רגלים לדבר דכל הטעם דא"נ במגו  
דהאדרינהו משום דהיה צריך לישבע ואף דהשתא גם פן נשבע מ"מ עד הצריף שבועה  
לאו תורת עדות עליו ושפיר השתא אחר שנשבע שמעון לא יכול ראובן להשביעו ללוי  
דעביד להחזיק דבריו הראשונים ושוב ליכא רגלים לדבר מעדותו דהשתא וא"ד לקרוב  
דהוי רגלים לדבר דאין אדם חוטא ולא לו אבל פאן פיון דנפסל לעדות מצד השבועה  
שחל עליו שוב אינו מחייב שבועה אחר כף מצד רגלים לדבר פיון דאין פאן רגלים

לדבר דכן הוא דהנכרח לומר פן פדי להחזיק דבריו הראשונים ובפרט פינו דנשבע שכן הוא מוכרח לומר פן ושוב ליפא מעדותו רגלים לדבר מה שאין פן אם הנה נאמן בתורת עדות אז אף דיש חשש דעביד פדי להחזיק דבריו הראשונים מ"מ ל"ה חושדין למשקר כמו בכל עדות אבל השתא דלאו תורת עדות עליו דהוי עד הצריף שבועה ממילא שוב אף רגלי לדבר ליפא וא"ד לקרוב וז"ב לענ"ד בדעת התה"ד: אף ברמ"א (סי' קע"ו סל"ו) דכ' בישראל שחייב לשנים בשותפו ומעכב בשביל שאומר שאחד מהם חייב לו פנגדו והלה כופר דההפסד על שניהם וכ' שנה שאומר עליו שחייב לו חייב לישבע וקשה הא אין נשבעין על טענת שמה וכאן הוא פרי מפי נוגע.

וראיתי בביתאור הגרא"ו ו"ל שהעיר בדברי הרמ"א (סי' ע"ה) מן (סי' קע"ו) דחייב שבועה אע"ג שהוא נוגע וצריף ליישב דברי הרמ"א שלא יסתור דברי עצמו. וראיתי בנתיבות (סי' קע"ו ס"ק נ') דעמד ג"כ בזה וכ' דמיירי שתפס מבית החייב והוי פאלו ממון השותפו ודאי בא לידו וא"י האף יצא ממנו דחייב לישבע אף בשמה כמו שכ' הש"ף (סי' קכ"א ס"ק מ"ו) והמענין שם בדברי הרמ"א והד"מ יראה דלא איירי בתפס מבית החייב.

ולדעתי הענינה יש לחלק משם הרבה דע"כ לא פסק הרמ"א (סי' ע"ה) פדברי התה"ד דא"י להשביעו ללוי בטענת שמה עפ"י ראובן פינו דראובן נוגע בדב' דרוצה להחזיק בהממון לעצמו וליפא שום חזקה לסייע לטענתו ואף דיש חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ בזה דרוצה לעכב לעצמו ואנו חשדינו ליה לגזול לא שייף חזקה זו וכמו שכ' התנאים (סי' צ"א ס"ק ב') אם פן ליפא רגלים לדבר לראובן ששמעון נתן המעות ללוי מה שאין פן בנידון דרמ"א (סי' קע"ו) שנה תובע מן אחד מן השותפין שיש לו פידו פנגדו ודאי רגלים לדבר טובא דיש לו אינה דו"ד עם האחד דמה לו לשקר ולגזול להאחד הנה יכול לומר פרעתי לשניכם או יש לי פינדכם פנגד ושניכם חייבים לי ממ"א ולמה לו לגזול השתא משניהם ולהשים אשמת החוב על האחד לכן יש רגלים לדבר ובטענתו מתחילה שנה חייב לו יש רגלים לדבר למיחשב להשביע לזה שאומר שחייב לי ממ"א.

ברם לדינא האו"ת וכן פנראה דעת הגרא"ו ו"ל דאף בברי מפי נוגע חייב לישבע היסת. וכן מבואר פה דיןא דתה"ד בתשובת מהר"ם רויטנבורג ו"ל (סי' תח"י) הבאתי לעיל (סי' ד') לחייב בכה"ג ללוי לישבע היסת אף בטענת ראובן בלבד ועמ"ש בזה בדיני הלואה (סי' מ"ה): ואם נאמר דאין צריף לישבע על פי טענת פרי מפי נוגע יש מקום ליישב דברי הרמב"ם דפוסק לענין קידושין דשליח נעשה עד ואינו מחלק בין אם שלח לקדש בכסף או בשטר והקשו דהא השתא דתקנו שבועת היסת הוי השליח נוגע דצריף לישבע כשיאמר אהדרינהו להמשלח ואם נחייבו שבועה על טענתו דמסרו למלוה הוי עד הצריף שבועה וי"ל בדעת רמב"ם דדוקא היכא דהמלוה ישבע ויטול מן הלנה אז מצטרפין טענת המלוה דלא קבל לשמה של הלנה ונחייב השליח לישבע פינו דהלנה מפסיד בבירור ממונו שחייב לשלם פעם שנית ואף דהוי פרי טענתו דלנה מפי אחר הנוגע מ"מ תקנו רבנו שישתבעו העדים היסת מאחר דהלנה משלם ומפסיד לפי טענתו ולפי טענת העדים דאמרו דפרעו להמלוה ואשתכח דאיהו פרע חובו תרי זמני דהשתא משתבע מלוה ושקיל ועיין בלשון הראשונים סוגיא דהו שלוחין והו עדים ובחידושי לא

מן הראשונים לא נודע למי וזה הכל היכא דהלנה מחויב לשלם עוד הפעם אבל אם שלח לתת מתנה לחבירו או אף לקנות איזה דבר והשליח אומר שעשה שליחותו דאם אין חבירו תובע לו פלל ואינו בפנינו בזה אינו יכול המשלח להשביע את השליח פיון דהשתא אינו צריך לשלם לא תקנו חכמים בזה שישבע בטענת שמא והפרי מפי אחר הנוגע לא מצטרפין בזה ואף דדעת הרמב"ם דיכול להשביע להשליח כמו לכן בית וחיוב שבועת המשנה וכבר הקשה הרשב"א בתשובה מובא בב"י (סי' צ"ג) מהא דקאמר בש"ס דקודם שנתקנה שבועת היסוד השליח נעשה עד אולם כבר כ' בתשובת מנחם עזרני' (סי' נ"ג) דוקא בשלחו לקנות או למכור דשייך מורה התירא ולא בשליחות לפרוע חוב לא שייך בזה מורה התירא דזווי שקיל מן הלנה ונהיב להמלנה וכן מבואר בבעה"ת שער (כ"ט ח"ב) בדברי ר"י אבן פלאט.

וממילא י"ל דהשליח היכא דלא שייך ביה הוראת היסוד פטור משבועת היסוד גם כן דאין נשבעין בטענת שמא ולא מצטרפין להפרי של חבירו הנוגע רק היכא דצריך לשלם פעם שנית ואם כן בשליח לקדש דליכא הפסד ממון מחדש רק שאומר שעשה שליחותו וקנה לו המקח היא המתקדשת לפרעון והפסד מחדש לא יש כאן בזה א"צ השליח לישבע וכיון דאינו חייב לישבע שוב אינו בגדר בע"ד ואף דהוי נוגע דאם יאמר אהדרני' להמשלח הי' צריך שבועה מ"מ כבר בארתי בהגהותי בדברי חיים דיני הע"ש (סי' ה') די"ל דזה לא הוי חשש נגיעה אם ניהוש שמעיד עדות שקר כ"כ יעבור וישבע לשקר ומה לי עבירת שבועת שקר או עבירת דלא תענה ורק כיון דצריך השתא שישבע הוי כבע"ד ואינו בגדר עד עיין שם בדברי וכיון דלגבי קידושין א"צ שבועה השתא אינו בבע"ד ומקבלין עדותו [ובאמת בהך דינא דשליח יש לעיין אם בקש הלנה ממנו שיטיב עמו במתנת חנם שישלם בעדו לפלוני ואומר שישלם והמלנה כופר אם הוי השליח לעד כיון דאין לו נ"מ וי"ל דהוי נוגע בשביל דנ"ל שיהיה לו טוה"נ שישלם בעדו למלנה שלו וקיים הבטחתו כמו דקיי"ל מה"ט דמתנה הוא כמכר ועיין רמ"א (סוף סי' רמ"א) ובסמ"ע שם והוא מדברי ירושלמי מס' גיטין אף י"ל אף דהוי כבע"ד ונשאר חיוב האחריות מ"מ לא חשבינן ליה לנוגע דבשביל זה יעיד עדות שקר.

וראיתי בתוס' רי"ד קידושין דהקשה על הרי"ף דכ' דלעגנן קידושין שליח נעשה עד הא עכשיו דחייב היסוד הוי נוגע בעדות וכמב לתרץ דאיידי בלא נתן להשליח פסוף רק השליח מקדש אותה מדיליה משמע דבכה"ג אינו נוגע אף בממון]: אולם באמת כנראה אף דליכא הפסד ממון מחדש אם אין המשלח יודע אם מסר השליח המעות למי שנשפלת אף אם שולח במתנה גם כן חייב לישבע היסוד נגד המשלח דמצרפינו טענתו של המקבל שלא קבל מהשליח לטענת המשלח.

ובדברי הרמב"ם יש לומר באופן אחר וגם ליישב דברי הרי"ף דכ' והלקתא שליח נעשה עד והביא דברי ירושלמי חד בר נש אפקיד גרפא דחמרא גבי חברה וכפר ביה אתי עובדא קמיה דר' ירמיה ונעשה השליח עד וחיובו שבועה על הכפירה ועיי"ש בר"ן דאליבא דידן אחר שנתקנה היסוד ע"כ איירי שפטר משבועה ובבעה"ת כתב דאיידי שראה המפקיד שעשה שליחותו וכל זאת היה לו להרי"ף לבאר ולא לסתום.

וגם לענין קודושין סתם הרי"ף דשליח נעשה עד ולא פתב שהווא דוקא בקידושי שטר ומסתימתו משמע דארף בקידושי פסר נעשה עד ועיין שם בר"ן ובב"י אה"ע (סי' ל"ה) וב"ש שם וי"ל דתוס' הקשו דישבע גם השתא ויהיה עד פשר ותירצו דעד הצריה שבועה לא הוי עד ורשב"א פתב בזה"ל פיון דאתה מצריכן שבועה נפקי מתורת עדים והווי כבע"ד וסברו דנדאי מה שהשליח צריה לישבע נגד המשלח אינו פוסל עדותו לאחר שישבע ונסתלקה הנגיעה פקושית הרשב"א וארף דלצד דלא פדבריו הוי כבע"ד מ"מ אחר השבועה שוב נעשה עד ובמרדכי כ' דפוסל מטעם דלהחזיק דבריהם הראשונים יעידו בשקר זה גם כן לא ס"ל להרי"ף ורמב"ם ועיקר הטעם דאינו נאמן אח"כ בתורת עדות הוא משום דאם נפסוק הדין דהלנה נפטר מאת המלנה בעדותן שוב אם הוא שלא פדבריהם חייבים העדים לשלם ומשועבדים להמלנה מטעם שיאמר ממוני בא לנדכם ואתם חייבים לי אם מטעם שדר"נ פיון שאתם מודים שהמשלח שלח לי ע"י חובי ואני לא קבלתי ומהלנה אני יכול לגבות ועדף משדר"נ אם כן הוי בע"ד נגד המלנה ואיך יחשבו לעדים במה שהמה בע"ד נגד המלנה ואינו דומה לכל עדים דעלמא המעידין להפסיד לאחד דאם בשקר העידו חייבין לשלם שם הוא חיוב חדש מצד גרמי וארף אם תובע אותם אח"כ שהזיקו לו בעדותם יש לדון דאינו חייבין לישבע היסת פיון דכבר האמינה אותם התורה פשהעידו וכמו שפתבתי בהגהותי בדברי חיים בדיני העושה שליח (סי' ה') ולעיל בדיני עדות (סי' ז') אבל בזה פשנאקבל עדותן טוען המלנה שהמה בע"ד שפמונו ממש הוא בידם.

ועיין בספר המקנה מ"ש ליישב דברי הב"י (סי' קכ"א) דאם אמר הלנה שראה שעשה שליחותו נאמן בעד א' ולא בשנים ותמהו עליו דמה לי שבועה ומה לי ממון וכ' ליישב דבעד אחד פיון דיכול לישבע להכחיש עדותו אין העד משועבד מדר' נתן משא"כ בשנים חייבין לישבע נגד המלנה עיין שם ובדברי אאמ"ו ז"ל בד"ח שם.

ואם כן י"ל דרק בשביל זה לא מקבלין עדותן נגד המלנה פיון דחייבין לישבע נגד המלנה הווי כבע"ד. ולפי זה אתי שפיר היכא דאנו דנין לפטור את הלנה מחובו דאז בעדותו נעשו פעד להמלנה אם נקבל עדותן לכך הווי כבע"ד ולא נוכל לקבל עדותן ארף אחר שישבעו פיון דעל ידי הגדתם ושבועתם יפטרו א"ע מהמלנה וכיון דהווי כבע"ד לא נוכל לקבל אותם בתורת עדים משא"כ בנידון דירושלמי המובא ברי"ף דאין אנו דנין לגבי הנפקד רק לחייבו שבועה לכן ארף אם נקבל עדותן לא יהיו בע"ד נגד הנפקד פיון דיאמר לו מה אפסידתיך דלא בא רק לחייבו שבועה ושפיר נעשה עד פיון דאחר שישבע נגד המפקיד יסתלק נגיעתו ונעשה שוב עד ונגד הנפקד לא הוי כבעל דין פיון דארף אם לא מסר ביזו אינו מפסידו ממון מה שאין כן לגבי פרעון חוב הוי כבעל דין ממש נגד המלנה וארף בעד א' אם הוא שליח א' לא מקבלין עדותו לחייבו להמלנה שבועה פי המלנה יאמר לפי טענותך ועדותך ממוני בידיך ועיין בריטב"א דהולך פנכי רק הא דיש לו מגו דהדרניהו ללנה היינו דכך הנה אנון הזכה.

וכשטוען שפסר לו והמלנה מכחישו הוי כבעל דין ממש פי יאמר אין רצוני לישבע ויהי המלנה פטור מחובי נמצא אתה הבעל דין אבל היכא דליכא תביעת ממון מן המקבל רק לפטור אותו אזי יכול השליח להיות עד לחייבו שבועה פיון דאינו בעל דין נגד הנפקד.

ואם פן יש לומר גם פן לענן קידושין אף אם נקבל עדותן אחר שישבעו אינם בע"ד כלל לגבי העדים השלוחים פיון דלא זכו בהפסד קידושין בעדה ואם נסתלק נגיעתם נגד המשלח אחר שישבעו אין ביד האשה לתבוע מהם הפסד קידושין שוב אינם בגדר בע"ד נגדה לכה מהני עדותם ולמה שכ' דעיקר הנגיעה של השליח הוא משום דלדבריו הוא בעד להמלנה דממונו אצלו ואף בעד א' דרוצה לחייבו שבועה יכול המלנה לומר שאינו רוצה לישבע וממילא הני העד הבעל דין אם פן אף אם פטרהו הלנה קודם לכן להשליח מהשבועה או שראה המשלח שהשליח עשה שליחותו גם פן לא מהני עדותו של השליח פיון דהוא בעל דין של המלנה ועיין ש"ך (סי' ככ"א ס"ק נ"ז) דמירושילמי אינו ראיה רק פוננת בעה"ת להביא ראיה מדברי הרי"ף שהביא דברי הירושלמי וע"כ או דאירי כשראה שעשה שליחותו או כשפטרו מתחילה ולמה שכ' ל"צ לזה רק להורות דעיקר פסולו של השליח הוא משום דהני בעל דין נגד המלנה אם נקבל עדותו טוען המלנה שפמונו בידו ואינו בגדר עד וכמ"ש: סי' ט התובע לחבירו במקנה והלה אומר אין לה בידי פלום או פרעתי ואמר התובע שישבע היסת והשיב הנתבע הלא יש לה שטר עלי והתובע אומר שלא הי' לו שטר מעולם ואמרים למלנה שיבטל כל שטר כמבואר (סי' ע"ה סכ"ד) וכ' בתומים דאם יש עדים שאבד א"צ לבטל שטרו כמו במשפון (סי' ע"ב) דל"ח אולי ימצא המשפון אחר כה אף כאן פן ולמה יבטל זכותו.

ולכאורה מדברי הג"ת שהביא הש"ך (ס"ק כ"ז) לא משמע פן דהקשה על הבעה"ת דסובר בשטר שנאבד ונמצא אם החזירו אינו מוחזר סגי כשיוציא הלנה ראיה שפבר תבע ממנו חוב זה ונשבע ונפטר ולמה צריך שיבטל שטרו בשלמא לרמב"ם ז"ל דסובר אם החזירו מוחזר חיישינן שמא ימצאנו אחר ויחזירונו למלנה הרי דסובר דכאן איכא חשש זה שאחר ימצאנו ויחזירונו למלנה וסובר דאינו דומה למשפון דלא שייך שימצאנו אחר הכרזה מאבידתו מה שאין פן בשטר דאין לו שום תועלת למי שמצאו יש לחוש פל זמן שלא נאבד מן העולם אולי יבא ליד המלנה מן המוצא.

אולם מדברי הש"ך משמע כדברי התומים דכ' לתרץ קושית הג"ת דכ' דאיכא למיחש דהמלנה בעצמו ימצאנו בביתו או דמשקר דיטנו ת"י. מדמדייק ימצאנו בביתו או דמשקר משמע כשיש עדים דנאבד ממנו ליכא חשש זה דאם לא פן למה מדייק בביתו הא אף אם ימצאנו בשוק אם המלנה בעצמו מצאו כ"ע מודים דגובה בו כמבואר בב"ח (סי' ס"ה) ועיין מה שכ' לעיל (סי' ס') בדיני הלנה מדברי הראב"ן ורבינו ירוחם דאף אם הי' מושלף באשפה אם מצאו המלנה בעצמו גובה בו אלא נדאי דס"ל דאם ידענו דנאבד לא חיישינן לזה.

ולמה שכ' הנתובות (סי' ס"ה ס"ק כ"ה) כשראה פסולו בב"ד מודה הרמב"ם דאם החזירו אינו מוחזר י"ל דבנה אף אם מצאו המלנה בעצמו שוב אינו גובה בו ודלא כמו שכ' הגד"ת לדעת הרמב"ם א"ש די"ל אף לדעתו סגי אם יהיה בידו ראיה שפבר תבע ממנו חוב זה וטוען שנאבד ממנו ונשבע ונפטר דשוב אינו גובה בו ולכן מוכח כתיורצו של הש"ך.

ובלא"ה לא ידעתי קושית הגד"ת לפי מה שכ' הבעה"ת (שנ"ב) דהא דשטר איתרע בנפילה הוא דוקא במצאו באשפה דאיתרע ואמרינן דהשליכו אבל במצאו בכלי דרף

נפילה לא איתרע השטר כלל בנפילתו אם פן אם טוען דאבד ממנו דרף נפילה לא הוי ריעותא לכה צריף לבטל השטר שלא יהי שבועתו לבטלה: עוד הקשה שם הגד"ת פיון שהלנה אמר שיש בידו שטר שהוא פרוע והמלנה משיב שלא היה לו שטר מעולם אם פן אף אם יוציא אחר כף השטר לא יגבה בו דהוי פאומר אין לי ראיה דאף דמביא אחר כף אינו מועיל כמבואר ש"ס סנהדרין ובח"מ (סי' כ') ותירץ פיון דהלנה מודה דיש בידו שטר ליפא למיחש לזיוף ואפתי לא איתברר דכל הטעם פאומר אין לי ראיה דנפסלו לו אחר כף הוא משום פיון דכבר הודה דאין לו החשש שפא שפרם להעדים כמבואר ב"ש"י שם א"כ אף דהלנה מודה מ"מ הודאת בע"ד עדיף טפי ואלים יותר.

אף י"ל פיון דהוי פתרי הודאה דסתרי יהי מהניתפיסה או דמ"מ היכא דיהיה אחר כף חב לאחרים יכולין לגבות דלא מהני הודאתו וגם דיש אופן שיוציא אחר כף השטר ויתן אמת' לאמירתו שאין לו לכה צריף לבטל: ודע דנראה מדברי הפוסקים דכתבו דין זה שצריף לבטל השטר וזכותו הוא רק כשפא לחייבו להלנה שישבע היסת פיון דהוא רק מתקנתא דר"נ יכול לומר שאינו רוצה לישבע עד שיבטל זכותו פיון דאם אינו רוצה לישבע לא נחתינו לנכסיו ואף בזה אינו מן הדין דלמה לו לבטל זכותו הא אף אם יש הכחשה בין לנה ומלנה על זמה"פ שהלנה אומר שעדיין לא בא הזמ"פ רק אחר אינה ימים והמלנה אומר שהגיע הז"פ היום מחייבין אותו ללנה שישבע היסת כמבואר לעיל (סי' ע"ג) דכפירת הזמן הוי ככפירת ממון וה"נ פיון שהמלנה אומר שחייב לו ושטר אין בידו ודאי מן הדין חייב לישבע מיד ומה לו לבטל זכותו ורק הוא על דרף תקנה וכמבואר בבעה"ת משם הר"י אבן מיגאש ז"ל וכן מבואר בתשובותיו (סי' ס"ה) דעיקר האמת ומה שישחייבהו העיון דאינו חייב אלא שראה לרבו האלפסי ז"ל שהיה מקבל מהנתבע טענה זו וענין זה עשאו ע"ד התקנה ולסיבה נראית בעיניו אז כפי העת לא שהעיון יחייב זה שמה"ד יחייב שאינו מחויב לבטל העדים ולא לאחר השבועה עד שיחפש על העדים עיין שם והרמב"ם והטור החליטו זאת בכל עת לפסוק כף אכל הפל נגד חיוב שבועת היסת דלא נחתינו בלא"ה לנכסיו כשאינו רוצה לישבע בזה יכול הלה לעכב שבועתו שלא יהי לבטלה.

אבל אם נתחייב הלנה שבועת התורה פגון שהודה במקצת וכפר במקצת ואומר שיש ביד המלנה שטר פרוע או אמנה על המקצת שפופר בזה י"ל פיון דאם אינו רוצה לישבע נחתינו לנכסיו והוי השבועה כחיוב ברור וכ"ז שאינו רוצה לישבע חייב לשלם והשבועה הוא המשלומין כמו שכ' ולקח בעליו ולא ישלם בזה אף אם המלנה אינו רוצה לבעל השטר או העדים מחייבין אותו הב"ד לישבע ואם אינו רוצה נחתינו לנכסיו אף אם אין המלנה מבטל זכותו פיון דלא מציינו תקנה הזאת רק לגבי שבועת היסת ולא לגבי שבועת התורה פן נראה מסתימת הפוסקים שפולם הזכירו דין זה רק לגבי שבועת היסת ולא יהא אלא ספק בתקנה אם תקנו זאת גם לגבי שבועת התורה אזלינו בתר הדין פיון דמה"ד אינו חייב לבטל זכותו: [אמר המחבר נמצא באמתחתי שני גונטרסים מסודרים מאת פבוד דודי הפנוח הרב הגדול עמקן גדול בהלכה צדיק ונשגב מו"ה אליעזר אויערבאך זצ"ל אשר בעוה"ד הלה בדמי ימיו לעולמו כפן ל"ב שנים זי"עא.

אמרתי לתת להם מקום פאן להזכירם משמו והעסקתים פדמותם וצלמם ולא שמתי עיוני עליהם פי בר"ס דבריו הם דברי שכל עמוק פאשר נודע ההלכותיו ו"ל בקונטרס מים חיים אשר נדפס משמו בספר דברי חיים מאמ"ו ו"ל אחיו הגדול ואוקי אחזקתו פי דב הוא] סי' י פתוב בשערים דרב אלפס (שער י"ב) הובא בש"ף (סי' ע"ה סקכ"ט) אף דקיי"ל בטענת מנה לי בינך והלה אומר איני יודע אם פרעתיך חייב מ"מ אם ירצה להשביע התובע שבועה דאורייתא עושה.

ונראה מדבריו שם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי משאיל"מ נוטל תובע בלי שבועה. וכן הוא בתומים.

(סי' ע"ה סק"ז) ע"ש. ויש לעיין לפי מ"ש רמב"ן ור"ן מס' שבועות (דמ"ג ע"א) הובא בש"ף (סי' פ"ז סק"ג) פשאומר נ' לית לך ונ' איני יודע אם פרעתיך מודה מקצת הוא שאעפ"י שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו נתחייב במקצת.

עוד כ' ר"ן הובא בב"י ופ"ף שם פשתבעו חמשין הלואה וחמשין חבלה שחבל בו ונתבע כופר הכל פשנשבע תובע על נ' דחבלה חייב נתבע שבועה על נ' דהלואה מדר"ח קמייטא עיין שם בקצות החשן (סק"ז) ונתיבת המשפט סק"ג) ועיין ריטב"א הא דכתב רמב"ן שם פשתבעו חמשין הלואה וחמשין חבלה אע"פ שזה נשבע ונוטל מחצה אין חבירו נשבע היינו משום שאין גוביינא שלו בשבועה אלא מן התקנה ע"ש ולפי זה פשתבעו מנה והלה אומר בפרוטה איני יודע אם פרעתיך ובהשאר איני יודע אם הלוימני פיון דחייב בפרוטה שאומר איני יודע אם פרעתיך הוי על השאר משאיל"מ ואין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה שאומר נתבע איני יודע אם פרעתיך [אי לאו מדין גלגול] וה"ה פשאומר על הכל איני יודע אם פרעתיך גם כן אין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי נתבע משאיל"מ דלא גרע מאלו אומר על השאר איני יודע אם הלוימני דהוי משאיל"מ.

ולפי זה פשאומר דנשבע ונוטל צריף שתי כסף אם כן לא משפחת להך דינא דשערים דרב אלפס רק פשטענו שתי כסף בצמצו אבל פשטענו שתי כסף ופרוטה אין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ואנן שתי כסף בעינן.

ואף דכשהתובע צריף לישבע לא הוי נתבע משאיל"מ על השאר רק אחר שבועת תובע אם כן על ידי שבועתו בפרוטה נתברר החיוב גם בהשאר מדין משאיל"מ. מ"מ גוף השבוע' אינו רק בפרוטה אלא דכשנשבע ונתחייב נתבע בפרוטה בב"ד ממילא הוי על השאר משאיל"מ דהחיוב ממון בב"ד הוא המחייב שבועה על השאר.

אבל גוף השבועה אינו רק בפרוטה: אף י"ל לשערים דרב אלפס מ"מ דוקא הודאת פיו או עדים מחייב שבועה על השאר ולא בכה"ג ועיין קצות החשן (סי' ע"ה סק"א) אי נמי כמ"ש בתשובת בשמים ראש (סי' י"ז) וכן כ' אאמ"ו הגאון הצדיק זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' ל' סק"ב) בשם מי שאומר דבשבועת ר"ח קמייטא לא אמרינן משאיל"מ פיון דנלמד מגלגול שבועה דעד א' כמו שכ' בשיטה מקובצת ב"מ (דף ד' ע"א) בשם רמב"ן וריטב"א ור"ן ובגלגול שבועה יש אומרים דלא אמרינן משאיל"מ עיין שם ואם כן שפיר חייב תובע שבועה על הכל דלא הוי נתבע משאיל"מ: ולפי"ז יש

לְיִשָּׁב קְוֹשֵׁית תּוֹמִים (סִימָן ע"ה סק"ז) מ"ב"מ (דף קי"ב ע"ב) וּשְׁבוּעוֹת (דמ"ה ע"א) דְקָאָמַר בְּעַל הַבֵּית טְרוּד בְּפוּעֵלְיוּ וּפְרִיָה נִיתַב לִיה בְּלֹא שְׁבוּעָה.

וּלְשַׁעְרִים דְּרַב אֶלְפָס הִנּוּ אַף דְּבַעַל הַבֵּית אֹמְרֵי לְהִקְדָּא אִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ צָרִיף הַפוּעֵל לִישְׁבַע עֵינָן שָׁם וּלְכַאוּרָה זֶה דְּוִקָא לְתוֹסַפֵּת שָׁם דְּהַקְוֹשֵׁיא הָיָה מִשּׁוּם דְּהוּי כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ אֲבָל לְהַרְשָׁבָא וְר"ן שְׁבוּעוֹ' שָׁם הָא דְּפְרִיָה נִיתַב לִיה בְּלֹא שְׁבוּעָה הֵינּוּ מִשּׁוּם כְּדִי חֵיּוּ.

וְכֵן רְאִיתִי אַחַר זֶה לְכַבּוּד אַחֵי הַגָּאוֹן ז"ל בְּסִפְרוֹ דְּבַרֵי חַיִּים דִּינִי טוֹעֵן וְנִטְעָן (סִימָן י"ט) עֵינָן שָׁם. אַף י"ל אַף לְהַרְשָׁבָא וְר"ן דְּהַקְוֹשֵׁיא הִי מִשּׁוּם כְּדִי חֵיּוּ הֵינּוּ דְּמִשּׁוּם כְּדִי חֵיּוּ רְאוּי לְתַקַּן לְהִיּוֹת לְגַמְרֵי כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ וְעֵינָן רִיטְב"א שָׁם הָא דְקָאָמַר בְּעַל הַבֵּית טְרוּד בְּפוּעֵלְיוּ פִּירוּשׁ דְּבַרֵי דִּידָהּ כְּשָׂמָא הוּא וְכַאוּמַר אִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ וְלֹא דְלִהוּי מְדִינָא הִכִּי אֶלָּא שְׁבֻזָּה מְצִאוּ מְקוּם לְמִשְׁדֵּי שְׁבוּעָה אֲשַׁכִּיר וּפְרִיָה דְּאִי מְהֵאִי טַעְמָא הַל"ל דְּלִגְבֵי שְׁכִיר בְּלֹא שְׁבוּעָה וְלֹא תַהְוִי תַקְנָתָא דְּרַבְּנָן כִּי חוּכָא ע"ש הִרִי לְהִקְדָּא הָא דְּפְרִיָה נִיתַב לִיה בְּלֹא שְׁבוּעָה הֵינּוּ כִּינּוּן דְּתַקְנּוּ וְעֲשִׂאוּ טַעְנַת בְּעַל הַבֵּית כְּטַעְנַת שְׂמָא מְמִילָא רְאוּי לִיטְוֹל בְּלִי שְׁבוּעָה כְּמוֹ כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ וּלְפִי זֶה הִדְרָא קוּשֵׁיא לְדוֹקְתָה לְשַׁעְרִים דְּרַב אֶלְפָס הִנּוּ גַם בַּא"י אִם פְּרַעְתִּיהּ צָרִיף תּוֹבַע לִישְׁבַע.

וְלִהְנֹז' י"ל לְמָה שְׁכ' רַמְבַּ"ן בַּס' הַמְּלַחְמוֹת וְרִיטְב"א שָׁם הָא דְּאֶמְרִינָן לַר"י כֹּל זְמַן שְׁהַשְׁבוּעָה נוֹטָה אֶצֶל בְּעַל הַבֵּית שְׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל הֵינּוּ אַף דְּאֶמַר לֹא קַצְצֵתִי לָהּ אֶלָּא אַחַת וּפְרַעְתִּיהּ אִי נָמִי בְּהִלָּה דְּלִיכָא שְׁבוּעַת מוֹדָה בְּמַקְצָת כֹּל מ"מ כִּינּוּן שֶׁהוּא כְּעֵין מוֹדָה בְּמַקְצָת שְׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל דְּלֹא בְּעֵי אֶלָּא שְׁתָּהּא שְׁבוּעָה נוֹטָה אֶצֶל בְּעַל הַבֵּית וְעֵינָן ר"ן לְתַרְזֵן דְּבַרֵי בְּעַל הַמְּאוּר שָׁם אַף שְׁנֵאמַר דְּמוֹדָה בְּמַקְצָת בְּשְׁכִירוֹת כְּכּוֹפֵר הַכֹּל דְּמִי מ"מ דְּמִיָּא לְשְׁבוּעָה דְּמַחְוִיב בָּהּ בְּעַל הַבֵּית מְדַאוּרִיָּתָא דַּר"י לֹא בְּעֵי שְׂתָּהּא בְּעַל הַבֵּית מְחֻוֹב שְׁבוּעָה מְמַשׁ אֶלָּא שְׁתָּהּא שְׁבוּעָה נוֹטָה עֲלֵיו מְדַאמְרִינָן כֹּל זְמַן שְׁהַשְׁבוּעָה נוֹטָה אֶצֶל בְּעַל הַבֵּית שְׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל עֵינָן שָׁם וּלְפִי זֶה שְׁפִיר פְּרִיָה נִיתַב לִיה בְּלֹא שְׁבוּעָה כִּינּוּן דְּתַקְנּוּ וְעֲשִׂאוּ טַעְנַת בְּעַל הַבֵּית כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ אַף דְּבַעֲלָמָא כְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיהּ צָרִיף תּוֹבַע לִישְׁבַע עַל הַכֹּל וְלֹא הוּי נִתְבַּע מִשְׁאִיל"מ מִשּׁוּם דְּחִיּוּב עַל פִּי ב"ד אִינוּ מְחֻיבִים שְׁבוּעָה עַל הַשְּׂאָר אִי נָמִי דְּבַשְׁבוּעַת ר"ח קַמְיָתָא ל"א מִשְׁאִיל"מ כְּהַנְּזִ"ל מ"מ הִכָּא לֹא בְּעֵי אֶלָּא שְׁתָּהּא שְׁבוּעָה נוֹטָה אֶצֶל בְּעַל הַבֵּית כְּעֵין מוֹדָה בְּמַקְצָת עֲשִׂאוּ כְּמִשְׁאִיל"מ וְאִין לְחֵיב לְשְׁכִיר שְׁבוּעָה רַק בְּפְרוּטָה וְעַל הַשְּׂאָר הוּי בְּעַל הַבֵּית כְּמִשְׁאִיל"מ וּמְמִילָא רְאוּי לִיטְוֹל בְּלִי שְׁבוּעָה: וְהִנֵּה כֹּל זֶה לְשַׁעְרִים דְּרַב אֶלְפָס הִנּוּ אֲבָל לְפִי מַה דְּמְבוֹנָר בְּבַעַל הַתְּרוּמוֹת (שְׁעַר כ"ט ח"ח ס') וּבַטּוֹר וּש"ע (ס' צ"א ס"ו) כְּשִׂאמַר חֲנֻנִי אַתָּה אֲמַרְתָּ לִי לִיתָן לְפוּעֵלְיָהּ מְנָה וְהוּא אָמַר חֲמִשִּׁין צְוִיתִיהּ לִיתָן וְחֲמִשִּׁין אִינִי יוֹדַע מִשְׁאִיל"מ עֵינָן שָׁם וְאַף דְּבַעַל הַבֵּית אִינוּ יוֹדַע אִם חֲנֻנִי נָתַן לְפוּעֵלִים מ"מ כִּינּוּן דְּחֲנֻנִי נָאָמַן בְּשְׁבוּעָה דְּנָתַן לְפוּעֵלִים חֵיב בְּעַל הַבֵּית שְׁבוּעָה מְדַר"ח קַמְיָתָא כְּמָה שְׁכ' ר"ן בְּנ' הַלְוָאָה וְנ' חֲבֻלָה עֵינָן שָׁם בְּנִתְיָבוֹת הַמְּשַׁפֵּט (סק"ז).

וְאַף דְּדַעַת בְּעַל הַתְּרוּמוֹת (שְׁעַר ל"ח ח"ב) דְּבַגְלָגוּל שְׁבוּעָה לֹא אֶמְרִינָן מִשְׁאִיל"מ וְכֵן הוּא בַּטּוֹר וּש"ע (ס' ע"ה סט"ו) יֵשׁ אוֹמְרִים דְּלֹא אֶמְרִינָן בְּשְׁבוּעָה הַבְּאָה עַל יְדֵי גְלָגוּל מִשְׁאִיל"מ ע"ש מ"מ בְּשְׁבוּעַת ר"ח קַמְיָתָא אֶמְרִינָן מִשְׁאִיל"מ: וְלְכַאוּרָה י"ל דְּמִהֵאִי



טעמא קיי"ל באיני יודע אם פּרעטיק נוטל תובע בלי שבועה דלא פּשערים דרב אלפס הנז' משום דאין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ועל השאָר הוי נתבע משאיל"מ.

ואף פּשנאמר דנשבע ונוטל אינו צריק שתי פּספּ"מ י"ל דוקא פּשיש מקום לתקנת השבועה בשתי פּספּ ממילא בכל ענין תקנו אכל הכא אין מקום לתקנת השבועה רק בשתי פּספּ בצמצום לא פחות ולא יותר ככה"ג לא תקנו ואוקמוה אדאורייתא דנוטל בלי שבועה: ואפּשר דזה פּננת הש"ע(סי' ע"ה סי"ב)מנה לי בידך שהלויתיה והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו או שאמר איני יודע אם פּרעטיק ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול ליִשבע ומשלם.

ותמהו פּנלם דבאיני יודע אם פּרעטיק בלא"ה חייב מטעם פּרי וּשמא פּרי עדיף. ועיין ש"ף שם (סקל"ה) ולהנז' י"ל הפּננה או שאמר איני יודע אם פּרעטיק היינו אף בלי עד א' והיינו דמשו"ה באיני יודע אם פּרעטיק אין התובע צריק ליִשבע משום דאין לחייבו שבועה רק בפרוטה ועל השאָר הוי נתבע מתוף שאיל"מ כהנ"ל: וכזה יש להבין דברי דרכי משה (סי' פ"ז אות ב') וז"ל וכתב עוד בשם רמב"ן אם תבעו בּמנה ואמר נ' ידענא דלית לך ונ' לא ידענא אם פּרעטיק משאיל"מ והוי פּאלו מודה באותו המקצת וחייב ליִשבע על אותן שאמר ידענא דלית לך ודוקא שאומר על אותן הנ' לא ידענא אם פּרעטיק אבל אם אומר לא ידענא אם הייתי חייב לך לא מקרי מחויב שבועה ואינו יכול ליִשבע ולא מקרי הודאה בּמקצת עיין שם והוא תמוה דמה משאיל"מ שייך הכא דבנ' שאומר איני יודע אם פּרעטיק חייב לשלם מטעם פּרי וּשמא פּרי עדיף ובנ' שאומר ידענא דלית לך חייב ליִשבע.

וברמב"ן ור"ן שם לא נזכר פּלל לשון משאיל"מ עיין שם. ולהנז' י"ל הפּננה דמש"ה בנ' שאומר איני יודע אם פּרעטיק נוטל תובע בלי שבועה משום דאין לחייבו שבועה רק בפרוטה ועל השאָר הוי נתבע משאיל"מ וכיין דבנ' שאומר איני יודע אם פּרעטיק חייב לשלם בלי שבועת תובע מש"ה חייב תובע שבועה על השאָר מה שאין פּן כשהתובע צריק ליִשבע דכל זמן דלא נשבע תובע אין נתבע חייב ליִשבע על השאָר: ועיין שבועות (דמ"ז) דרב ושמואל דאית להו מת לנה בּחיי מלוה כּבר נתחייב מלוה לכני לנה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו על פּרחה לית להו משאיל"מ ודוקא משאיל"ל מפּסיד אית להו אכל משאיל"נ משלם לית להו.

והקשו תוס' וראשונים מנ"ל להש"ס הא. ולכאורה י"ל לרב ושמואל דאית להו גם בּיורשין משאיל"ל מפּסיד על פּרחה לא דרשי קרא שבועת ה' תהיה בין שניהם לענין משאיל"מ דאל"כ הרי גלי רחמנא שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דביורשין לא אמרינן משאיל"מ.

ואף דלדידהו יותר ראוי לומר משאיל"ל מפּסיד מלומר משאיל"ל משלם מ"מ פיין דגלי רחמנא לחלק בין גבי דידיה לגבי יורשין דבדידיה אמרינן משאיל"ל משלם ובּיורשין לא אמרינן משאיל"ל משלם ה"ה דאין לומר בּיורשין משאיל"ל מפּסיד אלא ודאי דלא דרשי פּלל הקרא למשאיל"מ וס"ל דאין לחלק פּלל בין דידיה ליורשין.

אחר זה ראיתי פן בתומי (סי' צ"ב סקי"ב) עיין שם. אף לפי מה שכ' תוס' ב"ב (דל"ד ע"א) דקרא שבועת ה' תהיה בין שניהם למפטר יורשין אתי ולא לחייב האב דמסבא אמרינן משאיל"מ עיין שם אם פן הדרה קושא לדוקתא דאף דרב ושמואל דלית להו לחלק בין דידיה ליורשין על פרחו לא דרשי הקרא למשאיל"מ מ"מ דלמא מסבא אית להו מתוך שאיל"מ.

ולחנ"ל י"ל לרב ושמואל דלית להו לחלק בין דידיה ליורשין אם פן אי נימא משאיל"מ לא משפחת להו דינא דהבא לפרוע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה לפי מה שכ' רש"י ז"ל כתובו' (דפ"ז ע"א) הא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה היינו דטענינו להו טענת אשתבע לי דלא פרתיה ועיין מרדכי (פ"ט) דכתובות הקשה הר"י מקורביל האיה נשבעין שבועה דאשתבע לי דלא פרתיה והא שטר שעבוד קרקעות היא וי"ל פגון דכתב בשטר דמחל לו השעבוד רק שגיבה מן המטלטלין עיין שם ולכאור' י"ל מה שכ' רק שגיבה מן המטלטלין היינו בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומין ע"כ בדאיכא שעבוד איירי ומטלטלי דיתמי לא משמעדי לבעל חוב ואיירי במשעבד לו מטלטלי אגב קרקע ומחל לו השעבוד קרקע ונשאר השעבוד במטלטלין או דמשעבד לו בפירוש מטלטלין באופן המועיל.

ואם פן פשימא גם ביורשין משאיל"מ אין לחייב למלוה שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי ליורשין משאיל"מ ובמשאיל"מ אינו יכול לטעון טענת אשתבע לי וע' תוס' נרשפ"א שבועות (דמ"א ע"א) ד"ה ולמר בר רב אשי.

ולא מבעיא לרב (רפ"ה) דשבועות וכן קיי"ל דכפירת טענה שתי כסף דאין נשבעין בפחות משתי כסף. אלא אף לשמואל שם דטענה עצמה שתי כסף אפילו לא כפר אלא בפרוטה נשבע מ"מ עכ"פ אינו חייב לישבע רק בפרוטה להסוברים דאין מגלגלין בכח"ג.

והבא ליפרע מנכסי יתומין צריה לישבע על הכל דומיא דשאר נשבעין ונוטלין במתניתין שם. ועוד אף דלשמואל הטענה עצמה שתי כסף מ"מ עכ"פ איכא תנא בברייתא דאית ליה כפירת טענה שתי כסף כדתני ר' חייא לסייעי לרב.

והו דהבא ליפרע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה הלכה פסוקה היא ולית מאן דפליגי: ועפמש"ל אפטר לבאר דברי ש"ך (סי' פ"ז סקי"ט) במה שכ' רמ"א שם וי"א דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע נוטל בלא שבועה.

כתב הש"ך מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו עד א' יוציא ממון מהחשוד פן היא בתשובת מיימוני שם בספר משפטים (סי' ס"א) והביא ראיה מן הש"ס שבועות (דל"ב ע"ב) ועיין ש"ך (סי' צ"ב סק"ח) במ"ש הש"ע שם מי שנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד על השבועה שפנגדו נשבע ונוטל כתב הש"ך משמע בין מ"מ או ע"א וכן הוא בתשובת רא"ש ריש פל' י"א להדיא דמי שפופר בכל ועד א' מכחישו והוא חשוד שפנגדו נשבע ונוטל כו' ול"ל דהעד יפטרנו דהוי עד מסייע דכיון דנתחייב שבועה על פי העד שוב לא יוכל העד לפטרו וכמש"ל (סי' פ"ז סקי"ט) עיין שם ותמהני על פן המחבר תשובת נודע ביהודה מהדורא תנינא חלק ח"מ (סי' כ"ז) כ' בהג"ה שם דמ"ש

בַּשָּׁ"ה וּכְמַש"ל (סי' פ"ז סי"א סקכ"ז) הוּא טְעוּת וצ"ל (סי' פ"ז ס"ו סקי"ט) ע"ש וּתְמַהְנִי דְהַרִי שָׁם כ' הַשָּׁ"ה טַעַם אַחֵר.

וּלְפַע"ד צ"ל (סי' פ"ז סי"א סקל"ה): וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת נֹדַע בִּיהוּדָה מִהַדוּרָא תַנְיִינָא חֲלַק ח"מ (סי' כ"ז) וּבְתַשׁוּבַת הַגָּאוֹן ר' עֲקִיבָא אֵיגָר ו"ל (סי' קע"ח) דְּכַוְנַת הַשָּׁ"ה (סי' צ"ב סק"ח) בְּתַבְעוּ בְּעַד א' דְּהַלְוָה לֹו מָנָה וְאָמַר לֹא לְוִיתִי דְלֹא מְקַרִי קָם לְמָמוֹן דְּהִי יְכוּל לֹוּמַר פְּרַעְתִּי וְנוֹקָא בְּתַבְעוּ בְּעַד א' דְּהַלְוָה לֹו מָנָה וְלֹא פְרַע אֹו דְחַפְצֵן זֶה שְׁלוֹ דְאִין לֹו צַד לְפָטוֹר עֲצָמוֹ נִגְדַּד עֲדוּתוֹ אֲבָל בְּכַה"ג דִּיכוּל לֹוּמַר פְּרַעְתִּי לֹא מְקַרִי קָם לְמָמוֹן וּמִשׁו"ה הַנְּצָרָה לֹוּמַר הַטַּעַם דְּאִין עַד עוֹשֶׂה שְׁתִּי פְעוּלוֹת עֵינֵן שָׁם אִוְלָם אֶפְתִּי מְוִקְשָׁה עַל הַשָּׁ"ה (סי' פ"ז סקי"ט) דְּכ' הַטַּעַם דְּמְקַרִי קָם לְמָמוֹן כְּמוֹ שְׁכ' בְּתַשׁוּבַת מִיְיִמוֹנֵי שָׁם הָא בְּלֹא"ה לְשִׁיטַת הַשָּׁ"ה אִין עַד עוֹשֶׂה שְׁתִּי פְעוּלוֹת: וְלַהֲנַ"ל י"ל פְּנוּנַת הַשָּׁ"ה דְּאִין לֹוּמַר מְטַעַם אִין עַד עוֹשֶׂה שְׁתִּי פְעוּלוֹת דְּהַרִי אָף אִם הָעַד הִיָּה מְעִיד רַק דִּיודַע דְּחֵיב לֹו פְרוּטָה כִּינּוֹן דְּצָרִיף לְשַׁלֵּם הַפְּרוּטָה מִמִּילָא חֵיב שְׁבוּעָה עַל הַשָּׂאָר מִדַּר"ח קַמְיִיתָא וְכִינּוֹן דְּהוּא חָשׂוּד וְאִינוֹ יְכוּל לִישְׁבַּע הַתּוֹבַע נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל הַכֹּל וְאִם כֵּן הַשָּׂאָר דְּהָעַד מְעִיד וּמְסִייעַ לַתּוֹבַע בְּכָל הַמָּנָה אִין לְחֵיב לַתּוֹבַע שְׁבוּעָה רַק בְּפְרוּטָה דְּבָזָה שְׁפִיר אִין הָעַד פְּטוֹרוֹ דְּאִין עַד עוֹשֶׂה שְׁתִּי פְעוּלוֹת אֲבָל כְּשֶׁנִּשְׁבַּע תּוֹבַע בְּפְרוּטָה מִמִּילָא נֹוטֵל הַשָּׂאָר בְּלִי שְׁבוּעָה דְּעַד מְסִייעַ פְּטוֹרוֹ דְּבָזָה גַּם בְּלִי עֲדוּתוֹ דְּמַגִּיעַ לֹו גַּם הַשָּׂאָר מ"מ הִיָּה נֹוטֵל בְּשְׁבוּעָה וְאִם כֵּן עֲדוּת זֶה שְׁמַעִיד דְּמַגִּיעַ לֹו גַּם הַשָּׂאָר זֶה אִינוֹ עוֹשֶׂה רַק פְּעוּלָה א' לְפָטוֹר מִשְׁבוּעָה. וְכַשְׁנִיאָמַר דְּנִשְׁבַּע וְנוֹטֵל צָרִיף שְׁתִּי כֶּסֶף אִינוֹ צָרִיף לִישְׁבַּע כָּלֵל כִּינּוֹן דְּאִין לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה רַק בְּפְרוּטָה דְּעַל הַשָּׂאָר הָעַד פְּטוֹרוֹ וְעַד לְשְׁבוּעָה כְּשֶׁנִּים לְמָמוֹן וְכֹאֵלוֹ שְׁנִים מְסִייעִין לֹו עַל הַשָּׂאָר דְּאִין לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה בְּפְרוּטָה.

וּמִשׁו"ה הַנְּצָרָה לֹוּמַר הַטַּעַם דְּאִין עַד קָם לְמָמוֹן: וְהָא דְּבַשְׁבוּעָה נֹוטֵל אָף דְּעַד א' לֹא מְהִי רַק לְחֵיב שְׁבוּעָה אֹו לְפָטוֹר מִשְׁבוּעָה וְלֹא לְהֶאֱמִין בְּשְׁבוּעָה לְמֶאֱן דְּמְסִייעֵו דְּהַרִי בְּעַד אֶחָד מְעִיד שְׁהוּא פְרוּעַ אָף בְּדְלִיכָא שְׁעָבוּד קַרְקַע לֹא מְהִי הָעַד לְפָטוֹר לְנִתְבַּע בְּשְׁבוּעָה הַרִי דְּגַם זֶה מְקַרִי קָם לְמָמוֹן מ"מ י"ל שְׁאִנִּי הָכָא דְּמַעֲיָקְרָא לְשְׁבוּעָה קֶאֱתִי וּמִשְׁאִיל"מ אֵלָא דְּכַשְׁאִין לֹו צַד לְפָטוֹר עֲצָמוֹ מְמַנּוּ מְקַרִי קָם לְמָמוֹן וְכִינּוֹן דְּאִיכָא צַד פְּטוֹר כְּשֶׁלֹּא נִשְׁבַּע תּוֹבַע תּוֹ לֹא מְקַרִי קָם לְמָמוֹן וְעֵינֵן מְהַרְשָׁ"א כְּתוּבוֹת (דְּפ"ה ע"א).

וּמִדְּאוּרֵייתָא דְּלִיכָא נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל פְּטוֹר הַחֲשׂוּד וְכֵן רֵאִיתִי לְכַבוֹד אַחֵי הַגָּאוֹן ו"ל בְּסִפְרוֹ דְּבַרִי חֲיִים דִּינִי טוֹעֵן וְנוֹטֵעֵן (סי' ל"ב) אָף לְהַסּוֹבְרִים בְּחֲשׂוֹד אֶמְרִינּוּ מִדְּאוּרֵייתָא מִשְׁאִיל"ם הִיָּינוּ בְּמוֹדָה בְּמַקְצָת אֲבָל בְּעַד אֶחָד לְתַשׁוּבַת מִיְיִמוֹנֵי הַנּוֹ' מִדְּאוּרֵייתָא פְּטוֹר מִשׁוֹם דְּאִין עַד קָם לְמָמוֹן וְיִשְׁבַּע וְנוֹטֵל לֹא מִשְׁכַּחַת מִדְּאוּרֵייתָא עֵינֵן שָׁם וְאֶפְשָׁר אָף שְׁנֵאמַר דְּגַם זֶה מְקַרִי קָם לְמָמוֹן מ"מ תַּקְנַת חֲכָמִים הִיָּה בְּחֲשׂוֹד דִּיטוֹל בְּשְׁבוּעָה.

וְעֵינֵן תְּשׁוּבַת ב"ח (סי' ס"ד) וְחוֹמָיִם (סי' פ"ז סק"ה ופ"ט סקט"ז) הִיכָא דְּמִדְּאוּרֵייתָא אִינוֹ נֹוטֵל כָּלֵל רַק דְּרַבְּנָן תַּקְנּוּ דִּיטוֹל בְּשְׁבוּעָה אִין עַד מְסִייעַ פְּטוֹרוֹ עֵינֵן שָׁם וּבְשַׁעַר מִשְׁפָּט (סִימָן פ"ז סק"ו) דְּגַם מְהַר"ם בְּתַשׁוּבַת מִיְיִמוֹנֵי שָׁם מוֹדָה בָּזָה עֵינֵן שָׁם וְאָף דְּלַהֲש"ךְ הוּבָא בְּשַׁעַר מִשְׁפָּט שָׁם גַּם כַּה"ג עַד מְסִייעַ פְּטוֹרוֹ מ"מ הָא לְהַשָּׁ"ה אִין עַד עוֹשֶׂה שְׁתִּי פְעוּלוֹת.

והיכא דמדאורייתא אינו נוטל כלל רק דרבנן תקנו דישטול בשבועה גם בפחות משתי פסגה אינו נוטל בלי שבועה וכיון דצריך לישבע בפרוט' ממילא נשבע על הכל מדין גלגול כמ"ש בשער משפט (סי' צ"ד סק"ב) דעד מסייע אינו פוטר מגלגול שבועה ע"ש [אף בתשובת מהר"י באסאן (סי' ט') הובא שם בספר הנז' מבואר דעד מסייע פוטר מגלגול שבועה וכן היא בתנאים (סי' פ"ז סק"ו) ע"ש] וכלזה לתשובת מיימוני שם דמקרי קם לממון אבל בלא"ה שפיר נוטל בלי שבועה כהנ"ל: ומ"ש הש"ך (סי' צ"ב סק"ח) הטעם דאין עד עושה שתי פעולות שם איירי באופן דישטול לומר פרעתי כמו שכ' בתשובת נודע ביהודה ותשובת הגאון ר' עקיבא איגר הנז' אם פן שפיר צריכין לעדותו גם בהשאר דאם העד הנה מעיד רק דידוע דהלנה לו פרוטה נאמן נתבע על השאר במגו אי בעי אמר על הכל פרעתי.

ודוקא על מה שהעד מעיד לא מהני מגו דעד לשבועה פשנים לממון ומגו במקום עדים הוא כמו שכ' רש"ב"א ור"ן שבועות (דף מ"ה ע"ב) עיין שם אבל על מה שהעד אינו מעיד שפיר מהני מגו אף ששאר דנפטור ממשאיל"מ הוי מגו לפטורי משבועה מ"מ הא לרא"ש וסייעתו הובא בהגהת רמ"א (סי' רצ"ו ס"א) אמרינן מגו לאפטורי משבועה.

וכל עיקר דהוי נתבע משאיל"מ ותובע נשבע ונוטל הכל היינו על פי העד המעיד דהלנה לו כל המנה ושוב לא יוכל העד לפטור לתובע משבועה דאין עד עושה שתי פעולות: ואף ששאר דגם כשהעד מעיד רק דידוע דהלנה לו פרוטה מ"מ אין להאמין לנתבע על השאר במגו אי בעי לשקר אמר על הכל פרעתי דהרי העד מעיד דידוע דהלנה לו פרוטה והוא משקר ואמר לא לוייתי ולא אמר פרעתי ואם פן לפי עדות העד ליכא מגו כלל והוי משאיל"מ על הכל.

מ"מ כל זה מצד נאמנות עדותו היא דכיון דלפי דברי עד המעיד בפרוטה תו ליכא מגו כלל מש"ה התובע נשבע ונוטל הכל וכאלו העיד בפירוש בכל המנה. ואם פן שוב לא יכול העד לפטור לתובע משבועה בעדותו שפעיד דהלנה לו גם השאר דאין עד עושה שתי פעולות.

וגם כיון דכשהתובע צריך לישבע לא הוי נתבע משאיל"מ על השאר רק אחר שבועת תובע אם פן על ידי שבועתו בפרוטה נתברר החיוב גם בהשאר מדין משאיל"מ וכאלו נשבע בפירוש על הכל.

והרי הוא בכלל שבועת שתי פסגה ממילא נשבע על הכל מדין גלגול כהנ"ל. ודוקא כשהעד מעיד דעדיין חייב לו פרוטה דאז לאו מטעם דמקרי קם לממון נוטל בלי שבועה דכיון דנתבע צריך לשלם הפרוטה בב"ד ממילא הוי משאיל"מ על השאר ואין צריכין בזה לנאמנות העד ושבועת תובע כלל דאף אם באמת העד משקר בזה והתובע נשבע לשקר מ"מ כיון דס"ס נתחייב נתבע בפרוטה בב"ד על ידי העד ושבועת תובע ממילא הוי משאיל"מ על השאר דהחיוב ממון בב"ד הוא המחייב שבועה על השאר.

ואין צריך בזה לנאמנות העד ושבועת תובע כלל כמש"ל. אבל כשהעד מעיד רק דידוע דהלנה לו פרוטה שפיר צריכין לנאמנות העד ושבועת תובע גם בהשאר דאם לא פן איכא מגו לנתבע אי בעי אמר על הכל פרעתי רק לפי דברי עד ושבועת תובע דהלנה לו

פרוטה תו ליפא מגו פלל ושוב לא יכול העד לפטור לתובע משבועה בעדותו שמעיד בפירוש דהלנה לו גם השאר דאין עד עושה שתי פעולות.

וגם עכ"פ צריה תובע לישבע בפרוטה פיון דנאמנות השבועה היא המבררת דמגיע לו גם השאר הרי היא בכלל שבועת שתי פספ וממילא נשבע על הפל מדין גלגול: סי' יא פתב הש"ה (סי' ע"ה סקל"ד) הא דמבואר בש"ע .

שם מנה לי בינדה שהלוייתיה והלה אומר איני יודע אם הלוייתיני ועד אחד מעיד שהלנהו הוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. אף דאין העד מעיד שעדיין לא פרעו ואית ליה מגו מ"מ פיון דהשתא טוען איני יודע ואין נשבעין שבועת התורה באיני יודע הוי לי משואיל"ם דלא פתשובת מבי"ט דדוקא כשהעד מעיד שעדיין לא פרע דלית לי מגו ע"ש: לכאורה פוונתו אף דבטענת ברי ליפא שבועה דנאמן במגו דפרוע [עיינן רא"ש שבועות (דמ"ה ע"ב) דכתב גם בעד א' לא ידענא מה מגו איפא משמע דמגו מהני לפטור משבועת עד א' ולא פרשפ"א ור"ן שם] מ"מ השתא בטענת שפא דליפא מגו הוי מחויב שבועה ומשאל"ם.

ולפי זה קשה להסוברים בטעמא דכופר הפל פטור משבועה משום חזקה אין אדם מעיז אם פן בטענת שפא דליפא חזקה י'הא משאל"מ. אחר זה ראיתי באחרוני' דהקשו פן ועיין פסא דהרסנא (סי' כ"ו).

גם בספר שער משפט שם (סק"ט) הקשה מדברי ר"ן שבועות (דמ"ז) דבנ' ידענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי הנה נאמן במגו לא הוי משאל"ם הרי אף דהשתא בטענת שפא ליפא מגו מ"מ פיון דבטענת ברי ליפא שבועה לא הוי משאל"ם ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' נ"ט וע"ה וש"ג): ולפע"ד י"ל דדוקא היכא דבטענת ברי הנה נאמן מטעם חזקה אין אדם מעיז או פהאי דר"ן שבועות הנ"ל דבטענת ברי הנה נאמן במגו אי בעי אומר על הפל איני יודע בכה"ג אף דהשתא בטענת שפא ליפא חזקה ומגו מ"מ פיון דבטענת ברי איפא חזקה או מגו המבררת דהאמת אתו וליפא חויב שבועה פלל ממילא בטענת שפא לא הוי משאל"ם אבל בטענת איני יודע אם הלוייתיני ועד א' מעיד שהלנהו אף דבטענת ברי לא לויתיני נאמן במגו דפרוע מ"מ פל עיקר המגו על ידי החויב שבועה היא דאי לאו דחייב שבועה בטענה דהשתא ליפא פלל מגו המבררת דהאמת אתו מדלא אומר פרעתי דמה נ"מ אי אומר פרעתי או לא לויתיני.

רק פיון דבטענת לא לויתיני חייב שבועה איפא מגו אי בעי לשקר אומר פרעתי דלא יצטרך לישבע וכיון דכל עיקר המגו ע"י החויב שבועה היא א"כ עכ"פ חויב שבועה איפא רק המגו פטרו ומשו"ה בטענת שפא דליפא מגו הוי משאל"ם: וכעין זה י"ל להסוברים מגו לאפטורי משבועה לא אמרינו היינו גם פן היכא דכל עיקר המגו על ידי החויב שבועה היא אבל היכא דגם בלי חויב שבועה איפא מגו המבררת דהאמת אתו מהאי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה יושבע דגם בלי חויב שבועה איפא מגו המבררת דהאמת אתו מדלא כפר הפל.

בכה"ג ליפא חויב שבועה פלל. ועיין ב"ח (סי' רצ"ו): עוד י"ל בטענת איני יודע אם הלוייתיני ועד א' מעיד שהלנהו.

נהי דבשעת טענתו איני יודע אם הלוימני אי הי טען אז ברי לא לוימני הנה נאמן במגו דפרוע מ"מ השתא דטען שמהא וליכא מגו אם פן לאחר פדי דיבור אם יטען ברי לא לוימני יתחייב שבועה דתו ליכא מגו דפרוע פיון דכבר הודה דלא פרע.

וכיון דמשפחת לשבועה בברי מש"ה כשעומד בטענת שמהא הוי מתוך שאיל"ם. ודוקא בדליכא עד א' אף להסוברים בטעמא דכופר הפל פטור משבועה משום חזקה אין אדם מעיז ובטענת שמהא ליכא חזקה מ"מ ס"ס לא משפחת לשבועה בטענת ברי דתמיד בטענת ברי איכא חזקה אין אדם מעיז.

וגם בני דענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי הנה נאמן במגו לא הוי משאיל"ם פיון דליכא שבועה בטענת ברי. אף דאחר פדי דיבור להודאתו גם בטענת ברי ליכא מגו מ"מ כפר יצאה הודאה בפטור ובמודה במקצת בעינן שיתחייב תיכף בשעה שההודאה יצאה מפיו כמבואר בר"ן שבועות (דמ"ב ע"ב ומ"ג ע"א) עיין שם: [הן אמת דיש להוכיח מתוס' פתובות (די"ב) ושבועות (דמ"ז ע"ב) בנ' ידענא ונ' לא ידענא כשאומר אחר כף נזפרתי דנ' לית לך אף למאן דלית ליה משאיל"ם ולתוס' ב"מ (דצ"ו ע"ב) גם שבועה ליכא מ"מ לא מקרי יצאה הודאה בפטור.

מדהקשו למאן דלית ליה משאיל"ם היכי דריש קרא שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים לענין משאיל"ם תיפק ליה דב"ש ברי עדיף. ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ע"ה סק"ד) להוכיח מנה דבמשאיל"ם יכול אחר כף לומר נזפרתי דאם לא פן שפיר נ"מ כשאומר אחר כף נזפרתי דבבו"ש יכול לומר נזפרתי ובמשאיל"ם אינו יכול לומר נזפרתי עיין שם ולפי זה אי נימא בנ' ידענא ונ' לא ידענא כשאומר אחר כף נזפרתי דנ' לית לך למאן דלית לי' משאיל"ם מקרי יצאה הודאה בפטור אם פן אפתי נ"מ כשאומר אחר כף נזפרתי דאי לאו משאיל"ם גם שבועה ליכא דכבר יצאה הודאה בפטור מהחייב השבועה רק דחייב מטעם ברי ושמהא ובהו יכול לומר נזפרתי אבל כשנימא משאיל"ם אף דיכול לומר נזפרתי מ"מ חייב שבועה.

א"ו גם למאן דלית ליה משאיל"ם לא מקרי יצאה הודאה בפטור: אף מ"מ י"ל שאני התם דמעולם לא יצאה הודאה בפטור מהחייב שבועה דגם למאן דלית ליה משאיל"ם מ"מ עכ"פ חייב שבועה רמי עליה אלא דכשאינו יכול לישבע אינו בדין שישלם.

אבל היכא דלא הוי משאיל"ם מטעם דבטענת ברי ליכא שבועה י"ל דמקרי יצאה הודאה בפטור פיון דבשעה שההודאה יצאה מפיו לא רמי עליו חייב שבועה כלל. ומש"ה בנ' ידענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי הי' נאמן דמגו לא הוי משאיל"ם פיון דליכא שבועה בטענת ברי אף דאחר פדי דיבור גם בטענת ברי ליכא מגו מ"מ כפר יצאה הודאה בפטור.

אבל בטענת אינו יודע אם הלוימני ועד אחד מעיד שהלוהו נהי דבשעת טענתו אי הנה טען אז ברי הנה נאמן במגו מ"מ השתא דטען שמהא וליכא מגו אם פן לאחר פדי דיבור אם יטעון ברי יתחייב שבועה דתו ליכא מגו דפרוע פיון דכבר הודה דלא פרע: ועיין כנה"ג בהגהותיו על הטור שם (אות מ"ד) דדוקא בטענ' איני יודע אם הלוימני הרי זה כאומר דידע בודאי שלא פרע אבל בטענת איני יודע אם אני חייב לך אפשר שפרע לו.

ובקצות החֲשׁוֹן שָׁם (סק"ט) הַשִּׁיג עָלָיו דַּמַּ"נ חֲזִיב דְּבִסְפֵק הַלְנָאָה הָוֵי מִשְׁאִיל"מ וּבִסְפֵק פְּרַעוֹן בּו"ש בְּרִי עֲדִיף עֵינָן שָׁם וּבִפְרִיֶשֶׁה וּב"ח שָׁם (סי"א). וְלַהֲנַ"ל נִיחָא דְדוֹקָא כְּשֶׁהוּדָה דְלֹא פְרַע אָבֵל כְּשֶׁמְסוֹפֵק גַּם בְּפְרַעוֹן אִף דְּבִסְפֵק פְּרַעוֹן בְּרִי וְשִׁמְאֵבְרִי עֲדִיף מ"מ כִּינּוּן דְּלִיכָא הוּדָאָה דְלֹא פְרַע לֹא הָוֵי מִשְׁאִיל"ם עַל הַלְנָה כִּינּוּן דְלֹא מְשַׁכַּח לְשִׁבּוּעָה בְּטַעֲנַת בְּרִי דְתַמִּיד בְּטַעֲנַת בְּרִי אִיכָא מַגּוּ אִי בְּעֵי אָמַר נִזְפָּרְתִּי שְׁפָרְעֵתִי וְעֵינָן הִגָּהַת רַמ"א שָׁם (ס"ט) בְּאַיְנִי יוֹדַע אִם פְּרַעֲתִיָּה יָכוֹל אַחַר כֶּף לֹמַר נִזְפָּרְתִּי שְׁפָרְעֵתִיָּה עֵינָן שָׁם וּבִנְתִּיבוֹת הַמְשַׁפֵּט (סי' נ"ט סק"ב) וְצ"ע: עוֹד י"ל הָא דְהָוֵי מִשְׁאִיל"ם בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי וְעַד אֶחָד מְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ הֵינּוּ פְשָׁעֵד בָּא אַחַר טַעֲנָתוֹ לִיכָא מַגּוּ דְפְרֹעַ דְּאוּלִּי לֹא יָדַע דְּיָבֵא עַד הַמְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ וּמַה נ"מ אִי אֹמַר פְּרַעֲתִי אוֹ לֹא לְוִיתִי וְאַחַר שְׁבָא הָעַד תּוֹ לִיכָא מַגּוּ דְכִבְרַת הוּדָה דְלֹא פְרַע.

אָבֵל כְּשֶׁמְסוֹפֵק גַּם בְּפְרַעוֹן שְׁפִיר אִיכָא מַגּוּ אִי בְּעֵי אָמַר הַשְׁתָּא נִזְפָּרְתִּי שְׁפָרְעֵתִי: גַּם י"ל לְמַה שְׁכ' הַש"ף (סי' ע"ב סקנ"א) כְּשֶׁיִּדְעִינוּ דְּאִינוּ יוֹדַע לֹא הָוֵי מִשְׁאִיל"מ וְעֵינָן שְׁעַר מְשַׁפֵּט (סי' פ"ז סק"ה וְכָאן סק"ט) וְאִם כֵּן י"ל הָא דְהָוֵי מִשְׁאִיל"ם בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי וְעַד אֶחָד מְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ וְאִינוּ נֶאֱמָן בְּמַגּוּ דְפְרֹעַ הֵינּוּ מְשׁוּם דְּמַגּוּ לְאִפְטוֹרִי מְשִׁבּוּעָה לֹא אֶמְרִינָן אוֹ מְשׁוּם דְּמַגּוּ לְאִפְטוֹרִי מְשִׁבּוּעַת עַד א' וְדָאִי לֹא אֶמְרִינָן אָבֵל כְּשֶׁמְסוֹפֵק גַּם בְּפְרַעוֹן שְׁפִיר נֶאֱמָן בְּטַעֲנָא אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי בְּמַגּוּ דְכִידּוֹ תַּמִּיד לֹמַר נִזְפָּרְתִּי שְׁפָרְעֵתִי.

וּבְיָדוֹ עֲדִיף מַמַּגּוּ כְּמִבּוֹנָר בְּכַמָּה דְּוִכְתִּי: וְהִנֵּה לְמִבְי"ע הַמּוֹבָא בְּש"ף הַנ"ל י"ל אִף דְּאוֹמַר אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי אִין זֶה כְּאוֹמַר דִּיּוֹדַע בְּנִדְאִי דְלֹא פְרַע דְּאַפְשָׁר דְּמְסוֹפֵק גַּם בְּפְרַעוֹן.

גַּם י"ל אִף דְּמוֹדָה דְלֹא פְרַע אִיכָא מַגּוּ דְפְרֹעַ לְרִשְׁבָּ"א בְּתִשּׁוּבָה הוֹבָא בְּב"י וּסְמ"ע (סי' ע"ה וע"ט) וּבְש"ף (סי' ע"ה סקל"ח) דִּיכּוֹל לְחַזֹּר מְטַעֲנַת לֹא לְוִיתִי לְטַעֲנַת פְּרַעֲתִי. אִף דְּעַד א' מְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ וְלֹא הָוֵי מִשְׁאִיל"ם וְעֵינָן דְרִישָׁה (סי' ע"ט ס"ז) וּסְמ"ע שָׁם (סק"כ) דְלְרִשְׁבָּ"א דְלֹא הָוֵי מִשְׁאִיל"ם לִיכָא שְׁבּוּעַת הַתּוֹרָה בְּטַעֲנַת פְּרַעֲתִי רַק שְׁבּוּעַת הַקִּסַּת עֵינָן שָׁם וּמְשׁו"ה בְּטַעֲנַת אִינוּ יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי וְעַד א' מְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ לֹא הָוֵי מִתּוֹף שְׁאִיל"ם דְתַמִּיד בְּטַעֲנַת בְּרִי לֹא לְוִיתִי אִיכָא מַגּוּ דְפְרֹעַ דְהִי נֶאֱמָן בְּלִי שְׁבּוּעַת הַתּוֹרָה.

אִי נָמִי דְנֶאֱמָן בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי בְּמַגּוּ דְפְרֹעַ. אִף דְּבָלִי מַגּוּ הָוֵי בְּטַעֲנַת אִינוּ יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי מִשְׁאִיל"ם מ"מ י"ל דְּהָוֵי נֶאֱמָן לֹמַר פְּרַעֲתִי בְּמַגּוּ אִי בְּעֵי אָמַר נִזְפָּרְתִּי דְלֹא לְוִיתִי וְעֵינָן מַה שְׁכ' אַאמ"ו הַגָּאוֹן הַצְּדִיק ז"ל בְּסִפְרוֹ דְּבְרֵי מְשַׁפֵּט [הַבְּאִתּוֹ לְעִיל] לְהוֹכִיחַ מִתּוֹס' פְּתוּבוֹת (דִּי"ב ע"ב) דְּבִמְשְׁאִיל"ם יָכוֹל לֹמַר נִזְפָּרְתִּי עֵינָן שָׁם וּלְפִי זֶה גַּם הִיכָא דְהָוֵי מִשְׁאִיל"ם עַל יְדֵי עַד א' יָכוֹל לֹמַר נִזְפָּרְתִּי דַּל"כ לְפָנֶי הַנְּצָרְכוֹ תוֹס' לְאוֹקְמִי בְּטַעֲנָו סְפֵק עַל פִּי עַד הָא גַּם בְּטַעֲנַת בְּרִי נ"מ כְּשֶׁאוֹמַר נִזְפָּרְתִּי אוֹ גַּם בְּמִשְׁאִיל"ם עַל יְדֵי עַד אֶחָד יָכוֹל לֹמַר נִזְפָּרְתִּי וְאִם כֵּן י"ל בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי וְעַד א' מְעִיד שֶׁהַלְנָהוּ אִף דְּנִימָא מִשְׁאִיל"ם מ"מ נֶאֱמָן לְחַזֹּר לֹמַר פְּרַעֲתִי בְּמַגּוּ אִי בְּעֵי אָמַר נִזְפָּרְתִּי דְלֹא לְוִיתִי וְעֵינָן מַה שְׁכ' אַאמ"ו הַגָּאוֹן הַצְּדִיק ז"ל בְּסִפְרוֹ דְּבְרֵי מְשַׁפֵּט (סי' ע"ט סק"א) וּמְמִילָא בְּטַעֲנַת לֹא לְוִיתִי אוֹ בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע אִם לְוִיתִי נֶאֱמָן בְּמַגּוּ דְפְרֹעַ דְהִי נֶאֱמָן בְּלִי שְׁבּוּעַת הַתּוֹרָה.

ועיין שיטה מקובצת ב"ב (דמ"א) ד"ה ונתתי לך דעתך כי היכי דאמרין חד מגו אמרין תרי מגו עיין שם ובר"ן (פ"ט) דכתובות סוגיא דבבבא ואף לריב"א ב"מ (דפ"א ע"ב) ד"ה מיהו מגו ליכא דתרי מגו לא אמרין עיין שם ומקנה קידושין (דמ"ג ע"ב) מ"מ י"ל הכא נאמן במגו דבידו תמיד לומר פרעתי ובידו עדיף ממגו פהגז'.

ועיין קצות החושן (סי' ע"ט סק"ט ופ' סק"ג) ונתיבות המשפט (סי' ע"ב סק"ד וע"ט סק"ד) וצ"ע. אחר זה ראיתי בפרישה (סי' ע"ה סי"א) הא דמבואר בטור שם בטענת איני יודע אם לוייתי ועד אהד מעיד שלנה הוי משאיל"ם מיהו אחר כך אם טען ואמר נזפרתי שלוייתי ופרעתי פטור בהיסת ונדקא בטענת לא לוייתי ועד א' מעיד שלנה אינו יכול לחזור לומר לוייתי ופרעתי לרמב"ם וטור וש"ע אבל באמר מתחילה איני יודע אם לוייתי אף אם באו שנים שלנה הוי נאמן לומר נזפרתי דלוייתי ופרעתי ע"ש: ובעיקר הדין דלא אמרין משאיל"ם רק בדאיכ' שבוועה בטענ' ברי.

יש לעיין הא דמבואר בחידושי ר"ן ורא"ש ריש ב"מ הובא בש"ך (סי' ע"ב ופ"ז סקט"ז) אף דעד מסייע פטור משבוועה מ"מ אינו פוטר ממשאיל"ם דאין עד קם לממון עיין שם ולהגז' נהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם, מ"מ ס"ס ליכא שבוועה בטענת ברי דאז העד פטרו וכמו בדאיכא מגו בטענ' ברי אף דהשתא בטענת שפא ליכא מגו מ"מ לא הוי משאיל"ם כיון דליכא שבוועה בטענת ברי ה"ה בדאיכא עד המסייע: ואפשר לחלק אף דעד מסייע פוטר מ"מ עכ"פ חיוב שבוועה איכא רק העד פטרו [עיין חלקת מחוקק (ס' ל"ה סק"ג) וב"ש שם (סק"ה)] ומש"ה בטענת שפא הוי משאיל"ם ואין העד פוטר דאינו קם לממון: עוד י"ל דנקא בדאיכא מגו בטענת ברי כיון דגם השתא בטענ' שפא דהוי משאיל"ם אי הנה שייך מגו המסייע הי' פטור רק דהשתא בטענת שפא לא שייך מגו ומש"ה כיון דבטענת ברי איכא מגו ממילא בטענת שפא לא הוי משאיל"ם ומנהי המגו דהי' לו בטענת ברי לפטרו גם השתא ממשאיל"ם וכאלו איכא מגו השת' מה שאין כן בעד המסייע כיון דהשתא בטענת שפא דהוי משאיל"ם לא מהני עד המסייע אף דבטענת ברי הי' מהני העד לפטרו משבוועה מ"מ השתא דדנין לחיבו ממון מדין משאיל"ם לא מהני העד פלל: ועיין בעל התרומות (שער ל"ח ח"ג ס"ה) הובא בטור (סי' ע"ה סי"א) טענו מנה והלה אומר איני יודע אם לוייתי ממך ועד א' מעיד שלנה משאיל"ם ל"ש טען איני יודע אם לוייתי ל"ש טען איני יודע אם פרעתי כיון דעד א' מסייע לתובע ברי ושפא ברי עדיף ומשאיל"ם.

והוא תמוה כאשר תמהו כולם דבאינו יודע אם לוייתי אינו חייב מטעם בו"ש רק מטעם משאיל"ם. ולהגז' י"ל דאי לאו טעמא דבו"ש אם כן גם השתא בטענת שפא אי הנה שייך מגו המסייע הנה פטור רק דהשתא בטענת שפא לא שייך מגו וכיון דבטענת ברי איכא מגו ממילא בטענת שפא לא הוי משאיל"ם ומנהי המגו דהי' לו בטענת ברי לפטרו גם השתא ממשאיל"ם וכאלו איכא מגו השתא [ולמש"ל דנאמן השתא בטענת איני יודע אם הלוייתי במגו.

ניחא בפשיטות] אבל כיון דאיכא בו"ש המסייע לתובע תו לא מהני המגו לפטרו ממשאיל"ם אף דבטענת ברי הי' מהני המגו מ"מ השתא בטענת שפא לא מהני המגו פלל כיון דנגד זה איכא בו"ש המסייע לתובע.



ולא מבעיא כשנאמר דבו"ש עדיף ממגו דהרי ברי ושמה בצירוף חזקת חיוב מהני להוציא ומגו להוציא לא אמרינן אף בדאיפא חזקת חיוב כדמוכח פתובות (דפ"ז ע"ב) אלא אף שנאמר דמגו עדיף מבו"ש מ"מ י"ל עכ"פ מהני הבו"ש לגרע פח המגו שלא יועיל לפטרו וממילא הני משאיל"ם ע"י העד ועיין נתיבות המשפט (סי' ע"ה סק"ו): עוד י"ל בטענת איני יודע אם לויתי ועד א' מעיד שלנה פיון דאין עד קם לממון וכל עיקר דמהני עד א' בטענת שמה להיות משאיל"ם היינו משום דעיקרו לשבועה קאתי וממילא הני משאיל"ם והיכא דלא משפחת לשבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי.

ועיין תשובת מיימוני ספר משפטים (סי' ס"א) אף דבמשאיל"מ צריך התובע לישבע לר"ת (ספ"ו) דב"ק מ"מ בנספא דר' אבא נוטל בלי שבועה מפני שהעד מסייע לתובע והא דפריה שבועות (דל"ב ע"ב) אילימא דחשוד לנה מי יימר דמשתבע.

היינו דבחשוד על השבועה אי נימא שפנגדו נוטל בלי שבועה אם פן הי' נפיק ממונא מיניה כל שעמא אפומא דחד סהדא בשלמא בנספ' דר' אבא אי הני בעי הני טען לא חטפתי והני נשבע ולא משלם להכי כי טען דידי חטפתי ואיפא חד סהדא משלם על פי עד אחד פיון דעיקרו לא אתי סהדא לחייב ממון קרינא ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל בחשוד אי שפנגדו שקיל בלי שבועה על ידי עד נמצא כל שעמא יטול על ידי עד א' ונמצא שהי' קם עיקרו לממון דחשוד אי אפשר לו להשמיט פלל משלם היכא דאיפא חד סהדא לשפנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו וראיתי לכבוד אחי הגאון מוהר"י איציק אויערבאך זצ"ל בספרו דברי חיים דיני טוען ונטען (סי' ל"ב) וכן הוא בתשובת הגאון ר' עקיבא איגר ז"ל (סי' קע"ח).

דבחשוד אף דהעד מעיד רק דיודע דהלנה לו מנה באופן דהיה יכול לומר פרעתי מ"מ מקרי קם לממון דונקא בנספא דר"א עיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי דכשפכיש להעד נשבע נגדו אבל בחשוד עיקר עדות העד דהלנה לו לממון קאתי להיות משאיל"ם כשאומר לא לויתי דכשאומר לא פרעתי אז לא מהני עדותו פלל.

ועיין מה שכ' אחי הגאון ז"ל שם אף להסוברים בחשוד אמרינן מדאורייתא משאיל"ם היינו במודה במקצת אבל בשבועת עד א' לתשובת מיימוני הנז' מדאורייתא פטור משום דאין עד קם לממון ונשבע ונוטל לא משפחת מדאוריית' עיין שם ולפי זה בטענת איני יודע אם לויתי ועד א' מעיד שלנה כשנימא בטענת ברי נאמן במגו וליכא שבועה ממילא בטענת שמה לא הני משאיל"ם דכיון דבטענת ברי לא מהני עדותו פלל נמצא עיקרו לממון קאתי להיות משאיל"ם בטענת שמה ואין עד קם לממון.

ודנקא בחשוד תקנו ליתול בשבועה ולא בעלמא: ובזה מיושב קושית תומים (סי' פ"ז סק"ו) לפי מה דהוכיחו דעד מסייע פוטר משבועה מדלא פריה ריש ב"מ מה לעד אחד שפן אין פיוצא בו פטרו א"כ עדיין יקשה אמאי לא פריה מה לעד א' שפן אין פיוצא בו פטרו בטענת שמה דהני משאיל"ם עיין שם ולהנ"ל הא דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם היינו בשבועת שומרין ומודה במקצת אבל בשבועת עד א' פשיש לו עד המסייע פוטר דנהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ ס"ס פיון דליכא שבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי.

אף דבשעת עדות הועיל לשבועה וממילא הוי משאיל"ם מ"מ פשפא אחר פה העד המסייע אגלאי מילתא דלא הועיל העד קמא בעדותו רק לממון. ואף שנאמר גם בשבועת עד אַחַד אַמְרִינָן בְּחֹשֶׁד מְדַאֲרִינָתָא משאיל"ם כמו שכ' רשפ"א נשבעות (דל"א ע"א) הובא בספר דברי חיים מפבד אחי הגאון ז"ל שם היינו משום דס"ס עיקרו לשבועה קאתי אי הנה שייך שבועה אבל פשיש עד המסייע אין לומר דעד המחייב עיקרו לשבועה קאתי פיון דעד המסייע פוטר משבועה אם פן עיקר עדות העד המחייב לממון קאתי להיות משאיל"ם ואין עד קם לממון: ועיין תוספות וראשונים סוגיא דסטרראי פתובות (דפ"ה ע"א) הא דקאמר ר' אבהו מגו דיכולין לומר להד"ם יכולין נמי למימר סטרראי גינהו והא קיי"ל שלים נעשה עד והוי משאיל"ם כמו בנספא דר' אבא ועיין רשפ"א קידושין (דמ"ג ע"א) אף דאחר שנתקן שבועת היסת הוי שלים נוגע בעדות מ"מ פיון שהמלוה מודה שנתן לו נסתלקה נגיעתו מעתה וכי קאמר סטרראי הוי מתוך שאיל"ם דאילו איפא תרי משלם.

וכעין זה כתב בקצות החשן (סי' נ"ח סק"ג) אף להסוברים בשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"ם ועד א' מעיד שהוא פרוע אינו אלא שבועה דרבנן מ"מ בסטרראי שם על מה שתפס דיינינן דמהאי טעמא לא הוי מגו להוציא כמו שכ' רמב"ן ב"ב (דל"ב ע"ב) והוי שבועת התורה ככל נשבע ונפטר עיין שם ובמשו"ב נתיבות שם אף דאי הי' מכחיש להעד בטענת להד"ם לא הנה שבועת התורה דאז היו דנין ליטול מ"מ בטר השתא אזלינן דדנין על מה שתפס כמו שכ' רשפ"א לענין נגיעה פיון דהשתא לאו נוגע הוא הוי משאיל"ם ועיין ב"ח (סי' צ"ו ושס"ד) וקצות החשן (סי' צ"ה סק"ז).

ולנהנז' י"ל דרשפ"א הקשה שפיר לשיטתו שבועות (דל"א ע"א) דגם בשבועת עד א' אמרינן בחשוד מדאורייתא משאיל"ם. אבל לתשובת מיימוני הנז' דוקא בנספא דר"א עיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי דכשםכחיש להעד בטענת לא חטפתי צריף לישבע.

אבל היכא דכשםכחיש להעד ליפא שבועה נמצא עיקר עדותו לממון קאתי: וראיתי בשיטה מקובצת ריש ב"מ בשם רשפ"ן דבנספא דר"א פשיש עד המסייע דדידיה חטף פטור. ובקצות החשן (סי' פ"ז סק"ט) חוכך בזה אף דעד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ בנספא דר"א הוי משאיל"ם על החטיפה פיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד שלא חטף והוי פשנים על החטיפה ותו אינו נאמן לומר דידי חטפתי עיין שם ולנהנז' י"ל פשיש עד המסייע דדידיה חטף פיון דאי לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליפא בטענת דידי חטפתי משום דהעד מסייעו ועיין ש"ך (סי' פ"ז הקפ"א) וממילא גם בטענת לא חטפתי ליפא שבועה דנאמן במגו אי בעי אמר דידי חטפתי [ועיין מש"ל בכוננת מבי"ט] ואם פן אין לומר דעיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי פיון דאי לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליפא וע"כ עיקר עדותו לממון קאתי להיות משאיל"ם: [עד כאן מדודי הרב הגדול מו"ה אליעזר ז"ל] סי' יב בש"ע (סי' ע"ו ס"א) אַחַד שֶׁהָלוּהוּ מִשְׁנִים כּו' וְהִשְׁאָר יִהְיֶה מוֹנָח וּכ' בִּשְׁ"ך (ס"ק ז') דאם לא תבעו ליה פלל אמרינן דמנה השלישית יחלקו ביניהם פיון דליפא רמאי וכמו שמוכח (סי' שס"ה) ועיין שם בש"ך דהוכיח פן ממה דקתני שם באומר גזלתי לאחד מקם ואיני יודע איזהו אינו נותן אלא מנה והם חולקין

ביניהם וכינן דהדין היכא שיהי' מונח נשאר ביזו אמאי פתבו נותן מנה אלא ודאי כינן דליכא רמאי חולקים מן הדין וכבר פתבו האחרונים דזה הוא לדעת רש"י ריש ב"מ דס"ל בז"א אגני ארגתי וז"א אגני ארגתי פינו דחד מינייהו רמאי יהיה מונח אם כן היכא דליכא רמאי הדין דחולקין אכל לדעת התוס' ורא"ש שם דאף באגני ארגתי גם כן חולקין ולא תליא ברמאי רק אם החלוקה יכולה להיות אמת ובמנה שלישית אין החלוקה יכולה להיות אמת לכן אף בליכא רמאי הדין דיהיה מונח ועיין שם בקצוה"ח שכ' על קושית הש"ך דלעולם היכא שהספימו ביניהם לחלוק צריך להוציא מת"י: וי"ל דכוננת הש"ך למה שכ' ריטב"א קידושין (דף ע"ג) בסוגיא דנאמן בעל הלוקח וכ' בסוף דבריו וילענן מנה מיותר אין אחד מהם יכול לתובעו למוכר בב"ד אא"כ בא בהרשאת חבירו עכ"ל אם כן קושית הש"ך היא נכונה דנוקא היכא דהדין הוא דיתלקו לא מצי לדחות אכל היכא דהדין הוא דיהיה מוכח ת"י לא מהני הספמת שניהם לחלוקה עד דבאו בהרשאה.

אולם כבר הקשיתי במ"א מובא בספר ד"ח דיני תפיסה (סי' ו') דהא התימ נקט מחד מדעתו ומחד בע"כ ומזה שקבל מדעתו זכה בהמעות בעד החפץ רק מזה שקבל בעל פרחו חייב להחזיר ולא הני המעות אצלו לכל היותר רק כפקדון וכינן דהדין הוא דחולקין למה יכול לדחות הא לא גרע ממה דכ' הנ"י ב"ב סוף פ"ק גט פשוט משם הריטב"א אגבי שכ"מ שאמר תנו ר' זוזי ליב"ש דבמתנה אין היורשין יכולין לדחות מפני שהמקבל מתנה פועל ונותן בפניו ועיין ש"ך (סי' רנ"ג ס"ק ל"ט) וה"נ המנה הזה הוא של אחד מהם והני שלו וכשהדין הוא יתלקו למה יכול לדחות אותם ול"מ להסוברים דהיכא דהני מקח טעות המעות הוא פקדון פאן פשנתן להמוכר בע"כ בודאי הני רק כפקדון אלא אף להסוברים דהיכא דהני מקח טעות הני המעות הלואה אצל המוכר זה דוקא אם קבל מדעתו להוציאם אכל בקבל בעל פרחו דלא זכה להוציאם לא הני הלואה רק כפקדון ואמאי יכול לדחות ודווקא לומר דהריטב"א איירי פשהוציא המעו' דמלשונו משמע אף פשהוא בעין ביז המוכר.

ובאמת ברי"ף ריש ב"מ ובטוש"ע (סי' רכ"ב) כ' חולקין לטלית לחולקין לדמי ודווקא לומ' דאיירי דוקא בבאו בהרשאה או פשתובעין שניהם: גם יש לעיין הא פשחולקין הטלית לחצאי ממיילא זה שקבל החצי שלא פדין ובשקר טען שנתן המעות מדעתו מחויב להחזיר לחבירו החצי מדמי הטלית אם כן פל אחד למה לא יכול לגבות מן המוכר ממנ"פ החצי מהדמים דאם נתן בע"כ פל הדמים הם שלו ואם הוא נתן מדעתו וחבירו בעל פרחו מ"מ מגיע לו מחבירו החצי מדמי הטלית ויכול לגבות מן המוכר מטעם שעבודא דר"נ ועיין תוס' ב"ק (דף ע') דהיכא דאחד חייב לחבירו יכול לגבות מן הפהן מטעם ממנ"פ או דשלו הוא או מטעם שדר"נ וה"נ דכונותיה פל א' מן הלוקחים יכול לבא על המוכר ליקח חצי הדמי ממנ"פ.

ובש"מ ריש ב"מ כ' משם הרשב"א וז"ל וילענן מנה מיותר שנתנו לו אם נתרצה אחד לחבירו והניח לו הטלית פדי לסלק מן המחלוקת מסתברא דאינו יכול לתבוע המנה מיד המוכר שלכל אחד ואחד הוא דוחה לומר לאו בעל דברים דידי את ובעיין שאמרו ב"ב יב"ש עכ"ל ואולי זה נמי פוננת הריטב"א בגנתרצה הא' לחבירו שיקח הטלית ועיין שם מה שכ' עוד בזה עכ"פ יש מקום להוכחת הש"ך מלשון הרמב"ם והש"ע (סי' שס"ה)

דמן הדין הוא דחולקין היכא דליכא רמאי: והנה התנאים (סי' קל"ח) הקשה על סברת הרא"ש דבמנה שלישיית לא אמרינו יחלקו כיון דהנה נודע להנפקד בעת שהפקידו אצלו שהוא של אחד אם כן אמאי כ' הטור (סי' רכ"ב) באם המקח ת"י המוכר וא"י למי נתרצה בקיבל זוזי מתרנוניהו חולקין בשבועה הא בשעת מכירה הנה נודע למוכר למי מכר ובקצוה"ח שם כ' הואיל דליכא רמאי ולדעת הש"ך אף במנה שלישי' חולקין בליכא רמאי אם כן במקר דליכא רמאי דכל חד סבר דלוי התרצה.

ונה סותר למה שהוכיח (סי' שס"ה) דלדעת הרא"ש לא תליא כלל בין איכא רמאי לליכא רמאי וכן מבואר באמת מדעת הרא"ש ריש ב"מ ועוד מבואר הדבר מדברי הטור (סי' ש') דבמנה שלישיית בשמא ושמא הדין דיהיה מונח.

ואאמ"ו ו"ל בחידושי' לח"מ שבספר דברי משפט (סי' ש') הוכיח מדברי רש"י וריטב"א ב"מ (דף ל"ז) כשיטת הש"ך דבמנה שלישיית בשמא ושמא חולקין. ולא אבין דבריו ודאי לשיטת רש"י ריש ב"מ דתליא בין איכא רמאי לליכא רמאי ולא באם החלוקה יכולה להיות אמת הדין הוא דבמנה שלישיית בשמא ושמא דחולקין אבל לשיטת התוס' והרא"ש דעיקר תליא באם החלוקה יכולה להיות אמת נוכל לומר דאף בליכא רמאי דלא אמרינו יחלקו וכמו דמשמע פן מדברי תוספות ורא"ש וראשונים ב"מ: ולגי' שבקושית התנאים יש לומר דהנה הא דהמוכר נאמן בזמן שמקחו בידו הוא מטעם מגו דאי בעי הנה נותנו למי שאמר שמכר והא דא"ח שבועות היסת מבואר באחרוני' (סי' רכ"ב) דהוא גם כן מטעם מגו דאם הנה נתנו לו ליכא חיוב שבועה משום דליכא שוב כפירת ממון ועיין שם בקצוה"ח.

ולכאורה הא מבואר (סי' צ"ג) בש"ך משם הריטב"א דמגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א אם כן אמאי פטור המוכר משבועה היכא דמקחו בידו. או למ"ה בלא"ה צריף לחלק לדעת הרמב"ן והריטב"א קידושין (דף ס"ג) ובש"ס כתובות (דף י"ט) דסברו דעד הצריף מגו לא הוי עד ועד כאן לא אמרינו בקידושין בהא דשליח נעשה עד רק לסלק הנגיעה אמרינו דיכול לומר אהדרינהו ללנה אבל להיות נאמן בשביל המגו לא אמרינו ועיין בספר דברי משפט (סי' קכ"א) אם כן כיון דעיקר נאמנות המוכר בזמן שמקחו בידו להיות נאמן כתרי הוא מטעם מגו ומה מהני כיון דעד הצריף מגו ל"א.

וצריף לומר דמגו מה שבידו לעשות כמו שאומר עדיף טפי וכמו דמחלק הר"ן קידושין פרק האומר בסוגי' דיש לי בנים דמגו שבידו לעשות מהני אף במקום חזקה ואף דיש קצת לחלק משם דשם בידו לעשות בהיתר בבירור מ"מ י"ל היכא דבידו עדיף והוי כבעלים דנאמנים וכמו שכ' הרא"ש גבי איסורין דעד א' נאמן מטעם בידו וכמו כו' מהני מגו כזו אף לפוטרו מן היסת.

ובאמת בתוס' קידושין (דף ע"ג) משמע דמטעם מגו אתי עלה דכ' דהנה יכול לומר חזרתו וקניתי ממך וי"ל דהם סברו דעד נאמן במגו אבל לדעת רמב"ן וריטב"א דאין עד נאמן במגו צריף לומר דל"ב בזה תורת מגו רק הואיל דבידו לעשות כמו שאומר הוי כבעלים ואף דגם בעלים א"נ במקום דחב לאחרים זה עדיף דהוי כמו שלישי.

והנהגה היא דמוכר נאמן לומר דאינו יודע למי מכר ועל ידי זה הדין דיחלוקו הוא משום דאף אם לא נאמין אותו ונאמר דבאמת יודע מ"מ פ"ן דיש לנו ספק פעת חולקין. אבל אם נימא דיהיה הדין דיהיה מונח פקושת התנאים הואיל דבשעת מכירה הי' נודע למוכר אם פ"ן למה נאמין למוכר דלא מכר רק לאחד מהם ולא לשניהם דבזה לא שייך לומר הואיל דבזו דאין בידו לעשות שיהיה מונח ואיך נאמין לו דאינו יודע למי מכר פעת ובשעת מכירה הי' ידע הא לא הני רק ע"א ובידו אין לו מה לעשות שיהיה מונח בשלמא פמנה שלישית כל אחד טוען דשלו הוא ולא הפקידו שניהם פניחד המנה הג' שפיר גם לפי דבריהם יהי' מונח אבל פמקח אימור פתרונייהו בהדדי קנהו וכי"ן דאפשר פתרונייהו קנו פניחד שפיר חולקין וכ"ז דלא ידענו שנתברר למוכר דלא מכר רק לאחד ל"א דיהיה מונח רק חולקין פ"ן דכך יכול להיות ומה דהמוכר אומר דלא ידע ואינו זוכר למי מכר רק זה יודע דלא מכר רק לאחד אינו נאמן בהא פ"ן דאין בידו לעשות שיהיה מונח: עוד נראה דאם הנה הדין דיהיה מונח הטלית הנה צריך להיות שגם המעות של אחד יהיה מונח דממנ"פ לא קנה רק א' והספ"ן מונח רק בשביל אחד שיתברר עד שיבא אליהו וכיצד יהיו חולקין בהמעות דיקח האחד שלא פדין החצי המעות ולמה דמסיק הש"ך דמונח פחת ידו אם פ"ן הני המוכר נוגע דרוצה שמעות השני יהיו ת"י ויש עוד לדבר בזה.

ועי"ן בש"מ ריש ב"מ שהביא משם הראב"ד בפירוש הש"ס ונחזי זוי ממאן נקיט דקאי על אין מקחו בידו דהואיל דמעותיו בידו יהיה נאמן וכי"ן שנודע ממי לקח הדמים נדע למי הוא המקח ומתרץ דנקיט מתרונייהו עתה פבר הוא חייב המעות לאחד מהם ובעל דין הוא נוגע בפעדות הוא שיאמ' בפעצמו זה קשה לי מנה יותר וידחקנו במעותיו ומשו"ה לא מהימן.

והנה סברתו דנאמן על מעותיו הואיל דהוא בידו צריך ביאור ולמה שכ' דהני נוגע משום דהראשון קשה יש להבין פפי המבואר בלשון התוספתא וכן הביא הרי"ף דבזמן דאין מקחו בידו ה"ה פאינש דעלמא משמע דעכ"פ עד א' הוא ומצטרף עם עוד אחר להעיד ואם הני נוגע לא הני אף עד א' דעלה מוקי בש"ס דנקט זוי מתרונייהו אם פ"ן הני נוגע וכמבואר בכה"ג נגיעה דהשני נח לי בח"מ (סי' ס"ו) ובש"ף (סי' קכ"ג).

עכ"פ קושית התנאים פדעת הרא"ש והטור אתי שפיר ע"נ אף אם נאמר דבמנה שלישית פ"ן דאין החלוקה יכולה להיות אמת אף בליכא רמאי לא אמרינן יחלוקו ודלא פהש"ף הנז': והנה הנתיבות הקשה על הש"ך למה לא יהיה יכול לדחות לכל אחד ואחד ולומר דלמא לחבירי אני חייב דומיא דש"ס בכורות (דף מ"ט) וכתב לחלק דלגבי הלואה פ"ן דנשאר החוב גופו לשלם לאחד אינו מן הדין שיחלוקו דיכול לומר למה אתן לה החצי ודלמא לחבירי אני חייב ויהיה נשאר החוב עלי וכ"כ יכול לומר לחבירו מה שאין פ"ן בגזילה ופקדון דהדין הוא דמניח ביניהם ובזה נפטר מחיובו לכך אף אם יחלוקו לא איכפת ליה פ"ן דכבר נסתלק מחיובו וזה נמי סברת הנ"י משם הריטב"א פ' ג"פ שכתבתי לעיל דהוי במתנה פשותה פהנכסים ועי"ן בנתיבות (סי' רל"ג ס"ק כ"א) ואולם פבר בארתי שם בד"ח דתוס' ורשב"א חולקין על סברא הזאת דתוס' ב"ק (דף ע') פתבו דהסוגיא דבכורות אןלא אליבא דשמואל דסובר בפודה תוף למד ונתאפלו המעות אין

בנו פדוי ואיירי שם דהטעות הוא בעין והגוי פקדון וכן כ' הרשפ"א מסכת שבועות (דף ל"ג) ומבואר דאף בפקדון אף אם הדין היה דחולקין יכול לדחות לכל אחד מהן ומבואר דלא כמו שכ' הגתיות וגם מרשפ"א קידושין הנז' מבואר דלא בדבריו לחלק וכמו שפתבתי לעיל.

אף יש לומר דוקא בהלואה פינו דידע דנתחייב לאחד אף דלא פשע במה שא"י למי מ"מ נודע לו דלא נתחייב רק לאחד וכינון דאם יחלקו ביניהם יקבל עכ"פ זה דחייב לו החצי אינו יכול לפטור את עצמו ולדחות וזה הפל היכא דבשעת חלות החיוב היה נודע למי נתחייב רק אח"כ נשכח משא"כ שם בבכורות לא נודע מעולם למי נתחייב ונולד החיוב בספק בזה אין פל א' יכול לתפוע שימתן לו עכ"פ החצי מה שאין פן היכא דמעיקרא נודע למי נתחייב אף דעכשיו לא נודע מ"מ אינו יכול לדחות לכל אחד פינו דהדין הוא יחלקו: ובסבא הזאת יש ליישב קצת מה דקשה טובא בהא דב"מ (דף כ"ח) סימנין וסימנין ניח ונאמאי ניח ול"א יחלקו ואף לדעת רש"י דבנדאי רמאי הדין דיהא מונח מ"מ באבידה ליכא נדאי רמאי ד יכול להיות שבאמת נאבד מכל אחד מהם חפץ בסימנים פאלו ולדעת תוס' דתליא בתלוקה יכולה להיות אמת הכא יכול להיות דהאמת דתרונייהו הוא.

וראיתי לאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) דעמד בהא דמבואר ב"ב (דף כ"ג) בגיפול הנמצא תוך נ' שבין ב' שובכים דייחלקו ולמה ל"א גם בגיפול יהא מונח כמו באבידה בסימנין וסימנין וכ' לתרץ דבגיפול דומה למנה שלישיית דתופס בתזקת שניהם פינו דידענו דלאחד משני השובכים היא מה שאין פן באבידה כשמוצא תופס בתזקת פל אדם וגם עכשיו אינו תופס בתזקת שניהם אלו דוקא כי אלו יבא עוד אחר ויתן סימן כמו שנתנו אלו לכך אף דתלוקה יכולה להיות אמת מ"מ אין שניהם מוחזקין ולכך הדין דיהא מונח עכ"ד.

ואחרי בקשת המחילה יש להקשות בזה דהא מבואר ברמב"ם וש"ע (סי' רס"ז ס"ה) דיהא מונח או יעשו פשרה ביניהם מבואר דמונח בתזק' שניהם ולא חיישינו לזה דשמא יבא עוד אחר ויתן סימן כמו אלו פינו דברצון ופשרה שבין שניהם חייב המוצא להתזיר ויקשה באמת שלמה לא יהיה הדין דייחלקו כמו בשנים אוזוין בטלית.

ולמה שכ' לעיל יש לומר פינו דבספק הוא אולי שייך לאחד או לשניהם ומעולם לא נתברר החיוב לכך הדין דיהיה מונח ד יכול לדחות לכל אחד מהם דלמא לאו שלף הוא אלא לחברף ודומה להא דמסכת בכורות הנז' ולכך אם נתפשו זה עם זה חייב להתזיר מה שאין פן בגיפול הנמצא בין ב' שובכין דמיד יודע כשמוצא אותה דלאחד משני אלו שייך בזה מיד תופס בתזקת שניהם אלו ושוב פינו דהדין הוא יחלקו א"י לדחות.

אבל באבידה שלא נודע מי שייבא ויתן סימנין אמרינו דתופס בעד א' ולא חיישינו דהוא של שותפות לכך לא אמרי' יחלקו אף דהתלוקה יכולה להיות אמת וכל זה דחוק גדול לחלק בכך: ועוד קשה ביותר לשיטת הרמ"ה ב"ב (דף ל"ד) דכ' בסוגיא דהיה ארפא ונ"ל והאי שמעתתא לא מתוקמא אלא פגון דקיימא היה ארפא בסימטא או ברשות שאינו של שניהם או ברשות הלה הפופקדת אצלו היכא דלא ידע מאן מינייהו אפקדה גביה דקיי"ל מניח ביניהם ומסתלק מידי דהגוי אלקח מה' בני אדם וא"י מאיזה מהם לקח

אָבֵל הֵיכָא דְקִינָמָא בְרִישׁוּתָא דְחַד מִיְיָהוּ הַמְמַע"ה כו' נְאִי קִינָמָא בְרִישׁוּתָא דְתַרְנוּנְיָהוּ הו"ל דִּינָא כב' אוֹחְזִין בְּטִלִית וְעֵינִין שְׁמַע עוֹד (אוֹת ס"א) דכ' וְדוֹקָא נְמִי הֵיכָא דְתַרְנוּנְיָהוּ.

בְּטַעֲנַת בְּרִי א"נ בְּטַעֲנַת שְׁמָא אָבֵל כבו"ש בְּרִי עֲדִיף עֵינִין שְׁמַע וּמְבֹאֵר מְדַבְּרִי דְאָף בְּטַעֲנַת שְׁמָא הֵיכָא דְתַרְנוּנְיָהוּ אֵינָם מְוַחְזְקִין גַּם כּוֹ הַדִּין כָּל דְּאֵלִם גָּבַר וְעֵינִין בְּש"ף (ס' קל"ט) דְּלֹא נִרְאָה מְדַבְּרִי כּוֹ וְעֵינִין שְׁמַע בְּתוֹמִים דכ' לְהוֹכִיחַ גַּם כּוֹ דְּאָף בְּשְׁמָא הַדִּין דְּכָל דְּאֵלִם גָּבַר וְכֵן מְבֹאֵר בְּתַשְׁב"ץ (ח"ב ס' רע"ב) אוֹלָם מַה דכ' אָף אִם מְוַחַח בְּיַד אַחַר בְּפִקְדוֹן וְלֹא יָדַע מֵאֵן מִיְיָהוּ אִפְקֵדְיָה גְבִיָּה דְּגַם כּוֹ הַדִּין כָּל דְּאֵלִם גָּבַר קָשָׁה מְמַנְהָ שְׁלִישִׁית דְּהַדִּין יְהִי מְוַחַח וְעַל פְּרָקָה צְרִיף לֹאמַר הוֹאִיל דְּתוֹפְסֵי בְּחֻזְקַת שְׁנִיָּהֶם הוּוּ כְּמִוְחָזְקִין לְסַלֵּק הַדִּין דְּכָל דְּאֵלִם גָּבַר.

וְצְרִיף לֹאמַר דְּסוֹבֵר דוֹקָא בְּמַנְהָ שְׁלִישִׁית כִּינּוּן דְּשְׁנִיָּהֶם הִפְקִידוּ אֲצִלוּ אַחַד מְנַה וְאַחַד ר' בְּזָה הוּוּ כְּתוֹפְסֵי בְּחֻזְקַת שְׁנִיָּהֶם מַה שְׁאִין כּוֹ הֵיכָא דְּאֵינּוּ תוֹפְסֵי רַק מְאַחַד וְאָף דְּהַסְפֵּק הוּא רַק בֵּין שְׁנִיָּהֶם אִם זֶה הִפְקִיד אֲצִלוּ אוֹ זֶה לֹא הוּוּ כְּמִוְחָזְקֵי בְּחֻזְקַת שְׁנִיָּהֶם וְכֵן מְבֹאֵר סְבָרָא הַזֹּאת לְחַלֵּק בֵּין אִם שְׁנִיָּהֶם הִפְקִידוּ עכ"פ לְבִין אִם רַק אַחַד הִפְקִיד בְּש"מ רִישׁ ב"מ.

אוֹלָם יְקָשָׁה לְמַה בְּאַבְיָדָה בְּסִימְנִין וְסִימְנִין הַדִּין דִּיהִיָּה מְוַחַח לְמַה לֹא אָמְרִינוּ כָּל דְּאֵלִם גָּבַר כִּינּוּן דְּאֵין שְׁנִיָּהֶם מְוַחְזְקִין. וְאוֹלֵי דַעַת הַרמ"ה בְּאַמַּת דְּבַאבְיָדָה כִּינּוּן דְּנִמְצָא שְׁנִים שְׁנוֹתָנִין סִימְנִין חִיְיָשִׁין לְדִלְמָא אֵינּוּ שְׁלֵשְׁנִיָּהֶם רַק שְׁיָבֵא עוֹד בְּעֵלִים אַמְתִּים וְיִתְנוּ סְמִנִין וְכִמוּ שְׁכ' אַאמ"ו ו"ל וְאָף אִם שְׁנִיָּהֶם הִתְפָּשְׂרוּ בְּיַחַד לֹא מְהִי וְדִלְמָא כְּמוּ שְׁכ' הַרמ"ב.

וְכֵן נִרְאָה מְדַבְּרֵי ש"מ ב"מ (דף כ"ח) ו"ל וְאִפ"ל כִּינּוּן דְּשְׁנִים נְתָנוּ סִימְנֵי מוֹכַח וּמְגַלְיָא מִלְתָּא שְׁאֵינָה שְׁלֵשְׁנִים אֵלּוּ אֵלּוּ לְמִי שְׁנַתְנֵי סִימְנֵי מְוַבְהַק בְּיֹתֵר אוֹ שְׁיָבֵא עֲדִים עכ"ל. וּבְאַמַּת בְּנִיפּוֹל הַנְּמַצָּא בֵּין ב' שׁוֹבְכִין דִּיחֻלְקוּ הוּא מְשׁוּם כִּינּוּן דְּאֵיכָא דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא וּמְבֹאֵר בְּש"ס ב"ב דְּהֵיכָא דְּאֵיכָא דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא ל"א כָּל דְּאֵלִם גָּבַר וְעֵינִין תּוֹס' רִישׁ ב"מ ד"ה וְיַחֲלֹקוּ בְּסוֹף דְּבִרְיָהֶם דְּלְסוּמְכָס אַע"ג דְּאֵין מְוַחְזְקִין כּוֹ וְאֵין הַחֲלֻקָּה יְכוּלָּה לְהִיֹּת אַמַּת מ"מ בְּאֵיכָא דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא דְּבִלָּא טַעֲנוּתֵיהֶם יֵשׁ סְפֵק לְב"ד יַחֲלֹקוּ.

וְלִרְבָּנָן גַּם כּוֹ הֵיכָא דְּלֵיכָא חֻזְקַת מַר"ק הֵיכָא דְּאֵיכָא דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא הַדִּין הוּא דִּיחֻלְקוּ וְשְׁמַע בְּגוֹזְלוֹת דַּא"ב סִימְנֵי כְּמוּ שְׁכ' שְׁמַע בְּנ"י וְיֵשׁ דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא בְּנִמְצָא בֵּין ב' שׁוֹבְכֹת לְכַף הַדִּין דִּיחֻלְקוּ וְלֹא אָמְרִינוּ כָּל דְּאֵלִם גָּבַר: וְעֵינִין תּוֹס' בְּכוֹרוֹת (דף ח"י ע"ב) ד"ה שְׁמַנִּית דכ' שְׁהִפְקִידוּ אֲצִל הַרוּעָה שְׁלֵמ"ד וְאֵין מְסַתְּלַק שְׁיַחֲלֹקוּ הוּא מְשִׁי כְּמוּ דַר"ע וְאִם ר"ל הַסְּתַלְק וְכָל דְּאֵלִם גָּבַר צ"ל הָא דְּמַדְּבָה לָהּ לַר"ט לְשְׁנִים שְׁהִפְקִידוּ אֲצִל הַרוּעָה ה"ק כִּינּוּן דְּהֵתֵם כָּל דְּאֵלִם גָּבַר וְלֹא אָמְרִינוּ בְּיָה הַמְמַע"ה סְבָרָא הוּא לְתַקֵּן כ"כ גְּבִי כְּהֵן שְׁיַחֲלֹקוּ.

וְאֵינּוּ מוֹכַח הָא בְּמַתְנִיתִין בְּיַלְדָּה שְׁנֵי זְכָרִים דְּאַחַד לּוֹ וְאַחַד לְכַהֵן הוּוּ דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא דְּבִלָּא טַעֲנוּתֵיהֶם יֵשׁ סְפֵק לְב"ד וְגַם לֵיכָא לְמִקְנָם עֲלָה דְּמִלְתָּא בְּנֹדָאֵי מִן הַדִּין הוּא דִּיחֻלְקוּ כְּמִבְּוֹאֵר ב"ב (דף ל"ה) וְאָף אִם בְּמִשְׁלַל דַר"ט ב"ב שְׁהִפְקִידוּ אֲצִל הַרוּעָה אִם מְנִיחַ הַרוּעָה בְּיָנִיָּהֶם וּמְסַתְּלַק הַדִּין דְּכָל דְּאֵלִם גָּבַר מ"מ הוּא דוֹקָא הֵיכָא דְּלֵיכָא דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא וְלֵיכָא

למיקום עלה דמלתא לכ"ע יחלוקו מן הדין ועיין שם ברש"י שכ' ומניח הרועה ביניהם לחלקה ומסתלק וי"ל דאייירי גם כן היכא דלא הפירו שניהם מעולם אינה של זה ואינה של זה והוי גם כן דררא דממונא או דרש"י סובר פיון דתופס בחזקת שניהם לא אמרינו כל דאלם גבר אבל לתוס' דרצו לומר מסתלק וכל דאלם גבר על פרחי איירי היכא דליכא דררא דממונא ולא הוי כתופס בחזקת שניהם ואינו דומה למנה שלישיית דלא אמרינו כל דאלם גבר פיון דגם עתה תופס בחזקת שניהם שיש לכל אחד לתפוע מה שאין פו בב' שהפקידו אצל הרועה ומתה האחת ואינו ידוע של מי לא הוי כתופס בחזקת שניהם פיון שאין לתפוע ממנו רק אחת ולאחד מהם ולכך יכול להיות כל דאלם גבר וכמו"ש הרמ"ה אבל מ"מ במתניתין שם בדר"ע בס' בכור דהוי דררא דממונא מה"ד דיחלוקו ויש אריכות דברים ליישב קצת דברי תוס' שם אכ"מ.

עכ"פ זה לכ"ע היכא דיש דררא דממונא יחלוקו ואתי שפיר הו דב' שובכין. אולם מהא דסימניו וסימניו דיניח יקשה לדעת רמ"ה למה ל"א כל דאלם גבר וצריך לומר פנ"ל דחיישינו שמה אינו של שנים אלו.

והרמב"ם והתוס' דכתבו עד שיתפשו ביניהם ע"כ דסברו דהספק הוא רק בין שניהם. וכן מבואר ברמב"ם וטוש"ע (סי' רכ"ב) בלקח מאחד מחמשה ואינו יודע ממי דמניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים וכן כ' (סי' ש') ברועה שהפקידו שלמ"ד דמניח ומסתלק ותהיה מונחת בקל אלה לא אמרינו כל דאלם גבר והיינו ע"כ דהוי כתופס בחזקת שניהם וכשהוא מופקד ביד אחר לא אמרינו להוציא מת"י ולומר כל דאלם גבר ודלא פשיטת הרמ"ה והתשב"ץ הנז': ולדעת רש"י דס"ל דהיכא דאיכא נדאי רמאי לא אמרינו יחלוקו יש לומר דלכך בסימין וסימניו ניח ולא אמרינו דליכא רמאי די"ל דסובר פיון דמהדרין אבידה בסימניו על פרחי דלא חיישינו לאתרימי חפץ בסימניו כזה.

ועל פרחי פיון דשניהם נותני' סימניו הוא או דתרנייהו הוא ושל שנתפוח הוא וכיון דטענתו של כל אחד הוא ברמאות דז"א שכל החפץ הוא שלו וז"א דהוא שלו לכך ל"א יחלוקו דעוד יש לחוש דלמא באמת של אחד הוא ואחד מכר לחבירו ומזה יודע סימניו של החפץ והא דמהדרין בסימניו ולא חיישינו לדלמא מכר לאחר ומהלוקח נאבד כבר כ' הריטב"א ב"מ הטעם דלא חיישינו לזה פיון דעל די סימניו נתברר דהיה פעם אחד שלו מוקמין על חזקת מר"ק ואמרינו דלא נפיק מרשותו ולא מכר לכך מחזירין למי שנותן סימן אבל באם שנים נותנים סימן אז אמרינו לחוש דאחד מכר לחבירו לכך יהיה מונח עד שיתפשו בין שניהם.

אבל לשיטת התוס' דתליא רק אם יש אופן דהחלוקה יכולה להיות אמת יקשה באמת למה לא אמרינו יחלוקו וצריך לדחוק כמו שכ' לעיל ד יכול לדחות לכאו"א ועדיין צ"ע: סי' יג כתב הש"ך (ס"ח) ע"ל (סי' רכ"ב) דעת הרבה גדולים שיהיה מונח אצלו עד שיבא אליהו מיהו צריך לישבע היסת שאינו יודע ואפילו אם ירצה להניח המנה השלישית בב"ד.

ויקשה הא (ס"ק ד') לעיל הביא דברי בעה"ת משם הרמב"ן דל"ה הלנה מתוך שאיל"ם פיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב לבין שניהם רק ש' הו"ל פטוען ברי לענין זה ועיין בנתיבות דאף פטוען ברי אינו מחויב ש"ד דאף במוב"מ גמור יש לפטור מטע' חזקה



דאין אדם מעיז רק משום דאשתמוטי קא משתמיט וכאן לא שייך אשתמוטי פיון דאין הפירה לצורך עצמו וגם יש לו חזקה דאין אדם חוטא ולא לו דדמי קצת לשליש וכמעיד לחבירו דמי.

והנה מה שכ' הואיל דלא שייך כלל סברא דאשתמוטי פבר כ' הנתיבו' בעצמו (סי' ע"ה ס"ק ד') דלא קיי"ל פן רק במקום דל"ש אשתמוטי יש שבועות התורה ועיין שם בדברי משפ"ט (ס"ק א') וכבר הבאתי בהגהותי בד"ח דיני טו"נ (סי' א') דברי רמב"ן מס' שבועות הא דנקט רבה אשתמוטי הוא לתוספת ביאור ובאמת אף בגונני דלא שייך אשתמוטי אינו נאמן במגו דהוי העזה ביותר פשפופר הפל וכן בש"מ ב"מ (דף ו') כ' משם הרמב"ן ועיין שם מה שכ' בזה.

ומה שכ' דהוי כמעיד לחבירו אינו מוכן גם פן אטו יועיל זה לפנטרו הא ג"כ י"ל דקנוני' עשו. אולם מה שכ' דדמי קצת לשליש זה מבואר ברמב"ן מובא בבעה"ת (שער ל"ט) ונ"ל וזה הדין תפוס בידינו מדין שלישי שהאומר לחבירו כלי זה שפינדך שלי הוא שהפקדתיך והלה אומר של איש פלוני הוא יבא ויטול את שלו ואין ע"ז חיוב שבועה כלל כמו שכ' הגאונים נאמן בלא שבועה הלכך בין בכופר בין במודה במקצת בין באומר במקצת א"י אין כאן חיוב שבועה שא"י לישיבע עיין שם ואם פן אין ביאור לדברי הש"ך פיון דאף באומר בכרי שהוא של זה אין כאן חיוב שבועה למה יתחייב לישיבע שא"י פיון דמטעם דבשטר אחד הוי בכרף אחד וסמכו אהדדי ומהמני אהדדי בשטרא גופיה מה מקום לשבועה בזה פיון דאף בכופר הפל פטור כשאומר שהוא שייך לחבירו שוב ראיתי לאאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפ"ט (סי' ש') דעמד בזה על דברי הש"ך דהיכא דהדין יהיה מונח מה מקום לשבועה זו שישבע שא"י: וראיתי בס' המקנה באה"ע (סי' מ"ט) שכ' בהא דמבואר שם בקידוש אחת מה' נשים ואינו יודע איזהו דמניח פתובה ביניהם ומסתלק דמשמע דאין צריף לישיבע שאינו יודע וכן בחו"מ (סי' רכ"ב) גבי מקח דלא הזכיר שבועה וכ' פיון דע"כ ד' משקרין לא שייך דאין אדם תובע אלא אם פן יש לו.

ותמהני שלא הביא דברי הש"ך שכ' באמת דחייב לישיבע שא"י רק באמת בכה"ג דהדין יהיה מונח ואינו חייב לשלם לשניהם משום דלא הוי ככופר רק פמודה ושייך לומר דהוי כמעיד לאחרינא ובלקח מאחד מתמשה (סי' רכ"ב) פבר כ' הש"ך שם (סוף סק"ה) דהלוקח צריף לישיבע הקסת שאינו יודע הרי אף דיש ד' משקרין מ"מ זה אינו פוטר אותו מהקסת פיון דלא נתנו לו ביחד רק דלקח מאחד ושם אינו חייב לכל אחד מטעם דלא הוי לי' למידק וכמ"ש הש"ך שם רק צריף לישיבע שא"י: אף י"ל דהא באמת לא מצינו בש"ס דתיקנו שבועה על א"י והטע' פיון דבא"י פטור א"י לחייבו הקסת דאינו יודע דהתובע אינו טוען פרי שיודע רק התוס' ב"מ (דף צ"ז) ור"ן פתובות פתבו דחייב לישיבע שא"י דאם לא פן כל נתבע יאמר איני יודע ויהיה פטור מכלום ועיין מה שכ' לעיל (סי' ג') דאם לא פן לא יתקיים תקנתם של חכז"ל אבל אם היינו יודעים דא"י פטור מכלום אם פן פאן אנו סהדי דאינו יודע דאין אדם חוטא ולא לו פיון דמניח המזון פי' דהב"ד ואינו מרויח פלום ואף אם טוען פרי דשל זה הוא וחבירו תובע ממנו י"ל דחייב לישיבע דחזקה אין אדם תובע אלא אם פן יש לו ואמרין דלמא קנוניא עושה עם חבירו מ"מ

בכה"ג דאָנו דנין על פֿרט אַחד פֿשאָומר איני יודע י"ל דֿפֿטור מֿפֿלום פֿינן דֿבֿנה מתקנים בכ"מ תקנות ר"נ פֿשֿכּוֹפֿר חֿיִיב לִישָׁבֵע וְאָף בֿאָומר א"י רק היכא דִשְׁיָיָה חִזְקָה דא"א חוּטָא וְלֹא לֹו י"ל דִנְאָמֵן לֹומר שא"י ופֿטור מִשְׁבוּעָה: וְהִיכָא דִהִדִין הוּא דִיָּהָא מִנְחָה לְכַאוּרָה י"ל דְּכָל אַחַד מֵהַתּוֹבְעִים יְכוּל לְהִשָּׁבֵעַ לְחַבְרֹו הִיסֵת דְּגוּרָם לֹו שא"י לְגַבּוּת וְהָא דְּמִבּוֹאָר (ס' רס"ז) בְּזָה נוֹתֵן סִמְנִים וְזָה נוֹתֵן סִמְנִים וְלֹא אַחַד יֵשׁ לֹו עַד אַחַד דמ"מ יְנִיח וְדַעַת הָרָא"ש וְרמ"א שָׁם דְּחִיִיב הַשְּׁנִי לִישָׁבֵע לְהַכְחִישׁ הָעֵד וְדַעַת הַנ"י וְכֵן הַסְפִים הַשְּׁנִי שָׁם פֿינן דִּיאָר לְאַחַר שִׁישָׁבֵע לֹא יִתֵּן לֹו אִינוּ חִיִיב שְׁבוּעָה וְיִקְשָׁה אַמְאִי לֹא יִתְחַיִיב לִישָׁבֵע דִיטְעוֹן הַשְּׁנִי אֶת גְּרַמַּת לִי הִיזְק שַׁע"י שְׁאַתָּה נוֹתֵן סִמְנִים הִדִין הוּא דִיְנִיח וְכִמוּ בְּמוֹכֵר שֵׁט"ח לְחַבְרֹו וּמַת הַמוֹכֵר וְהַיּוֹרְשִׁים אֵינָם רוֹצִים לִישָׁבֵע חִיִיבִים מִטַּעַם גְּרַמִי וְכִבֵּר מוֹבָא קְנוּשָׂא הַזֹּאת בְּתַשׁוּבַת בְּרִית אַבְרָהָם חח"מ (ס' י"ז) מִשָּׁם הֵרַב הַתְּרִיף הַגְּדוֹל הַפְּנוּחַ מ' לִיבֵר ו"ל מְקַרְאָקָא וּבס' הַנּו' מְתַרְץ דִיְכוּל לֹומר דְּלֹא פְּנוּן לְהַזִיק דְּלִבִי אַנְסִי' דִנְאָבֵד גַּם מִפְּנֵי חִפְזָא פְּנָה וְאִינוּ דוֹמָה לְמוֹכֵר שֵׁט"ח דְּשָׁם הַשְּׁטֵר בְּחִזְקַת שְׁלֹא נִפְרַע.

ולפי"ז בנד"ד דְּזָה טוֹעֵן בְּרִי שֵׁר' שְׁלֹו וק' שֶׁל חַבְרֹו וְזָה טוֹעֵן בְּהִיפָּה וְדַאי מִזִיק מִשָּׁם הוּא דְּבַטְעֵנְתוּ גוּרָם לֹו שְׁמִמוֹנוּ יִהְיֶה מְנוּחַ וְזָה טוֹעֵן בְּרִי שִׁיסְלַק לֹו הַהִיזְק לְכֵן חִיִיב לִישָׁבֵע הִיסֵת.

וְרִאִיתִי לֵאמֹו"ו ו"ל בְּדַבְרֵי חִיִים דִינֵי אַבְיָדָה (ס' ה') דְּלֹא נִיחָא לִיָּה תְּרוּצוּ שֶׁל ס' ב"א הַנְּ"ל דָּאָם מְרִאִין לְהֵם הַחִפְזָא וּכ"א מְפִיר בַּט"ע שֶׁהוּא שְׁלֹו אִין לֹו טַעֲנַת אֲנוּס וּמִבּוֹאָר בַּתּוֹס' גִּיטִין (דִּף כ"ז) דִּיאָף לַע"ה יֵשׁ לֹו טב"ע וּמִסְתָּמ' אֵינְרִי דכ"א מְפִיר אֶת שְׁלֹו בַּט"ע וְאֵם פֵּן מִשְׁקֵר בְּפוּעַל.

וּבְאַמַּת שְׁפֵן נִרְאָה לִישִׁיטַת רַש"י דְּבַחַד מִיְנִיָּהוּ רַמְאִי הִדִין דִיְהִיָּה מְנוּחַ אֵם פֵּן פֿינן דִּיאִין הִדִין יִחְלֹקוּ אֵינְרִי בְּאִנְפֵן דְּחַד מִיְנִיָּהוּ רַמְאִי וְכִמוּ שֶׁכ' לַעִיל מְזָה. וְאֵמֹו"ו ו"ל כ' שָׁם לְתַרְץ פֿינן דַּעַל יְדֵי סִמְנִין אִין מוֹצִיאִין מְמוֹן רַק אַבְיָדָה מַחְזִירִין דְּלֹא הִנֵּי הוֹצֵאוֹת מְמוֹן אֵם פֵּן פֿשָׁאָנוּ דְּנִין לְחִיִיבוּ מִטַּעַם גוּרָם אֲמִרִינוּ דְּדַלְמָא גַּם שְׁל חַבְרֹו אִינוּ עֵינִין שָׁם בְּדַבְרֵיו.

וְלִפִי מִהַסָּס בְּזָה פֿינן דִּהִדִין הוּא לְהַחְזִיר לֹו עַל יְדֵי סִמְנִים יִטְעוֹן עָלָיו שִׁיסְלַק הַהִיזְק מִפְּנֵי וְאָף דַּעַל יְדֵי סִמְנִים אִין מוֹצִיאִין מְמוֹן כָּל זְמַן דִּיאִינוּ נִשְׁבַּע לְהַכְחִישׁ הָעֵד הוּא פֿשְׁנִים וְכוּפִין אוֹתוֹ הַב"ד לְסַלַק מְזָה הַהִיזְק שְׁגוּרָם לֹו אֵם לֹא שִׁישָׁבֵע לְהַכְחִישׁ הָעֵד עַכ"פ גַּם לְדַבְרֵיו בְּנִידוֹן דִּידוֹן נִרְאָה דְּחִיִיב שְׁבוּעַת הִיסֵת כָּל אַחַד נִגַּד חַבְרֹו: וְאֵם אַחַד אוֹמֵר לְחַבְרֹו שִׁישָׁבֵע לֹו הִיסֵת אוֹ שֶׁהוּא יִשָּׁבֵע וְאַחַד אִינוּ רוֹצָה אֵם מַחְזִירִין לְזָה שְׁרוּצָה מְסַתְּפָק בַּש"מ אֵם דוֹמָה לְנִידוֹן דְּתַשׁוּבַת הָרָא"ש בְּשֵׁטֵר שְׁנַמְצָא בְּיַד אַחַר וְאִינוּ יוֹדַע מַה טִיבוּ אֵם הַלְוָה אִינוּ רוֹצָה לִישָׁבֵע דְּמַחְזִירִין לְהַמְלִיָּה וְע"כ דְּזָה לֹא הִנֵּי כְּמוֹ נַחְתִּינֵן לְנִכְסֵיו פֿינן דא"מ מִפְּנֵי אוֹ דְּלִמָּא דְּנִקָּא בְּשֵׁטֵר הִדִין פֵּן וְלֹא בְּמְמוֹן וְעֵינִין ש"ף (ס' ס"ה ס"ק י"ב) וּבְנִתִיבוֹת שָׁם דכ' פֿינן דַּעִיקֵר הִדִין עַל הַשְּׁטֵר וּבְשַׁעָּה שְׁמַחְזִירִין לֹא הִנֵּי פְּנַחְתִּינֵן לְנִכְסֵיו וְנִרְאָה גַּם פֵּן מְדַבְרֵיו דִּרְק בְּשֵׁטֵר הִדִין פֵּן פֿינן דַּעֲכָשְׁיוּ אִין פֿאַן הוֹצֵאוֹת מְמוֹן וְלֹא בְּמְמוֹן.

אָף י"ל הָא הִדִין הוּא אָף אֵם הַשְּׁטֵר הוּא ש"פ לְצוּר עַל פִי צְלוּחִיתוֹ נִימָא גַּם פֵּן פֿינן דְּלֹא נַחְתִּינֵן לְנִכְסֵיו וְכִינֵן דִּהִדִין הוּא שִׁיָּהִיָּה מְנוּחַ בְּחִזְקַת שְׁנִיָּהָם אֵם אִינוּ רוֹצָה הַלְוָה לִישָׁבֵע

הגוי כמו נחתינו לנכסיו וע"כ פינו דאין מוציאין מידו פלום דאף דעל ידי זה יהיה גורם דנחתינו אחר פה לנכסיו להוציא מן הלנה בשטר אם פן כמו פן י"ל היכא דמונח הממון גם פן מי שאינו רוצה לישבע מפסיד זכותו והנתיבות שם לא נחית פלל לזה לדון אם חייב שבועה פל אחד נגד חבירו רק שם בשטר הואיל דיש לכל א' תביעת ממון מן חבירו אבל למה שפכתנו דחייב שישבע י"ל דאם אינו רוצה לישבע מחזיר לחבירו ועיין שם בנתיבות דכתב מה שאין פן במנה שלישית דהמפקידים אין להם זה על זה שבועה פלל משו"ה אינו יכול לטעון כמו פאן מבואר דדעתו דאינו חייב פל אחד לחבירו הקסת ואולי דעתו דלא שייך בזה פל פה חזקה דאין אדם תובע אלא אם פן יש לו: והיכא דצריך ליתן לכ"א ר' אם אחד מחל אחר פה לו ואומר שאינו רוצה לישבע י"ל דהשני נוטל בלא שבועה פינו דכל הטעם דלא הוי כמוב"מ ויהיה מתושאי"ל ומשלם פינו דאינו מעפב לעצמו וברי לו דאינו חייב אלא ש' ומשלם על מגן ב"פ לכה תקנו שחייב כ"א לישבע אם פן זה דוקא אם משלם ב' פעמים צריך פל אחד שישבע ויטול אבל אם האחד מוחל לו ואין צריך לשלם רק פעם אחד י"ל דהוי כמוב"מ ויטול זה בלא שבועה.

וי"ל פינו דהיה הכחשה ביניהם ודינם כמו בחנוני על פנקסו דמצטרפין טענותיהו לברי פן נמי בזה אף דהשתא מחל לו מ"מ פינו דמתחילה נתחייב לשלם לשניהם פבר חל על פל אחד חייב שבועה שישבע ויטול שוב לא פקע חיובו ואינו נוטל בלא שבועה וצ"ע בזה.

וראיתי בנתיבו' (ס"ק א') באם לנה מאחד משנים ואינו יודע ממי דחייב לשלם לכל אחד אם אחד נתן לו במתנה לפוטרו או להורישו דלא נפטר מן השני פינו דנדאי נתחייב תיכף פשנולד הספק שוב הוי פספק בפצוען ולכאורה יש לדון למה שכ' הוא בעצמו דבכל מקום בא"י אם פרעתיה דחייב לשלם הוא מטעם דאינו נאמן לומר דאינו יודע אבל אם ידענו בבירור דאינו יודע פטור כמו שכ' (סי' ע"ה) הבאתי דבריו לעיל סי' ג') אם פן פאן דאנן סהדי דאינו יודע למי פינו דאינו פופר ומודה בעיקר החיוב ואדרבה הואיל דלא דייק קנסינו ליה לחייבו לשלם לכל א' אף דהוי לגבי פל אחד פאינו יודע אם נתחייבתי מ"מ פינו דממנ"פ חייב מנה אחת חייב לשלם לשניהם אם פן אחר פה פשמחל לו אחד נאמר דאנן סהדי דאינו יודע ואף דכבר נתחייב מ"מ הא אף בפסק פרעון פשידענו דא"י פטור.

ואולם ז"א דא"כ בכל גונוני פשפבר שילם לאחד מהם נאמר אנן סהדי דאינו יודע ועל פרה צריך לומר פינו דעכ"פ נתחייב לא' בודאי רמא עליו החיוב לשלם לכל א' אם פן לא מהני מחילה.

ועיין ספר המקנה אה"ע (סי' מ"ט) שכ' בקידוש אחת מחמש נשים וא"י איזה מהן היכא דהדין הוא דמניח פתובה אחת ביניהם ומסתלק הן בקידוש בביאה דהדין שיתן פתובה לכל אחת אם אחת ממאנת בו פשרוצה לישא האחת דפטור מכולם פינו דאינו נדאי שצריך ליתן אף מנה אחת דשמא זאת נתקדשה לו וכינון שהיא מורדת בו אין צריך ליתן לה פתובה ואף בקידוש בביאה לא קנסו רק דוקא היכא דחייב לאחת מן הדין ושוב הוי לגבי האחרות פאינו יודע אם נתחייבתי.

ולכאורה פנין דכבר נתחייב פשוטלד הספק הוי פספק בפירעון ואף דהאחת מורדת בו מ"מ לא נפקע החיוב עי"ז מעיקרא וכיון דעכ"פ הנה חל החיוב עליו באחת בבירור שוב הוי פספק בפירעון ואולי במורדת בו הוי פנפקע החיוב מעיקרא דהחיוב הנה על תנאי פשלא תמאן בו.

וגם באומר לויתי מאחד משנים על תנאי וכל מי שיקיים התנאי אני חייב אם אחד אינו רוצה לקיים התנאי שוב הוי לגבי השני כא"י אם נתחייבתי לה: והא דקידש אחת מה נשים בביאה דקנסין ליה שיתן פתובה לכל אחת ואחת כ' שם הב"ש להקשות הא בח"מ בגזל מאחד צריף גם פן ליתן לכל א' וכל א' ישבע ולמה לא תשבע פל אחת ובש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי.

וי"ל דבאמת וכי משום להפיס דעתו ישבעו ד' שבועות שוא רק בהלואה או בגזל דהוא תביעת ממון יש לומר דבאמת חייב לכל א' הממון ממ"א ונה אתי שפיר בתבועת ממון משא"כ בקידוש והיא תובעת לבעל שישא אותה כי קידש אותה והבעל אמר שאינו יודע אם קידש אותה או האחרת אם פן תשבע אחת ממנ"פ לשקר כי השבועה צריף להיות שאותה קידש וממילא אם לא ישא אותה חייב לגרשה ולתת לה פתובה אם פן יהיה ד' שבועות שוא לכן אף דבש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי היינו לענין עיקר חיוב ממון אבל משבועה לא איירי הש"ס לכה לא פתבו שם הפוסקים דחייבין לישבע: סי' יד שנים שלוו פאחד כו' או שקבלו פקדון פניחד בין בשטר בין בעל פה שניהם ערבים זה לזה פמבואר ש"ע (סי' ע"ז) וראיתי בקצוה"ח שחקר אם ישנו ערב בשטר ויכול נמי לגבות מששעבדי כמו ערב היוצא לאחר חיתום שטרות פנין שחתם בשטר או דלמא שאני התם שחתם על הערבות ונתחייב בשטר על זה אבל הכא חתימתו שבשטר אינו אלא על גוף ההלוא' ולנה אינו אלא פמחצה והערבות ממילא נעשה ואינו אלא ערבות בעל פה וכ' שפן נראה.

ולענ"ד יש להוכיח דהוי דין ערב בשטר ונתחייבם של תרנונייהו וכן מה שצווי להעדים לכתוב השטר הוא בין על הלואתם כ"א על מחציתו ובין על הערבות פל א' בעד חבירו דהא מבואר (סי' ס' ס"ה) שנים שנתחייבו לזון לאחד דינו פדין שנים שלוו מאחד ומקור הדין הוא מתשובת הריטב"א מוכא שם בב"י ועל פרוץ איירי בקנין דבלא קנין במה נתחייבו לזון וכן כתב שם הריטב"א דאיירי בקנין ואם פן יקשה זה אתי שפיר על החיוב מחלקו אבל על הערבות במה נתחייב הא מבואר (בסי' קכ"ט) בנותן מתנה לחבירו והעמיד ערב דאינו מתחייב דלא מידי חסרו ואם פן במה מתחייב פל אחד על חבירו מצד ערבות על עיקר חיובו מה שפל א' חייב בחצי דמי מזונות על זה נתחייבו בקנין אבל במה יחול הערבות וע"כ צריף לומר פנין דאיירי בקנין אמרינו מסתמ' הקנין נעשה גם על הערבות ולכה חייבים בערבות גם פן אף דלא חסרו מידי.

ואם פן כמו בקבלו קנין על עיקר חיובם מה שפל א' מתחייב לשלם שיתבע ממנו חל ממילא קנין הנה גם פן על הערבו' ודינו כמו שנים שלוו דממילא נעשו ערבים זה בעד זה אם פן כמו כן אם חתמו על השטר או שצווי להעדים לא אמרינו שלא נעשה השטר רק על עיקר חיובם והערבות חל ממילא ויהיה רק מע"פ רק אמרינו דהשטר נעשה על פל חיובו של כ"א וא' הן על חצי חיובו והן על הערבות.

ואין לחלק ולומר דבקנן אם לא נאמר דהקנן ה'יה גם על הערבות לא חל כלל משום דלא חסרו לכן אמרינו דהקנן ה'יה גם על הערבות מה שאין פן בשנים שהלוו אף אם נאמר דהשטר לא נעשה רק על עיקר חיובו חל הערבות ממילא והוי פערב בעל פה זה דוחק גדול דאם פו פינון דלא התנו בפירוש בקנן על הערבות רק קבלו קנן על עיקר חיובם למה נאמר דדינן כמו שנים שלוו נימא באמת דל"נ ערב אלא ודאי פינון דהקנן הוא בסתם חל אף על הערבות ממילא כמו בשנים שלוו ה"נ בצונאות השטר לעשותו או שחתמו חל הן על עיקר החיוב הן על הערבות ושישתעבדו נכסיו ג"כ כמו כל ערב בשטר: והנה בקבלו פקדון הביא הש"ך דעת רמ"א בתשובה שהוא דוק בהתנה בהדיהו בפירוש אבל בסתם אינו דומה לשנים שלוו דיש להם טובה מדבר זה והואיל ונהנו מהנין ונעשו ערבין זה לזה וע"ד דהכי הלו' להם המלנה ואמדינו דעתיה דמלנה דבלא"ה לא הי' מלנה להם אבל גבי שומרים שאין להם טובה מזה לא אמרינו דמסתמא קבל עליו ערבות של חבירו דמה לו לצרה פן מבואר ברמ"א בתשובה הטעם והש"ך השיג עליו דמוכח מדברי הראשונים דאף בסתם פקדון דינו כמו שנים שלוו.

ולכאורה י"ל דבשומרי שטר דמקבלין שטר על שמירתן אף הרמ"א מודה דהואיל ונהנו מהנין ונעשים ערבים זה לזה פינון דנהנו תרנוניהו שמקבלין שטר שמירה דומה להלואה. וכמו כן בשאלה אם שנים לקחו בשאלה הואיל ונהנו מהנין ונעשים ערבים.

אף יש להבין אם נאמר דבשביל הנאה שמלנה להם נעשו ערבים זה לזה אם פו הוי כמו ריבית דכל אחד בשביל הנאת הלואתו נעשה ערב על חלק הלואת חבירו ואם לא הי' מלנה לכ"א החצי לא הוי ערב בעד חבירו ואף דהמלנה אינו מרויח פלוס מ"מ כל הנאה שלא הוי הלנה עושה להמלנה אם לא ה'יה מלנה לו ועכשיו עושה הוי רבית פמבואר יו"ד (סי' ק"ס) וכן בשאלה אם משאיל שני פלים בשותפות לשני בני אדם נאמר דאין כל הנאה שלו לכל שואל פינון דאף בהפלי שאינו משתמש בה נעשו ערב על חבירו כל א' מהן הוי כמו שכירות ובכל שואל בעינן שיהיה כל הנאה שלו ואפילו אם המשאיל אינו נהנה רק בפחות משנה פרוטה אינו חייב באונסין כמו שכ' הקצוה"ח (סי' ש"מ) וצ"ל דהא גם בכל שואל פרה המשאיל נהנה במזונות ובנטירותא ואפי"ה דין שואל יש לו ולא בעי רק רוב הנאתו של שואל שעושה מלאכתו בחנם ועיין מח"א דיני שאלה (סי' ג') וגם פאן אם לא הוי משאיל להם לא הוי צריף להערבות וכן אם לא ה'יה מלנה להם לא הוי צריף כלל להנאה הזאת שכל א' ערב בעד חבירו לכף לא הוי פרבית.

ומ"מ י"ל דבשביל הנאתו שמקבל מתרצה להיות ערב בעד חבירו על החצי וכמו שכ' הרמ"א ואם פו בשו"ש ובשואל י"ל דמודה הרמ"א דאף אם לא הותנה רק מסתמא הואיל ונהנין מהנין ונעשו ערבאין זה לזה ואם פו אינו ראי' מסתימות הראשונים דסתמו להשוות שנים שלוו לשנים שקבלו פקדון די"ל דאיירי בשואל או בשו"ש היכא דיש הנאה להם אבל בשומרי חנם צריף דוקא להתנות: וראיתי במחנה אפרים דיני שומרים (סי' כ"ז) דגמגם בהאי מילתא דערבות גבי פקדון דלא מטי ליה הנאה לנפקד האיף תחייב זה שנעשה ערב בעדו דאין הערב מתחייב אלא פי מטי ליה הנאה לחבירו וכמו שכ' הראשונים (פ"א) דקידושין דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לה דפטור ואף למה שכ' הרא"ש דאין השומר צריף שימשוהו אלא פינון שעפ"י דבורו של שומר סילק שמירתו

המפקיד מתחייב השומר ה"ט דסמך וסילק שמירתו אבל פי אמר שיתן ללוי שישמור לה ואני ערב אם יתחייב לה הוי אסמכתא דסמכה דעתו של זה שלוי ישמרם שמירה מעליא והירושלמי או דס"ל דכל א' קבל שמירת כל החפץ אי נמי מיירי בשאלה שב' ששאלו מידי שכל שנשאלמה השאלה נשארה פקדון אצלם עכ"ל.

והנהגה היא דפשיטא לי' דהסוברים בזרוק מנה לי' דאינו חייב מטעם ערב הואיל דלא מטי הנאה לב"ד בערב בעד פקדון גם פן אינו חייב. מבואר מדברי הרא"ש והר"ן ב"מ (דצ"ט) דמודי' דנתחייב דהא הם ס"ל בזרוק מנה לים דפטור ובשואל דאמר למשאיל הפישה במקל והיא תבא פטור לשמואל ולרב חייב ודעת הרמב"ן דמחולקין בזה אם באומר זרוק מנה לים ואחייב אני לה דלשמואל פטור ולרב חייב והא דאמר לו השואל שלחה לי ביד בנה דחייב כ' הר"ן שם דחייב מדין ערב דכיון דאמר לו להוציא פרתו מרשותו ולשלחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב ועיין שם בנ"י משם הר"ן דבהפישה במקל אף אם אמר ונתחייב אני לה פטור וא"ד לזרוק לים דמשעה שזרקו אזל לאיבוד ואינו יכול להחזירו.

ומבואר בש"מ שם משם הר"ן דבשלח ע"י בנו או עבדו אף דיכול להחזירה דכיון דאזלי בהדי פרה סמכה דעתו דהשואל דהעבד או בנו מנטרי ומחייב מדין ערב. והרא"ש אע"ג דפוסק בזרוק מנה לים ונתחייב אני לה דפטור הואיל דלא מטי הנאה לב"ד מ"מ פוסק שם כרב דבאומר הפישה במקל והיא תבא דחייב ועל פרחו דסובר פיון דזה סילק שמירתו עפ"י והוציא הממון מרשותו אף דעדיין לא זכה בו ולא מטי לו שום הנאה מ"מ חייב דמשנסתלקו הבעלים מתחיל שמירת השומר ועיין בנתיבות (סי' ש"מ ס"ק י"ב) דכ' אף לדעת הרא"ש דל"ב משיכה וסגי בסילוק שמירה היינו כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו אבל בהפישה במקל דאין השומר יכול לשומרו בשעה שמפישה לא הוי פקבלת שמירה רק חיובא בעלמא מחייב עצמו וכזרוק מנה לים ולכה שפיר כתב שם הרמ"א לפקדו לדין דל"ש ערבות בזרוק לים.

ודבריו תמוהין דהא דעת הרא"ש דבזרוק מנה לים דפטור הואיל דלא מטי הנאה לבן דעת ואעפ"י כ בסילוק שמירה חייב. ועל פרחו דזה ענין אחר דשומר חייבו התורה בשמירה כשסילקו הבעלי שמירתם מן ממונם וזה קבל עליו לשמור וכבר ראיתי במח"א דיני שומרים (סי' ז') דעמד על דברי תוס' ורא"ש דסברו דשו"ח ושו"מ ש"כר מתחייבים בלי משיכה משום דעל פיו של זה סמכו הבעלים וסילקו השמירה דמאיז' טעם קא מתחייבו דמדין ערב לא שייך פיון דלא מטי הנאה לב"ד ואף לדעת רמב"ן דמתחייב באומר זרוק מנה לים הא כתב דהוא דוקא באומר להדיא ונתחייב אני לה הא לאו הכי לא מתחייב והקא גבי שומר שלא אמר ונתחייב אני לה פי אם שאמר לו ואני אשמור במה מתחייב: וי"ל למה שכ' תוס' פתובות (דף נ"ו) שהשומרים משעבדים עצמם לכל הפתוב בפרישה אם פן כשאומר ואני אשמור משעבד את עצמו לחייב אם יאבד והוי כאומר ונתחייב וסובר הרא"ש דאף בלא שום קנין רק במה שמסלק השמירה מתחייב זה לשמור.

ואף לגבי שואל דדעת התוס' דאינו חייב בלא משיכה ועיין שם במח"א דבואר הטעם ע"נ דכדי לחייבו באונסין דאתו ממילא דמה"מ מה לי הקא מה לי התם מ"מ דעת הרא"ש

דחייב דמ"מ פּינן דסיקלו הבּעלים שְמירְתוּן מן ממונָם וּסְמָכוּ הבּעלים עֲלֵיו מְתַחֲיָיבֵין בְּדִין שׁוּמְרִין כְּמוֹ שְׁחִיבְתוּ הַתּוֹרָה לְכַף שׁוֹאֵל חֲיִיב אִף בְּאַוֶּנְסִין וְכֵן בְּשִׁבּוּעַת הַשׁוּמְרִין פּינן דְּדִין שׁוּמְרֵי יֵשׁ לוֹ עַל יְדֵי שְׁסָמְכוּ הַבּעלים וְסִלְקוּ שְׁמִירְתוּן.

ובְּנִתְיָבוֹת שְׁם הַקֶּשֶׁה לְמָה שְׂכִי הָר"ן בְּאוֹמַר הַשׁוֹאֵל שְׁלַח דְּחֲיִיב מְטַעַם עָרַב בְּמִתָּה הַבְּהֵמָה וּמ"ה מָה לִי הֵכָא וּמָה לִי הֵתָם וְלֹא נִתְקַלְקַל עַל יְדוֹ אִמְאֵי חֲיִיב הָא לֹא הוֹצִיא הַמָּמוֹן עַל פִּיּוֹ וְכָתַב לְתַרְזֵן פּינן דַּעכ"פּ לַעֲנִין שְׁמִירָה נְתַחֲיָיב אִילוּ נֶאֱבָדָה פּינן שְׁסִילְקָה הַשְּׁמִירָה עַל פִּיּוֹ וְכִינּוּן דְּיֵשׁ עֲלֵיו דִּין שׁוּמְרֵי חֲנָם מְמִילָא יְכוּל לְחֲיִיב עֲצָמוּ וְלִהְתַּנּוּת שְׁיִהְיֶה עֲלֵיו דִּין שׁוֹאֵל דְּמִתְנָה שׁו"ח לְהִיּוֹת כְּשׁוֹאֵל.

וְשֵׁם דְּבָרֵיו מְוַקְשִׁים דְּהָא מְבַרְאָר בְּר"ן מוּבָא בְּש"מ שְׁם דְּלֹא נִפְטַר מְטַעַם שְׁמִירָה בְּבַעֲלִים כְּשִׁשְׁלַחוּ בְּיַד עֲבָדוֹ דְּלֹאוּ מְטַעַם שׁוּמְרֵי מְתַחֲיָיב עַד דְּמָטִי לְיָדוֹ וְכָל זְמַן שְׁהוּא בְּיַד הָעֶבֶד לֹא מְדִין שׁוֹאֵל גְּמוּר הוּא אֲלֵא מְדִין עָרַב עֵינָן שְׁם אִם כֵּן יִקְשֶׁה נִימָא מ"ה מָה לִי הֵכָא מָה לִי הֵתָם וְאִכ"מ בְּזָה.

אוּלָּם דַּעַת הָרֵא"ש דְּלֹאוּ מְדִין עָרַב הוּא דְּהָא לֹא מְטִי הַנָּאָה לְב"ד רַק מְטַעַם סִילּוּק שְׁמִירָה נְתַחֲיָיב מְדִין תּוֹרָה לְכָל הַפְּתוּב בְּפִרְשָׁה וּלְכַף פּינן שְׁסִילְקוּ הַבּעלים שְׁמִירְתוּן יֵשׁ עֲלֵיו דִּין שׁוּמְרֵי וְנַעֲשֶׂה שׁוֹאֵל מִיָּד לְהַתְחִיֵּב בְּאַוֶּנְסִין פּינן דְּיֵשׁ לוֹ דִּין שׁוּמְרֵי עַל יְדֵי סִילּוּק שְׁל הַבּעלים וְכִינּוּן דְּבִתּוֹרַת שְׁאֵלָה סִילְקוּ שְׁמִירְתוּן נְתַחֲיָיב מִיָּד אִף בְּאַוֶּנְסִין: עכ"פּ פּינן דְּאִף בְּזָרוּק מְנָה לִים וְאִתְחִיֵּב אֲנִי פְטוּר מ"מ בְּסִילּוּק שְׁמִירָה חֲיִיב אִם כֵּן אִף לְהַסּוּבְרִים דְּבַעֲנִין מְשִׁיכָה בְּשׁוּמְרִין מ"מ אִם מְסַלְקָה שְׁמִירָה וּמוֹסַר בְּיַד הַשׁוּמְרֵי עַל פִּי דְּבּוּרוֹ שְׁל הָעָרַב שְׁפִיר מְתַחֲיָיב הָעָרַב אִף דְּלֹא מְטִי הַנָּאָה לְב"ד מ"מ פּינן שְׁסָמְכוּ עַל פִּי דְּבּוּרוֹ וּמוֹסַר בְּיַד חֲבִירוֹ חֲיִיב פּינן דְּחֲבִירוֹ נְתַחֲיָיב עַל יְדֵי מְשִׁיכָה שְׁפִיר הָעָרַב מְתַחֲיָיב אַע"ג דְּלֹא מְטִי הַנָּאָה לְבָן דַּעַת וְאִינוּ דוֹמָה לְזָרוּק מְנָה לִים דְּשֵׁם לֹא שְׁיָיְפוּ שְׁמִירָה וּמִפְסִיד זֶה מְמוֹנוֹ עַל פִּיּוֹ בְּזָה לֹא מְתַחֲיָיב לוֹ כְּשִׁמְסַלְקָה זֶה שְׁמִירְתוֹ וְעַל פִּיּוֹ סוּמְכוּ עֲלֵיו שְׁיִשְׁמֹר וּמְהִימֵן לִיהַ עַל יְדֵי דְּיִבּוּרוֹ בְּזָה מְתַחֲיָיב.

וּמָה שְׁכָתַב הַמַּח"א דְּהוּי אִסְמִכְתָּא דְּסַמְכָה דַּעַתוֹ שְׁל זֶה שְׁיִשְׁמֹר שְׁמִירָה מְעַלְיָא לֹא אַדַּע הָא כָּל עָרַב הוּא אִסְמִכְתָּא דְּסַמְכָה דַּעַתוֹ שְׁהִלְוָה יִשְׁלַם וְאַפ"ה מְתַחֲיָיב דְּבִהֵיָא הַנָּאָה דְּקָא מְהִימֵן לִיהַ לְהוֹצִיא מְמוֹן עַל פִּיּוֹ גְּמוּר וּמְשַׁתְּעַבַּד מְסַלְקָה נְמִי גַם שְׁאָר אִסְמִכְתָּא כְּמוֹ שְׁמְסַלְקָה אִסְמִכְתָּא דְּעַרְבוּת וְעֵינָן בְּש"ע (ס' קל"א ס"י) בְּרַמ"א וּי"א דְּאִין בְּעַרְבוּת מְשׁוּם אִסְמִכְתָּא וְעֵינָן שְׁם בְּתַנּוּמִים (ס"ק ח') דְּאִף לְדַעַת הַמְּחַבֵּר שְׁם הוּא דְּוִקָא הֵיכָא דְּהִלְוָה חֲיִיב עֲצָמוּ סְתָם וְהָעָרַב נִכְנַס בְּעַרְבוּת עַל תְּנַאי אֲבָל אִם הִלְוָה הַתְּחִיֵּב עֲצָמוּ ע"ת וְהָעָרַב נִתְעָרַב כְּשִׁיְהִיָּה הִלְוָה חֲיִיב לְשַׁלֵּם שְׁהוּא עָרַב בְּעַדוֹ בְּכַה"ג מְשַׁתְּעַבַּד וְהִבִּיא רְאִיָּה מְעָרַב דְּכַתּוּבָה דְּלֹא נִשְׁתַּעַבַּד הִלְוָה רַק עַל תְּנַאי אִם יְמוּת בְּחִיָּה אוּ יִגְרַשְׁנָה עֵינָן שְׁם וְאִם כֵּן בְּשׁוּמְרֵי נְמִי פּינן דְּמְהִיבֵי הַחִיּוּב שְׁל הַשׁוּמְרֵי דְּאִם יִתְחִיֵּב שׁוֹב הָעָרַב גַּם כֵּן חֲיִיב וְאִתִּי שְׁפִיר דְּשִׁנֵּי שׁוּמְרִים עָרְבִין כָּל אֶחָד עַל חֲלָק חֲבִירוֹ וְאִף דְּעָרַב אִינוּ חֲיִיב בְּאוֹמַר זָרוּק מְנָה לִים הֵינּוּ פּינן דְּלֹא מְטִי הַנָּאָה לְבָן דַּעַת וְרַק אִפְסִיד מְמוֹנוֹ עַל פִּיּוֹ אֲבָל לֹא כְּשִׁסְלִיקָה שְׁמִירְתוֹ ע"פ וְהָאִמִּין לְהַשׁוּמְרֵי בְּזָה הָעָרַב שְׁפִיר מְתַחֲיָיב: וְעוֹד נִרְאָה אִף הַסּוּבְרִים דְּבְזָרוּק מְנָה לִים וְאִתְחִיֵּב אֲנִי לְהַ דְּאִינוּ חֲיִיב מ"מ אִם מְתַחֲיָיב א"ע חֲיִיב לְשַׁלֵּם דְּהָא הַרַמ"א (ס' ש"פ) הִבִּיא שְׁנֵי דַּעֲוֹת בְּזָה וְיִקְשֶׁה אִמְאֵי לֹא יִתְחִיֵּב מְטַעַם דִּיכּוּל אֲדָם

לחייב א"ע בדבר שאינו חייב להמבואר בש"ע (סי' מ') בדעת הרמב"ם דיכול אדם לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב וילדעתו הא דמבואר בש"ס הטעם דערב חייב לשלם מטעם ביהיה הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשו הוא רק לסלק טענות אסמכתא דכל ערבות הוי אסמכתא והיה ס"ד לומר דלא גמר נפשיה לשעבודי דסבר היה שיפרענו הלנה לכה אצטריכו לומר דבהיה הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה כמו שכ' בזה המח"א דיני ערב (סי' א') וכו' הא דאמר רבא קידושין (דף ז') תן מנה לפלוני ואתקדש אני לה דמקודשת מדין ערב איך יליף קידושין מדין ערב הא שם פינו דגמר ומתחייב מהני החיוב אבל לעגנו קידושין דלא מהני רק בכסף ולא בדברים אמאי מהני וכתב דלא מחייב מערב רק להוכיח דאותו הנאה שהוציא עפ"י חשוב ממון דמה"ט משתעבד ערב.

ועיין שם בפנ"י שהעיר גם פן בזה וכו' לפרש בעגנו אחר אבל מ"מ העיקר דמהני משום דיכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב ואם פן אמאי אינו יכול לחייב א"ע באומר זרוק מנה לים אע"ג דלא מטי הנאה לב"ד.

והרמב"ן והרא"ש דפלפלו בזה י"ל לטעמיהו אזלי דס"ל דאין אדם יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב וילדידהו עיקר חיוב דערב הוא משום דבהיה הנאה דקא מהימן ליה והוציא ממון על פיו הוא שמשתעבד בדברים לחוד לכה דעת הרא"ש דזה דוקא אם מטי הנאה לב"ד מה שאין פן בזרוק לים אבל לדעת הרמב"ם ומחבר נרמ"א דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ולא צריף לטעם דבהיה הנאה רק להוציא מידי אסמכתא למה לא מהני באומר לחייב את עצמו בזה כשיעש' מצותיו ויזרוק לים.

אולם הם פתבו רק ואתחייב אני והיינו דעכשיו אינו מחייב את עצמו רק לכשיזרוק ותחייב א"כ לא עדיף מקנין סודר דלא מהני בכה"ג פמבואר (סי' קצ"ה ס"ה) במקנה בק"ס שיקנה לאחר ל' וה"נ דכונתיה אבל אם מחייב א"ע מעכשיו לכשיזרוק י"ל דבאמת חייב לשלם פינו דיכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב ואם פן ממילא בשנים שקבלו פקדון מהני החיוב מטעם ערבות פינו דבהיה הנאה מסלק האסמכתא והחיוב מהני אף כשלא מטי הנאה לכו דעת: ואם שנים גנבו בשותפות אם גם פן אחראין וערבאין זה לזה דעת השכות יעקב בתשובה דאחראין וערבאין זה לזה ודלא פתשובת חות יאיר ועיין תשובת חתם סופר (חח"מ סי' קל"ג) ובמשכ' לעיל דיני דינינים (סי' י"ב) באורף מזה ובאיזה אופן דרצה מזה גובה ובאיזה אופן דאינו חייב רק על חלקו ואז י"ל דא"ד להמתחייבים ברצונם הן בהלואה או פקדון התרצו להיות אחראין וערבאין זה לזה מה שאין פן בגנבים וגזלנים דלא נתחייבו מדעתם י"ל דל"ה ערבאין זה לזה ועיין שם מה שכתבתי בזה: סי' טו קי"ל דחזקה אין אדם פורע תוף זמנו פמבואר (סי' ע"ח) וכבר פתבו בזה המחברים הטעם אף דרובא ונחזקה רובא עדיף ובכ"ז קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ולמה מוציאין ממון עם חזקה הזאת דא"פ תו"ז וע"כ דחזקה זו היא המבשרת דכן הוא פמבואר במהרי"ק (סי' ע"ב) ובמהרי"ט (ח"ב סי' כ"ז).

אף יש להבין אם הוי בירור למה לדעת פמה פוסקים טענינו עבור לקוחות. ובקצוה"ח (סי' ע"ח) כ' דעיקר החזקה הוא מכח מנהג דאין נוהגין לפרוע תוף זמנו וכדבריו מבואר בש"מ ריש מס' ב"ב ועיין בקצוה"ח (סי' שי"ז ס"ק ב') וגם בזה יש להקשות למה שכ'





פן בְּלִקְוֹחוֹת וְאִף בְּמַת פְּתָאוֹם הָיָה נִמְצָא שׁוֹבֵר וְהֵינּוּ דְבִלֵּא"ה לֹא הָיוּ פּוֹרְעֵי תוֹף זְמַנּוֹ  
מֵה שְׂאִין פֶּן בְּלִקְוֹחוֹת חֲזִישִׁינּוּ לְמִיעוּט דְּפָרַע בְּאַמַּת בְּסִהְדֵי אוֹ שְׁלִקְחָה שׁוֹבֵר וְהֵם א"י  
אַבְל בִּיתוּמִים רִיע' טַעֲנָה הַזֹּאת וְאִף אִם הוּא בְּעֶצְמוֹ טוֹעֵן דְּפָרַע תו"ז בְּפִנֵּי עֲדִים וְהִלְכוּ  
לְמַדָּה"י רִיע' טַעֲנָתוֹ וְאִינוּ נֶאֱמָן דְּהַרְוֹצָה לְשַׁקֵּר כו'.

וְעִינּוּ בְּתוּמִים דְּפִיגְרֵשׁ פֶּן בְּדַבְרֵי הָרָא"שׁ וְהַדְּבָרִי מְוַכְרְחִים דְּהָא דְכ' דְּהָיוּ פְּקִיד הֵינּוּ  
שְׁהִי מְבָרַר דְּבִלֵּא"ה אִף אִם הָיָה פְּקִיד דְּפָרַע לֹא הָיָה נֶאֱמָן לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיךָ אִף אִם הִי'  
טוֹעֵן אִישְׁתַּבַּע לִי לֹא הִי' חֲזִיב לִישְׁבַּע שְׁבוּעַת הַמְּשֻׁנָּה וְכַמוֹ שְׁכ' הָרָא"שׁ שְׁם דְּרַק הֵיִסַּת  
וְאִם פֶּן לְמָה כ' הָרָא"שׁ דְּהָיוּ פְּקִיד דְּמִשְׁמַע דְּאִי פְּקִיד אִין נְפָרְעִין בְּלֵא שְׁבוּעָה הֵינּוּ  
שְׁבוּעַת הַמְּשֻׁנָּה וּז"א וְכַבֵּר רְאִיתִי בַּס' מַחְנָה יְהוּדָא דְּעַמְד בְּזָה בְּדַבְרֵי הָרָא"שׁ אוּלָּם  
הַבְּרוּר דְּמָה שְׁכ' דְּהָיָה פְּקִיד הֵינּוּ דְּהָיָה מְבָרַר שְׁפָרַע אוֹ בְּפִנֵּי עֲדִים אוֹ בְּשׁוֹבֵר וּלְכַף אִף  
בְּמַת פְּתָאוֹם לֹא טַעֲנִינּוּ עֲבוּר יְתוּמִים מִשָּׂא"כ עֲבוּר לְקוֹחוֹת טוֹעֲנִין דְּפָרְעֵי בְּאַפֵּי סִהְדֵי  
אוֹ עַל יְדֵי שׁוֹבֵר וְהֵם א"י אַבְל כְּשֶׁהִלְנָה קִיָּים אוֹ שְׁמַת ל"ח לְפָרְעוֹן כָּל זְמַן שְׁלֵא נְתַבְרַר  
דְּאִנּוּ סִהְדֵי אִף אִם הִי' לוֹ זוּזִי וְלוֹ לְתוֹעֲלַת לְפָרְעוֹן תו"ז לֹא הָיוּ פּוֹרְעֵי שְׁלֵא יְתַבְעֵנוּ שְׁנִית  
וְכַנְּז': וּבְזָה מִיְנוֹשֵׁב מֵהַקְּשָׁה הַמַּח"א דִּינִי גַב"ח (ס' ה') עַל הַבַּעַה"ת דְּחַקֵּר (ש"כ"ז)  
בְּאִם נָתַן הַמְּלִיכָה לְהַלְוָה נֶאֱמָנוֹת וּמַת תו"ז אִם מוֹעִיל הַנֶּאֱמָנוֹת לְגַבֵּי יְתוּמִים שְׁפָרַע לְהֵם  
אַבִּיהֵם וְכ' וּמְסַתְבְּרָא פִּינּוּ דְּאֲתַנִּי אֲתַנִּי וְאִיהוּ מְהִימֵן אֶפִּילוּ תוֹף זְמַנּוֹ וְטַעֲנִינּוּ לִיתְמֵי דְּאֵלוּ  
אַבְוֵהוֹן הָנָה קִיָּים הָנָה טַעֲנֵן פְּרַעְתִּי תו"ז וּמְהִימֵן אִינְהוּ נְמִי מְהִימֵנִי וְע' בַּש"ע(ס' ע"א)  
וְהַקְּשָׁה הָא מוֹכַח דְּדַעַת בַּעַה"ת דְּחַזְקָה אִין אָדָם פּוֹרְעֵ תו"ז גְּרַע מְמִילְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ וְלֹא  
טַעֲנִינּוּ עֲבוּר יְתְמֵי מֵמָה דְּמִבְּוֹאָר מְשֻׁמוֹ בְּטוֹש"ע (ס' ס"ט) בְּמוֹצֵיא כְּתָב יָד עַל יוֹרְשֵׁין  
וְהוּא תו"ז אִם מוֹדִים שְׁהוּא כ"י אַבִּיהֵן גּוֹבָה מְהֵם וְהַקְּשָׁה הַש"ף הָא אַבִּיהֵם הָיָה נֶאֱמָן  
פְּרוּעַ בְּמַגּוֹ דְּאִין כ"י לְמָה לֹא נְטַעוֹן לִיתְמֵי וְכ' דִּי"ל דְּחַזְקָה דְּאִין אָדָם פּוֹרְעֵ תו"ז גְּרַע  
טְפִי מְמִילְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחָא וְהַמַּח"א הוֹכִיחַ פֶּן דְּהָא דַּעַת בַּעַה"ת דְּטַעֲנִינּוּ לִיתְמֵי נֶאֱסוּ  
וְע"כ דְּתו"ז גְּרַע א"כ לְמָה טַעֲנִינּוּ בְּעַדְם כְּשִׁישׁ לְהַלְוָה נֶאֱמָנוֹת.

וּלְמַש"כ א"ש דְּבְּאַמַּת גּוֹף הָרוּב דְּאֵא"פ מְצִיד עֶצְמוֹ תו"ז שְׁהוּא מְצִיד הַמְּנַהֵג אוֹ מְצִיד דְּגָלִי  
דַּעַתוֹ דְּצָרִיף לְהַמְעוֹת עַד הַזְּמַן הָיוּ כְּשִׂאָר מִילְתָּא דַּל"ש רַק פִּינּוּ דְּנִצְמַח מְזָה שְׂאִף הַמוֹעֵט  
א"פ תו"ז בְּלֵא סִהְדֵי וְשׁוֹבֵר שְׁלֵא יְהִיָּה נִרְאָה כְּשִׁקְרָן אוֹ דְּלֹא יְתַבַּע פְּעַם שְׁנִית וְיִתְפָּןֶס  
מִמֶּנּוּ אַחַר כֶּף שׁוֹב הָיוּ לֹא שְׁכִיחַ לְגַמְרֵי וּלְכַף לֹא טַעֲנִינּוּ עֲבוּר יְתְמֵי מִשָּׂא"כ כְּשִׁישׁ  
לְהַלְוָה נֶאֱמָנוֹת שׁוֹב אִין לוֹ לִיָּרָא מְשׁוּם דְּבָר וְלֹא נִשְׂאָר רַק רֹב דְּאִין פּוֹרְעִין תו"ז וְלֹא  
הָיוּ רַק כְּשִׂאָר מִילְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ וּלְשִׁיט' בַּעַה"ת טַעֲנִינּוּ עֲבוּרֵם אִף מִלְתָּא דַּל"ש: וְא"ל  
אִם פֶּן נִימָא אִף בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלַם זִיקְמִיָּה דְּרוּבָא דְּאִינְשֵׁי לֹא פְּרַעוּ לְשִׁיטַת רְאָב"ד נִימָא גַם  
פֶּן דְּאִנּוּ סִהְדֵי דְּלֹא פְּרַע דְּלֹא יְתַבַּע מִמֶּנּוּ פְּעַם ב' י"ל דְּכִיּוֹם אֶחָד בְּאוֹתוֹ יוֹם אִינוּ חוֹשֵׁשׁ  
דִּיהִיָּה חֲצוּרָה לְתַבְּנֵעַ מִמֶּנּוּ עוֹד הַפְּעַם וְאִם יְתַבַּע מִמֶּנּוּ אַחַר כֶּף יְהִיָּה נֶאֱמָן בְּמַגּוֹ אוֹ דְּסַמָּה  
א"ע דִּיכּוֹל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי אַחַר כֶּף בְּזְמַנּוֹ.

וּקְצַת יֵשׁ לִישְׁבַּע בְּזָה דְּבָרֵי הָרַמְבַּ"ם דְּכ' בְּסֵתָם דְּנֶאֱמָן פְּרַעְתִּיהּ תו"ז בְּמַגּוֹ וְהַקְּשׁוּ עָלֵיו  
הָא הִיא אִיבַעֲיָא דְּלֹא אִיפְשִׁיטָא וְאִינוּ נֶאֱמָן רַק מְסַפֵּק. וְלַמ"ש י"ל דְּכָל הַאִיבַעֲיָא הָיָה רַק  
כָּל כְּפָה דְּלֹא יְדַעְנוּ דְּנֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּיהּ בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלַם זִיקְמִנִּי'.

אָבֵל לְבַתֵּר דְּנִיפְשָׁטָא הַאֲבֵעֵיָא בַּב"מ דְּנֶאֱמָן לֹמֵר פְּרַעְתִּיהּ בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי יְקֻשָּׁה אַמַּאי הָא הֵוִי רַבָּא דְּאִינְשֵׁי דְּלֵא פְּרָעוּ בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי וְכַמוּ שְׂכֵי הֶרָאָב"ד וּמְמִילָא אֲנִי סְהֵדִי דְּשׁוּב אַף הַמוּעֵט אֵינָם פּוֹרְעִים דְּלֵא יִתְבַּע מִמְּנֵוּ עוֹד וַיִּרְאֶה כְּשֶׁקָּרַן וְגַם דִּיתְפָּןִס מִמְּנֵוּ וְע"כ צָרִיךְ לֹמֵר דְּלֵא קִשׁ עַל אוֹתוֹ יוֹם דְּלֵא חֲצִיף לְתַבְּנֵע פֻּעַם שְׁנִית וְאַחַר כֹּה יִהְיֶה נֶאֱמָן דְּפֻרַע בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם בְּמַגּוּ וּמְמִילָא יִדְעִינוּ גַם כּוּן דְּאֶמְרִינוּ מַגּוּ בְּמִקּוּם חֲזָקָה.

אוּלָם כָּל הַפּוֹסְקִים סוֹבְרִים דְּבַלֵּא"ה נִיחָא דְּסוּמָה עֲצָמוּ דִּיכּוּל לֹמֵר פְּרַעְתִּיהּ בְּזִמְנֵוּ כְּמוּ שְׂכֵי הֶרָאשׁוּנִים בְּכַה"ג מִס' ב"ב (דָּף ע') דְּסַמָּה א"ע עַל טַעֲנַת נְאָנְסוּ אַף דְּהוּא בְּשֶׁקֶר מַכ"ש בְּזִמְן פְּרַעוֹן: וְעֵינֵן (ס' ס"ה ס"ב) וּבִסְמ"ע וְש"ף שָׁם דְּמִבְּנֵאָר מְדַבְּרִיהֶם דְּאַף שְׁטֵר שְׁהוּא תו"ז הַנִּמְצָא בְּיַד שְׁלִישׁ וְאִינוּ יוֹדַע מַה טִּיבוּ דְּלֵא יִחְזִיר לֵא לְזַה וְלֵא לְזַה וְעֵינֵן ש"ף (ס' מ"א סק"ט) וַיֵּשׁ לְהַבִּין בְּשֶׁלְמָא בְּנַפְל אִיתְרַע הַשְׁטֵר מִכָּל לְכַף חֲזִישִׁינֵן לְפֻרַעוֹן אַף שְׁהוּא תו"ז אָבֵל בְּאִינוּ יוֹדַע מַה טִּיבוּ דְּלֵא הֵוִי רִיעוּתָא כ"כ דְּהָא אִם הַלְּנָה מוֹדָה דַּעַת הֶרָא"ש וְסִייעָתוֹ דְּמִחְזִירִין לוֹ וְעַל פְּרַחָה דְּלֵא הֵוִי רִיעוּתָא בְּגוּף הַשְׁטֵר רַק פִּינֵן דְּאִינוּ בְּיַד הַמְלִיכָה וּל"ש חֲזָקָה דְּשְׁטֵרָה בְּיַדִּי אִין מוֹצִיאִין מִמּוֹן אִם כּוּן תוֹף זִמְנֵוּ פִּינֵן דְּחִזִּינוּ דְּהִיָּה הַלְּנָה לְמָה נִיחָוִשׁ לְפֻרַעוֹן.

וְלְמָה שְׂכֵי פִינֵן דְּעֲצָם חֲזָקָה דְּאִין אָדָם פּוֹרַע תו"ז קְלִישָׁא וְהֵוִי רַק מִכַּח מְנַהֵג רַק דְּשׁוּב נִצְמַח מְזַה דְּגַם הַמוּעֵט א"פ כְּנֹז' אַף מִי שְׁרוּצָה לְפֻרַע מוֹנַע עֲצָמוּ מְזַה וְזַה דְּוִקָא הִיכָא דְּהוּא מְלִיכָה עַל פֶּה אָבֵל בְּמְלִיכָה בְּשְׁטֵר אִם פּוֹרַע וְלוֹקַח הַשְׁטֵר מִן הַלְּנָה לִיכָא חֲשֵׁשׁ וּפּוֹרַע בְּרַצוֹן מִי שְׁרוּצָה לְפֻרַע וּמְמִילָא אִם מְשָׁלִישׁ הַשְׁטֵר בְּיַד שְׁלִישׁ לִיכָא חֲשֵׁשׁ רַק דְּלֵא שְׂכִיחַ שְׁיִפְרַע תו"ז וְעַם זֶה אִין מוֹצִיאִין מִמּוֹן אִם כּוּן שְׁפִיר בְּנִמְצָא בְּיַד שְׁלִישׁ וְאִינוּ יוֹדַע מַה טִּיבוּ חֲזִישִׁינֵן לְפֻרַעוֹן אַף תו"ז דִּי"ל דְּהַלְּנָה הִיָּה זִייר לִי אֲפֻשִׁיטִי דְּסַפְרִי אוֹ הַלְּנָה הַפְּקִידוֹ אֲצֵל זֶה וְלְכַף שְׁפִיר לֵא יִחְזִיר לֵא לְזַה וְלֵא לְזַה דְּחִישִׁינֵן עַל פְּרַעוֹן אַף עַל תוֹף זִמְנֵוּ בְּכַה"ג הִיכָא דְּהַשְׁטֵר לֵא נִמְצָא בְּיַד הַמְלִיכָה רַק שְׁמוֹנָח בְּיַד שְׁלִישׁ: וְהִיָּה לְדַעַת הֶרָאָב"ד דְּלֵא טַעֲנִינוּ לִיתְמִי דְּפֻרַע בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי כ' הַשְׁ"ף דְּתַלְיָא בְּמַחְלֻקַת הַפּוֹסְקִים אִם טַעֲנִינוּ לִיתְמִי מִלְתָּא דְּלֵא שְׂכִיחָא וְלִסוֹבְרִים דְּטַעֲנִינוּ ה"ג טַעֲנִינוּ וְכַתְּבֵי וַיֵּשׁ לְחַלֵּק וְאִינוּ נִרְאֶה אוּלָם בַּש"מ ב"ב (דָּף ע') כְּתַב מִשְׁם הֶרָאָב"ד דְּטַעֲנִינוּ עֲבוּר יִתְמִי מְלִתָּא דְּלֵא שְׂכִיחָא וְלְכַף טַעֲנִינוּ נְאָנְסוּ וִי"ל שָׁם פִּינֵן דְּגַם הַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׁמָא עֲדִיף.

וְרִאִיתִי בְּקִצּוֹה"ח שְׁהַקְשָׁה דְּבָסִי (פ"ט) כ' הֶרָמ"א דְּמִיתוּמִים גּוֹבָה הַשְׁכִּיר וּבְשַׁבּוּעָה וְאַמַּאי חֲזִיב שְׁבוּעָה הָא שָׁם הֵוִי יוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי כְּמִבְּנֵאָר בַּש"ס ב"מ דְּפֻשִׁיט מִשְׁם דְּנֶאֱמָן לֹמֵר פְּרַעְתִּיהּ בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי אִם כּוּן הֵוִי לֵא שְׂכִיחָא וְאַמַּאי טַעֲנִינוּ לִיתְמִי וְכ' דְּהֶרָמ"א אֵינִרִי בְּסוּף הַיּוֹם מִמֶּשׁ דְּאִיכָא לְמִימֵר חֲזָקָה דְּאִינוּ עוֹבֵר עַל בַּל תִּלִּין וְעֵינֵן בְּדַבְּרִיו (ס' שִׁי"ז ס"ק ג') דְּהַבִּיא דְּבָרֵי רִיטְב"א דְּהַקְשָׁה מֵאִי קָא מוֹכַח לִי ר' יֵנְאִי מְשָׁכִיר דְּלִמָּא הֵתֵם שְׁאֵנִי דְּאִיכָא אִיסוּרָא דְּבַל תִּלִּין אָבֵל בְּעֵלְמָא אִימָא לָהּ דְּלֵא פֻרַע וְכ' דְּבַמְשָׁכִיר בֵּית עוֹבֵר גַּם כּוּן מִשּׁוּם בַּל תִּלִּין דְּהֵוִי לִי כְּמוּ שְׂכִירַת כְּלִים וְשְׁפִיר פְּשִׁיט לִיהַ שׁוֹכֵר מְשָׁכִיר דְּבַשְׁנִיָּהֶם אִיכָא בַל תִּלִּין.

וְקֻשָּׁה אִם כּוּן אִיךְ פֻּשְׁטִינוּ דְּנֶאֱמָן בְּשָׂאָר חוֹב דְּלִיכָא בַל תִּלִּין דְּנֶאֱמָן לֹמֵר פְּרַעְתִּיהּ בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנֵינִי וַיֵּשׁ לֹמֵר דְּבִאָמַת בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלָם זִמְנָא לֵא שְׂכִיחָא שְׁיִפְרַע אָבֵל מ"מ מוּעֵט פּוֹרְעִים דְּאִינוּ חוֹשֵׁשׁ שְׁיִתְבַּעֲנוּ דְּלֵא חֲצִיף שְׁיִתְבַּע עוֹד הַפֻּעַם הַיּוֹם וַיִּהְיֶה טַעֲנַתוֹ

נגד הרוב כמו שכ' לעיל רק בשביל יתומים טענינו דאם פריע הוי פקיד כמו שכ' הרא"ש דבזה הנה לו לחוש פשימות שיתבע מיורשיו עוד הפעם פינו דלא שכיחא שיפרע באותו יום ומדלא פקיד ודאי לא פריע מה שאין פו בשכיר דאמרינו בעל הבית טרוד בפועלו ולכה עקרו השבועה מבעה"ב ושידנה אשכיר א"כ כמו דשכיח דמחמת טרדותיו יטעון שפרע ובאמת לא פריע כמו כן יכול להיות מחמת טרדותיו דסבר שלא פריע ובאמ' פריע ולכה ליפא ריעותא במה דלא פקיד לכה טענינו עבור יתומים לגבי שכיר: ועיין בתנאים שהקשה מאי פשיט הש"ס ב"מ אלימא תו"ז תנינא מת האב תוך ל' בחזקת שלא נפדה הרי דאינו פריע תוך זמנו דלמא באמת אינו רק לא שכיח שיפרע תו"ז ולכה לא טענינו עבור יתומים אבל פשוטען פרי יש לומר דנאמן.

ולמה שכ' לעיל י"ל דבאמת לא הוי רק רנבא ול"ש דיפרע תוך זמנו ואעפי"כ איתרע טענתו מצד דאף מועט הפורעים אינם פורעים דיראים שיתבע פעם שנית ולא דמי ליומא דמשלם זימני' דליפא ריעותא בזה כמו שכ' לעיל: וקצת יש לדקדק בסוגיא דריש ב"ב דקאמר רבותרא והלכתא אין אדם פריע תו"ז נאפילו מיתמי כו' למה לא קאמר רבותרא יותר דמיתמי גובהא אף ביומא דמשלם זימניה דלא טענינו בעדם דפרע אביהם ודחוק לומר דנקט אף מיתומים גדולים אם טענינו פרי דפרע תו"ז אבל באמת בקטנים או בטענת שפא גובה מהם אף ביומא דמשלם זימני' זה דחוק ועוד אם פו מה הקשו הראשונים שם למה לא נקט הש"ס רבותרא דאף דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים מ"מ תו"ז גובהא הא נקט לרבותרא אף מיתומי גדולי' פשוטענין פרי ואם הנה נקט יתומים קטנים הנה צריף לומר אף ביומא דמשלם זימניה ולכה נקט סתם יתומים דזה רבותרא יותר דאף בטוען פרי דגובה בלא שבועה מה שאין פו בקטנים או בטוענין שפא בזה אף ביומא דמשלם זימני' נמי גובה ויש ליישב להמענין שם: ובסתם הלואה דנאמן פריעתיף תוך ל' כ' הסמ"ע פינו דלא גילה דעתו דצריף למעות עד זמנו וכן כתב הרא"ש בתשובה טעם זה ובתומים כ' אם פו בשכירות דלא גילה דעתו נימא דהוי כסתם הלואה וכ' אף דסתם הלואה ל' יום מ"מ מחויב עכשיו ואם תפס אין מוציאין מה שאין פו בשכירות.

וקשה הא מבואר בש"ס ריש מכות דאינו רשאי לתפוע תוך למד ובש"ס שם הנה ס"ד דוקא במלנה בשטר פינו דטרח לכתוב שטר לקח על ל' יום נדחי ומדמי לשמיטה ואם פו ודאי לא מהני תפיסה תוך למד יום ובש"מ ב"ב כ' דתליא במנהג כמו שכ' בתוספתא המלנה לחבירו בסתם אינו פחות מל' יום ובמדינה שנהגו או פחות מכן או יותר מכן אין משנין ממנהג המדינה וכינון דנחית אדעתא דמנהג ודאי לא מהני תפיסה.

ובקצוה"ח כ' דבסתם הלואה המנהג הוא לפרוע תו"ז וזה לא נראה. אולם עיקר הטעם כ' בש"מ משם גאון וז"ל דוקא קובע אבל סתם הלואה כו' אפ"ה אם אמר פריעתיף תוך ל' נאמן דכינון דלא קבע לו זמן ל' יום בפירוש מיקסוף ופרע תוך שלשים עכ"ל וכן משמע שם בני"אם פו י"ל זה דוקא בהלואה דעשה לו טובה מיקסוף אבל בשכירות ופה"ב לא שייף לומר דמיקסוף ואי דקשה עוד מפנתל חצר דשם עשה לו טובה ומיקסוף פבר עמד שם בזה בש"מ וכ' פינו דס"ד דלא נתחייב כלל עדיף טפי מקביעת זמן עינין שם.

ולפי"ז אתי שפיר דינו של הרמב"ן המובא בש"ף דהיכא דהב"ד קבע לו זמן וטען פריעתיף תו"ז דקבעו לו הב"ד דנאמן דשם שפיר מיקסוף ופרע לו קודם לכן כשמוזמנין

לו זויז. וכוּזַה יֵשׁ לְגַמְגָם בְּמָה שְׂכ' בַּקְצוּה"ח בְּפִשְׁרָנִים שְׁקָבְעוּ זְמַן לְתוֹעֵלַת הַלְוָה דְּבָזַה אֲפִילוּ אִית לִיה זוּזֵי א"צ לְפָרוּעַ עַד הַזְמַן שְׁקָבְעוּ וְשִׁינָה בִּיה חֲזָקָה דְּאִינוּ פּוֹרַע תּוּדָה זְמַנּוּ וְלַהֲנִ"ל פִּינוּ דְּעֵשָׂה לּוּ טוֹבָה וּבְאַמַּת נְתַחֲזִיב מִיַּד לְשֵׁלֵם רַק הַפְּשָׁרָה הִיא לְסַלֵּק לְזְמַנִּים יֵשׁ לּוֹמַר דְּמִיְכָסָף וּמִשְׁלֵם אַף תּוּדָה זְמַנּוּ.

וְעִינֵן עוֹד בַּקְצוּה"ח דְּהִבִּיא דְּבָרֵי הַנ"י שְׂכ' קוֹבַע זְמַן בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אוּ לְאַחַר מִפְּנֵי דְמוּכָח דְּאִף אִם קָבַע לּוּ הַזְמַן לְאַחַר הַהַלְוָאָה אֲמָרִינוּ חֲזָקָה זוּ דְּאִינוּ פּוֹרַע תּוּ"ז וְדִלָּא כַּמְהֵרְשֵׁד"ם הַמוּבָא בְּש"ף (ס"ק ב') דְּכ' אִם הִגִּיעַ ז"פ בְּחֵי הַלְוָה וְהַמְלִינָה נְתַחֲסַד עִמּוּ וְהֶאָרִיף לּוּ הַזְמַן וּנְיָתֵר לּוּ מִן הַחֹב אֵין גְּפָרְעִין מִיְתוּמִים קְטַנִּים אוּלַם בִּש"מ ב"ב שְׁם פְּתַב וְנ"ל אַרְל"ק הַקּוֹבַע זְמַן לְחַבְרֵי פִי בְּשַׁעַת הַלְוָאָה עִינֵן שְׁם מִשְׁמַע קֶצֶת דְּבָדִיוֹק כ' דּוֹקָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אֲבָל אִם נְתַחֲסַד עִמּוּ אַחַר כֶּף וְהֶאָרִיף לּוּ הַזְמַן יֵשׁ לּוֹמַר שְׁפִיר דְּדָמִי לְסִתָּם הַלְוָאָה דְּמִיְכָסָף וּמִשְׁלֵם לּוּ כְּשִׁישׁ לּוּ אַף בְּתוּדָה ל' כּוּ נְמִי בְּנְתַחֲסַד עִמּוּ אַח"כ לְהַרְחִיב לּוּ הַזְמַן מִיְכָסָף וּמִשְׁלֵם כְּשִׁישׁ לּוּ זוּזֵי וְאִף דְּכ' הַשְּׁ"ף (סִי' רַל"ב) מִשְׁם הַש"ג דְּאִינוּ חֲזִיב לְפָרוּעַ רַק כְּשִׁתּוֹבַע אוּתוּ הִיָּינוּ לְאַחַר זְמַן פְּרַעוֹן אֲבָל כְּשִׁאִינוּ יְכוּל לְתַבּוּעַ אוּתוּ שְׁפִיר י"ל דְּמִשְׁלֵם דְּאִינוּ רְאִיָּה מַמָּה דְּאִינוּ תּוֹבַע פִּינוּ דְּאִינוּ חֲזִיב לְשֵׁלֵם וְלָכֵן בְּסִתָּם הַלְוָאָה אַף דְּאִינוּ יְכוּל לְתַבּוּעַ מִמֶּנּוּ נְאָמֵן לּוֹמַר דְּפָרַע כּוּ נְמִי י"ל דְּמִיְכָסָף פִּינוּ דְּהֶאָרִיף לּוּ הַזְמַן אַח"כ וּפְרַע לּוּ: וּקֶצֶת יֵשׁ לְעִינֵן אִם טוֹעַן דְּהַמְלִינָה הַנְּצָרָה לְמַעוֹת וְהַפְּסִיד דְּבָר מַה פְּדִי לְשֵׁלֵם לּוּ מִקְוֶדָם לְמָה לֹא נְאָמֵן דְּהָא חֹבֵב שְׁנָה פְּחוֹת כְּמַבְנוֹאֵר מִס' מַפּוֹת (וּבְסִי' ע"ג) דְּכַפִּירַת זְמַן פְּרַעוֹן הָוִי כְּפִירַת מְמוֹן לְחֲזִיב שְׁבוּעָה דְּאוּרִיָּתָא אִם כּוּ לְמָה לֹא יְהִי נְאָמֵן דְּהַמְלִינָה בִּיקָשׁ מִמֶּנּוּ וְהַפְּסִיד אִיזָה סָף פְּדִי שְׁיַפְרַע לּוּ קוֹנְדָם וְאִם כּוּ יְהִי נְאָמֵן דְּפָרַע תּוּ"ז בְּמַגּוּ' דְּהִיָּה אוּמַר כּוּ נְגַם אַף אִם נֹאמַר דְּזָה לֹא שְׁכִיחַ כ"כ מ"מ לְמָה לֹא נְטַעוֹן כֶּף עֲבוּר יְתוּמִים לְהַסּוּבְרִים דְּטַעֲנִינוּ עֲבוּר יְתָמִי מִלְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ' וְעִינֵן תְּשׁוּבַת רֵאנ"ח (סִי' ט"ו) מוּבָא בַּכְּנֵה"ג דְּהִיָּכָא דְּמִשְׁתַּפֵּר בְּרִינוּחַ שְׁחִיב לִיתָן לִיתוּמִים כָּל שְׁנָה י"ל דְּאִף דְּהַלְוָה לְקַח עַל זְמַן לְטוֹבָתוּ מ"מ אַף אִם מִשְׁתַּפֵּר בְּהַפְּרַעוֹן מִקְוֶדָם אַף מְעַט פּוֹרַע תּוּ"ז וְאִם כּוּ לְמָה לֹא נְטַעוֹן עֲבוּר יְתוּמִים דְּהַמְלִינָה הַנְּצָרָה לְמַעוֹת וְהַפְּסִיד פְּדִי שְׁיַקְדִים לְשֵׁלֵם לּוּ: וְאִם שְׁנִים עֲשׂוּ שְׁנוֹתָפּוֹת בִּינֵיהֶם עַל זְמַן וְטוֹעַן אֶחָד שְׁכָבַר נְתַפְרְדּוּ זֶה מִזָּה וְעֲשׂוּ חֲשׁוֹן בִּינֵיהֶם וְאִין זֶה עַל זֶה שׁוּם דְּבָר אִם נְאָמֵן לּוֹמַר חֲלַקְנוּ בַת"ז כ' בְּתְשׁוּבַת מְהֵרִיב"ל (ח"א סִי' נ"ו) דְּאֲפִילוּ הִיָּה הַשְׁנוֹתָפּוֹת לְזְמַן וּמַת אֶחָד קוֹנְדָם תְּשַׁלּוּם הַזְמַן טַעֲנִינוּ לִיתָמִי דְּלָמָּא נְחַלֵּק דְּחֲזָקָה דְּאִין אֶדָם פּוֹרַע תּוּ"ז מְצִינוּ מִשׁוּם הַלְוָאָה שְׁיַפְרַע בְּזְמַנּוּ אֲבָל לְחַלּוֹק הַשְׁנוֹתָפּוֹת תּוּ"ז הוּא דְּבָר מְצוּי פִי הָאֶדָם הוּא מְלֵא קְטָטוֹת וְכ' דְּכָף הִיָּה גְּרָאָה לְכַאוּרָה אֲבָל מִתּוּדָה דְּבָרֵי תְּשׁוּבַת הָרָא"ש גְּרָאָה שְׁסוּבְרַ הִיָּפָף מְזָה.

וְכ' הַח"צ (סוּף סִי' ד') בְּכּוֹנְנוֹתוּ דָּאִם הוּא חֵי וְטוֹעַן חֲלַקְנוּ הַשְׁנוֹתָפּוֹת תּוּ"ז פְּשִׁיטָא דְּנְאָמֵן אֲבָל לְטַעוֹן בְּעַד הִיתוּמִים מְסַפְקָא לִיה לְהַרְבּ ז"ל פִּינוּ דְּהַשְׁנוֹתָפּוֹת הוּא וְדָאִי ע' שְׁם וְעִינֵן בַּכְּנֵה"ג (סִי' ק"א ס"ק ח') בְּאוּרָף מְזָה בְּכּוֹנְנוֹת מְהֵרִיב"ל.

וְרֵאִיתִי בְּתְשׁוּבַת חֲתָם סוּפְרַ חַח"מ (סִי' קמ"ד) דְּפְשִׁיטָא לִיה לְהִפָּף וְדָן שְׁם עַל הַלְוָאָה הַנְּעֵשִׂית בְּהִיתֵר עֵיִסְקָא דְּרַב אֶחָד רְצָה לּוֹמַר דְּנְאָמֵן פְּרַעֲתִי בַתּוּ"ז פְּדִי לְפָטוֹר מְפָרִיעַת הַרְוֹחִים וְהוּא כ' דְּאִף אַבְיִי וְרָבָא מוֹדִים דְּאִינוּ נְאָמֵן לֹא מְבַעֵי אַפְלָגָא פְּקֻדוֹן דָּא"נ שְׁהַחֲזִירוּ תּוּ"ז דָּא"י לְכוּפּוּ לְקַבֵּל פְּקֻדוֹן תּוּ"ז כְּכָל הַשְׁנוֹתָפִים דְּאִינוּ יְכוּל לְכוּפּוּ לְחַלּוֹק

תו"ז ובשגם שמשלם לו שכר עמלו וה"ה שכיר ממנו על זמן נהי דפועל יכול לחזור בתו"ז היינו אם חוזר בפנינו אבל לומר שפבר חזר בו לא מהימן וצ"ע לעיין בח"מ (סי' קע"ו) ובש"ך (סק"ח) ממילא א"נ שהחזיר לו פלגא מלנה דמי פתי יסור הנה לחזור לו פלגא מלנה שלא לקחו מתחילה אלא משום פלגא רינח שנותן לו על פקדונו עיין שם בדבריו.

ולא אדע הא בשני שותפים מבואר שם בש"ע דאין אחד יכול לחזור פנין דשניהם עוסקים רק במקבל עסק מחבירו לזמן קצוב יכול לחזור בו כדין פועל דיכול לחזור ועיין שם (סכ"ג) ובסמ"ע ונש"ך שם.

ואם כן פנין דבשותפין ששניהם עוסקים דאין אחד יכול לחזור תו"ז ובכ"ז נאמן לומר דחלקו ונתפרד החבילה ק"ו במקבל עסקא דיכול לחזור למה לא יהיה נאמן דחזר מן הפלגא פקדון.

וגם י"ל פנין דלא יש לו עסק שיתעסק בו החזיר לו כדי שלא לפרוע הרנוחים: או למראיתי בנתיבות המשפט (סי' ע"ד) דכ' בהעסקא שעושין בזה"ז שמשפטר את עצמו עם המקבל ליתן פה וכה לשנה נהי דיכול לחזור מלהתעסק מ"מ מחויב ליתן פל דמי הפטר מפל השנה וכשאינו רוצה ליתן לו פה מחויב לבא לחשבון העסקא ולישבע כמה הרניח בזמן הנה וליתן החצי ולא לפי ערך פנין שהזמן איקבע לטובת המלנה יכול לומר לא נתפטרתי בכך רק משום טובת קביעת הזמן שהוקבע לטובתי.

ולפי זה י"ל דאינו נאמן לומר שחזר תו"ז וחישב עמו ושלם לו חלקו מה שהיה רינח דנה ודאי לא יעשה המלנה אם לא שישבע ואנן סהדי דלא עשה כן. או למראיתי בקרוב שנודע לכל שעדיין לא הרניח פלוס או דמחזיר לו באותו יום אותן מעות שקבל ממנו בנה לכ"ע יכול לחזור או אם היה בירור גמור שלא הרניח פל פה ולא יותר ממה שקצב לפי ערך בודאי יכול לחזור מן העסקא אף תו"ז וממילא לא שייך בנה חזקה דאין אדם פורע תו"ז פנין דעושה כדי להרניח שלא ישלם רנוחים ודברי הח"ס תמוהין: וראיתי בתכ"מ (סי' ד') שכ' גם כן בשותפות נאמן לומר חלקנו אף תו"ז וכ' ואין להקשות על זה מהגהות אשרי סו"פ השואל דכ' משם ר"ת דבפקדון שאסור ליגע בו אעפ"י שקבל עליו להיות בידו עד זמן יכול לומר החזרתי לה בתו"ז ואם איתא דדוקא הלנאה ל"ל טעמא דאסור ליגע תפ"ל פנין דלאו הלנאה הוא וכ' דנדאי הר"ת חזק מתרי ותלת טעמי נקט דהא בלא"ה נאמן החזרתי במגו דנאנסו ובחזקה זו נמי במקום מגו נאמן ואף אם ת"ל דיכול ליגע בפקדון הא קיי"ל כר"נ דעד דלא נשתמש פטור מאונסין.

ועוד דפקדון דיכול לתבוע ממנו תו"ז ואף אם יכול ליגע ולהשתמש מ"מ לא שמענו מעולם דל"צ להחזיר עד סוף זמן וע"כ דהר"ת מילתא דפשיטא ורניחא טפי נקט. והדברים דחוקים לומר דדברי ר"ת לא נאמרו בדוקא וכן ראיתי בכנה"ג (אות ג') דפקדון גמור איירי כמו פקדון של מטלטלין או מעות צרורין ונתומים שאין לו רשות ליגע בהם אבל פקדון דעסקא אינו נאמן לומר החזרתי תוך זמנו וכן פקדון שאינו אסור ליגע בו וכ"ש אם יש לו רינח בעסקא איכא חזק' דלא פרע גו זמני'.

ומ"ש הח"צ דנאמן התזרתתי במגו דנאנסו תמהני אטו נאנסו לאו שבוע' בעי פעין דאוריית' והר"ת דן לפוטרו לגמרי רק ככל כופר הפל וע' ש"ף (סק"י) ובנתיבו' (סק"ג). וגם אם מטעם מגו אתינו עלה אף דאמרינו מגו במקום חזקה זו מ"מ מידי ס' לא נפיק ומהני תפיסה ולמה ליה להר"ת למינקט טעמים אלו לינקט ביותר הטעם הפשוט פשאסור ליגע בו דנדאי נאמן אף בלא מגו ומזה הוכיח הכנה"ג שהוא דנקא בצוררין אבל במותרין דינש לו רשות להשתמש בהן בזה אינו נאמן לומר פרעתי תו"ז.

אולם הטענה שטען הח"צ ו"ל דפקדון יכול המפקיד לתבוע ממנו ואף דקבע לו זמן לא שמענו דאינו צריך להחזיר עד סוף זמן זה טענה גדולה ובפרט אם לא הוציא עדיין המעות פינו דאינו חייב באונסין הרי דלא הוי הלואה ואף דדעת הש"ף בכמה מקומות דהנפקד יכול ליתן מעות אחרים פבר השיג עליו הח"צ בטו"ז (סי' ע"ג) דכיון דקיי"ל כר"נ דבשביל היתר תשמיש אינו חייב באונסין צריך ליתן לו אותן המעות [ומה שכ' בנתיבות (סי' רצ"ב ס"ק ט')] ליישב דברי הש"ף דהוי פאלו נתן לו הברירה אם ירצה יהיה קונה בע"כ של המפקיד וכשאינו רוצה אין בו קנין לא יגהה מזור בזה רק לדברי הש"ף שם אבל לדברי הש"ף (סי' מ"ז וסי' צ"ט) שכ' לענין בעל חוב האומר שהמעות הן פקדון דאינו נאמן פינו דינש לו רשות להשתמש בהמעות ואמאי הא כ"ז שאינו רוצה לא הוי שלו ואכ"מ בזה] אם כן למה לא יהיה נאמן לומר שתבע ממנו פקדונו בעוד שהמעות בעין והיה חייב להחזיר לו ואף לדעת הש"ף מ"מ אף דקבע לו זמן בפקדונו כנראה צריך ליתן לו הפקדון מיד ממון אחר ואף אם פבר הוציאן לא קבע לו זמן לפקדונו שלא יהיה חייב להחזיר לו מיד פשיטבע ממנו ולמה לא יהיה נאמן לומר התזרתתי.

ומזה נראה דאם נאמר פדברי הכנה"ג דדנקא בפקדון דאסור ליגע בו קאמר ר"ת דל"א חזקה אין אדם פורע תו"ז אבל במותר ליגע בו ולהשתמש אף פשלא הוציאם המעות והוא בעין יכול לומר שזוכה בו להשתמש בהם ואינו חייב להחזיר עד שיבא הזמן שקבע ואף דאינו חייב באונסין לדין דקיי"ל כר"נ מ"מ אם נתפנין לזכות בו הוא שלו בתורת הלואה וכמו שכ' הנתיבות וממילא אינו חייב להחזיר תו"ז.

ומ"מ צ"ע דדנקא באם פבר הלנהו וקבע זמן לפרוע אמרינו פינו דצריך לו המעות עד זמן פלוני שקבע חזקה דאינו פורע מקודם אבל בלא הלנהו רק שנתן לו בתורת פקדון והמפקיד קבע לו זמן לא שצריך לומר חזקה דאינו מחזיר קודם זמנו אף דמותר לו להשתמש להנפקד בהפקדון מ"מ דלמא לא צריך לו המעות פלל וכשבא ותבע ממנו תו"ז פינו דעדיין לא נעשה לנה רק שומר כ"ז דלא גילה דעתו דזכה בהן בתורת הלואה למה לא יהיה נאמן לומר דלא הי' צריך לו והחזיר לו הפקדון פשתבע ממנו וכן נראה מדברי הרשב"ם ב"ב דכ' הקובע זמן לחבירו במלנה שהלנהו משמע דנקא בבא לידו מיד בתורת הלואה ודברי הכנה"ג צ"ע גם למה שכ' הסמ"ע דגלי דעתו דצריך להמעות עד הזמן שקבע ולקד בסתם הלואה ל"א חזקה דאינו פורע תוף שלשים אם כן בפקדון דליכא שום גילוי דעת רק דמפקיד לזמן לא הוי פקובע זמן לתשמישו ולמה לא יהיה נאמן לומר שהחזיר לו תו"ז פשתבע ממנו: סי' טז התובע לחבירו הלואה ואמר לא היו דברים מעולם או לא לוייתי וכאו עדים שלנה ופרע והמלן' אומר לא נפרעתי חייב לשלם דכל האומר לא לוייתי פאלו אומר לא פרעתי וכ' הרמב"ם וש"ע (סי' ע"ט) ואין המלנה

חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפָּרָן וכו' המ"מ דבכ"מ דהוחזק כפָּרָן אין צריק התובע לישבע וראיה מדין זה דאם איתא דהמלנה נשבע היאך מקבלין שבועתו נגד ב' עדים א"ו אינו נשבע והג"ת (שער כ"ו) הקשה על המ"מ מהא דמבואר שם בבעה"ת וברמב"ם הלכות מלנה במלנה שהתנה שיהיה לו נאמנות כב' עדים דנאמן נגד עדים וחיוב לפרוע שנית אם תובע אותו הלנה אחר כך שחייב לו מפני שפרעו ב' פְּעָמִים דחייב שבועת היסת הרי אף דיש עדים דפרעו מ"מ כיון דפסלינהו לנה עצמו בנאמנות כמאן דליתנייהו דמי ה"נ בלא לוייתו כיון דהלנה הודה דלא פרע פסל את העדים האומרים פרע וכמאן דליתנייהו דמי אלא הטעם דכאן אף אחר הפרעון אינו חייב היסת משום דהודאת בע"ד כק' עדים דמי.

ובמל"מ מחלק דכאן שהוא שבועה כדי ליטול ואי אפשר שישבע נגד עדים אבל התם שהלנה תובעו מנה לי בידך לא פטרינו לי משום דשבועתו נגד העדים ובקצוה"ח (סי' ע"א) כ' ולא אדע ההפך בין ליטול או ליפטור.

ברם י"ל לחלק כמו שכ' שם הקצוה"ח בעצמו לתרץ קושית הבעה"ת המוכא בש"ך (סוף סי' פ"ב) בהא דאם הלנה אומר פרעתי מחצ' והעדים אמרו שפרע כולה דנשבע הלנה וגובה מחצה דלישתבע מלנה ולישקל כוליה שטרא דליטול אין מקבלין שבועתו נגד עדים כיון דלדין העדים פשרים וכיון דלא מצוי מלנה אישתבע הוא מפסיד לדעת הרמב"ם באם המלנה חשוד דנשבע הלנה ונפטור.

וכיון בזה לדעת הרמ"ה ב"ב פי"נ (סי' קכ"א) הבאתי לעיל דיני עדות (סי' י"ט) ואם פן כמו כן י"ל פאן אם היה הדין שישבע המלנה ויטול לא היו יכולים להניח לו שישבע כיון דיש שני עדים הפשרים לכל עדות שבעולם רק נגד הלנה והמלנה המה אמרו שמשקרים דהלנה הודה שלא פרע כיון דאומר שלא לקח הלנא' והוד' שמשקרים והמלנה אומר גם כן שמשקרין במה שאמרו שפרע אבל שישבע להכחישם זאת בלתי באפשרות שישבע ואחר כך יהא נפסל על ידי עדים שהעידו שפרע וכיצד יניחו שישבע לשקר וגם המלנה א"י לישב' שפסל אח"כ וכיון דלא יוכל לישבע הי' מפסיד וכיון דמבוא' דכל האומר לא לוייתו פאומר לא פרעתי והמלנה גובה על פרחך דאינו חייב שבועה שישבע ויטול דאם היה חייב לא היה יכול לגבות כיון דעדים יכחישו ויפסלו אותו ושם בנתן למלנה נאמנות באמת אינו יכול לישבע דלא קבל הפרעון דזה לא נוכל להשביעו שפסלו אותו העדים וכיון דלא יכול לישבע כזאת לא יפסיד להוציא ממנו כמו דלא נחתינו לנכסיו אם אינו רוצה לישבע או שהוא חשוד ובנדאי אין מניחין אותו לישבע להכחיש שני עדים רק משתבע דלית ליה זוזי אצלי וכמו שכ' התומים (סי' ע"א ס"ק ו').

ומה שכ' הג"ת כיון דפסלינהו הלנה עצמו בנאמנותו כמאן דליתנהו דמי זה צ"ע אם הוא פוסל אותם וכי אנו פסלינו להו וכי נניח אותו שישבע לשקר נגד ב' עדים. וכן מה שכ' שם התומים דהוא משתבע ונפטור ונעשה אחר כך חשוד הנניח בצ"ע דכי נניח גם זאת שישבע ועל פרחך צ"ל שם דנשבע שאינו חייב לו ודי בזה פי יכול להיות שפכר החזיר לו ואין צריק לברר שבועתו בזה ועיין מה שכתבתי לעיל בדיני עדות (סי' ו') מזה: ודעת בעל העטור שם בבעה"ת דבית דפרע ליה משתבע ליה אזורי קמאי ובג"ת שם מקשי הא הודאת בע"ד כמאה עדים וכמו שכ' שם הבעה"ת דהא ב"ד סהדי קמיהו דלא פרע



ליה זימנא אחרניא מהלנאה זו י"ל דס"ל כמו שכ' שם בתנאים דהא דמחייבין ליה לפרוע וכי נחשדו העדים דמשקרי רק הואיל דהודה דלא פרע הוי ליה הך פרעון מחילה ומתנה כמו בטענו חקטים והודה בשעורים דהו"ל מחילה.

ובאמת א"ד לשם דשם עכשיו מוחל לו ויחל המחילה מהשתא אבל פאן אנו דנין על פרעון הראשון וכיון דיש עדים שאמר לו שמשלם לו על חוב זה שחייב לו ממה שלנה ממנו אותו הלנאה שהעדים מעידין עליה מה מועיל המחילה אחר כך במה יתחייב מחדש וצ"ל דסובר דמה דמהני גזה"כ דהודאת בעל דין מועיל יותר מהעדים והיינו אף דעדים ראו שפרע ההלנאה נאמן ע"ע שהפרעון זה לא הוי בגדר פרעון רק במתנה או מצד אחר ומהני הודאתו על למפרע ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דמפי הוא זה מוכח דנקטינן ההודאה על למפרע [ואולם בתנאים (סי' קי"ט ס"ק ו')] מבואר דהודאתו לא מהני על למפרע ואכ"מ בזה] ואם פן י"ל דלקה מחייבין אותו הב"ד לשלם פיון דהלנה מודה שלא פרעו נאמן יותר מהעדים אבל מ"מ אם המלנה יודע בעצמו שפרע לו ולא התכוון לזכות אז בפרעון הראשון על ענין אחר או על סטראי או במתנה ודאי לציד"ש חייב להחזיר לו פיון דמודה דלא קבל ממנו כלל וממילא לא התכוון לזכות בהמון על חוב זה דאם יודע בעצמו דממונו בידו שפיר יכול לחייבו את"כ היסת דאינו חייב לו.

ואולם דעת כל הפוסקים דע"ז לא נתקן היסת פיון דהב"ד הם עדות שלא פרעו: והתנאים כ' בכוננת הרמב"ם דקאי על שבועת המלנה אם הלנה יטעון שישבע לו אם הלנה לו די"ל פיון דבזה לא ישבע להכחיש העדים חייב לישבע ואף די"ל צורך שבועה זו למה פיון דהעדים מסייעי ליה ז"א פיון דהמלנה מודה דהעדים שקרי גיהו דהא העידו שפרעו לקה כ' הרמב"ם פיון דהחזוק פפרן לא תקנו חז"ל שבועה דלא תקנו היסת לפכרנים ומחזקים עפ"י עדים בב"ד לשקרנים.

ויש לגמגם טובא בדבריו דמ"ש דלא תקנו היסת לכפרנים היסת מאן דכר שמייה הא קודם הפרעון לא שייך היסת רק הנה ס"ד שיהיה נשבע ונוטל. דלאחר הפרעון כ' אחר כך והרמב"ם לא זכר מאחר הפרעון רק כ' סתם ואין המלנה חייב שבועה שהרי החזוק זה פפרן ולא הנכיר היסת.

וגם מ"ש פיון דהמלנה מודה דהעדים שקרנים הם אינם מסייעי למלנה על הלנא' זה דבר תימא הא פבר הוכיחו האחרונים מזה אף דעדותם שפרע לדברי המלנה הוא בשקר מ"מ מה דהעידו מקודם שלנה לא נתבטל פיון דנשארים פשרים לכל העולם אף לדברי המלנה שהעידו בשקר שפרע מ"מ לא מיפסלי תוכד"ד ונשארו עדותן על הלנאה בחזוק ובכשרות ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בחידושי' לח"מ שבסוף ס' דברי משפט (סי' ל') ובמ"ש אני הצעיר לעיל דיני עדות (סי' מ"ג) לדון בזה דאם לא העידו על הלנאה ופרעון בשני דיבורים רק העידו דראו הפרעון י"ל פיון דהמלנה מודה דעדי' שקרני' הם לא מחייבין לשלם עיין שם מה שפתי בזה שם פמה הערות אם פן אם אמרו דאזנפי' ופרעי' צורך שבווע על הפרעון למה פיון דהעדים מסייעי לו ואז עדותן הנה בכשרות אף לדברי המלנה: ועיין בספר ש"מ שיצא לדון בדבר חדש דאם המלנה טענו בספק הלנאה והעדים מעידין שלנה ופרע והלנה אומר להד"ם והמלנה יודע שלא פרעו בזה פיון דלדברי המלנה

ש'יודע שלא פָּרְעוּ וְהַעֲדִים שְׁקֵרָנִים הֵם דְּלִמָּא מְשַׁקְרִים גַּם כּוֹן בְּהַלְוָאָה וְאִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא מִסְּפֵק.

וְלָמָּה שֶׁכֵּי ז"א פִּינּוֹן דְּמָה שְׁהַעֲדִי עַל הַלְוָאָה הִיָּה בְּכַשְׁרוֹת וְלֹא נִתְבַּטַּל תּוֹכַד"ד יָכוֹל לְסַמְּנָה עַל עֲדוּתָן וְעֵינֵין בְּדַבְּרֵי (ס"א צ"ב סק"ח) בְּאִנְרָה דְּמַדְמָה אוֹתוֹ לז"א שֶׁל אַבּוּתִי וז"א שֶׁל אַבּוּתִי וְהָאִי אֵינִי סְהָדִי דְּאַבְהָתִי וְאַכְלָה שְׁנֵי חֲזָקָה וְהָאִי אֵינִי סְהָדִי דְּאַכְלָה ש"ח דס"ל לְרַבָּא פֶּרֶק חה"ב דְּעֲדוּת מְוַכְחָשֶׁת הוּא דְּלֹא אוֹתוֹ עֲדוּת פְּסוּלִים עֵינֵין שֶׁם בְּדַבְּרֵי וּמְלַבֵּד דְּאַנּוֹן פְּסֻקִין שֶׁם כר"נ וְאַרְעָא בְּחֻזְקָת אַבְהָתִי פִּינּוֹן דִּיכּוּלִּין לְהַעֲדִי עֲדוּת אַחֲרָת לֹא נִתְבַּטַּל מֵהַ שְׁהַעֲדִי תוֹךְ פְּדִי דִּיבּוּר כְּמוֹ שֶׁכֵּי ב"ש"מ ב"ב (דף ל"א) מְשִׁם הֶרְשָׁפִי אַף דְּפְסוּלִין לְהַעֲדִי בִּיחַד וְאַף לְרַבָּא דְּסוּבְּרָ שֶׁם פִּינּוֹן דְּהוֹחֲזִקוּ לְשַׁקְרָנִים עַל אוֹתוֹ קַרְקַע נִתְבַּטַּל עֲדוּת דְּאַבְהָתִי הוּא מִשּׁוֹ דְּנִפְסְלוּ לְהַעֲדִי יַחַד.

אַבְּל כָּאֵן מָה דְּאוּמַר שְׁפָרַע אַף דְּלַדְבְּרֵי הַמְלִינָה הֵמָּה פְּסוּלִין פִּינּוֹן דְּלְכָל הָעוֹלָם הֵם כְּשֵׁרִים אַף אִם נֹאמַר דְּאַצְלוּ פְּסוּלִין פִּינּוֹן דִּיודַע שְׁהַעֲדִי בְּשַׁקֵּר שְׁפָרַע מ"מ לֹא נִתְבַּטַּל מֵהַ שְׁהַעֲדִי מְקוּדָם וְלֹא שֵׁינֵי בְּזָה לומר עֲדוּת שְׁבֻטְלָה מְקַצָּתָה וְכִמוֹ שְׁבִיבָר כ"ז אאמ"ו ז"ל בְּאִנְרָה.

דְּהִיכָא דְּנִשְׁאַר לְכָל הָעוֹלָם בְּכַשְׁרוֹת לֹא נִתְבַּטַּל מֵהַ שְׁהַעֲדִי מְקוּדָם וּמִמִּילָא הִדִּין אַף אִם אִינוּ יוֹדַע מֵהַלְוָאָה רַק עַל יְדֵי עֲדִים שְׁהַעֲדִי שְׁלָה וּפָרַע אִם יוֹדַע בְּבָרִי שֶׁלֹּא פָּרַע דְּגוֹבִין מְמַנּוּ וְאַף בָּאִם אִינוּ יוֹדַע מֵהַלְוָאָה וְגַם מִפְּרַעוֹן אִינוּ יוֹדַע בְּנֹדָאִי יָכוֹל לְגַבּוֹת וְלְסַמְּנָה עַל הוֹדָאת הַלְוָה וְדָלָא כְּמוֹ ש"ש ה"ש"מ פִּינּוֹן דְּמָה שְׁהַעֲדִי עַל הַלְוָאָה הוּא בְּכַשְׁרוֹת עֲדוּת יָכוֹל לְסַמְּנָה עֲלֵיהֶם בְּהַלְוָאָה וְעַל הַפְּרַעוֹן יָכוֹל לְסַמְּנָה עַל הוֹדָאת הַבַּע"ד דְּאוּמַר לֹא לְוִיתִי כְּאוּמַר לֹא פְּרַעְתִּי כְּנֹלַע"ד: וְרֵאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת שֶׁכֵּי עַל דִּין זָה וְא"ל דְּהָא הָעֲדִים פְּסוּלִין פִּינּוֹן שְׁאוּמְרִים שְׁפָרַע וְהוּא מוֹדָה בְּעַצְמוֹ שֶׁלֹּא פָּרַע דז"א דִּי"ל כְּמוֹ שֶׁכֵּי הֶר"ן ב"פ שֶׁה"ד דְּהָעֲדִים זוֹכְרִין יוֹתֵר מְמַנּוּ וְכָל הַרְוָאָה יִשְׁתּוּמֵם עַל דְּבָרִים הָאֵלֶּה דְּאִם קוֹשְׁתוֹ שְׁהַעֲדִים פְּסוּלִין נֶגְדַּ הַלְוָה הָא עֵיקַר הַחַיִּיב הוּא מְטַעַם הוֹדָאת בַּע"ד שֶׁהוּא מוֹדָה שֶׁלֹּא פָּרַע פִּינּוֹן דְּאוּמַר דְּלֹא לָנָה וְאַנּוֹן אֲמַרִּין דְּהָעֲדִים כְּשֵׁרִים וְנֶאֱמַר עַל הַלְוָאָה וְעַל הַפְּרַעוֹן הוּא מְכַחֵשׁ אֵת הָעֲדִים וְנֶאֱמַר יוֹתֵר וְאִם נֹאמַר דְּכִינּוֹן דְּהָעֲדִים פְּסוּלִין יִהְיֶה הוּא נֶאֱמַר דְּלֹא לָנָה זָה בְּלִתִּי בְּאַפְשָׁרוֹת לְהַאֲמִין לוֹ נֶגְדַּ הָעֲדִים וְהַדְּבָרִים מְבֹאָרִים בְּרִיטְב"א שְׁבוּעוֹת שֶׁם מְשִׁם אִיכָּא דק"ל פִּינּוֹן דְּסְהָדִי לֹא מְהִימְנִי מְכָלֵל דְּפְסוּלִין הֵן וְהָאִי הַלְוָה מְוַחֲזֵק כְּפָרָן עַל פִּיהֶם וְכֵן לֹא מִקְלָתָא הוּא דְּנֹדָאִי הָעֲדִים כְּשֵׁרִים הֵם אֵלֶּה דְּכִינּוֹן שֶׁהוּא כְּמוֹדָה עַל עַצְמוֹ שֶׁלֹּא פָּרַע הוּא נְזוּק בְּנִכְסֵי וּפּוֹסְלָם עֲלֵיו לְפִי שֶׁהוֹדָאת בַּעַל דִּין לְחוֹבָתוֹ חֲשִׁיבָא לְחַיִּיבִיָּה כְּנֶגְדַּ ק' עֲדִים שְׁהַעֲדִי לְזַכּוּתוֹ כו' וז"פ עכ"ל.

וְמָה שֶׁכֵּי הַנְּתִיבוֹת עַל פִּי דְּבָרֵי הֶר"ן דְּהָעֲדִים זוֹכְרִין יוֹתֵר מְמַנּוּ אִין עֵנִין לְכָאֵן הֶר"ן כ' שֶׁם זֹאת עַל הָאוּמַר פְּרַעְתִּי מְחַצָּה וְהָעֲדִים אוּמְרִים שְׁפָרַע הַכֹּל דְּבִזָּה י"ל פְּרַעְתִּי מְחַצָּה הוּא ע"כ אֲנִי זוֹכֵר וְהִי סִפְקָ הַכְּחָשָׁה מֵהַ שְׁאִין כֵּן אִם אוּמַר לֹא לְוִיתִי זָה הִי הַכְּחָשָׁה וְדָאִית נֶגְדַּ הָעֲדִים וּיְבֹאֵר לְקַמְּן עוֹד מְזָה: וְבִהִיא עֵנִין דְּכָל הָאוּמַר לֹא לְוִיתִי כְּאוּמַר לֹא פְּרַעְתִּי יֵשׁ לְהַעֲדִי בְּמַתְנִיתִין דְּרִישׁ ב"מ בְּשִׁנִּים אוֹחֲזִין בְּטִלִּית זָה אוּמַר אֲנִי מְצָאִיתִי וז"א אֲנִי מְצָאִיתִי דְּקַתְנִי בְּזִמְנוֹ שְׁשִׁנִּיהֶם מוֹדִים אוֹ שֵׁישׁ עֲדִים חוֹלְקִין בְּלֹא שְׁבוּעָה וְאַמְרִין בְּגִמְרָא זֹאת אוּמַר הַמַּגְבִּיָּה מְצִיאָה לְחַבְּרֵי קָנָה חַבְּרֵי דְּאִי לֹא הַ תַּעֲשֶׂה זוֹ כְּמוֹנַחַת ע"ג קַרְקַע וְלֹא יִקְנָה לֹא זָה וְלֹא זָה וְרַבָּא אָמַר דִּי"ל מְגוֹ דְּזָכִי לְנַפְשִׁיהָ זָכִי נָמִי לְחַבְּרִיהָ וְעֵי"ש

ברש"י דכשמגביה מגביה לדעת שיקנה בה חבירו חציה ושם בריטב"א ובש"מ דאם מגביה מציאה לחבירו ל"ק האיך הם מתעצמין עליה ונשבעין וחולקין הא כל הרוצה לזכות בה יכול לזכות ולחטפה עיין שם אם פן היכא דיש עדים דתרנוניהו בהדדי אגבזה והם מתעצמין כל א' אומר אני הגבתי תחילה אם פן שניהם מודים דלא התפנונו כל א' לזכות בעד חבירו רק כל א' אומר שהוא הגביה תחילה ונתפנון לזכות בה לעצמו והעדים מעידין שהגביהו שניהם ביחד נימא הודאת בעל דין כק' עדים דלא הגביהו תרנוניהו בהדדי ולא התפנונו כל א' לזכות בעד חבירו וממילא תעשה כמי שמונחת על גבי קרקע ולא יזכה בה לא זה ולא זה פיון דכל אחד שאומר שהוא הגביה תחילה מכחיש להעדים ואנו סמכינן אעדים דתרנוניהו בהדדי הגביהו והם מודי' דלא התפנונו כל א' לזכות בעד חבירו ממילא אינו בחזקת שניהם ונשאר הטלית הפקר מה דביני ביני שאינו תופס בה כל א' כמבואר שם וכיצד משפחת הא דקתני בזמן ששניהם מודים או שיש עדים דמשמע כשיש עדים אף אם אין שניהם מודים הא כשיש עדים דבהדדי הגביהו והם אומרים להכחישם וכל א' אומר אני הגבתי תחילה נשאר הטלית הפקר וכל הפא לזכות בה יכול לזכות ויש ליישב שם בסוגית הש"ס ואכ"מ: ודע דכמו דלענין ממון אמרינן הודאת בעל דין ולצרף העדים לחייבו אף דלדברי העדים הוא פטור יש לחקור אם אמרינן כמו כן לענין איסורין במקום דשני' אנפשיה חתיכה דאיסורא אמרינן אף אם בהגדת העדים לבד אין פאן איסור והוא מכחיש להעדים ולדבריו אין פאן איסור.

ובתשובת ראנ"ח ז"ל (ח"א סי' מ"ה) מסתפק בזה ודן שם באשה אחת שנתעברה ואמרה מפלוני הרה שקדשה בכני שני עדים פשרים פדת ואחר כף בא עליה והאיש מכחיש בה שלא קדשה ולא בא עליה והאשה הוציאה שטר קידושין חתום בחתימת העדים ודן שם אם יש מקום לומר דכיון דאמר שלא בא עליה אם פן זינתה ואסורה עליו אף דהוא אמר שלא קדשה ולפי דבריו היתה פנויה ולא שויה עליה חתיכה דאיסורא אעפ"י שהוכחש מהעדים ומחזקינן למקודשת לענין התרה לשוק מ"מ פיון שמצד עדות העדים לא נאסרה עליו אלא מצד דבריו ולפ"ד אינה אוסרה שהוא מכחיש לקידושין וטעמא דשניה אנפשיה חתיכה דאיסורא לאו משום שהדבר אמת אלא משום הודאת פיו ואפשר ג"כ לומר פיון שהוכחש מהעדים ע"ד הקידושין הו"ל כמאן דלית' פיון דאנו סהדי שקדשה והוא אומר שלא בא עליה הא שויה אנפשי' חתיכה דאיסורא ואסורה עליו והסברא נוטה לכאן ולכאן ודבר זה צריך חיפוש בספרים והביא ראיה מהא דכל האומר לא לוימי פאומר לא פרעתי דמי הרי אף דלדברי עדים אין פאן חוב מ"מ פיון דלפי דבריו דלא פרע אף דלדבריו גם פן אין פאן חוב מ"מ פיון דהוכחש מהעדים נקטינן הודאתו כק' עדים לחוב עכ"ד.

ובאמת בנידונו י"ל דאף אפני מודה פיון דהם שני דברים ואנו אעדים סמכינן דקדשה והיא בחזקת א"א אף דהוא מכחיש ומ"מ אם נאמינו שלא בא עליה ממילא אסורה עליו ולא שבקינן לי' לבא עליה דלדבריו הוי א"א שזינתה: וראיתי למאור הגולה מרן רע"א ז"ל בחידושייו לכתובות (דף כ"ב) דכ' בהא דעד א' אומר נתגרשה ועד א' אומר לא נתגרשה תרנוניהו בא"א מסהדי וכתבו תו' דאינו נאמן האומ' נתגרשה במגו דאי בעי שתיק דרוצה להעיד פדי לפוסלה מפהונה והקשה ממנ"פ אם אומרת גרוש' אני פסולה בלא עדותו ואי דאמר' לא נתקדשתי אף בב' מעידין על הגירושין אסורה דבמה דאומרת לא נתקדשתי מוכחשת מהעדים ולגבי עדותם על הגירושין היא מודית דלא גירשה פיון

דאומרת לא נתקדשתי בכללו דלא נתגרשה וְהוּי פְּהָאוּמַר לֹא לְוִיתִי כּוּ' וּכ' וְאוּלֵי י"ל דְּוּקָא בְּמִוּן אֲמַרִּינּוּ דְּהוּדָאָת שְׁלֹא פִּרְעַ מְהַנִּי מְשׁוּם הוּדָאָת בַּע"ד אֲבָל בְּאִיסוּר בְּאִם מְכַחֵשׁ לְהַעֲדִים הוּא רַק מְדִין שׁוּי' אַנְפְּשִׁיָּה חֲתִיכָא דְּאִיסוּרָא לֹא שִׁינְיָה לֹא מוּדִית דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה וְשׁוּיָה אַנְפְּשִׁיָּה חֲתִיכָא דְּאִיסוּר' דְּהָא אוּמַרְת דְּלֹא נִתְקַדְּשָׁה וְלֹא אֲמַרְהָ מַעוּלָם דְּהִיא אֲסוּרָה.

הָרִי דְּנִסְתַּפֵּק גַּם כּוּ בְּזָה אוּלָם גּוּף קִוְשִׁיתוּ לֹא אָבִין דִּי"ל הִיא אוּמַרְת שְׁנַרְק לָה גַט וְגַם כּוּ אִינְהָ יוּדַעַת אִם קְרוּב לּוּ אוּ לָה נְעוּד פִּינּוּ דְּאוּמַרְת דְּנִתְגַּרְשָׁה עַל יְדֵי עֲדִים הִלְלוּ אִם מְוִכַחֵשׁת מִן הַעֲדִים לֹא אֲמַרִּינּוּ שׁוּיָה נְפְשִׁיָּה חֲתִיכָא דְּאִיסוּרָא פְּמוּ שְׁכ' תִּשְׁב"ץ מוּבָא בִּשְׁעָה"מ (פ"ט הי"ו) מְאִישׁוּת בְּאִם אוּמַרְת נִתְקַדְּשִׁי בְּפִנֵי פו"פ וְהִמָּה מְכַחֵשִׁים אוּתָה דְּאִינְהָ אֲסוּרָה בְּקִרוּבֵי דְּלֹא שׁוּי' נְפְשִׁיָּה חֲתִיכָה דְּאִיסוּרָא אֲלֵא בְּעֲדוּת אוּתָן הַעֲדִים נְהָרִי הַכְּחִישׁוּ וְעִינּוּ שְׁם בִּשְׁעָה"מ וְאִם כּוּ ה"נ אַף דְּאֲמַרְהָ דְּנִתְגַּרְשָׁה בְּפִנֵי פְּלוּנֵי וּפְלוּנֵי מ"מ כִּינּוּ דֹא' אוּמַר דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה לֹא הָוִי נְפִסְלָה לְכַהֲנָה בְּדְבָרֵיהָ וְהוּכְרַח הַשְּׁנֵי לֹא מְדַרְשָׁה שְׁהַב"ד יְדוּנּוּ אִם נְפִסְלָה לְכַהֲנָה.

וְעִינּוּ בְּרַמ"א אה"ע (סי' מ"ב ס"ג) דְּהַמְקַדֵּשׁ וְהַמְתַּקְדֵּשׁ צְרִיכִין שִׁירָאוּ הַעֲדִים וְאֲפִילוּ שְׁמַעוּ הַעֲדִים שְׁאֲמַרְהָ שְׁמַקְבֵּלַת לְקִידוּשִׁין יְכוּלָה לֹא מְשַׁחֲוּק בּוּ נִתְפַּנּוּנְתִי שִׁיּוּדַעַת שְׁאִין קִידוּשִׁין בְּלֹא עֲדִים וְדוּקָא שְׁאוּמַרְהָ שְׁפִינְיָה לְשַׁחֲוּק בְּעֲלָמָא אֲבָל בְּמְכַחֵשׁת שְׁקַבְלָה וְהַעֲדִים מְעִידִים שְׁקַבְלָה שׁוּב א"נ לֹא מְשַׁחֲוּק פְּנוּנְתִי וְהוּי קִידוּשִׁין הָרִי אַף דְּהִיא מְכַחֵשׁת לְגַמְרֵי וְלְדְבָרֵיהָ לֹא נִתְקַדְּשָׁה וְהַעֲדִים אִינְם יוּדַעִים אִם קְבֵלָה לְשֵׁם קִידוּשִׁין מ"מ כִּינּוּ דְּאֲמַרְהָ לְהַד"ם מְקַבְלִין הוּדָאָתָה שְׁלֹא שְׁחַקָּה בּוּ וְאַף אִם תִּטְעוּן מַעֲתָה שְׁשַׁחֲקָה בּוּ אִינְהָ נְאֻמְתָּה וְעִינּוּ שְׁם בַח"מ מְשֵׁם מְהָר"ם פְּאֻדוּנָה דְּמַדְמָה לְכָל הָאוּמַר לֹא לְוִיתִי הָרִי אַף דְּבִלָּא הוּדָאָתָה דְּלֹא הָוִי פְּנוּנְתָה לְצַחֲוּק אִין כְּאִן עֲדוּת וְרַק אִם אֲמַרְהָ דְּלֹא הִי' פְּנוּנְתָה לְצַחֲוּק מ"מ מְקַבְלִין הוּדָאָתָה אַף דְּמְכַחֵשׁת הַדְּבָר לְגַמְרֵי.

אוּלָם אִינּוּ רְאִיָּה מְשֵׁם דְּשֵׁם לֹא מְטַעַם שׁוּיָה נְפְשִׁיָּה חֲתִיכָה דְּאִיסוּרָא אֲתִינּוּ עֲלָה רַק בְּאִם הוּדִית דְּלֹא הָוִי פְּנוּנְתָה לְצַחֲוּק הָוִי גּוּף הַקִּידוּשִׁין בְּעֲדִים וְכִינּוּ דְּמַפְלַל כְּפִירְתָּה דְּלְהַד"ם הָוִי כְּהוּדִית דְּלֹא הָוִי לְצַחֲוּק שׁוּב הָוִי קִידוּשִׁין בְּוִדָּאֵי לְדַעַת הַרַמ"א וּמַהֲרַמ"פ שְׁם דְּאַף בְּעֲדֵי הַכְּמָנָה סְגִי לְקִידוּשִׁין אִם יְדַעְנוּ דְּלֹא כִּינּוּנוּ לְשַׁחֲוּק.

אֲבָל בְּמַקּוּם דְּאַף לְדְבָרֵי הַעֲדִים אִינְהָ אֲסוּרָה רַק בְּהוּדָאָתָה שׁוּי' נְפְשִׁיָּה חֲתִיכָה דְּאִיסוּרָא בְּזָה י"ל דְּהוּדָאָה מִתּוּף כְּפִירָה לֹא מְקַבְלִין לְעַנְיָן שְׁאֲח"ד וְכִמּוּ שְׁכ' הַגְרַע"א ו"ל. וְשֵׁם ע"כ דַּעַת מַהֲרַמ"פ וְרַמ"א דְּאַף דִּישׁ סְפַק לְעַדִי' בְּכִוּוֹנְתָם אִם מוּדִים דְּלֹא הִי' פְּנוּנְתָם לְשַׁחֲוּק הָוִי כְּמַקְדֵּשׁ בְּעַדִי' וּבַח"מ שְׁם הַקְּשָׁה בְּאֻמְתָּה עַל דִּין זֶה דְּהוּי כְּמַקְדֵּשׁ בְּלֹא עֲדִים וְגַם הָא בַד"מ קִי"ל (סי' פ"א) דְּאַף דְּאֲמַר לְהַד"ם אֲנִן טְעַנְיָנּוּ לִיָּה טַעַנְתָּ הַשְּׁטָאָה וּמִקְלֵי דְּכָדִי לֹא דְכִירֵי אִינְשֵׁי.

וְע"כ צְרִיף לֹא מְדַרְשָׁה דְּלְכַאוּרָה מַה"ת נֹאמַר דְּכִוּוֹנְתָם הִי' לְהַשְׁטוּת הָא הִיכָא דְּעַבְדוּ מַעֲשָׂה ל"א דְּכִוּוֹנְתָם לְהַשְׁטוּת דְּאִין אֲדָם עוֹשֶׂה מַעֲשָׂה לְבַטְלָה' וְע"כ הַטַּעַם אַף דְּהוּי אֲוּמְדָנָא דְּאִין אֲדָם עוֹשֶׂה מַעֲשָׂה לְבַטְלָה' מ"מ יֵשׁ אֲוּמְדָנָא דְּמוּכַח כְּנִגְדוּ דְּהַפְלִ יוּדַעִים דְּמַקְדֵּשׁ בְּלֹא עֲדִים לֹא פְּלוּם הוּא וְאִם כּוּ הָוִי סְפַק לְכָל הָעוּלָם אִם פְּנוּנְתָם לְשַׁחֲוּק אוּ לְקִידוּשִׁין וְהוּי סְפַק אִזְ לְהַעֲדִים לְכּוּן אִם אוּמַרִּים אַחַר כְּוָה דְּכִוּוֹנְתָם הִי' לְקִידוּשִׁין הִמָּה

מאז עדים על מעשה קידושין ואף דהו עדים רק על ידי הודאתה דלא הנה הפוננה לשחוק מ"מ באם לא אמרה פן הוי מקדש בעדים עיין ב"ש (סי' ל"א) ובנ"ב מהד"ק (סי' נ"ח) דהיכא דהוי ספק להעדים אם היא מודה הוי קידושי נדאי.

ולכך ממילא פשאמרה להקד"ם הוי הודאה דלא הנה הפוננה לשחוק והוי פמקדש בעדים ומילי דכדי ל"ה פמו שכ' הח"מ פיון דיש נ"מ לענין כ"ק אם פוננתה הנה להשטות מחויבת להחזיר הפסוף קידושין ואם מכחשת הפל אינה מחויבת להחזיר ממילא לא הוי מילי דכדי והודאתה מתוך פפירה משוי לעדים בחונק מה שאין פן היכא דלדבריה מותרת וכו' לדברי העדים רק הודאה מתוך פפירה נקבל יותר מהעדים ולומר דשויה נפשה חתיכה דאיסורא עדיין צריף ראיה אם אמרינו פן פיון דאין פאן הודאה לאיסור.

וגם בהך דינא דמהר"פ ראיתי בתשובת ב"י דיגי קידושין (סי' י') דחכם א' כ' פן באומרת להקד"ם דומה להאומר לא לוייתי ואינו יכול לחזור ולומר לצחוק נתפוננתי וכ' דלא הוי מילי דכדי פיון דהנה מעשה דכירי להו אינשי והב"י כ' שם דכיון דבין לדברי עדים בין לדברי אינה מקודשת אע"ג דלדברי עדים נצטרף לומר ששחקה בהם ולדברי א"צ מ"מ ל"ש לומר אנו לא טענינו לה ומדבריו נראה דהודא' מתוך פפירה ל"א דשוני אנפשיה ח"ד: סי' יז פתב בש"ע (סי' ע"ט) דאם לא הוי הפפירה בב"ד לא הוחזק פפרן אבל אם אמר התובע לעדים שפפר בפניהם אתם עדים שטען לא לוייתי ושחק אם חזר וטען פרעתיך קודם לכן א"נ אבל אם אמר פרעתיך אחר כך נאמן.

וברמב"ם (פ"ו) מטו"נ כ' ולעולם אינו מוחזק פפרן עד שיכפור בב"ד ועיין בבעה"ת (שמ"ב) שחקילוק יש בין הפופר בב"ד לפופר בעדי' באתם עדים דלא אמרינו בזה הוחזק פפרן ואם אמר פרעתי אחר כך נאמן אבל פרעתי קודם אינו נאמן והמרי"ט (סי' ל"ו) הוסיף להוכיח דאף דקיי"ל הוחזק פפרן לעולם בממון זה היינו דוקא על ידי עדים שהעידו שלנה והוא אומר לא לוייתי והעדים ראו גוף ההלואה אבל אם לא ראו רק שהם מכחישים אותו עפ"י הודאתו שאמר לפניהם הן נהי דנתחייב עפ"י הודאתו ולא מצי למימר טעיתי וכיוצא מ"מ לא הוחזק פפרן עפ"י עצמו ובקצוה"ח הסכים לדבריו.

ובס' ש"מ משיג ע"ז והעלה לדינא אם טען בפני עדים לא לוייתי וכשתבעו אחר כך בב"ד טען שפרעו קודם נעשה הוחזק פפרן בהודאתו שאמר לפני עדים לא לוייתי דהוי פאומר לא פרעתי ושוב אף שיצא מב"ד אינו נאמן לומר פרעתי אחר כך והא דכתב הטוש"ע פאומר פרעתי אחר כך נאמן היינו אם טוען תחילת ביאתו לב"ד שפרע אחר שאמר לעדים לא לוייתי דבכה"ג אמרינו דבחויז לב"ד ל"נ הוחזק פפרן ולדעת מהרי"ט מעולם ל"נ הוחזק פפרן עפ"י הודאתו שהוא על פי עצמו נהי דנתחייב לשלם אבל פפרן לא הוי ולדבריו הפירוש אם אמר פרעתיך אחר כך היינו אף אחר שיצא מב"ד במקום דל"ה פמלנה בשטר נאמן: ומצאתי בחידושי ריטב"א שבועות (דף מ ע"ב) דמבואר להדי' פדעת מהרי"ט שכ' להקשות בהא דריש ב"מ מה לצד השו' שבהן שפן אינו מוחזק פפרן תאמר בעדי' שהוחז' פפרן הא שמעינו ממתיני' שאדם מוחזק פפרן ע"פ הודאתו וכ' לתרץ דאילו מוחזק בעדי' הלוא' שטען לא לוייתי הוחזק פפרן לאותו ממון לעול' שלא אמרו הפופר במלנה פשר לעדות אלא לעדות או לדינין דעלמא אבל פאותו ממון אינו נאמן ואילו במוכחש בעדי' הודאתו לא שמענו שיהא מוחזק פפרן ומעתה גם בזו י"ל דאמרינו

בשמעתא דר"ח שאין אדם מוחזק כפָּרָן על פיו וזו מן הדברים שדנתי בפני רבותי עכ"ל הרי מבואר דעל ידי הודאתו בפני עדים אף שפּר אחר פּר בב"ד ונצא חייב מ"מ ל"נ הוחזק כפָּרָן אף למזון זה שלא יהיה נאָמֵן לומר אחר פּר פּרעתי ורק אם היו עדי הלואה ואחר פּר אף דנעשה כפָּרָן על ידי הודאתו בזה הוחזק כפָּרָן לכ"ע וכמבואר בריטב"א ב"מ (דף ט"ז) ועיין לח"מ (פ"ו) מטו"נ.

ומה שעמד הש"מ מהוכחת הבעה"ת מהא דצריף לומר כל האומר לא לוייתי כאומר לא פּרעתי הא שם היו עדים על הפרעון כּבּר עמד על זה במהרי"ט (שם סי' מ"ו) ומה שהוכיח מהא דתבועו בב"ד ואמר להד"ם ואחר פּר הוציא המלנה מת"י כ"י דהוחזק כפָּרָן הרי דעל פי כ"י הוחזק כפָּרָן שא"נ לומר פּרעתי אף אחר פּר ומה לי הודה בפני עדים או כ' בכ"י שחייב לחבירו הא אינו מתחייב רק על פי הודאתו לבדו אינו ראי' מזה די"ל דוקא במתחייב בהודאתו לבדו אף דיוכל להיות שטעה ומ"מ לא מצוי טען טעיתי וכי"ב מ"מ לא הוי הוחזק כפָּרָן על ידי הודאתו שלא יהיה נאָמֵן לומר אחר פּר פּרעתי פּינן דכל מה דאמרינן הוחזק כפָּרָן לאותו מזון הוא רק מדרבנן כמבואר בש"מ ריש ב"מ די לנו לומר רק היכא דהוכחש מפי עדים שהוא בירור הדבר לא כשהוכחש על פי הודאתו לבדו במה שאמר הן משא"כ בעשה מעשה ונתן כ"י דהוי כאנו סהדי דמשקר ונתפס לכפָּרָן דבזה כ"ע ידעו דלא טעו אינשי בקב"ה לקב"ה נעשה כפָּרָן.

ובספר ראש יוסף (סי' ס"ט) כתב ואפשר דאף דאמר מעיקרא להד"ם ואחר פּר כשהוציא כתב ידו אמר פּרעתי ושכח מאותה הלואה ועקשיו בראו' כ"י ראה ונזכר אף שפּר פרע נאָמֵן דשכחה מצויה עיין שם אולם מדברי הסמ"ע והב"ח מבואר דאינו נאָמֵן והיינו דזה אינו מצויה כלל לטעות מה שאין פּו היכא דנתפס לכפָּרָן על ידי עדים שהודה בפניהם י"ל דלא נעשה כפָּרָן לעולם וכמו שכ' הריטב"א ז"ל: אף בדברי הבעה"ת הדבר ברור דכוננתו שם בראיתו מש"ס ב"ב דכן מביא משם הראב"ד והדברים מבוארים שם בריטב"א משם הראב"ד לתרץ מה דקשה ל"ל לרב אשי טעמא דכאומר לא פּרעתי דמי דהוה טעמא צריף דלא להני ליה עדי פרעון אבל היכא דאין פּאן טענת פרעון ולא עדי פרעון רק הוא טוען שלא לנה מעולם ובאו עדים שלנה שהוא חייב פּטוען לא היו דברים מעולם ובאו עדים שלנה שהוא חייב וע"ז כ' משם הראב"ד דהא דטעין להד"ם הנה חוץ לב"ד אילו לא היינו אומרים דכל האומר לא לוייתי כאומר ל"פ פּינן דאית להו מגו מסרסין דבוריה או איהו נמי מפרש ליה דהא דאמר להד"ם פּרעתי בְּעֵי לְמִטְעֵן רַק מְשֻׁם דְּתַבַּע לִי מַה דְּלֹא הָוִי חֵיִיב קִפְצָתִי וְאִמְרָתִי לְהַד"ם עֵבִיד אִינְש דְּלֹא מְגַלִּי כְּוִלָּה טַעֲנָתִיהָ אֲלֵא בְּב"ד אֲבָל פּאן פּינן דאמר כאומר לא פּרעתי אי אפּשר לסרס לשונו ולומר פּרעתי בְּעֵי לְמִימַר דְּהָא אִמַּר מְעִיקְרָא שְׁלֵא פּרַע עֵינֵן שְׁם הָרִי מְמַש דְּדַבְרִי בַּעֲה"ת סוֹבֵב גַּם כֵּן עַל ש"ס דְּרִיש ב"ב הַנּו' וְחִוּינֵן דְּדוֹקָא לְהַכְחִיש טַעֲנָתוֹ שְׁחוּץ לְב"ד א"י וְחֵיִיב לְשַׁלֵּם וְאִם טַעֲנֵן וְכִפֵּר בְּב"ד נַעֲשֵׂה הוּחִזַּק כְּפָרָן אִף בְּאִינָם הָעֵדִים מְכַחֲשִׁין רַק הוּדְאָתוֹ וְכֵן מְבֹאֵר עוֹד שְׁם בְּרִיטְב"א דְּבַהֲוֹכַחֵש בְּעֵידי הוּדְאָה הָוִי הוּחִזַּק כְּפָרָן.

וביותר כ' שם משם הרשב"א שהיה אומר דהואיל דכל האומר לא לוייתי כאומר ל"פ אם טוען לא לוייתי ואחר פּר אמר פּרעתי פּינן דהוי כמודה מקודם בפני ב"ד דלא פרע הוי כחוזר מחיוב לפטור פּינן שפכלל טענתו ה' שלא פרע וכ' וכן נרא' וזכרוני שהרבה דנתי

בְּזֶה לִפְנֵי מוֹרֵי הָרֶשֶׁת׃ א ו"ל וּבִפְרֻט זֶה כָּל הַפּוֹסְקִים בְּטוֹשׁ"ע חוֹלְקִים עַל זֶה אֲבָל מ"מ אִם הֵנְכַחֵשׁ עַל יְדֵי הוֹדָאתוֹ בּב"ד כַּנֶּרְאָה שֶׁשׁ דַּעַת כְּנֹלֵם דְּהוֹיְהוֹחֻזֵק כְּפָרֵן מְלַבֵּד הָרִיטְבִי"א בְּסוֹף דְּבָרָיו כ' בְּמִנְחָשׁ בְּעֵינֵי הוֹדָא' לֹא שְׁמַעְנוּ שִׁיְהֵא מוֹחֻזֵק כְּפָרֵן וצ"ע אִם לֹא יָכוֹל הַמְּוֹחֻזֵק לֹמַר קִים לִי בְּזֶה פְדַעַת מֵהֵרִי"ט פִּינֵן דִּישׁ לֹו לְסִייעָתוֹ דְּבָרֵי הָרִיטְבִי"א וּבִפְרֻט פִּינֵן דְּהוֹי דִּינָא דְּהוֹחֻזֵק כְּפָרֵן דֹּא"נ לְאוֹתוֹ מְמוֹן הוּא רַק מְדַרְבְּנֵן וּכְמוֹ"ש מְדַרְבֵּי הַש"מ רִישׁ ב"מ: וּמ"ש הַש"מ בְּבִיאוֹר דְּבָרֵי הַטוֹשׁ"ע דָּאִם אָמַר פְּרַעְתִּי אַחַר כֶּה דִּנְאַמֵּן הִינְנוּ פְּשָׁאֵמַר תְּחִילַת בִּיאָתוֹ לַב"ד שְׁפָרַע אַחַר שְׁאֵמַר לְעֵדִים לֹא לְוִיתִי דְּבַכָּה"ג נְאַמֵּן דְּבַחוּץ לַב"ד לֹא הוֹחֻזֵק כְּפָרֵן רְאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת דְּלֹא הִבִּין כֵּן בְּדַרְבֵּי הַבַּעַה"ת רַק בָּאִם לֹא כֶּפֶר בּב"ד רַק בְּפִנֵי עֵדִים טַעַן לְהֶדְ"ם וְאַחַר כֶּה הִבִּיא הַתּוֹבַע עֵדִים בּב"ד וְחִיבּוּהוּ לְשַׁלֵּם וְאַחַר שִׁיַּצָּא הַפ"ד לְשַׁלֵּם אֹמַר שְׁפָרַע בְּזֶה נְאַמֵּן הוּאִיל דְּלֹא כֶּפֶר בּב"ד אֲבָל אִם טוֹעַן שְׁפָרַע קוֹדֵם שְׁתַּבַּע אוֹתוֹ בּב"ד אִינוֹ נְאַמֵּן דְּכִינֵן שְׁכֶפֶר בְּפִנֵי עֵדִים חֲזִינֵן דְּדַעַתוֹ הִיָּה לְכַפֹּר וְדֹאִי לֹא פָרַע אַח"כ רַק אִם כֶּפֶר חוּץ לַב"ד וְאַחַר כֶּה הִבִּיא הַמְּלָנָה עֵדִים בּב"ד שְׁלָנָה וּבב"ד שְׁתַּק וְלֹא כֶּפֶר פִּינֵן שְׁרָאָה שְׁבִאוֹ עֵדִים וְחִיבּוּהוּ לְשַׁלֵּם בְּזֶה לֹא הוֹי הוֹחֻזֵק כְּפָרֵן לְעוֹלָם וְכ' דְּכֵן מְבֹאָר בְּבַעַה"ת שְׁכ' אֲבָל אִם אָמַר אַחַר שְׁנִתְעַצְמוּ בְּדִין פְּרַעְתִּי נְאַמֵּן אֲבָל לְטַעוֹן בּב"ד פְּרַעְתִּי קוֹדֵם שִׁיְחִיבּוּהוּ ב"ד אִינוֹ נְאַמֵּן פִּינֵן שִׁהִיָּה דַּעַתוֹ לְכַפֹּר חוּץ לַב"ד וְדֹאִי לֹא פָרַע וְהוֹסִיף לֹמַר דְּפְרַעְתִּי אַחַר שְׁכֶפֶר אִף בְּלֹא אָמַר אַתֶּם עֵדִים אִינוֹ נְאַמֵּן וְהָא דְּצָרִיף אַתֶּם עֵדִים הוּא פְּדִי שְׁלֹא יוֹכַל לֹמַר פְּרַעְתִּי קוֹדֵם וּמָה שְׁאֵמַרְתִּי לֹא לְוִיתִי לֹא בְּדִיוֹק אַמְרִתִּי אֲבָל אִם אֹמַר שְׁפָרַע אַחַר כֶּה הָרִי הוֹדָה שְׁחִיב לֹו אֲזַ בְּשַׁעַת תְּבִיעָה וְלֹא הִי לֹו לְהַשְׁטוֹת וְע"כ דַּעַתוֹ הִיָּה לְכַפֹּר שׁוּב אִינוֹ מְשַׁלֵּם בְּלֹא ב"ד.

וְהַמְעִינֵן בְּבַעַה"ת יִרְאָה דְּאִינוֹ מְוַכְרַח דְּמִתְחִילָה הִבִּיא הָאִיכָא מ"ד דְּשִׁלֵּא בְּפִנֵי ב"ד לֹא נִקְרָא הוֹדָאָה כִּי אִם טַעַנָּה שְׁמָה וְעֵבִיד אִינְשׁ דְּלֹא מְגַלָּה דַּעַתוֹ אֲלֵא בּב"ד וְיָכוֹל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי בֵּין אַחַר כֶּה אוֹ פְּרַעְתִּי קוֹדֵם לְכֵן וְאַח"כ כְּתִב וְאִיכָא דְּפִלִּיג פִּינֵן דְּטַעַן לֹא לְוִיתִי בְּאַתֶּם עֵדִים אִף שְׁלֹא בְּפִנֵי ב"ד כְּאוֹמַר לֹא פְּרַעְתִּי וְכ' וְאִם חֲזַר וְאַמַר פְּרַעְתִּי קוֹדֵם לְכֵן אִינוֹ נְאַמֵּן שְׁכֶפֶר הוֹדָה כְּאֵלוֹ אָמַר לֹא פְּרַעְתִּי אֲבָל אִם אָמַר אַחַר מִכֵּן שְׁנִתְעַצְמוּ בְּדִין פְּרַעְתִּי נְאַמֵּן וְלֹא הַזְּכִיר כָּלֵל שִׁיְהִיָּה הַפְּוֹנָה אַחַר שִׁיַּצָּא הַפ"ד וּפְשָׁטוֹת דְּבָרָיו מְשַׁמַּע דְּלְעוֹלָם נְאַמֵּן לֹמַר אַח"כ פְּרַעְתִּי וְרַק אִם אֹמַר שְׁפָרַע קוֹדֵם שְׁאֵמַר לֹא לְוִיתִי בְּזֶה אִינוֹ נְאַמֵּן דְּהוֹדָאָה חוּץ לַב"ד בְּאַתֶּם עֵדִי הוֹי הוֹדָא' אֲבָל אִם אֹמַר שְׁאַחַר כֶּה גִּתַּן עַל לְבוֹ וְנִזְכַּר שְׁלָנָה וּפְרַע לֹו לְמָה לֹא יְהִיָּה נְאַמֵּן בְּזֶה וְהַמְעִינֵן עוֹד שֶׁשׁ יִרְאָה שְׁרַק בְּדִקְדוּק כ' הַבַּעַה"ת דְּפְרַעְתִּי קוֹדֵם לְכֵן אִינוֹ נְאַמֵּן שְׁכֶפֶר הוֹדָה וּמ"ש אַחַר שְׁנִתְעַצְמוּ בְּדִין פְּרַעְתִּי נְאַמֵּן הִינְנוּ אִם לֹא כֶּפֶר בּב"ד רַק כְּשִׁנְתְּעַצְמוּ בְּדִין אָמַר פְּרַעְתִּי אַחַר כֶּה נְאַמֵּן וְהִינְנוּ אִף אִם בְּתַחֲלִילַת בִּיאָתוֹ לַב"ד אָמַר פְּרַעְתִּי אַחַר שְׁאֵמַר לֹא לְוִיתִי נְאַמֵּן וְאִם לֹא אָמַר כָּלֵל וְלֹא כֶּפֶר בּב"ד וְיַצָּא חִיב ג"כ לֹא הוֹי הוֹחֻזֵק כְּפָרֵן בְּהוֹדָאתוֹ וְכַפִּירָה חוּץ לַב"ד.

וְאִין סְבָרָא לֹמַר דְּאַחַר פ"ד יְהִי לֹמַר פְּרַעְתִּי אִף דְּהוֹחֻזֵק כְּפָרֵן ע"י כְּפִירָתוֹ חוּץ לַב"ד וְע"כ צ"ל דְּכָל כְּפִיר' חוּץ לַב"ד תְּלִינֵן בִּיּוֹת' בְּאַשְׁתְּמוּטִי וְלְמָה נֹאמַר דָּאִם טוֹעַן שְׁפָרַע אַחַר שְׁכֶפֶר קוֹדֵם שְׁתַּבַּע אוֹתוֹ לַב"ד דְּלֹא יְהִיָּה נְאַמֵּן לֹמַר שְׁפָרַע אַחַר כֶּה כְּשִׁהִיָּה לֹו מְעוֹת וּמ"ש שֶׁם הַבַּעַה"ת לְהוֹכִיחַ מִמָּה דְּקָאֵמַר לֹא פְּרַעְתִּי דְּמִי דְּמִשְׁמַע שְׁאֵם אָמַר פְּרַעְתִּי לְאַחַר שְׁעַמְדִּיתִי בְּדִין נְאַמֵּן וְאַמַי נִימָא הוֹחֻזֵק כְּפָרֵן וְע"ז מְתַרְץ דְּכַפִּירָה חוּץ לַב"ד אִינוֹ עוֹשֶׂה לֹו לְהוֹחֻזֵק כְּפָרֵן הָא דְּנִקְט לְאַחַר שְׁעַמְדִּיתִי בְּדִין הִינְנוּ לְרַבּוּתָא דְּאִף שְׁהַנִּיחַ אוֹתוֹ

לתפוע בב"ד מ"מ ל"ג הוֹחֵזֵק פּפְרוֹן בְּכַפִּירְתּוֹ חוּץ לִב"ד אִם לֹא כָּפַר בִּב"ד אָבֵל לְעוֹלָם פְּרַעַתִּי אַח"כ פֶּשֶׁטְעֵן מִדְּכַפֵּר לִב"ד י"ל דְּנֶאֱמָן מִדְּקַתְנִי כְּאוֹמֵר לֹא פְּרַעַתִּי דְּמִי הִיָּנוּ דְּהוּי הוֹדָאָה מִתּוֹךְ כְּפִירָה וּמִשְׁמַע דְּרַק פְּרַעַתִּי קוֹדֵם לְכּוֹן א"נ אָבֵל לֹא לְשִׁלּוֹל דְּלֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן לֹמֵר פְּרַעַתִּי אַחַר כֹּף דְּקוֹדֵם שְׁתַּבְּעוּ לְדִין וְדַאי כ"ז דְּלֹא בָּאוּ הָעֵדִים לִב"ד הוּי כְּמוֹ מִפְּטוֹר לְפִטוֹר דִּיכּוֹל לְחֹזֵר וּלְדַעַת הִר"י מִיִּגְאֵשׁ אֵף אִם בָּאוּ עֵדִי אַח"כ אָבֵל אִם הִנִּיחַ אוֹתוֹ לְתַפּוֹעַ בִּב"ד וְהָעֵדִי הָעִידוּ שְׁלֹנָה בְּפִנְיָהֶם אֵף אִם כָּפַר בְּפִנְיָ עֵדִים חוּץ לִב"ד מ"מ יְכוֹל לֹמֵר פְּרַעַתִּי אַח"כ שְׁכַפֵּר הוֹדָאָתוֹ וְשָׁם עַל לְבוֹ.

וְהָא דְּאִינוּ נֶאֱמָן בְּמַגּוֹ לֹמֵר פְּרַעַתִּי קוֹדֵם לְכּוֹן בְּמַגּוֹ דְּפְרַעַתִּי אַחַר כֹּף כִּי הִרִיטְבִּי אֶשְׁבּוּעוֹת שָׁם דְּאִין אָדָם נֶאֱמָן לְסִתּוֹר הוֹדָאָה שְׁהוֹדָה בִּב"ד אוֹ בְּפִנְיָ עֵדִים בְּשׁוּם מַגּוֹ [וְעֵינִין גַּד"ת (שַׁעַר י"ב) דְּהִקְשָׁה עַל הַבַּעַה"ת שָׁם דְּאֵמַאי אִם טָעַן פְּרַעַתִּי אַחַר שְׁאֵמַר אִין לֵךְ בְּיָדִי פְּלוּם דְּאִינוּ נֶאֱמָן פִּינּוֹן שְׁמוּדָה כְּשֶׁאֵמַר טַעַנְתּוּ עַל לְהַד"ם הִיָּה כְּנֻנְתּוֹ נְהִימְנִיהַ בְּמַגּוֹ דְּאִי בְּעֵי הִיָּה עוֹמֵד בְּדְבָרִים הִרְאִישׁוּנִים וְהִיָּה מְפָרֵשׁ מָה אִין לֵךְ בְּיָדִי שְׁכַפֵּר פְּרַעַתִּי וּמְתַרֵץ פִּינּוֹן דְּהוֹדָה דְּכְנֻנְתּוֹ הִיָּה עַל לְהַד"ם מְחַזְקִינּוּ דְּלִדְיָה אִין מִשְׁמַעוֹת אַחַר לְטַעַנְתּוֹ הִרְאִישׁוּנָה וְעֵינִין ש"מ (ס"ק ה') שְׁהֶאָרִיף בְּקוֹשְׁיָא עַל הַטּוֹר וּבַעַה"ת וּכְנִרְאָה לֹא שָׁם עֵינִיו עַל דְּבָרֵי הַגַּד"ת]: וְדַעַת הִרְבִּינוּ יוֹנָה ז"ל מוֹבָא בְּטוֹר אֶפִּילוּ כָּפַר חוּץ לִב"ד.

אִינוּ נֶאֱמָן לֹמֵר אַחַר כֹּף פְּרַעַתִּי וְעֵינִין בְּטו"ז שְׁעַמַד עַל דְּבָרֵי הַמְּחַבֵּר דְּבִסִּי (קמ"ו) הִבִּיא הַמְּחַבֵּר דַּעַת רַבִּינוּ יוֹנָה בְּשֵׁם יֵשׁ מִי שְׁחֹלֵק דְּאֵף בְּאֵמַר חוּץ לִב"ד שֶׁל אֲבוֹתִי וְלֹא שֶׁל אֲבוֹתֵיךָ שׁוּב א"י לֹמֵר שֶׁל אֲבוֹתִי שְׁלֵקְחוּ מֵאֲבוֹתֵיךָ הוֹאִיל דְּבָא לְזַכּוֹת עַצְמוֹ בְּאוֹתוֹ טַעַנָּה וּמְפָלְלוּ הוֹדָה בְּחֻבְתּוֹ תוֹ לֹא צָרִיף אַתָּם עֵדִים וְכֹאן נְמִי כְּשֶׁאֵמַר לֹא לְוִיתִי בָּא לְזַכּוֹת א"ע וּמְפָלְל זֶה יֵצֵא חוֹבְתוֹ דְּהוֹדָה דְּלֹא פָּרַע וְאִם כֵּן אֵף חוּץ לִב"ד לֹא צָרִיף אַתָּם עֵדִים וּבְחֻמִּים כ' לְחַלֵּק דְּוִקָא כְּשֶׁאוֹמֵר בְּפִירוּשׁ לֹא שֶׁל אֲבוֹתֵיךָ ל"א דְּנִתְפָּוּן לְהַשְׁטָאָה מִה שְׁאִין כֵּן בְּאוֹמֵר לֹא לְוִיתִי הָא יְכוֹל לְפָרֵשׁ דְּבָרֵיו לֹא נִשְׁאַרְתִּי בְּהַלְאָ' רַק בִּב"ד מִיִּדְּק דֵּיִיק וְחוּץ לִב"ד דְּלֹא דֵּיִיק יְכוֹל לְפָרֵשׁ דְּבָרֵיו נֶאֱפִילוּ טָעַן לְהַד"ם י"ל גַּם כֵּן דְּלֹא דֵּיִיק וְכְנֻנְתּוֹ דְּבָרֵיו דְּלֹא חֲזִיב כְּלוּם.

אוּלָם הַמְּעֵינִין בְּדְבָרֵי ש"מ ב"ב (דף ו' וְדף ל"א) יִרְאָה לְהַדְיָא דַּהֲר"י סוֹבֵר דְּאֵף בְּאוֹמֵר לֹא לְוִיתִי חוּץ לִב"ד הוּי הוֹדָאָה אַעֲפ"י שְׁלֹא אָמַר אַתָּם עֵדִי שְׁהָרִי לְפִטוֹר עַצְמוֹ הִיָּה בָּא וְלֹא לְחֲזִיב עַצְמוֹ וּבַמַּהֲרִי"ט שָׁם (ס"א ל"ו) כ' וּמְסַתְּבָרָא דְּאֵף הִר"י לֹא אָמַר דְּהוֹחֵזֵק כְּפָרוֹן רַק דְּוִקָא בְּהוֹכַחַשׁ בְּעֵדִים אֶפִּילוּ חוּץ לִב"ד פִּינּוֹן דְּאֵמַר אַתָּם עֵדִים וְלֹא חֹזֵר בּוֹ הוֹחֵזֵק לְכַפּוֹר מְמוֹן חֲבִירוֹ אָבֵל כָּל שְׁלֹא הִכְחִישׁוּהוּ עֵדִים אֶלָּא שְׁחֹזֵר וְטָעַן מִטַּעַנָּה הִרְאִישׁוּנָה לֹא אֶמְרִינוּ הוֹחֵזֵק כְּפָרוֹן בְּמַה שְׁטָעַן בְּרִאשׁוֹנָה.

וְהַמְּעֵינִין בְּדְבָרֵי ר"י וּבְפִרְט ב"ש"מ (דף ו') יִרְאָה דְּאֵף הוֹדָאָה מִתּוֹךְ כְּפִירָה חוּץ לִב"ד הוֹאִיל דְּבָא לְפִטוֹר א"ע אִם יֵשׁ עֵדִים שְׁלֹנָה שׁוּב אִינוּ נֶאֱמָן. וְעַל פְּרָחָף הָא דְּהוֹדָה מִעַצְמוֹ שְׁטַעַנָּה הִרְאִישׁוּנָה הִיָּה בְּשִׁקְרָה שְׁלֹנָה בְּאֵמַת רַק שְׁפָרַע חוֹזֵר וְטוֹעֵן כְּמִבְּנֹאֵר בְּדְבָרֵיו שָׁם פִּינּוֹן דְּאִם הִיָּה עוֹמֵד בְּטַעַנְתּוֹ הִרְאִישׁוּנָה הִיָּה זְכַאי יְכוֹל לְזַכּוֹת עַצְמוֹ בְּטַעַנָּה הַשְּׁנִיָּה אֵף דְּהִיָּה בְּפִנְיָ ב"ד וּמִיִּדְּק דֵּיִיק וְא"י לְפָרֵשׁ דְּבָרֵיו מ"מ פִּינּוֹן דְּהוּי מִפְּטוֹר לְפִטוֹר לֹא נוֹכַל לְחֲזִיבוֹ עַל יְדֵי הוֹדָאָה הִרְאִישׁוּנָה מִתּוֹךְ כְּפִירְתּוֹ וְדִלָּא כְּמוֹ שְׁכ' הִרִיטְבִּי אֶשְׁבּוּעוֹת מִשָּׁם



הרא"ה הנ"ל עכ"פ מבואר מדברי ר"י דאף בלא אתם עדים הודאה חוץ לב"ד מתוך פפירה הוי הודאה וא"י לחזור ולומר פרעתי פשיש עדי הלואה.

ואולי הש"ע הכריע פאן שלא להזכיר דעתו או משום סברות התנאים או די"ל דשם הזכיר דעתו בשביל שהוא להחזיק הקרקע בחזקת מר"ק משא"כ פאן הוא להוציא ממון לקף לא הזכירו רק דוקא פשאמר אתם עדי: ודע דלא מצינו בפירוש דהחזקת פפרן לאותו ממון לעולם דא"י לטעון אחר כך פרעתי אחר שפפר בב"ד רק היכא דעכ"פ התובע טוען טענת פרי נשארה החזקת חיוב וזה שהחזקת פפרן נפסל נאמנותו מדברגו שלא יהיה נאמן לעולם ובאמת הדבר צריך טעם נכון למה ל"נ אשתמוטי ועיין גד"ת (שער י"ב) דכ' הא דא"צ שפנגדו ליטבע כמו בחשוד ודבריו דחוקים למאד הא אף דאנן סהדי והודה דמעיקרא לא פרע מ"מ יכול להיות דפרע אחר כך ובריטב"א ב"מ מבוא' הטעם דהואיל דבא פ"א ע"י פפירתו לא תקנו חכמים בזה שפנגדו יטבע ויטול פיון דאינו חשוד רק על ממון זה עכ"פ גם מה דל"א אשתמוטי והפסיד נאמנותו על להבא בממון זה לעולם לא מצינו טעם מבןרר למה אמרו חכז"ל פן אם פן די לנו לומר דאם התובע טוען פרי אכל אם התובע טוען שפא י"ל פיון דהוא להחזיק אמרינו פרי ושפא פרי עדיף: ובזה מיושב דברי הש"ף (סי' קמ"ו ס"ק כ"ד) שכתב שאפילו הי' אומר בפירוש של אבותי מעולם אין במשמע לשון הנה ולא שלקחיה מאבותיה דהא יכול להיות שאבותיו דרו בו מעולם ואחר כך בפסוף לקחיה מאבותיו ונהי דהחזקת במה שאמר מעולם מ"מ בחד יומא לא הוכחש ואם פן הרי טען שאבותיו דרו בו חד יומא ונטעון ליה שפא לקחיה אבותיו כמו שטענינו לכל יורש ולכאור' הא אפילו אומר לא עברתי בצד עמוד זה והוכחש אי לא דמילתא דלא רמיא ולא אדעתיה הוחזק פפרן וכן הקשה שם על הש"ף בזה בנתיבות ולמה שכ' פיון דבעד יורש מה דהב"ד טוענין הוא כמו טענת פרי פמבואר פרא"ש פתופות וזה שפא בעדי אבות א"י אם אביו מכרו לו ובא רק בטענת שפא לא איכפת לן במה דהוי הוחזק פפרן: אם יצא מב"ד אחר שטען טענה שיתחייב בה א"י לתקן טענה הראשונה אף שיש בהלשון שפובל זה התקון דשפא למדוהו לטעון שגר פמבואר (סי' פ') ודעת הש"ף דדוקא פשפבר פסקו הב"ד שחייב מפח טענתו אבל אם עדיין לא פסקו הב"ד ל"א דטענות שגר אגמרהו פיון דהו' חושב דגם בטענה שטען יזכה בדין והתנמי' חולק ע"ד ונהיב ראיה מדברי הרמב"ם דכ' (פ"ז) מטו"נ ד יכול לחזור ולטעון להכחיש טענה הראשונה וסומכין על טענתו האחרון' אעפ"י שיצא מב"ד וחזר ולדברי הש"ף קשה מה אעפ"י שיצא מב"ד וחזר הא בזה אף דלא זכה בטענה הראשונה אין נ"מ ביצא מב"ד פיון דעדיין לא נתחייב בב"ד וראיה זו יש לדחות למה שכ' מהרי"ט (סי' מ"ו) במה שכ' הרמב"ם וסומכים על טענתו האחרונה דמה נ"מ פיון דתרונייהו לפטור הן ועמד ע"ז מהריב"ל וכתב מהרי"ט דהיכא דבא עדים אחר כך והכחישוהו בטענה הראשונה פל שלאבאו קודם הטענה השנייה לא מקרי הוחזק פפרן ומהני ליה טענתו השנייה שלא פדעת הרמ"ה ולכך כ' הרמב"ם דסומכין על האחרון' ואין סותרין אותה אעפ"י שאפשר שהי' יודע שהי' עדים בדבר עיין שם ואם פן שפיר כ' רבותא אעפ"י שיצא מב"ד וחזר דאיכא למימר דנתודע לו שיש עדים נגד טענה הראשונה מ"מ פל זמן שלא באו עדים להכחיש טענה הראשונה יכול לחזור מפטור לפטור.

ולעולם י"ל דמחויב לפטור לפרש דבריו אף שיש צא מב"ד כל זמן דלא פסקו הב"ד לחייבו לא חיישינו דשקר אנגרוהו לפרש דבריו. ומדברי הרשב"ם ב"ב (דף ל"א) בעובדא דז"א של אבותי וז"א של אבותי ואחד יש לו עדי אבהתיה והשני יש לו עדי חזקה דא"ל אפני לרבה מה לי לשקר במקום עדים ל"א הדר א"ל אין דאבהתך הוא וזכינת' מנה כו' טוען וחוזר וטוען ומפרש רשב"ם משום דהיו מפסידין אותו פאפני הנצרה לחזור ולטעון פן דיקא נמי דקאמר גמרא א"ל אפני הרי דכבר הנה אחר פס"ד וע"ז מביא הגמרא מחלוקת עולא דטוען וחוזר וטוען לפרש דבריו ונהרדעי אמרו אינו חוזר וטוען ומודה עולא כו' והיא דבב"ד לא טען ואתא מאבראי וטען אינו חוזר וטוען מ"ט טענתיה אנגרוהו.

נראה דמדניק משום דהיו מפסידין אותו פאפני היינו דכבר הנה פס"ד וע"ז קאי הדין דאם יצא לחוץ דאינו חוזר וטוען אף לפרש דבריו יש להוכיח קצת פדברי הש"ך. אולם התנאים הוכיח מדברי הריב"ש דאף דלא פסקו עדיין הב"ד פשיצא לחוץ אמרינו דטענתיה אנגרוהו אף לפרש דבריו וכן יש להוכיח מדברי תשובת הרי"ף (סי' קצ"ט): וקצת יש לעיין מניין להפוסקים ללמוד משם דביצא לחוץ דאינו חוזר וטוען לפרש דבריו הא לא הוי בירור גמור דטענתיה אנגרוהו רק ספק דלמא וכן משמע שם בדברי תשובת הרי"ף דלמא טענה אנגרוהו וכן הוא בטור וש"ע (סי' קמ"ו) דחיישינו שמה למדהו לטעון שקר ושם אתי שפיר אף דהוא ספק אם למדהו לטעון שקר ולפרש דבריו מ"מ מוקמינו להקרקע בחמר"ק פניו דיש לזה עדים שהוא של אבותיו.

אבל מניין לנו בטענות שפא להחזיק שלא להוציא ממנו דאינו חוזר וטוען פשיש במשמעות הלשון לפרש טענתו הראשונה והרמב"ם והטור וש"ע פתבו דאם יצא מב"ד אינו יכול לטעון שמה אנשים רעים למדהו לטעון שקר ואמאי נוציא ממון מספק פניו שזה צועק דלא למדהו ורוצה לישבע ע"ז והב"ד אינם יודעים בבירור ומש"ס אינו ראיה דשם מוקמינו להקרקע בחזקת מר"ק.

וצריך ישוב. ומ"מ י"ל דכ"ז דלא פסקו הב"ד יכול המוחזק לומר קים לי פדעת הש"ך דחוזר וטוען לפרש דבריו אף ביצא לחוץ רק אחר שנגמר הפ"ד בזה שפיר פניו דיש ספק לפנינו דביצא לחוץ ובא לפרש בזה לא מבטלינו הפס"ד וקם דינא שלא לסתור מה שאין פן פשיעדין לא יצא הפס"ד צ"ע להוציא ממון מחמת ספק דלמא אנגרוהו לטעון שקר ועיין ש"מ דכ' אם הביא עדים על טענתו השניה מהני פשפא לתקן טענתו הראשונה וא"ד להא דסי' (קמ"ו) אף דיש ראיה להמחזיק דטענה האחרונה אמת מדאכל ג' שנים ולא מיחה דעדים אלימי טפי.

ויש לגמגם בזה דהא ע"כ דמחזקינן לטענתו הראשונה כפשטו' לשונו בבירור פשיצ' לחוץ דמוציאין ממון אם פן הודאת בעל דין יותר ממאה עדים ומה יועילו עדים לכן נראה אם פבר פסקו הב"ד פשיטת הש"ך אז אינו סותר דינו אף אם באו עדים דקם דינא ואם עדיין לא פסקו הדין נראה דאין מוציאין ממון אף בלא עדים וצ"ע: סי' חי אם תבעו שחיב לו מנה ואמר לו בפני עדים הן ולמחר אמר משטה הייתי בה צריך לישבע שהוא פדבריו שפוננתו להשטות פמבואר (סי' פ"א) ועיין ש"ך (ס"ק ב') ובתנאים כ' הואיל

דאָמער בַּפֿה מָלֵא שְׁחֵיב לֹו וְזֶה שְׁכִינֵן לְהַשְׁטוֹת הו"ל דְּחִיָּה בְּעֵלְמָא הו"ל יוֹתֵר רַגְלִים לְדַבֵּר מְסַלֵּעַ שְׁנַפְל מְשֻׁנָּם וּלכ"ע יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעוֹ עַל כָּף אֶף מְסַפֵּק.

וּלְפִי דְבָרָיו הָיָה נִרְאָה דְּאִינוּ יָכוֹל לְהַפְנוֹד הַשְּׁבוּעָה דְּאִינוּ חֵיב לֹו אֶף בְּטוֹעֵן טַעֲנַת בְּרִי דְחֵיב לֹו כִּינֵן דְּחֵיב גַּם כֵּן לִישְׁבַע דְּלֵא כִּינֵן לְהַשְׁטוֹת וְהַדְּבָרִים צ"ע מְנַיֵן לָנוּ לֹוּמֵר דְּזֶה הָיָה רַגְלִים לְדַבֵּר יוֹתֵר לְחֵיבֵי שְׁבוּעָה כִּינֵן דַּע"כ טַעֲנַת הַשְּׁטָאָה טַעֲנָה מְבוֹרְרַת הוּא וְהַתּוֹמִים בְּעַצְמוֹ כ' דְּלָמָּה לֹא אָמְרִינוּ כִּינֵן דְּהוּדָה דְּחֵיב וּמִתְחֵיב בְּזֶה מַה בְּכַף דְּבַלְבוֹ הִי כִּינֵן וְנִתְּנוּ לְהַשְׁטוֹת הָא קִי"ל דְּבָרִים שְׁבַלְב אִינוּ דְּבָרִים וּכ' כִּינֵן דְּרַגְלֵינוּ לְהַשְׁטוֹ ל"ה דְּבָרִים שְׁבַלְב דְּגַם בְּפִיו הוּא דְּרַף שְׁטוֹת וּשְׁחֹק וְאִין פִּיו סוֹת' פְּנוּת הַלֵּב פְּלֵל אִם כֵּן מְנַיֵן לָנוּ לֹוּמֵר דְּזֶה רַגְלִים לְדַבֵּר שְׁרוּצָה לְחֵיב א"ע גַּם מַה שְׁכ' כִּינֵן דִּיכוֹל לְחֵיב א"ע בְּאַמִּירַת אַתָּם עַדִּי אֶף דְּלֵא הִי חֵיב מְעוֹלָם רַק בְּאַמִּירַת פִּיו מִתְחֵיב פְּדִלְעִיל (ס' מ') הַה"ד בְּלֵא אָמִירַת אַתָּם עַדִּי רַק פֶּשְׁפְּנוּתוֹ הָיָה לְהַתְחֵיב וְלֹא בְּדַרְף הַשְּׁטָאָה מִתְחֵיב וְגוֹף הַתְּחֵיבוֹת לֹא תִּלְיָא פְּלֵל בְּאַמִּירַת אַתָּם עַדִּים רַק לְשַׁלּוֹל טַעֲנַת הַשְּׁטָאָה וְאִם לֹא נִתְּפוּן לְהַשְׁטוֹת מִתְחֵיב לְכַף צָרִיף לִישְׁבַע מְלַבֵּד דְּדַעַת רֹוב הָרַאשׁוֹנִים חוֹלְקִין עַל הַרְמַב"ם כְּמִבּוֹאָר בְּש"ף לְעִיל (ס' מ') וּבְאִוְרִים שְׁם פְּתַב לְדִינָא בְּפִשְׁיטוֹת דִּיכוֹל לֹוּמֵר קִים לִי כִּינֵן וְנִתְּנוּ דְּאִינוּ מִתְחֵיב רַק בְּשִׁטְר וְלֹא זוּלְתוֹ וְכֵאֵן כ' לְחֵיבֵי אֶף שְׁבוּעָה בְּטַעֲנַת שְׁמָא כִּינֵן לְהַתְחֵיב.

גַּם בְּדְבָרֵי הַרְמַב"ם אִין הַדְּבָר בְּרוּר כְּמוֹ שֶׁהִבְאֵתִי לְעִיל דִּינֵי הַלְוָאָה (ס' ט"ו) וּבְלֵא אַתָּם עַדִּים כִּינֵן דִּישׁ סְפֵק אִם כִּינֵן לְהַשְׁטוֹת וְאִינוּ מְבוֹרְרַת מְדְבָרָיו שְׁמִתְחֵיב י"ל דְּאֶף אִם כִּינֵן לְהַתְחֵיב א"ע אִינוּ חֵיב אֶף לְרַמְב"ם רַק בְּאִוְרֵי בְּשִׁטְר דְּאַלִּימִי מְלִמָּא דְּשִׁטְרֵי אוּ בְּאַתָּם עַדִּים וּבִיּוֹתֵר כְּשִׁטְרֵי מְנָה לִי בִּידָה וְאָמֵר הֵן דְּלֵא הָיָה פְּלֵל אֶף לְשׁוֹן חֵיב לכ"ע אִם אִינוּ חֵיב אִינוּ מִתְחֵיב בְּדִיבּוּר פִּיו בְּלַבֵּד וְדְבָרֵי הַתּוֹמִים צ"ע.

וְעִינֵן ש"ף (ס"ק נ') דכ' גַּם כֵּן דְּאַתָּם עַדִּי בְּעִינֵן לְגוֹף הַחֵיב וּבְלֵא אַתָּם עַדִּים לֹא מְהַיֵּי אֶף לְדַעַת הַרְמַב"ם וּמכ"ש בְּמְקוֹם דְּשִׁיף הַשְּׁטָאָה דְּאִינוּ מְבוֹרְרַת הַחֵיב כִּינֵן דִּיכוֹל לֹוּמֵר דְּכּוֹנְנָתוֹ לְהַשְׁטוֹת לֹא סְמָכָה דַּעַתוֹ לְזַכּוֹת וְאֶף אִם אִין כִּינֵן וְנִתְּנוּ לְהַשְׁטוֹת לֹא חָל הַחֵיב דְּלֵא עַדִּיף מְקַנְנֵן בְּמְקוֹם דְּלֵא סְמָכָה דַּעַת הַקּוּנָה אִינוּ זוֹכָה וּלְדִינָא אִינוּ חֵיב לִישְׁבַע בְּטַעֲנַת שְׁמָא אִם לֹא כִּינֵן לְהַשְׁטוֹת וְאִם מְהַפֵּף הַשְּׁבוּעָה עַל הַתּוֹבֵעַ לֹא כִּינֵן לִיָּה לְהַנְתְּבַע שִׁישְׁבַע ע"ז רַק אִם מְגַלְגַל עָלָיו קוּדָם לְכּוֹ: וְהִיכָא דְּאָמֵר לְהַד"ם דְּאָמְרִינוּ מִיָּלִי דְּכָדִי לֹא דְּכִירֵי אִינְשֵׁי כ' הַש"ף (ס"ק ג') דְּאַפִּילוּ לֹא טַעֲנֵן מְשֻׁטָּה אֲנִי בְּהַ אַחַר שְׁבָאוּ הָעַדִּים אַע"ג דְּמְשֻׁטָּה אֲנִי בְּהַ לֹא טַעֲנִינוּ כְּשִׁטְרֵינוּ לְהַד"ם טַעֲנִינוּ שְׁבוּדָאֵי הָיָה מְשֻׁטָּה בּוּ וּלְכַף אִינוּ זוֹכֵר עַתָּה שְׁהוּדָה לְפָנֵיהֶם מְשׁוּם דְּמִיָּלִי דְּכָדִי לֹא דְּכִירֵי אִינְשֵׁי וּכ' שְׁפַל הַפּוֹסְקִים מוֹדִים לְזֶה וְדֵלֵא כג"ת שְׁכ' שְׁצָרִיף שְׁיִטְעוֹן אַחַר כְּהַ דְּלִיתָא וּבְתוֹמִים כְּתוּב אֶף דג"ת כ' דְּרַש"י ס"ל כֵּן דְּלֵא טַעֲנִינוּ לֹא יַדַע מְקוֹמוֹ אִיָּה וּמ"מ הָעֵלָה לְהַלְכָה כְּדַעַת הַש"ף וְאֲנִי תָמַחַ עַל דְּבָרֵי הַש"ף (בס"ק ב') צִינֵן לְעִינֵן בְּתַשׁוּבַת מַהֲרִי"ט (ס' קט"ו) וְשְׁם מְבוֹאָר בְּאַנְרָף דְּדַעַת הַרְמַב"ן וְהַר"ן בַּמס' סְנֵהֲדָרִין דְּסִבְרוּ דְּגַם בְּאִינוּ מוֹדָה שְׁהוּדָה וְטוֹעֵן לְהַד"ם אִינוּ נֶאֱמָן כְּנֵגֵד עַדִּים וְשִׁנְתָרֵץ דְּבָרָיו לֹוּמֵר בְּדַרְף הַשְּׁטָאָה אָמֵר כְּדִי שְׁלֵא יְהֵא מוֹכַחַשׁ מִפִּי הָעַדִּים וְאִם לֹא טַעֲנֵן אִין טוֹעֲנִין לֹו וְכֵן דַּעַת הַר"ן בְּדַעַת רַש"י וְהָאָרִיף הַרְבֵּה בְּזֶה וּבְסוֹף

דְּבָרָיו פֶּתַח וְעִדְיָן לֹא מְצִינֵנוּ שׁוּם פּוֹסֵק שְׂיִחְלוֹק בְּפִירוּשׁ שְׂיִוְעִיל לוֹ לְהַכְחִישׁ אֶת הָעֵדִים וְאִיךָ פֶּתַח הַשֵּׁ"ה שְׁכָל הַפּוֹסְקִים מוֹדִים לָזֶה דְּבִאוּמֵר לְהֵד"ם טְעֵנִינוּ לִיה.

גַּם רְאִיתִי בְּחִידוּשֵׁי הַרמ"ה סְנֵהֲדָרִין דְּכַתְבֵּי בְּפִירוּשׁ בְּפִירוּשׁוֹ לְהַש"ס דְּמִלֵּי דְכָדִי לֹא דְכִירִי אִינְשֵׁי כָּל דְּבָר רִיק שְׂאָדָם אוֹמֵר כְּגוֹן דְּבָרֵי שְׁחוֹק וְכִי"ב הוֹאִיל וְאִינוּ מִתְחַיִּיב עֲלֵיהֶן אִינוּ שָׂם עַל לְבוֹ לְהַזְכִּיר לָהֶם וְזֶה שְׂאָמֵר לְהֵד"ם לֹא נִתְפָּוֶינן לְכַפּוֹר אֲלֵא מִחֲמַת שְׂשֻׁכַח אֶת הַדְּבָר וְהִנֵּי מִלֵּי הֵיכָא דְהֵדָר טְעִין מְשֻׁטָּה הֵייתִי בָּהּ אֲבָל הֵיכָא דְלֹא טְעִין הֵכִי מְחַיִּיב וְהִינֵנוּ דְאִמְרִינוּ לְעִיל אִי לֹא טְעִין אִין טוֹעֵנִין לוֹ עַכ"ל וּבְאֵמַת בְּדְבָרֵי בְּעַל הָעֵיטוֹר שְׂהֵבִיא הַשֵּׁ"ה יֵשׁ לְדַחֲוֹק דְאִי אֲדַכֵּר לִיה דְּהוּדָה הֵוִי טְעוֹ מִנְפְּשֵׁיהּ מְשֻׁטָּה הֵייתִי בָּהּ הִינֵנוּ הוֹאִיל דְלֹא טְעוֹ מִתְחַיִּלָּה מְשֻׁטָּה תְּלִינן דְלֹא אֲדַכֵּר לִיה וְהַשְׂתָּא דְבָאוּ עֵדִים דְּמִדְּכָר לִיה י"ל דַּס"ל גַּם כֵּן דְּצָרִיךָ שְׂיִטְעוֹן וְאִם כְּשֻׁבָּאוּ הָעֵדִים שְׂתַק לְגַמְרֵי וְדִאי נִרְאָה מִסְבָּרָא דְצָרִיךָ שְׂיִטְעוֹן כֵּן אַף אִם טוֹעֵן לְהֵד"ם גַּם כְּשֻׁמְדָּכָר לִיה י"ל דְּאֵנן סְהֵדֵי דְלֹא דְכִירִי לִיה כִּינן דְּהֵי מִלֵּי דְכָדִי וּמ"מ כְּנִרְאָה דַּעַת הַרש"י וְרַמְבַּ"ן וְרַמ"ה וְר"ן דְּלַעוֹלָם לֹא טְעֵנִינוּ לִיה וְאִף דְּלֵהוּצִיא י"ל דְּיִכּוֹל הַמְּוַחֲזֵק לוֹמֵר קִים לִי כְּדַעַת הַבַּעַה"ע וְהַשֵּׁ"ה וְהַתְּנָמִים מ"מ אִם תְּפַס הַתּוֹבֵעַ נִרְאָה דְלֹא מְפָקִינוּ מִיָּגִיה וְעִינן בַּמְבִּי"ט (ס' רפ"ו) שְׂצִינן ג"כ הַשֵּׁ"ה שָׂם וְשָׂם הֵבִיא מְשָׂם סְפָר חֲנוּקוֹת הַדֵּינִינן שְׂכ' מְשָׂם מְקַצַּת הַמְּפָרְשִׁים וְהַרְמַב"ם ז"ל דְּבַלְהֵד"ם פְּטוֹר וְזֶה שְׂלֹא טְעוֹ מְשֻׁטָּה מְפָנֵי שְׂל"ה זְכוּר אֲבָל יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר דְּדוֹקָא כְּשֻׁחְזוֹר לְאַחַר שְׂאָמֵר לְהֵד"ם וְאָמֵר מְשֻׁטָּה אֲבָל אִם לֹא טְעוֹ כֵּן ה"ו הַחֲזוֹק כְּכָרֵן וְכ' וּמ"מ אִין לָנוּ לְזוּז מִדְּבָרֵי הַרְמַב"ם ז"ל עַכ"ל וּמֵהַתִּימָא דְמַהֲרִי"ט ז"ל שָׂם לֹא הֵבִיא כָּל דְּבָרֵי אָבִיו ז"ל וְהוּא פֶּתַח לְהִפְיָךְ לְהוֹכִיחַ מִדְּבָרֵי הַרְמַב"ם (פ"ו) מְטוֹעֵן מִדְּכ' וְדָבָר שְׂאִינוּ עֹדוֹת אִין אָדָם זוֹכְרוֹ וְלִפְיָךְ אִם אָמֵר לְהֵד"ם לֹא הַחֲזוֹק כְּכָרֵן וְלִשׁוֹן הַחֲזוֹק כְּכָרֵן הַמְּוַחֲזֵק בְּכ"מ הוּא מְטוֹעֵנָה לְטַעֲנָה וְאִם אִיתָא שְׂגָם עֲכָשְׁוִי אִינוּ טוֹעֵן אֲלֵא לְהֵד"ם כְּבָרָא שׁוֹנָה לֹא שְׂיִיךָ לוֹמֵר לֹא הַחֲזוֹק כְּכָרֵן אֲלֵא דְלֹא הַחֲכַשׁ מְפִי עֵדִים דְּשָׂמָא שְׂכַח לְפִי שְׂאוּמֵן הַדְּבָרִים דְּרָךְ הַשְׂטָא' הִיוּ וְס"ל כְּדַעַת הַרְמַב"ם גַּם כֵּן דְּצָרִיךָ שְׂיִטְעוֹן אַחַר כֵּן דְּמְשֻׁטָּה בּוֹ וְדִלֹא כְּמוֹ שְׂהֵבִיא אָבִיו ז"ל בַּמְבִּי"ט מְשָׂם סְפָר חֲנוּקוֹת הַדֵּינִינן: וְהֵיכָא דְּהַתּוֹבֵעַ תּוֹפְסֵי מְמוֹן הַנְּתַבֵּעַ בְּשַׁעַת הוֹדָאָתוֹ כְּנִגְדַּת מַה שְׂמוּדָה לוֹ כ' בַּש"ע דִּי"א דְּשׁוּב אִינוּ יְכוֹל לְטַעֲנוֹן טְעַנְתָּ הַשְׂטָאָה וְהוּא דַּעַת בַּעַה"ת וְיִלְיָף זֹאת מֵהָא דְּטְעֵנוּ בְּחִיטִין וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפְטוֹר וּמֵהִנֵּי תְּפִיסָה וְהַג"ת הַקְּשָׁה דְּזֶה לְדַעַת הַרמ"ה בְּטְעֵנוּ בְּחִיטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפְטוֹר מְטַעַם מְשֻׁטָּה אֲבָל לְמַה דְּקִי"ל דְּפְטוֹר מְטַעַם מְחִילָה מִנ"ל דְּלַעֲנֵן הַשְׂטָאָה מֵהִנֵּי תְּפִיסָה וּמַה שְׂמִתְרַצִּים כְּבָר הַשִּׁיג עַל זֶה בְּתוֹנָמִים וְעַל תִּירוּצוֹ שֶׁל הַתְּנָמִי הַשִּׁיג עָלָיו אַאמ"ו ז"ל בְּחִידוּשְׁוִי לַח"מ ס' זֶה הַנְּדַפְסִים בְּסוּף סְפָרֵי דְּבָרֵי מְשֻׁפְּט לַאמ"ו ז"ל הַגָּאוֹן הַצְּדִיק ז"ל וְאַאמ"ו ז"ל מְבָאָר דְּבָרֵי בַּעַה"ת בְּזֶה לְאִמְיָתָה שֶׁל תּוֹרָה וְיַעֲן שְׂיֵשׁ נ"מ לְדִינָא אַעֲתִיק דְּבָרֵי ז"ל וְזֶהוּ דְּהַבַּעַה"ת (ש"ז) כ' מַה שְׂהַתְּפִיסָה מֵהִנֵּי דְּמִשְׁנֵי לְהוֹדָאָת מַזִּיק עַל תְּבִיעַת הַתּוֹבֵעַ וְעוֹד כ' שָׂם הַטַּעַם בְּטו"ח דְּמִשְׁנֵי כְּאֵלוֹ תּוֹבֵעַ שְׂעוֹרִין וְאִין הַכּוֹנֵנָה מְשׁוּם דְּאִין צָרִיךָ לְתַבְּנֹעַ בְּמַה שְׂהוּא מְוַחֲזֵק כְּמוֹ שְׂכ' הַשֵּׁ"ה רַק הַכּוֹנֵנָה עַל פִּי דְּבָרֵי הַש"מ ב"ק סוּף פ' הַמְּנִיחַ כִּינן שְׂתַפְּס חֲזוֹר עֵיקָר טְעַנְתֶּם עַל הַשׁוֹר שְׂזֶה אוֹמֵר יֵשׁ לִי בּוֹ מְנָה וְהוּא הוּדָה נ' וּמַה שְׂהִזִּיק הֵוִי דְּבָרִים שְׂחוּץ לְגוֹפּוֹ שֶׁל תְּבִיעַ' לְגַמְרֵי וְדוֹקָא בְּהָא מֵהִנֵּי תְּפִיסָה דְּאִף לְדְבָרֵי הַמַּזִּיק יֵשׁ לוֹ עָלָיו זְכוּת בְּמַקְצַת אֲבָל בְּהֵאִי דְּלַעֲלִיל לֹא מֵהִנֵּי תְּפִיסָה דְּאִכְתִּין וְשַׁעוֹרִים כִּינן דְּאִינוּ מְשַׁלֵּם רַק מְגוּפּוֹ אֲבָל בְּעַלְמָא בְּטַעֲנוֹ חֲטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּהַלְוָאָה וְתַפְּס שְׂעוֹרִים

זכה בכדי אותו חיטים שטען עליו דהשתא הדר עיקר טענותיהו על מידי דתפס דהא כל נכסי משתעבדי.

מבואר דלכך מהני תפיסה בשעורין משום פשתפ' הוי כמו דתובע זאת גם כן מאחר דנשתעבד לו הוי פאומר דשעורין משונעבדים לו על חיטים ותובע בשעבוד חיטים והוא משיב דשעורים חייב לו דהוי הודאה ממין הטענה ובשילמא בלא תפס פטור משעורין דאז ליפא שעבוד על מטלטלין אבל בתפס חל השעבוד במה שתפס על חוב שתובע וזה פוננת בעה"ת דתפיסה משני ליה להודאת מזיק על תביעת התובע וכן מ"ש דהתפיסה משני פאלו תובע שעורין והיגנו פינן דהשעורין ביזו הוי פאלו תבעו שעורין דנכסי דבר נש משתעבדין ליה וכמו בשו"ת ב"ש פ"ג ד"ש תביעה על שניהם אמרינן דלאחר התפיסה דגין על גוף השור כן בשעורים בתפס אמרינן דגין על גוף השעורים הואיל דיש לו שעבוד על זה גם כן רק הש"מ שם מסתפק אם גם לאחר העמדה בדין מועיל תפיסה והבעה"ת סובר דדוק' קודם העמדה בדין אמרינן הואיל דיש לו שעבוד על מה שתפס הוי כתובעו אבל כשפבר טענו לא מהני תפיסה אחר כך.

ואם כן שפיר הביא הבעה"ת ראיה לגבי משטה דמהני תפיסה אף בחפץ מטענו חיטים והודה בשעורין כמו דשם אמרינן הואיל דתפס ועומד ונשתעבד לו הוי כתובע שעורין כמו כן בתופס אצלו של חבירו והודה לא יכול לטעון משטה פינן דכל מה שתובע ממנו הוי כתובע אותו החפץ אשר ביזו דנשתעבד לו ודומה להא דסעיף (כ"ט) דבמחוזק לא יכול לומר משטה דמיד כשמודה הודה דהחפץ שביזו נשתעבד לו והוי כמו אם הודה דיש ביזו משפון אבל לאחר העמדה בדין לא מהני תפיסה בהחפץ עכ"ל אבי מו' ז"ל: ולפי זה היכא דתובע מחבירו פקדון שהפקידו אצלו והוא בעין והודה לו בפני עדים י"ל דבזה אף לד' הבעה"ת לא מהני תפיסה דכיון דהוא עדיין בעין לא יש לו עליו שעבוד ולא נשתעבד אף מה שת"י אם כן כמו שכ' שם בש"מ בטענו חיטים בפקדון ואיתנהו בעין וכפר בו והודה בשעורים בפקדון פינן דהוי הכחשה בעיקר התביעה והטענה עצמה הואיל דשניהם בעין לית ליה זכו' כלל אשאר נכסים אלא עליהו דאף לאחר תפיסה הוי הכחשה בעיקר תביעה עיין שם וה"נ לא מפעי אם הוא פקדון שלא קבל אחריות ליפא שום שעבוד עליו רק שטוען שזה החפץ שלו אף שיש ממונו או חפץ אחר ביזו ודאי לא מהני הודאתו על החפץ ויכול לומר משטה אלא אף אם הוא פקדון שקבל אחריות מ"מ פינן דדגין על דבר שהוא בעינא שזה אומר ששלו הוא נראה מדברי הש"מ דהשעבוד לא נכנס בזה בכלל התביעה והוי כטענו חטים והודה בשעורין מפילא גמי י"ל דאף בהודה שיש ביזו החפץ שהוא שלו ויש איזה חפץ של הנתבע ביזו התובע פינן דלא תבע השעבוד רק החפץ בעינא יכול לומר משטה אני בה: גם אתי שפיר הא דכתבו הטור ומחבר דאם תפס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שמודה לו משמע דוקא אם תפס כנגד החוב שתובע ממנו אבל אם תפס אצלו פחות מתביעתו יכול לומר משטה ואמאי לא נימא פינן דעל פרוח הודאתו נגד מה שתפס ועומד לא היה בהשטאה לא נפלוג הודאתו ויתחייב לשלם אף היומר ממה שתפס ועומד רק כל הודאתו ועיין כנה"ג (סי' ל"ב אות ח') אם הודה בסוף מה ובחלק מסוף שהוא אינו יכול לומר משטה' הייתי בה גם על שאר הסוף אינו יכול לומר משטה וה"נ דכונתו' ולמה צריך דוקא שיתפוס בשעת הודאתו כנגד מה שהודה לו ולדברי אאמ"ו ז"ל אתי שפיר פינן דבאמת הוא טוען דמשטה

הייתי בך ויכול להיות פן רק להוציא אינו נאמן אבל לחייבו גם פן לא נוכל לחייבו ביותר ממה שהוא מן חזק בו: סי' יט אם אחד הפקיד אצל חברו בפקדון ואמר לו אחר כך ששל פלוני הוא פתב התנאים (סי' פ"א ס"ק ל"א) משם תשובת פ"מ שכ' משם מהריב"ל פיון דיש לחוש דהנפקד ישמע בקולו ויתנו למי שאמר שהן שלו הוי הודאה ולא יכול לומר שאמר שלא להשביעו דאיה יודה ולא יחוש שיחשוב הנפקד שאמת פן הוא ויתנו לו וראיתו מהא דאמר ראיתי אביכם שהטמין מעות בשדה ואמר של פלוני הם בשדה דכחל ליטלם דנאמן הרי דלא חיישינו שאמר פן שלא להשביעו פיון דכידו ליטלם והתנאים מדחה ראיתו דשם מחזיקו לנאמן ואינו מהתל בו כמו שכ' הנ"י וכ' להוכיח מהא דשכ"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני נאמן דאין אדם עושה קנוניא על הקדש וכתבו דאייני במסרו ליד הגזבר דתו לא מצי לשאול על נדרו אם פן מה פריד בש"ס וניחוש שהודה שלא להשביעו הא בכה"ג אינו מודה דישמע הגזבר וימסן' לפלוני ומ"ש נפקד ומ"ש גזבר.

ונראה לומר בדעת המהריב"ל והפ"מ וכן ראיתי לגדול הדור אחד בספר בני אהרן (סי' ס"ב) שכ' בדעת הרא"ש דאף דבפקדון יכול גם פן לומר שלא להשביעו אמר הוא דוקא כשאינו מוציא מתחת ידו ורשותו אבל כשהוא מוסרו ביד אחרים או שהוא ביד אחרים נדאי ל"א שלא להשביעו א"ע שיגרא שלא ימסרו בידו.

וי"ל דס"ל דאם מסרו ביד אחרים אינו יכול להוציא מתחת ידו דלא מצינו טענת שלא להשביעו לבטל הודאתו רק להחזיק אבל להוציא לא מצינו ואם פן שוב ממילא אף הנפקד לא יהיה חייב לשלם להמפקיד אם יתבע ממנו למה מסר לפלוני אף דלא אמר לו תנו לפלוני דמ"מ כמו דאין מוציאין מן הפלוני בטענת שלא להשביעו כמו כן לא מחייבין להנפקד לשלם דלא פשע במה שמסר להפלוני פיון דכן אמר לו שהוא של פלוני ואף דלא אמר תנו מ"מ פיון דהוא סמוך על דבריו אף דעכשיו אמר דהודאתו הנה שלא להשביעו א"י בטענת הזאת להוציא ממון ולחייבו לשלם כמו שאינו יכול להוציא מיד הפלוני ואף דנה נדאי אחר הודאתו אם תפס ממנו מוציאין מידו בטענת שלא להשביעו כמו דנראה מפשיטת הש"ס ופוסקים מ"מ דוקא ממלנה מוציאין הואיל דלא בא לידו מדעת בעלים ומוקמינו על מר"ק אבל בבא מידו מדעת המפקיד שהודה להנפקד והנפקד מסר לו אף די"ל דהפלוני מחויב להחזיר מ"מ אם אינו מחזיר לו הנפקד אינו חייב לשלם דלא הוי פשיעה במה שמסר לידו.

וכיון דהנפקד יהיה פטור לשלם שפיר גרא המפקיד להודות שהוא של פלוני ושלא להשביעו א"ע דשמא ימסור להפלוני ויהיה לו אחר כך דינא ודיינא עם הפלוני והנפקד יהיה פטור ממנו לכן יש הוכחה גדולה דהודאתו הנה באמת מה שאין פן בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ומסרו ליד הגזבר אם יש לומר דהודאתו מנה לפלוני בידי הנה הפנונה שלא להשביע את בניו לא איכפת ליה אם הגזבר ימסור להפלוני ויפסיד בזה להקדש פיון דהוא לא צוה ליתן ואם יתן ויפסיד להקדש לא איכפת ליה בזה לכך אף שהוא ביד אחר טענת שלא להשביעו הוא טענה טובה.

ומה שכ' התנאים מדברי הנ"י סנהדרין דהקשה באמת בהך בשד' דנאמן דניחויש ששא  
שלא להשביע א"ע אומר כן וכתב פ"ן שהניחן במקום שיכול ליטלם ראיה שזה נאמן  
הוא בעיניו ודבר אמת מסר לו ובנפקד דלא יכול להכחיש פקדונו ל"ש זה.

ס"ל להנהגה הגדולים דכמו דשם אמרינו דדבר אמת מסר לו בשביל שהניחן במקום שיכול  
ליטלן אף דלזה לא צריף כל פה להיות נאמן בעיניו כמו כן בהפקידו יש לחיוב הרבה פן  
לא ירצה אחר פה להיות שומר עוד ויחזיר להפלוני אי לאו דדברי אמת מסר לו.

ועיין רמב"ן קידושין (דף ס"ה) דכתב הא דבאומר של מעשר הן דבבית אינו נאמן אף  
דעד אחד נאמן לאסור דכיון דאינו מעיד אלא מפי השמועה שאמר אביהן בשעת הטמנה  
תולין בשמועתו ששא שלא להשביע א"ע אומר או משטה היה בו וכשבידו ליטלן דבריו  
קיימין דהא הימניה פשהאמין בו להטמין בפניו במקום שיזדו שולטת שם וכשמפקידין  
אצלו לשם מעשר הוא עיין שם ומזה נראה דאם מפקיד אצלו ואומר של פלוני הוא שוב  
אינו יכול לומר שלא להשביעו אומר כן.

ועל תירוצו זה של רמב"ן שם קשה קצת אם כן אפילו אם אומר כן בפני שנים על המעות  
שבבית דהן של מעשר נמי לא אומר פלום פ"ן דנוכל לתלות שאמר כן שלא להשביעו  
ולמה קתני בברייתא אומר להן אחד בבית לא אומר פלום אם נאמר דאף דלענין איסור  
עד אחד נאמן מ"מ לא אומר פלום מטעם דאמר כן שלא להשביעו אם כן אף בתרי עדים  
תולין דאמר כן שלא להשביעו וצ"ל אה"נ רק נקט רבותא דבשדה פ"ן דבידו אף א'  
דבריו קיימין ועיין חידושי ריטב"א שם עכ"פ פנראה מדברי רמב"ן דאם מפקיד לו לשם  
אותו פלוני היינו שאמר לו שישל פלוני הוא פ"ן דבידו למסור לפלוני שוב אמרינו  
דהודאתו היה ברורה ולא שלא להשביעו.

ועיין מהריב"ל ס' שני (סי' נ"א) דדן שם באחד שמסר לחבירו מעות שישלחו לפלוני  
שחייב לו ובנתיים בא חבירו ללות ממנו ואמר לו שאין ת"י מעות רק מה שמסר לו  
פלוני לשלחם לפלוני והלנה לו ואחר פה מת זה שהלנה לו ודן שחייב להחזיר ליורשי  
שהלנהו דאף דאמר שאינושלו והיה לו להתפחד שיחזיר לאותו פלוני שמסר לו אלא  
נדאי דל"א שלא להשביע רק אמת מ"מ פ"ן דאמר לו שציניהו להוליף ללוי שוב אין  
המסר לו יכול לקבל בהחזרה דכזפי דמי ואם כן לא יחזיר לו לזה שמסר לו אף שהוא  
בעירו לכה חייב להחזיר ליורש מי שמסר לו ונראה מדבריו שם הואיל דלוי לא הי'  
בעירו לא הי' לו לחוש שיחזיר לו לכה נוכל לומר דבאמת היה הממון שלו ושלא להשביע  
אמר כן שהוא של לוי והדברים צ"ע דמה בכך שאינו בעירו מ"מ אי לאו דהודאה ברורה  
הוא היה לו לחוש שיחזיר ללוי שישלח לו המעות.

גם יש להתבונן ניהו דאם היה אביהן חי והי' טוען כן להלנה שיחזיר לו המעות שהלנהו  
היה מחויב להחזיר לו ולא הי' יכול לומר לאו בע"ד דידי את רק של לוי פ"ן דמבולו  
מידו וכמו שכ' התה"ד (סי' ש"ח) להוכיח בכה"ג מש"ס ב"ק (דף ק"ח) דהשומר יכול  
לעשות דין עם הגנב הואיל דגנב מביתו מ"מ פ"ן דעכ"פ אין היורשין מוחזקין בהמעות  
למה נטעון בעד היתומים דלא מצינו דטוענין עבור יתומים רק להחזיק ולא להוציא וצ"ל  
פ"ן דעכ"פ אין ממון זה שמתחת יד הלנה שלו הוא רק או של לוי או של יורשי הנפקד  
וכיון דאביהן היה גובה ממנו בטענות שלא להשביע דאף אם לא כן היה מ"מ הלנה בעל

דין שלו הואיל דקבלו ממנו ירשו הם זכות זה שחייב הלנה להחזיר להם ושוב אמרינו דמה דאמר אביהן דשל לוי הו אמר שלא להשביעו: ואם אהד קנה אינה דבר ואמר שקנה זאת להקדש כ' הכנה"ג משם רדב"ז דאינו יכול לומר אחר פה שאמר זאת שלא להשביע א"ע דירא מן ההקדש והקשה עליו מש"ס דסנהדרין הנז' בראה אביהם שהטמין מעות בשדה כו' ואמ' של מעשר הו דאמרי' שאמר פן פדי שלא להשביעו ובקצוה"ח כ' הטע' דרדב"ז פינו דבהקד' כ"ע מצי תבעי גרא שלא יתבענו מה שאין פן מעשר שני דאין לאחר בהם פלום ולדבריו דהטעם הוא דהוי פלפני בע"ד אם פן לשיטת הסוברים דאף בהודה בפני בעל דין יכול לומר דעשה שלא להשביעו אם פן בהקדש גמי יכול לומר פן.

אף י"ל להסוברים דגם בהקדש עניים אמרינו אמירה לגבוה פמסירה והדיבור עושה קנין הוי פמו שפא לבטל קנין דאינו יכול לבטל בטענת דשלא להשביעו וכמו שכ' בבעה"ת ובש"ע דבמעמד ג' אינו יכול לטעון השטאה דקקנין דמי וה"נ דכונותי' פינו דדיבור עושה קנין פשאומר שהו הקדש א"י לבטל בטענת דשלא להשביעו אמר פן מה שאין פן פשאומר מעות זה של מעשר הו לא מתפס בדיבור אם באמת אינו פן ולפי זה בהקדש זמנינו להסוברים דלא אמרינו בהו אמירה פמסירה יכול לומר טענת דשלא להשביעו אמר פן.

שוב עיניתי ברדב"ז (ח"א סי' קע"ג) וראיתי שכ' טעם זה דאמירה לגבוה פמסירה להקדוש וכ' אע"ג דהרשב"א פתב דל"א אמירה לגבוה פמסירה רק עכ"פ בהקדש בה"ב ולא בהקדש עניים הרי פל גאוני עולם נחלקו עליו ומפללם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש פולם הספיקו שאמירה לעניים הרי הוא לגבוה וטעמא מסתבר הוא משום פקנת עניים עכ"ד.

אולם למה שכ' האחרונים להלכה דל"א בצדק' לעניים אמירה פמסירה רק החיוב עליו מטעם נדר י"ל דנאמן על עצמו דכוננתו הנה שלא להשביעו וגם אף אם אמרינו בהו פמסירה הא עכ"פ שאלה מהני וכינון דבידו לאתשולי מהראוי לומר שיהא נאמן ואף אם נאמר דלא מהני שאלה פחרטה לבד רק על ידי פתח מ"מ הוי בידו למצוא פתח או לומר אינה פתח פמבואר בש"ס יבמות דהקדש מקרי בידו לאתשולי ועכ"פ מגו הוא ואם פן למה לא יהיה נאמן דעשה פן שלא להשביעו ועיין מה שכ' בזה באור' בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' ח"י) ושם הבאתי דברי רדב"ז (ח"ד סי' קל"ד) דלא עדיף מפל קונמות שאם נשאל והתירו לו שהוא מותר.

ואולי פינו דעכ"פ הוי פנדר ובאם לא הוטר לו הו על ידי פתח או אף פחרטה מ"מ פינו דאמירתו הוא מחייבו לקיים מטעם בפיה זו צדקה בזה טענת שלא להשביעו אינו אמתלא טובה דלא עביד אינש פן להטיל ע"ע נגד בני אדם חיוב נדר.

ולכה חייב לקיימו דאמרינו דאמת הודה פינו דחכם המתיר מפסיד עניים וחיוב נדוי כמ"ש הרדב"ז שם ודאי הודאתו הי' באמת ולא פנון שלא להשביעו: ועיין רמ"א יו"ד (סי' רנ"ט ס"ו) מי שמצא פיס מלא מעות פתיבתו וכ' עליו צדקה סמכינו אכתיבה ונהרי הו צדקה והו מהגמ"ר (פ"א) דב"ב ובתומים (ס"ק כ"ה) עמד על סתירת הרמ"א דכאן כ' אף אם כ' שם פלוני על חפץ פלוני דאפשר לומר שלא להשביעו עצמו עשה פן.



ולא אדע מאי דק"ל בדברי הרמ"א יו"ד הא שם איגרי באם הוא בעצמו מצא בתיבתו הפיס סמכינן אפתיבה והיגנו אם הוא עצמו אינו זוכר אם עשה פן שלא להשביעו אף דאנו טענינו בעדו שלא להשביעו מ"מ איתרע אם הוא בעצמו אינו זוכר.

ולמה שכ' דבצדקה הואיל דחייב מטעם נדר לא אמרינן שלא להשביעו נדאי א"ש דברי הרמ"א שם דאף בכתב של פלוני אפשר לומר שלא להשביעו מ"מ אם כ' צדקה אין חוששין דעשה פן שלא להשביעו.

וקא דכ' שם ברמ"א באומר לבניו פמערים אין בדבריו פלום י"ל פמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק ב') דנגד בניו שלא ירבו בהוצאה הוא מילתא אחריתא ועדיף מטענת שלא להשביעו. וראיתי שם בהגרא"ו זצ"ל שכ' ע"ד הרמ"א וז"ל וצ"ע דהא תנן ספ"ד דמ"ש אר"י אפילו מצא כו' ועיין תוס' יבמות (קט"ז ע"ב) ד"ה אימור כו' ומפקדון אינו ראיה ופשוט עכ"ל ולא אבין הא אנו פסקינן שם דלא כר' יוסי וכמו דמבואר ברמב"ם (פ"ו ה"ח) ממעשר שני במצא פלי וכו' עליו מ' הרי מה שבתוכו מעשר שני.

ומה שציין לדברי תוס' יבמות אולי הפנונה דתוס' מביא שם דברי הירושלמי ד יכול לומר לו אשתקד הנה דידיה והשתא דידי דמשמע דבד"מ קיי"ל כר' יוסי ועיין בירושלמי (פ"ד) דמעשר שני ובפ"מ שם שכ' וזהו כר' יוסי התנא דמתניתין ומ"מ לא ידעתי הךר"ח מזה דקיי"ל כר' יוסי פינן דהרמב"ם והרע"ב כ' להדיא דהלכה כת"ק ואין הלכה כר' יוסי וגם מהך דירושלמי אינו ראיה די"ל פינן דר' יוסי הנה מןחזק וטוען ברי דהשתא דידי הוא ועיין מהרי"ק (שורש קס"א) ושם גרס במקום ר"י רב אפי.

ולמה שכ' לעיל י"ל דאף ר' יוסי לא פליג רק באם אחר מצא אבל אם הוא בעצמו מצא ואינו זוכר י"ל דאיתרע הרבה וסמכינן על מה שכ' על הפיס: ובש"ע או"ח (סי' קנ"ג סי"ט) כתב באם ימצא אחר מיתת אדם פתב פתוב ושהקדיש פלים דהוי הקדש ובמ"א שם (ס"ק מ"ד) כ' וצ"ע דלמא כ' פן שלא להשביע א"ע וכמו שכ' בח"מ (סי' פ"א סי"ז) ולמה שפתי מדרבי הרדב"ז אתי שפיר ואינו דומה לפותב דשל פלוני הוא דכיון דמצד אמירה לגבוה הוי כמסירה או דעכ"פ נולד חיוב מצד נדר לא מהני טענת דשלא להשביע וביותר יש לומר למה שכ' בתשובת בני אהרן (סי' ס') דהא דאמרי' אדם עשוי שלא להשביע את בניו היינו היכא דאמר דשל פלוני הוא דאינהו ידעו דאינו חייב אינו חושש אבל באומר שהוא חייב לבני פלוני שלנה מאביהם דהם לא ידעו במילי דאביהן כה"ג לא עביד אינש למימר שלא להשביע את בניו והביא ראיה מדרבי תשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' ע"ה) ואף דמסיק שם דאין לחלק פן מ"מ יש סבר' לחלק בכה"ג בכתב על החפץ דדוקא דשל פלוני לא מהני ואמרינן דעשה שלא להשביע אבל בהקדש וצדקה י"ל דנדאי לא יעשה מעש' בשביל שלא להשביע: וקצת יש להבין אמאי בכתב דשל פלוני הוא אמרינן דשלא להשביע עשה פן והוי אמתלא טובה אף דעשה מעשה מ"מ פינן דהוצרך למעשה פדי שהרואה יסבור שאינו שלו וכמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק י"ז) הא הנה סגי באם הנה כותב בסתם שהוא פקדון בידו ולא הנה לו להזכיר שם פלוני וכמו דכ' הרמ"א אה"ע (סי' מ"ז) דעת הרא"ה באומרת דנתקדשה לפלוני דאינו מועיל אמתלא להפקיע זכותו של פלוני ובפשיטות נראה הטעם פינן דעבד' מילתא יתירה מה שלא הי צריכה לזה דהיה די לה באם אמרה דכבר נתקדשה לכו' לא מהני האמתלא ועיין שם

בספר עא"ר אם כן פאן נמי בשלמא באומר שחייב לפלוני הנצרך לומר דיאמר הרוצה לשקר ירחיק עדותו וכל זמן שאינו פורט שמות המלוים לא יאמינו דבריו ולא יתמלא רצונו שלא להחזיקו לעשיר אבל בחפץ שהוא ת"י הי' די לו אם יכתב עליו שהוא פקדון אצלו.

וצ"ל דלכך פרט שם המפקיד דבוטח בו שלא יתבע ממנו מה שאין פן אם לא יזכיר השם חושש דלמא פשימות לא יודע ליורשיו של מי הוא דלא יתקפו אף לפ"ז אם כותב עליו דמאבוהון של יורשי פלוני הוא דל"ש זה כיון שהם אינם יודעין אם בא לידו מאביהו י"ל דבזה לא תלינו דעשה שלא להשביעו כיון דלא היה צריך להזכיר השם כלל והיה די לו אם היה כותב עליו בסתם דפקדון הוא ואדרבא בזה היה טוב לו יותר שיכתב בסתם פקדון דאין מי שיתבענו אולם נראה דכאן צריך להזכיר השם כדי שיאמנו דבריו בפני העולם ובכל אופנים הוי שלא להשביעו אמתלא טובה: ואם מהני אמתלא אחרת מלבד השטאה והשבועה העלה הקצוה"ח (סי' פ') דלא מהני בממון שום אמתלא אולם (סי' פ"א ס"ק כ"א) הביא דברי המרדכי ב"ב פשהודה שלא בפני בעל דין מהני שום אמתלא ובתבעו לא מהני אף באיסור אמתלא כמו שכ' מהרי"ט אף הקשה אם כן בעובדא דר"י בר"י מס' סנהדרין שדן דל"א אדם עשוי שלא להשביע את בניו למה לא טען בעד היתומי שאר אמתלאות דהא אילו היה אביהו קיים היה נאמן עיין שם דכ' דכל זמן דאנו לא ידענו אמתלאות לא טענינו אלא שלא להשביע ולכאורה י"ל דבתבעו הטעם דלא מהני שום אמתלא מלבד טענת השטאה המבואר בש"ס דעד כאן לא מצינו אמתלא רק לסלק דברים הראשונים ולדון פאלו לא אמר כלל אבל לא להוסיף דיבור השני וכמו שכ' תוס' יבמות (דף קי"ח) ד"ה סד"א וכמו שכ' שם המרש"א בבבאור דבריהם ואם כן בתבעו אם נסלק הודאתו ונגידון בשתיקה גם כן הוי פהודאה וצריך שיכחיש מחדש ובזהלא מהני אמתלא להוסיף חדשות.

אולם ז"א דכבר הבאתי בספרי ח"ר דיני שחיטה (סי' ג') דברי מרן רעק"א ז"ל בתשובה דדוקא היכא דצריך לדון לדיבור השני לעדות פהיהא דמת בעלף אבל היכא דאתינו עלה מדין ברי והכחשה מהני אמתלא אם כן פאן נמי אף דצריך להכחיש תביעתו מ"מ כיון דהאמתלא מסלק הודאתו הראשונה שוב יכול להכחישו ולומר דאינו חייב לו: אולם כפר הבאתי שם דברי הת"ש דסובר אף באיסורין לא מצי לחזור מדבריו הראשונים באמתלא אלא אם לא הוחזק בפני הרואין לנדאי כמו בעובדא דש"ס פתובות שקפצו עליה בני אדם שאינו מהוגנים דמיד היה להשומעין הדברים בספק ולא אסתזק הדבר וכן בשעה שהחזיק הבהמה לטריפה הוא פשקום האמתלא ידוע שיש דחוק בבשר אבל אם בשעת האמירה לא נשאר שום ספק בלב השומעים והוחזקה בעיני כל לטריפה ודאית לא מהני החזרה אף באמתלא דכל מידי דאסתזק באיסורא אינו נאמן להוציא מחזקה עיין שם מה שכ' בזה.

ואם כן לדעת ר"י בר' יוסי דס"ל דלא אמרינו אדם עשוי שלא להשביע בניו ולא נודע לנו משום אמתלא אחרת לא נוכל לטעון אילו היה אביהו קיים היה מברר האמתלא שהודה כיון דלא נודע לנו ולא נשאר אז שום ספק וכבר הוחזק הודאת אביהו להודאה גמורה לא נוכל לבטל ההודאה בשום אמתלא רק אם יברר הוא באמתלא הנפרת שהיה

מקום לספק אף אז בפני השומעים לכה לא טענינו אמתלא אחרת רק השטאה והשבעה שביירו חז"ל שדרה בני אדם לעשות פן ולא הוזהק הדבר בבירור בפני השומעים רק אם מברר הוא בעצמו אמתלא טובה שהיה מקום להסתפק בעיני השומעים אז בזה מהני אמתלא אבל בעד יתומים לא נוכל לטעון כ"ז דאין הספק לפנינו לדעת שלא נתקבל והוזהקו דבריו לנדאי: סי' ד מי שיש לו שטר ע"ח והלנה אומר פרעתי מחצה ועדי אפרו שפרע פולו והמלנה אומר לא נפרעתי פולם נשבע הלנה וגובה מחצה כמבואר (סי' פ"ב) וכתב הש"ך (ס"ק ל"ט) דהוא דוקא פשעומד הלנה בדבריו הראשונים אבל אם הלנה חזר ואמר נזפרתי יכול לטעון פיון שעדים מעידים ומסייעין אותו וכדלעיל (סי' ע"ט ס"ג) כ"כ המ"מ (פ"ז) מטו"נ ואעפ"י שכ' אחר כה ועוד יש לחלק דכאן פיון שיש שטר גרע מ"מ מדברי הטור משמע דאין חולק וכן נראה מדברי הרמ"א (סי' ע"ט ס"ו) וכמ"ש שם (ס"ק י"ז) עכ"ד וקשה הא לדעת הטור ורמ"א (סי' ע"ט) א"י לחזור מהודאתו שהודה ולומר נזפרתי רק קודם שבאו עדים אבל אם באו עדים תחילה אינו נאמן ולדעת המ"מ נאמן אפילו אם באו העדים תחילה רק אם יש שטר אינו נאמן ואם כן לא יש מי שסובר דביש בידו שטר שהיה נאמן לומר נזפרתי אחר שבאו עדים.

והרמ"א שם (ס"ז) שכתב מי שהודה בב"ד שחייב לחבירו ואחר כה אמר נזפרתי שפרעתי לו ונהרי עדים שפרעתי לו נאמן וכתב שם הש"ך (ס"ק י"ז) שקאי על שהודה על שטר או כ"י שהאמת הוא שחייב לו וחידיש הרמ"א בשטר גרע טפי וכמו שכ' המ"מ קמ"ל הרמ"א דאין חילוק וכדעת הטור ואעפ"י דקדק הרמ"א ונהרי עדים שפרעתי לו היינו דאמר נזפרתי קודם שבאו העדים ומבואר דאחר שבאו העדים אינו נאמן וזה כ"ש ממה שכ' שם (ס"ג) דלא פדעת הש"ע דיכול לחזור ולומר נזפרתי רק דוקא אם טען קודם שבאו העדים ואחר כה קמ"ל דאף ביש בידו שטר ג"כ יכול לומר נזפרתי אבל דוקא קודם שבאו עדים אבל אחר שבאו עדים לא יש מי שסובר דבשטר יהיה נאמן לומר נזפרתי ואם פונת הש"ך לומר דאם חוזר קודם שבאו העדים דיכול לומר נזפרתי זה ל"ה צריף להשמיענו פיון דכבר מבואר לעיל וגם הא קאי על דברי המסבר דאיירי שפבר הכחיש הלנה העדים וגם אם חוזר קודם שבאו העדים י"ל דגם המ"מ מודה דהוא לא פתב לחלק בין שטר למלנה ע"פ רק לדעת הרמב"ם דסובר במתחייב מחמת הודאת פיו דיכול לחזור אף אחר שבאו עדים אבל אם חוזר קודם שבאו העדים לכ"ע יכול לומר נזפרתי אף בשטר.

ולאחר שבאו עדים לא יש מי שסובר שהיה נאמן: והנה בטעם הדבר דלמה לא אמרינו בזה דהמלנה יהי נאמן כמו בכל שטר שמוציא על הלנה דאמרינו חזקה שטר בדי מה בעי כ' הש"ך משם הבעה"ת פיון שמודה הלנה המחצה מן השטר לא היה לו להחזיר שטר ולפיקה הניחו בידו ואפשר שהיה כדבריו ולכה נשבע הלנה ונפטר והש"ך תמה על תירוץ זה דמוכח בכמה דוכתי דאם הלנה אומר פרעתי מחצה אינו נאמן דהיה לו לכתוב שובר וכן תמה שם הגד"ת סוף (ש"ח).

וראיתי בדרישא דכ' בכ"מ שפרע מקצת היה לו ליקח שובר ולא להניח השטר ביד המלנה בלא ראיה ששלם לו מקצת מה שאין כן כאן ליכא ריעותא במה שלא לקח שובר

די"ל דסמך על העדתי ואיתרע התזקה דשטרך בידי מה בעי פיון דהוכרח להשאיר בידי על המקצת שושאר חייב.

ולפי זה הנה נ"מ אם הלנה לא ידע כלל מן העדים ולא ראה אותם פי לא הזמינם רק העדים ראו מאחורי גדר שפרע לו כולה והלנה אומר דפרע מחצה הנה חייב לשלם כל השטר פיון דלא איתרע התזקה דשטרך בידי מה בעי אף דהוכרח על זה להשא' השטר בידי על המחצה מ"מ הנה לו ליקח שובר פיון דלא ידע מן העדים: אף י"ל פנונה אחרת בדברי הבעה"ת דהא הגד"ת שם הקשה למה מקשיו דלישתבע מלנה ולישקול כוליה שטרא היאך אפשר לנו להשביעו להכחיש את העדים כמו שכ' המ"מ (פ"ה) מטוען וכ' דהבעה"ת לא ס"ל להיא דהמ"מ דכיון דהלנה גופיה פסלינהו להגי סהדי בטענתו הוי ליה כמאן דליתנהו לענין שבועה בין להשביע הלנה בין להשביע המלנה אי הוי שנייה ביה שבועה.

והנה הרמ"ה ב"ב (נף קכ"ח) מתרץ מתחילה באמת הקושיא פיון דלנה אודי דסהדי שקרי נינהו ופסולין הן לגביה אפילו לפלגא דמסייעי ליה אם פו יגבה המלנה בשבועה וכ' פיון דאם ליפא סהדי חייב המלנה לישבע מדרב פפא כשאומר הלנה דפרע השטר השתא דאיכ' סהדי לא מסרינן ליה שבועה פיון דלכ"ע פשרין נינהו היכי משביעו ב"ד שבועה דאיכא סהדי פשרי דבשקרא קא משתבע וכיון דלא מצוי משתבע הו"ל כתביעה בע"פ ואחר כך מדחה תירץ זה פיון דמדר"פ לא מסייבנן ליה לבעל השטר שישבע רק אם טוען לישתבע לי.

ומבואר מדברי הרמ"ה דהב"ד אינם יכולין למסור לו שבועה נגד עדים וכיון דאינו יכול לישבע סובר דמפסיד וי"ל דהרמ"ה לשיטתו דסובר בחשוד בפוגם שטרו או אם טוען אישתבע לי מתוך שאני"ל מפסיד וסובר בכ"ז פיון דלא נתקן שבועה הזאת רק אם טוען אשתבע לי דלא פרעתיה ואם אינו טוען אינו חייב לישבע אבל הבעה"ת יש לומר דסובר דבכה"ג הואיל דיש עדים דפרע אף דהלנה מכחישם ולדבריו דלא פרע אלא מחצה סהדי שקרי נינהו מ"מ כמו דתקנו חכז"ל בפוגם שטרו דאף אם לא טעין טענינן ליה וחייב המלנה שבועה כדי להפיס דעתו של הלנה פו נמי פאן פיון דהלנה טוען שפרע מחצה ולפנינו עדים פשרים שפרע הפל אף דהלנה פסלם מ"מ חייב המלנה לישבע אף אם אין הלנה טוען אישתבע לי דלא פרעתיה וכן אף להסוברים דביש לו שטר וטוען הלנה אשתבע לי דל"פ אם המלנה הוא חשוד לא מפסיד הוא רק בחשוד דלא מופסל לשבועה רק מדרבנן כמו שכ' תוס' ב"ק (נף ק"ח) מה שאין פו בזה שיש עדים לפנינו הכשרים לכל העולם ויאמרו שבשקר נשבע אף מה"ת לא נוכל למסור לו שבועה דהב"ד יודעים דבשקר נשבע דעפ"י שנים עדים יקום דבר כתיב ואם פו י"ל דזה פנונת הבעה"ת דכאן פיון דמודה הפחצה מן השטר לא רעיא טענתיה דלנה כ"כ ול"ה לו להחזיר השטר ובזה חייב המלנה לישבע אף בלא טעין הלנה אשתבע לי פיון דיש עדים על הפרעון וגם חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא אלם כל כך וכיון דאין הב"ד יכולין לחייבו שבועה להכחיש עדים שהם פשרים לכל העול' מסלקינן השטר לגמרי ונשבע הלנה שבועת מודה במקצת ונפטר.

עוד כ' שם הבעה"ת אף דהלנה בעצמו מכחיש להעדים בכ"ז נתבטל כח השטר דכשאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה אלא פאדם האומר ע"כ אני זוכר והעדים אומרים אנו זוכרים יותר ממך כי פעם אחרת פרעת לו מחצה האחר והוי הכחשה ואינו הכחשה וסלקינו השטר והעדים והוי פתביעת בע"פ אבל אם אומר פרעתי מחצה ולא יותר הוי נדאי הכחשה הי' המלנה גובה בשטר ועיין שם בג"ת דבאם אמרו שפרע הפל בב"א הוי הכחשה גמורה וסגיב הלנה לשלם וכבר פתבתי לעיל דיני עדות (סי' י"ט) דמסתימת הפוסקים לא משמע כן.

ועיין קצוה"ח דחולק על הש"ך (ס"ק ל"ז) דסובר בדעת הר"ן והנ"י שכתבו כמו שכ' הבעה"ת שהוא דוקא הואיל דיש נמי טענה דשטרך בידי מאי בעי להכחיש העדים אבל בע"פ פשיטא דלא הוכחשו העדים כלל ואינו נשבע לכ"ע ודעת הקצוה"ח דהוי ספק הכחשה ואין מוציאין מיד הלנה מספק אבל שבוועה צריך כיון דלא יצאנו מידי ספקו צריך לישבע ולכן גם במלנה על פה כיון דהדבר ספק אין העדים פוטרין משבווע' וכבר פתבתי דיני עדות שם דלדבריו להסוברים דתפיסה אחר שנוולד הספק מהני הדין הוא בשטר פשיטא ספק הכחשה מהני כאן תפיסת המלנה וכ"כ הקצוה"ח במשובב (סי' ל') והיה ממילא נ"מ דהלנה לא יתחייב לישבע עד שיבטל השטר דיאמר למה אשבע אם תתפס אחר כך לא אוכל להוציא ממך ולא משמע כן מסתימת הפוסקים.

וגם למה שכ' הרמ"ה לתרץ דהלנה נאמן במגו דהיה אומר פרעתי כולה ומגו דהענה לאפטורי מן ממון אמרינו אבל לאפטורי משבוועה ל"א וכן כ' בש"מ ב"ב שם משם הרבינו יונה והרא"ש ז"ל ודבריהם נדאי לא מהני תפיסה: אף לדברי הראב"ד ובעה"ת והר"ן והנ"י ב"ב דהוי ס' הכחשה היינו מה היה פוננתו באומר נפרעתי מחצה לא ברירא לן דה"ק אם הוי פאדם שאומר ע"כ אני זוכר ועדים אומרים אנו זוכרים יותר וי"ל הכחשה וי"ל אינה הכחשה לכה לגבי נפשי' הכחש' הוא ובש"מ שם מסיים משם הרשב"א דכיון דאיכא שטרא אירתותי קא מירפת ולא משיב אבידה הוא אלא כמודה במקצת בעלמא הוא ולא סמכינן עליהו ושם כ' משם ר"י דאיירי שראינוהו מדבר עם העדים בב"ד אלא שלא העידו עדיין בשעת טענתו ואפי"ה קאמ' ר' אבא דכיון דאיכא שטרא אירתותי מירפת דכיון שידע בעצמו שלא פרעו פלו אומר בלבו אף העדים יזכרו ולא יעידו בב"ד ואף אם לא באו עדיין לב"ד סובר מר בר ר"א שסתמו של דבר מחזיר אחר עדים וחוקר אחר עדים שידועים לו זכות ומידע ידע שיש שם עדים שמעידין שפרעו כולה עיין שם עוד אם כן י"ל דוקא הואיל דיש שטר אירתותי מירפת למפק' ליה מתורת משיב אבידה שאין לפוטרו משבוועה מתקון העולם כי לא יבא לכפור כדי שלא יתחייב שבוועה כי טוב להודות שפא יזכרו העדים שלא פרעה בפניהם כולה ונמצא מתבדה מתוך השטר דא"ל שטרך בידי מאי בעי לכה כיון שדעתו להודות לא ימנע מפני השבוועה שאנו משיעין אותו.

ואם כן י"ל דוקא היכא דיש שטר לא הוי כמשיב אבידה דירא פן לא יעידו העדים ואירתותי מירפת אבל במלנה על פה לא איכפת ליה אם יתבדה כיון דליכא שטר י"ל אף דהוי ספק הכחשה מ"מ כיון שהעידו העדים שפרע כולה שוב הוי כמשיב אבידה ופטרין ליה משבוועה.

וברמ"ה ישם כ' להדיא דאנהו עדים לבטולי לשטרא משום מגו דיכול לומר פרעתי פלו דאיכא עדים דמסייעי לי ולא מהני שטר למלנה ולא מידי ול"א מגו לפוטרו משבועה דאם פן מוב"מ דחייב היכי משפחת לה ניימא מגו דכ"ה נכתב וכ"ת ש"ה דאין אדם מעיז ובע"כ מודי אבל הכא דאיכא עדי דמסייעין ליה מעיז ואיכא מגו ה"נ פיון דאיכא שטרא דמסייע ליה למלנה דאמר ליה שטרך בידי מאי בעי ע"כ מודה בפרוטה ודינו הוא דל"מ האי מגו למיפטרנה משבועה עכ"ד ולדבריו נמי במלנה ע"פ דליכא מידי דמסייעי למלנה מודה דמהימן במגו דל"ה העצה פיון דעדים מסייעי ליה ללנה אם פן נאמן פרעתי מחצה במגו דפרעתי פלו ופטור אף משבועה להסוברים דאמרינן מגו לאפטורי משבועה היכי דליכא מעיז: גם יש להבין לפי דבריהם דהוי ספק הכחשה היינו דלא ברירא לן בטענת הלנה אם פן למה לא יהיה הלנה נאמן לומר מיד פשהעידו העדים דפרעו פולה לומר נזפרתי ונדעת' מבואר בנ"י ריש ב"מ דנשבוע וגובה מחצה הוא אפילו חזר לומר פדברי העדי דכיון דהודה תחילה שלא פרע אלא מחצה א"י לחזור בו אעפ"י שהעדים מסייעין אותו.

ואמאי פיון דאף בלא דבריו אינו ודאי הכחשה רק ספק הכחשה למה לא יהיה נאמן לברר דבריו שמתחילה ל"ה זוכר מפרעון המחצה האחר דהא מה"ט מסלקין לשטרא הואיל דלא ברירא לן למה לא יהיה נאמן לברר דבריו וע"כ צריך לומר דנקא כשאומר נזפרתי שפרעתי ואינו מברר דבריו שמה שאמר תחילה פרעתי מחצה הנה הפנונה שעד פאן אני זוכר והחצי השני אני זוכר רק שאומר מעצמו נזפרתי שמה שאמרתי תחילה פן הנה אצלי בבירור ועכשיו נזפרתי בזה סובר הר"ן והרשב"א דאינו נאמן אבל אם באמת מברר דבריו אחר שבאו העדים והעידו שפרע פולה דמה שאמר מתחילה פרעתי מחצה הנה פנונתי דעד פאן אני זוכר ויותר אין אני זוכר נאמן פיון דגם לנו הוא ספק הכחשה למה לא יהיה נאמן לברר דבריו.

שוב הראו לי שפבר עמד בסתירת דברי הר"ן ורשב"א בספר ש"ת וכו' לפרש פן ואף שכ' דכל פי האי הו"ל לפרושי ולא לסתום מ"מ בהכרח צריך לומר פן. אף יקשה אם פן אף אם אינו מברר דבריו שאמר מקודם פרעתי מחצה היינו ע"כ אני זוכר ולא הוי הודאה ברורה על החצי השני שחייב רק שאמר סתם נזפרתי יהי' נאמן במגו דהיה אומר שמה שאמר מקודם פרעתי מחצה היינו ע"כ אני זוכר והשתא דיש עדים שפרעתי פולה שמתתי על לפי ואני זוכר בבירור ואף אם לא יאמר שזוכר בבירור מ"מ סמכינו על העדים.

ואולי י"ל דהא דלא מתרץ הר"ן דמשום מגו הוא דמסלקינו לשטר הוא משום פיון דעדיין לא העידו העדים רק אחר כף אף דמסתמא ידע מהם מ"מ כל זמן דלא העידו עדותן בב"ד ליכא לפני ב"ד דבר דמסייע ליה אינו מעיז לכפור הפל ונגד שטר לכף הוכרח לתרץ דהוי ס' הכחשה ואחר כף כשפבר העידו ואומר נזפרתי שפרעתי המחצה השני אינו נאמן לעקור הודאתו כ"ז שאינו מברר שהודאתו לא הוי הודאה ברורה וכיון דטוען עכשיו נזפרתי שפרעתי מודה דמה שאמר אז פרעתי מחצה הנה הודאה על המחצה שחייב שוב אינו נאמן לסתור דבריו אף במגו פמבואר בריטב"א שבועות (דף מ"א) הבאתי דבריו לעיל (סי' י"ז) דמחויב לפטור אינו נאמן לסתור טענותו אף במגו פיון דכבר הודה פן צריך לדחוק בדברי הר"ן וצ"ע: סי' כא א) הגם דל"א מגו להוציא לדעת

הסוכרים פן מ"מ היכא דיש בידו שטר אמרינן מגו להוציא ועיין ש"ע (סי' פ"ב סי"ב) ובש"ף (ס"ק כ"ט) משם תשובת רמב"ן ובטעמ' דמלתא כ' התנמי' דאף דמגו לא אלים להוציא ממון מ"מ פיון דמסייע ליה חזקה דשטר בידו מאי בעי ובמקום דמסייע חזקה להמגו כתב המרדכי דאמרינן מגו להוציא ויש לגמגם בזה דע"כ לא אמרינן היכא דחזקה מסייע להמגו דמהני רק כמו במשארתני נאנסתי דהחזקה הוא חזקה בפ"ע אף אם אין אנו דנין לגבי ממון מ"מ איכא חזקת הגוף דנבעלה אחר פה אבל לגבי חזקה דשטר בידו מאי בעי עיקר פת המגו הוא החזקה כמו בסטראי פשדנין על השטר אם הוא פרוע העיקר מה דהלנה א"נ על השטר לומר פרוע הוא משום חזקה דשטר בידו מאי בעי וכיון דהמלן' מודה דקבל רק דאמר סטראי איתרע השטר רק דיהי' נאמן במגו דלהד"ם ולתד"ם גם כן לא הוי נאמן רק מפח החזקה דשטר בידו מאי בעי אם כן הפל הוא סוג חד.

גם הא בסטראי זה א"ש אם טוען שהלנה נתן לו ע"ח אחר מע"פ בזה שייף לומר דהנה לו ליקח השטר אם טענת הלנה אמת דפרע לו השטר אבל אם באמת פשהלנה טוען מיד דנתן לו על השטר והמלנה החזיק בהמעות על מלנה על פה אחרת אם כן אינו ראיה מחזקה דשטר בידו מאי בעי ואמאי יהיה נאמן להוציא ואף די"ל דהנה לו לתפוע שישליש השטר ולא להאמין לו שיתזיר לו אחר פה השטר מ"מ בנתן לשליח לפרוע כמו באבימי כתובות (דף פ"ה) ל"ש חזקה דשטר בידו מאי בעי לצרף למגו דלהד"ם: וי"ל דעיקר הטעם דכ"ז שיש שטר ביד המלנה אף דעומד לפרעו מ"מ יש חזקת חיוב להשטר דכמו שהשעבוד והחיוב הפתוב בשטר זכה בו המלנה כשפא לידו כן נשאר החיוב היינו שיש לו זכות וחיוב הפתוב בו והוא חזקה דמעיקרא דלא נשתנה פח השטר כמו כל חזקה דמעיקרא ה"נ חזקה דמעיקרא דאינו פרוע ועדיין בתקפו וחזקו שהנה לו מעיקרא אף דהוי מקלי מ"מ קנין וזכות יש במה שכ' בו ושוה ממון למפור ואינו כמו נקר לצור ע"פ צלוחיתו ואם נאמר דפרוע הוא נשתנה ממה שהנה מעיקרא לכך הוי שפיר בכ"מ מגו וחזקה דלחזקה הזאת לא צריך להמגו דלמגו אם הנה אומר לא הנה דברים מעולם סגי דשטר בידו מאי בעי.

ועיין ש"ף (ס"ק כ"ח) דהקשה על הבעה"ת וטוש"ע דלמה באומר הלנה שנעשה על תנאי על המלנה להביא ראיה הא פיון דלדברי המלנה השטר פשר וגם אמאי הוי מגו להוציא ולמה שכ' י"ל פיון דלדברי הלנה נתבטל החיוב מעיקרא לא יש לשטר זה חזקה דשטר בידו מאי בעי פיון דלא התחיל החיוב רק אם לא יקיים הלנה התנאי והוא מודה דמסר לו ופא לידו על תנאי וטוען דקיים התנאי לא התחיל החיוב שוב ראיתי בקצוה"ח (ס"ק ח') דביאר פן דל"מ מגו אלא לגבי טענת פרעון דגם הלנה מודה דחגיל השעבוד והוי פגבוי אלא דהוא הביא ראיה מהא דמשארסתני נאנסתי דהוצרף למגו הואיל דהוא בו"ש או חזקה ולא מהני אף דיש לה שטר אלא ודאי פיון דלדברי הבעל אין פאן שטר ומעולם ל"ה חיוב ושעבוד הוי מגו להוציא וזה אינו ראיה כ"כ דשם לא התחיל כלל החיוב אם היתה בעולה בשעת החיוב אבל פאן עכ"פ התחיל החיוב באם לא יקיים הלנה התנאי ועכ"פ יש חיוב על ידי השטר על הלנה אם יעבור על התנאי ויש עליו חיוב לקיים התנאי וגם מה שכ' דכל הטעם דמהני מגו להוציא במקום שטר דאז הוי פגבוי פכר כ' התומ' דאנן קיי"ל שטר העומד לגבות לאו פגבוי דמי אוילם למה שכ' אתי שפיר ביותר

כיוון דהחייב והשעבוד הפתוב בשטר נעשה על התנאי ועומד לכה שיקיים התנאי לא שיהיה כ"כ חזקת השטר שנשאר עוד בחזקתו כמעיקרא כיון דלא זיכה לו לחייב את עצמו בכירור ורק על תנאי.

והוי פטוען לבטל השטר מעיקרא ומינושב נמי בזה דברי הפירוש משניות להרמב"ם המובא בש"ך (סוף סי' פ"ג) בטוען אמנה והמלנה אומר שהוא מוקדם דאינו נאמן במגו דהוי להוציא והקשה עליו הא מוקדם פשר לגבות מב"ח ואם כן הוי במקום שטר ולמה שכ' כיון דטוען לבטל השטר מעיקר' ולא הוי חזקת חיוב דשטר ל"מ לגבי' מגו להוציא: ובזה יש ליישב דברי רבינו יונה בש"מ פתובות דמתרץ על קושית תוס' סוגיא דפוגמת דלכה פוגם שטרו אינו נאמן המלנה במגו דהוי מגו להוציא והקשה בנה"מ שעל רבינו ירוחם הא בשטר אמרינו מגו להוציא.

ולמה שכ' כיון דכל הטעם הוא הואיל דהשטר הוא בחזקת חיוב חזקה דמעיקרא כל זמן שהוא בידי המלנה אם כן שם בפוגם איתרע החזקת חיוב דהרי ראינו דישנו השטר בידי המלנה אף דנפרע מקצתו רק דאעפי"כ גובה בשבועה דחזקה דשטרך בידי מאי בעי הוא על הנשאר דאם פרע פולו למה הניח השטר בידי המלנה אבל חזקת חיוב היינו חזקה דמעיקרא שנשאר בחיובו ותוקפו זה ודאי איתרע כיון דהודה המלנה דפרע מקצתו ולכה כתב שפיר דהוי מגו להוציא אף דהוי במקום שטר מ"מ הוי פליתא לענין זה כיון דחזקת חיוב איתרע תו לא מסייעי חזקה להמגו ואי דמסייע החזקה דשטרך בידי מאי בעי זה הוי ככח המגו דכל כח המגו שהיה נאמן הוא מכח החזקה הנ"ל: ועיין במה שכתבתי בהגהותי לספר ד"ח לאאמ"ו ז"ל דיני חזקת קרקעות (סי' י"ג) שם כתבתי ליישב דברי רבינו יונה הנז' בדרך אחר על פי מה שכ' משמו בש"מ ב"ב (דף ל"ג) בהא דרבה בר שרשום דלמה לא יהיה נאמן במגו דלקוח עד שיאכל וכו' דכ"ז שלא אכל הוי מגו להוציא ואעפ"י שיש שטר בידי כיון שאין דינו ליטול מן היתומים אלא בשבועה אם באת לומר שיטול בלא שבועה במגו הו"ל מגו לאפוקי ממזנא מבואר דסובר דכיון דבלעדי המגו היה חייב שבועה אף שיש שטר לא מהני מגו להוציא כיון דבלעדי המגו הי' חייב שבועה ואולי לא ירצה ליישבע הו"ל מגו להוציא וממילא אתי שפיר בפוגמת דלכה א"נ במגו דל"ה פוגם כיון דנאמר לפטור אותו ע"י המגו משבועה ולהוציא ל"מ.

וע' בשער משפט דיני מגו (אות ב') דנסתפק בזה בנשבעין ונוטלין דיש להן זכות ליטול בשבועה אם מהני מגו לפטור משבועה ומדברי רבינו יונה הנז' מבואר דאם בלעדי המגו חייב שבועה הוי מגו להוציא אף במקום שטר: (ב) ולמה שכתבו האחרונים בטעמא דבשטר אמרינו מגו להוציא דשטר הוי כמחזק ובענין זה הוא כגבוי ועיין בתקפו פהו (סי' ק"ל) למד מזה בספר ש"ש (ש"א פכ"ד) דכמו כן אזלינן בתר רובא וס"ס בשטר והביא שם ראיה מדברי הגהת מרדכי פ' אלמנה ניוזנית דכ' בכתובה אזלינן בתר רובא מפרק הבא על יבמתו לשלישי לא תנשא כו' אבל משני אית לה כתובה הרי אע"ג דלגבי איסורא מחזקינן בתרי זימני הוי בחזקת עקרה לגבי ממון ל"ה מוחזקת עד תלתא זימני וטעמא דאזלינא בתר רובא ורוב נשי שאינן יולדות בתרי זימני וכתובה ה"ט דאלם מעשה ב"ד דכתובה ומחזקת היא ומבואר דאזלינן בכתובה וכן בשטר בתר רובא עיין שם שהאריך בזה וכבר כתבתי לעיל דיני עדות (סי' מ"ד) דאם כן מה הקשה הש"ס



פְּתוּבוֹת (צַף י"ג) לְתֵלוֹת פְּלוּגְתָא דר"ה ור"י ור"נ ור"י בְּמַחְלֻקַת דר"ג ור' יְהוֹשֻעַ הָא שֵׁם הוּי פְּתוּבָה וְשֵׁטֶר לְפָנֵינוּ לְכֹה סוּבֵר ר"ג דְּבָרֵי וְשֵׁמָא בְּרִי עֲדִיף אֵלָא וְדָאִי פִינּוּ דָאִם הִיְתָה בְּעוֹלָה וְהוּי מְקַח טְעוֹת לֹא הִתְחִיל כָּלֵל הַחַיִּיב לֹא מְהַנִּי אִף בְּמִקּוּ' שֵׁטֶר וְכֹן מְבִנְיָר בְּדְבָרֵי רַמְבַּ"ן מוּבָא בִּשְׁ"מ סוּגְיָא דפ"פ אִף דְּלֹאֻקְמֵי שֵׁטֶרָא לֹאֻ אִפּוּקֵי מְמוּנָא חֲשָׁבִינוּ לִיָּה וּמְהַנִּי מְגוּ לְהוֹצִיא בְּמִקּוּם שֵׁטֶר הוּא דְּנֻקָא הֵיכָא דְהִי' לְהַשְׁטֵר שְׁעַת הַכּוֹשֵׁר אֲבָל הֵיכָא אִם אֵיטָא דְזַנְתָּה תַּחְתִּיו שֵׁטֶרָא פְּמָאן דְּלִיתָא דְמִי דְלֹא חָל שְׁעִבּוּדָא דְשֵׁטֶרָא כָּלֵל וְא"נ אִם זְנַתָּה קוּדָם לֹא חָל שֵׁטֶרָא כָּלֵל לְמ"ד פְּנֹסָה בְּחֻזְקַת בְּתוּלָה וְנִמְצָאָת בְּעוֹלָה אִין לְהַ פְּתוּבָה עֵינּוּ שֵׁם וּמְבִנְיָר הֵיכָא דְהִסְפֵּק הוּא אִם חָל הַשְׁטֵר כָּלֵל לֹא מְהַנִּי מְגוּ.

וְרֵאִיתִי שֵׁם בִּשְׁ"ש סוּף הַפֶּרֶק דְּעֵמֵד עַל דְּבָרֵי הַשְׁ"ף בְּכ"מ דְּכ' דְּגַבֵּי מְשִׁאֲרִסְתֵּי נֶאֱנָסְתִּי אִף דִּישׁ שֵׁטֶר לֹא מְהַנִּי פִינּוּ דְּבִלָּא חַיִּיב פְּתוּבָה אִין כָּאֵן חַיִּיב לֹא מְהַנִּי מַה שֶׁהַשְׁטֵר בְּיָדָהּ וְכ' לְהַקְשׁוֹת מְדְבָרֵי הַמְרָדְכֵי הַנּוֹ' דְּמְהַנִּי רַבָּא לְכַתְּוָבָה דְּהִיא פְּמוֹחֻזְקַת עַל פִּי מַעֲשֵׂה ב"ד וְהֵתֵם נְמִי אִם עֲקָרָה הִיא הָרִי ל"ה לְהַ פְּתוּבָה אֵלָא פִינּוּ דְּהִיְתָה קוּדָם שְׁנַשְׂאָת בְּחֻזְקַת פְּתוּבָה הֵנָּה לְהַ פְּמוֹחֻזְקַת וְאִם כֹּן הוּא הַדִּין לְעַנְנֵן מְגוּ לְהוֹצִיא כ"ש בְּחֻזְקַת פְּתוּבָה הוּ"ל פְּמוֹחֻזְקַת וְהַנִּיחַ בְּצ"ע וְהַדְּבָרֵי פְּשׁוּטִים לְחַלֵּק מְשֵׁם כְּאֲשֶׁר רֵאִיתִי פְּתוּב בְּגִלְיוֹן הַשְׁ"ש מְהַמְנוֹחַ פְּבוּד הָרַב הַגְּדוֹל הַצְּדִיק מו"ה מְרָדְכֵי מְאִיר ז"ל מְבִיָּאֵלָא אֲשֶׁר מְשַׁכְּנוּ פְּבוּד הֵיָּה וְהוּא בַּעַ"ק יְרוּשָׁלַם ת"ו דִּי"ל דְּקוּדָם שְׁבָא עָלֵיהָ לֹא הוֹחֻזַק עַדִּינוּ שֵׁטֶר פְּתוּבָתָה דְּשֵׁמָא תְּהִי' הַכְּחָשָׁה בִּינֵיהֶם וְלֹא יְהִיָּה לְהַ פְּתוּבָה שִׁיָּהָא נֶאֱמָן מַחְמַת חֻזְקָה דָא"א טוֹרַח בְּסַעוּדָה וּמְפַסְיָדָה אֲבָל בְּנַשְׂאָת לְשַׁנִּי אִם הִיָּה מְגַרְשָׁה אַחַר כֹּה מִיָּד כְּשֶׁנַּשְׂאָת הִיָּה חַיִּיב לִיתָן לְהַ פְּתוּבָתָה אִם כֹּן הוֹחֻזַק הַשְׁטֵר לְחַוֵּב לְכֹה אֲפִילוּ שְׁהַת' עֲשֶׂר שָׁנִים וְנוֹלַד בָּהּ סְפֵק עֲקָרָה אֲזֵלִינוּ בְּתֵר רַבָּא לְהוֹצִיא ע"י הַשְׁטֵר עכ"ד וְהַדְּבָרִים פְּשׁוּטִים וְנִכְוֹנִים: וְדַעַת רַמְבַּ"ן מוּבָא בְּש"ף (ס"א פ"ג) דְּאִמְרֵינוּ מְגוּ לְהוֹצִיא וְשֵׁם בְּכ"ב בְּעוֹבְדָא דְּגַחְזִין וְלַחֲזִישׁ לִיָּה לְרַבָּה אִיְרֵי בְּשֵׁטֶר שְׁאִינוּ מְקוּנִים וְנִחְלְקוּ רַבָּה ור"י פִינּוּ דְּמוּדָה עֲכָשְׁיוּ דְּהַשְׁטֵר פְּסוּל אִם מוֹעִיל כְּשִׁיבְיָמֵינוּ וּבְש"ף שֵׁם הִבִּיא דְּבָרֵי הַג"ת שֶׁהַקְשָׁה מְש"ס פְּתוּבוֹת בְּהִיא דְּפּוֹחֻתַת פְּתוּבָתָה וְכ' דְּנֻקָא בָּאִם הִיָּה לוֹ שֵׁטֶר כְּאֲשֶׁר אֲבָל בְּפּוֹחֻתַת לֹא מְהַנִּי מְגוּ אִף בְּמִקּוּם וְהַשְׁ"ף כ' דְּאִשְׁמִיטְתֵּיהָ מְמַנּוּ דְּבָרֵי רַמְבַּ"ן וְלֹא אֲבִין לְמָה אִינוּ מְשִׁיג עָלָיו מְדְבָרֵי ש"ס שֵׁם ב"ב בְּעוֹבְדָא דְּהִהוּא עֲרָבָא דְּלַדְעַת רַמְבַּ"ן גַּם שֵׁם אִיְרֵי בְּאִינוּ מְקוּנִים רַק הִסְפֵּק הוּא אִם הַב"ד מְזַדְקִין לְקִיָּמוֹ אִף הַחֶרֶס וְשֵׁם הַשְׁטֵר כְּחֶרֶס דְּכָבֵר נִמְחַל שְׁעִבּוּדָ' רַק שִׁיָּהָא נֶאֱמָן בְּמָגוּ וּמְסִיק הַסּוּגְיָא הַלְכְּתָא כר' יוֹסֵף בְּזוּזֵי מְבִנְיָר דְּלְרַבָּה מְהַנִּי הַמָּגוּ אִף דְּלְדְבָרֵיו אִין לוֹ שׁוּם שֵׁטֶר.

אִף יֵשׁ לְהַבִּין שֵׁם לְדַעַת רַמְבַּ"ן הָא אִיְרֵי דְּתַבַּע לוֹ בְּכ"ד וְהַשִּׁיב הַלְנָה דְּפָרַע לוֹ וְהַמְלָנָה אוֹמֵר דְּהַדֵּר אוֹזְפִי לִי וְעַל זֶה לֹא הוּדָה הַלְנָה וְעַל כִּרְחוֹף גַּם כֹּן אִיְרֵי בְּאִינוּ מְקוּנִים וּפְסִקִינוּ כר"י דְּלֹא מְקִיָּמִינוּ לִיָּה שִׁיָּהָא לוֹ הַמָּגוּ וְקָשָׁה בְּשִׁלְמָא לְעִיל דְּהַלְנָה טְעוּן מְזוּנִיף שְׁפִיר פִינּוּ שְׁצָרִיף לְקִיָּמוֹ וְכִינוּ דְּהוּדָה הַמְלָנָה דְּשֵׁטֶרוֹ חֲסָפָא בְּעִלְמָא הוּא אִין הַב"ד מְזַדְקִין לְקִיָּמִים הַחֶרֶס כְּדִי שִׁיָּהָא לוֹ מְגוּ וְרַבָּה סוּבֵר אִם מְקִיָּמוֹ אֵיִתְבָּרַר לְמַפְרַע שִׁישׁ לוֹ מְגוּ אֲבָל כָּאֵן דְּהַלְנָה מוּדָה דְּהַשְׁטֵר אִינוּ מְזוּנִיף רַק דְּהַשִּׁיב דְּכָבֵר פָּרַע לוֹ אִם כֹּן שׁוּב אִין צָרִיף לְקִיָּמוֹ וְאִף דְּקִי"ל מוּדָה בְּשֵׁטֶר שְׁכַתְּבוּ צָרִיף לְקִיָּמוֹ וְיֵשׁ לוֹ מְגוּ דְּמְזוּנִיף שֵׁם אֲנִן סְהַדִּי דְּטַעַנַת מְזוּנִיף הוּא טַעַנַת אֲמַת כ"ז שְׁאִינוּ מְקִיָּמוֹ דָּאִם הִיָּה רוּצָה לְשַׁקֵּר הִיָּה טוֹעֵן מְזוּנִיף אֲבָל כָּאֵן אִמְרֵינוּ דְּהַלְנָה טוֹעֵן אֲמַת דְּפָרַע רַק הַעֲרַב גַּם כֹּן אוֹמֵר אֲמַת דְּהַדֵּר אוֹזְפִי בְּמָגוּ

דהי' אומר דלאו פרוע הוא נעשה שוב לא צריף לקיימו פיון דהלנה הודה וכל מגו הוא תוכ"ד ומגו למפרע ל"א ומה שאמר מקודם דפרוע הוא מהימנין ליה להלנה רק אנו דנין על הטענה שהדר אופי על זה אין אנו מאמינין לי' להלנה פיון דעל זה לית ליה להלנה מיגו.

ועיין ש"ף (סי' נ"ז ס"ק ח') מה שכ' שם להסוברים דאמרינן מגו להוציא איירי שם באינו מקוים ולא מזדקקין לקיימו וקשה פנ"ל הא שוב אין צריף לקיום וצריף לומר פיון דלא יהיה נאמן דהחזיר לו רק מצד מגו ולא עדיף טענתו דהשתא מטענת מגו וכמו דאם לא הי' הלנה מודה לו דפרע דאז הנה הלנה נאמן במגו דמזונף והיה צריף לקיימו כמו כן עתה צריף לקיימו ואז המגו של המלנה בחונק ולכך הב"ד לא מזדקקין לקיימו: (ג) ועיין במ"מ (פי"ד) ממלנה שהביא שיטת הרמב"ן דאין הב"ד נזקקין לו אבל אם קיימו ואחר מכן הודה נאמן מדין מגו ומגבין אותו ואם לא הוי מקיים בשעת הודאה אפילו קיימו אחר כך אינו גובה בו פיון שבשעת הודאה לא הי' שם מגו ושוב אין נזקקין לו.

ובקצוה"ח (סי' קמ"ו) כ' דלא שייף לומר בקרקע הלכתא פרבה אי עביד כר' יוסף עביד פיון דלא עביד רק שלא רצה הדיין להזדקק לקיימו אם כן כשהב"ד מזדקקין אחר כך לקיימו שוב חשוב מגו ולמה שכ' המ"מ אם עבד כר"י ממילא קם דינא דהב"ד לא מזדקקין לקיימו וכשהוציא הקרקע ממנו שוב אף אם יקיימו אינו נאמן במגו ואף אם לא הוציא עדיין ממנו הקרקע נראה מדברי המ"מ פיון שפעם אחד נסתלק המגו קם דינא ואף אם עברו הב"ד והזדקקו לקיימו בזווי בטרם שפסקו שלא יקיימו י"ל דלא מהני פיון דבשעת הודאה ל"ה לו מגו וגם לא מצינו בזה דעבד כמר עבד רק הלכתא ותליא העיקר אם היה לו המגו בשעת הודאה וצ"ע: וראיתי בש"מ שהעיר לדעת רמב"ן ורש"ב"א דבמקוים נאמן במגו צריף עכ"פ המלנה לישיבע בנקיטת חפץ כמו במלנה על המשכון דנאמן כדי דמיו במגו דלקוח מ"מ פיון דלאו אגופא דמשכון קטעין פנוטל חשביון ליה ובעי שבועה כ"כ מי שמוחזק בשטר והקשה מדברי ש"ף (סי' ק"ח) דהעלה בשטר שאין בו נאמנות והלנה טוען פרעתי והמלנה טוען סטראי דגובה בלא שבוע' הרי אף דנאמן במגו אפ"ה גובה השטר בלא שבוע' וכ' דלא ידע ההבדל בין מלנה על משכון לזה [ומ"ש ליישב בזה קושית רמב"ן מהא דפוחתת כתובת' וכ' דמ"מ פיון דאינה נאמנת רק מפת מגו צריכה שבועה בנק"ח ליטול ל"נ כלל דעכ"פ בהכרח שבועת הגאונים הוא רק תקנתם ולא נזכר בגמרא כמבואר בכל הפוסקים ושפיר הקשה הרמב"ן על הש"ס] ונראה לחלק דהא אף במלנה על המשכון אינו חייב שבועה רק פשרוזה לגבות מן המשכון בזה אף דיש לו מגו דלהד"ם מ"מ לא נוכל להעדיף פחו ממה שאומר להד"ם דהי' נאמן והב"ד ל"ה יכולין להוציא ממנו אבל לא להחליט שהוא שלו ולהגבותו אבל אם אינו רוצה לגבות בו רק שיהיה מונח בידו עד שיפדנו כמו שתובע אין צריף שבועה כמבואר בר"ן ובפוסקים לעיל (סי' ע"ב) וה"נ וכאן אם ל"ה מודה שהוא מזונף הוי הב"ד מזדקקין לגבות ממנו בע"כ שוב הוי המגו על הכפייה לגבות אין צריף שבוע'.

ועוד דרק במלנה על המשכון דלא יש שום שבועה מן התורה על המלנה תקנו הגאונים שישבע אבל בשטר דלעולם יש חיוב שבוע' מדינא דגמרא אם טוען אשתבע לי דלא

פְּרַעַתִּיךָ ל"ה לָהֶם לְהַגְאוּנִי לְתַקֵּן שְׂשִׁיבֵעַ פְּשִׁיטוּל וְנֶאֱמַן בְּמַגּוּ וְאִם יֵשׁ לוֹ לְהַמְלִיחַ נֶאֱמָנוֹת דְּפִטְרוֹ מְשִׁבְעָה גַם לֹא תִקְנוּ הַגְּאוּנִים שְׁבוּעָה הַזֹּאת רַק בְּבֹא לְגַבּוֹת מִמְשָׁכּוֹן וְעוֹד יֵשׁ כְּמָה טְעָמִים לְחַלֵּק בֵּין שְׁטֵר לְמִשְׁכּוֹן: ד) מַגּוּ לְחֵיִב שְׁבוּעָה הוֹכִיחַ הַב"ש אַה"ע (ס' צ"ו ס"ק ז') דל"א מִתְשׁוּבַת הָרִי"ף ש"כ' אִם הִבְעֵל טוֹעֵן עִמָּה בִשְׁע' הַגְּרוּשִׁין וְאָמַר שְׂפָבֵר פְּרַע לָהּ הַפְּתוּבָה קוֹדֵם שְׁנָתָן הִגִּט דְּלֹא טַעְנָה הוּא דָּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוֹ אִף עַל גַּב אִם הָיָה אוֹמֵר פְּרַעַתִּי אַחַר הִגִּט הִי יִכּוֹל לְהַשְׁבִּיעַה אִין אוֹמְרִים מַגּוּ לְהַשְׁבִּיעַה וְכ"כ הַג"ת וְתִלִּי בְּמַחְלֻקַת הַפּוֹסְקִים אִם אֲמַרִינּוּ מַגּוּ לְאִפְטוּרִי מְשִׁבְעָה אִז אֲמַרִינּוּ אִף לְחֵיִבוֹ וְאִם ל"א מַגּוּ לְאִפְטוּרִי מְשִׁבְעָה אִז אִף לְחֵיִבוֹ לֹא אֲמַרִינּוּ וּבִקְצוּה"ח (ס' פ"ב ס"ק ז') כְּתִב לְהוֹכִיחַ מִדְּבָרֵי הַש"ע דְּסוֹבֵר דְּאֲמַרִינּוּ מַגּוּ לְחֵיִב שְׁבוּעָה מִמָּה דְכ' (ס' א"א) אִם טַעֵן הַלְלוֹה מְחַלֵּת לִי חוֹב שְׂבִשְׁטֵר זֶה יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר שְׂדִינוֹ כְּמִי שְׂטוֹעֵן פְּרַעַתִּי וְכ' דְּמַחִילָה אֵינָה טַעְנָה מִצַּד עֲצָמָה אֶלְא מִשׁוּם מַגּוּ דְּפְרַעַתִּי הָרִי דְּאֲמַרִינּוּ מַגּוּ לְחֵיִבוֹ שְׁבוּעָה וְהַדְּבָרִים מִתְמַיְהִין הֵא מְבוֹנָאָר שֶׁם בְּרַמ"א דִּיכּוֹל לְטַעֵן טַעְנַת מְחִילָה אַעפ"י שְׂיֵשׁ בּוֹ נֶאֱמָנוֹת שְׁהַנְּאֻמָּנוֹת לֹא קָאִי עַל הַפְּרַעוֹן הָרִי דְּאִף דְּלִית לָיָה מַגּוּ דְּפְרַעַתִּי מ"מ חֵיִב לְיִשְׁבַע דְּטַעְנוֹת מְחִילָה לְחֵיִבוֹ שְׁבוּעָה הוּא טַעְנָה בְּפ"ע וְכִמּוֹ שְׂפַתְב הַש"ף (ס' ע"ה ס"ק כ"ב) דְּלַעֲנִן לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיחַ הוּי טַעְנָה מְעַלְיָא וּבְסִפְרַ הַפְּלָאָה אַה"ע (ס' צ"ו) כ' לְהוֹכִיחַ דְּאֲמַרִינּוּ מַגּוּ לְהַשְׁבִּיעַ רַק בְּכַתּוּבָה הוּאִיל דְּהוּי חֲזָקָה אִין אַפְתוֹ"ז לְהַשְׁבִּיעַ ל"א מַגּוּ אַע"ג דְּהוּי ס' אִם אֲמַרִינּוּ מַגּוּ בְּמַקּוֹם חֲזָק' דַּא"א פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוֹ.

הוּא רַק לְפִטוּר אֶבְל לְחֵיִבוֹ שְׁבוּעָה וְדָאִי לֹא אֲמַרִי וְהַדְּבָרִים דְּחוֹקִים כֵּינּוּ דָּאִם אֵינּוּ נִשְׁבַּע א"ג הוּי ג"כ לְהַחֲזִי' וְאִם אֲמַרִינּוּ מַגּוּ בְּמַקּוֹ' חֲזָקָה לְפִטְרוֹ לְמָה לֹא נֹאמַר לְפִטְרוֹ שְׂלֹא יְהִי חֵיִב לְשַׁלֵּם עַד שְׂשִׁיבֵעַ וְאִף דְכ' הַתּוֹמִי' כ"מ (ס"ק קי"ח) כֵּינּוּ דְהַתְּשָׁלוּמִין הוּא וְדָאִי וְהַשְׁבִּיעָה הוּא ס' מְסַפִּיקָא אִין לָהּ לְהַשְׁבִּיעַ' דְּבָרֵי הֵם תְּמוּהִין כְּמוֹ שְׂתַמָּה בְּקְצוּה"ח דְּכֵינּוּ דַאִיפָא סְפַק שְׁבוּעָה עָלֵיו א"י לְהוֹצִיא עַד שְׂשִׁיבֵעַ כְּמְבוֹנָאָר בְּפּוֹסְקִים בְּפּוֹגְמַת כְּתוּבָתָה בְּעַדִּים דְּעָלָה בְּתִיקוֹ וּפְסִיקִין מְסַפִּיקָא לֹא תַפְרַע אֶלְא בְּשְׁבוּעָה.

וּבְאֻמַּת יֵשׁ לְהַתְּבוּנָה קְצַת בְּזָה דִּי"ל כֵּינּוּ דְּהוּי סְפַק בְּתַקְנָה דְּפּוֹגֵם דְּלֹא יַפְרַע אֶלְא בְּשְׁבוּעָה הוּא רַק מִתְקַנַּת חֲכָמִים א"כ לְמָה לֹא מוֹקְמִינּוּ עַל הַדִּין דְּמֵן הַדִּין אֲמַרִינּוּ חֲזָקָה שְׂטֵרָךְ בִּידֵי מַאי בְּעִי וְגוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה' וְאוּלֵי י"ל דְּשְׂאֵנִי שְׁבוּעַת הַמְּשַׁנָּה בְּזָה מְסַפִּיק אֵינּוּ גוֹבָה אֶלְא בְּשְׁבוּעָה'.

וְגַם יֵשׁ לוֹמֵר כֵּינּוּ דַאִיְתַרַע קְצַת הַחֲזָקָה דְּשְׂטֵרָךְ בִּידֵי מַאי בְּעִי בְּמָה שְׂמוּדָה הַמְּלִיחָה מַה שְׂאִין כֵּן בְּשְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי דְּלֹא פְּרַעַתִּיךָ דְּלֹא טַעְנִינּוּ לִיָּה וְהוּא רַק מְתַקְנָה בְּזָה י"ל דְּבַכָּל סְפַק מוֹקְמִינּוּ עַל הַדִּין וְכֵינּוּ דְּמֵן הַדִּין גוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה לְכָף אִם בְּאֵנוּ לְחֵיִבוֹ שְׁבוּעָה עַל יְדֵי מַגּוּ לֹא אֲמַרִינּוּ.

אוּלָם לֹא נִרְאָה לוֹמֵר כֵּן כֵּינּוּ דְּהַלְלוֹה טוֹעֵן בְּרִי דְּפְרַע אִף שְׂהוּא תּוֹךְ זְמַנּוֹ מ"מ כֵּינּוּ דִּישׁ סְפַק אִם אֲמַרִינּוּ מַגּוּ בְּמַקּוֹם חֲזָקָה לֹא מַגְבִּינּוּ עַד שְׂשִׁיבֵעַ. וּמִמִּילָא נְמִי נִרְאָה דְּקָשָׁה לוֹמֵר דְּאִף אִם אֲמַרִינּוּ מַגּוּ בְּמַקּוֹם חֲזָקָה דָּאִין אָדָם פּוֹרַע תּוֹךְ זְמַנּוֹ הוּא רַק לְפִטְרוֹ מִן מְמוֹן אֶבְל לְהַשְׁבִּיעַ לֹא אֲמַרִינּוּ דַמ"ש כֵּינּוּ דָּאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן כֵּן נְמִי אִין מוֹצִיאִין בְּלֹא שְׁבוּעָה וְמָה שְׁהוֹכִיחַ הַהַפְּלָאָה שֶׁם דְּאֲמַרִינּוּ מַגּוּ לְחֵיִבוֹ שְׁבוּעָה מְח"מ (ס' פ"ב) דְּדוֹנְקָא בְּטוֹעֵן אֲמָנָה אוֹ רִיבִית אִין שׁוֹמְעִין לוֹ לְהַשְׁבִּיעַ אֶבְל בְּאוּמ' יֵשׁ לִי בְּיַדְךָ כְּנִגְדָן לְהַמּוֹצִיא הַשְׁטֵר

יכול להשביע וטענה יש לי בינך פנגדן אינו טענה אלא במגו דפרעתיה פמבואר (סי' ע"ה ס"ז וסי"ג) ובסמ"ע (ס"ק ל"ג) פבר נסתפק בזה הקצוה"ח (ס"ק ו') בטוען יש לי בינך פנגדו והשטר מודה שלא נפרע אם צריה המלנה לישבע והביא דברי הש"ג פ' הפרה דאם תובע דבר הראוי לפרעון פגון בזווי צריה המלנה לישבע מטעם דהוי פטוען פרעתי: ודעת הפרישה (סי' פ"ד) דאמרינן מגו לחייב שבועה דכתב שם עמ"ש הטור בפוגם אם הוא בתוך זמנו נפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יפרע אלא בשבועה אפילו באומר שפרע פולו בתוך זמנו אפי"ה צריה לישבע במגו שהיה יכול לומר פרעתי אח"ז שהרי עתה פבר עבר זמנו ואולי יש לחלק מדברי הרי"ף דהא דעת ר"ה גאון ז"ל בפוגם שטרות תו"ז חייב לישבע מטעם פינון דאיתרע החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהא הודה המלנה דפרע מקצת תו"ז ורמב"ם ס"ל דהחזקה הוא על כל דינר ודינר מן החוב מ"מ קצת ספק הוא ואף דלא מחזקינן להספק לחייבו שבועה מ"מ אם הוא אחר זמנו דיש לו מגו בצירוף זה דכבר איתרע קצת החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו פאנו לבית הספק לחייב להמלנה לכבר הספק על ידי שבועה מה שאין פן פנגדון דתשובת הרי"ף דלא יש לנו שום ספק אם פרע תו"ז הכתובה דלא ניתנה פתובה לגבות פתיים כמו שכ' הרי"ף בתשובה ורק המגו יעורר לנו הספק לסלק החזקה לא מהני לחייבו שבועה ובספר ש"מ (סי' פ"ד) כ' בטעם הדבר דל"א מגו לחצאין כמו שכ' הסמ"ע (סי' קל"ט סק"ח) פאם הביא עדים שזה קרוב יותר דמוציאין ממנו הקרקע חייב להחזיר אף הפירות שאכל אף אם לא יש עדים שאכל אינו נאמן במגו דלא אכלתי דלא שייך מגו פחצי טענתו וה"נ פינון דלית ליה מגו להאמינו פגוף פרעון השטר האיה שייך להאמינו לענן להשביעו שפנגדו ולא לגוף הפרעון ודבריו ל"נ שאני התם פינון דמודה דאכל וגוף הקרקע מוציאין מידו על ידי העדים ממילא חייב לשלם אף דיש לו מגו מ"מ פרי פתר ארעא גרירי ואינו הטעם דלא אמרינן מגו לחצאין רק פינון שאין לו זכות בפירות אלא מפח הקרקע והקרקע יוצא מת"י בעדים ואין לו מגו בו צריה לשלם הפירות וכמו שכ' שם הפרישה מה שאין פן לענן להשביע דבכל מקום שיש ספק לנו ודברא דממונא חייבוהו חכמים לכבר על ידי שבועה וכינון דיש לו מגו לחייבו שבועה אף דלענן ממון לא מהני המגו מ"מ פינון דמגו הני פאנו סהדי לעשו' ספק לנו י"ל מצד הסברא דמגו מהני לחייבו שבועה אף דלגבי גוף השטר לי"ל מגו מ"מ מפח המגו דהוי פאנו סהדי דיש ספק עכ"פ לחייבו לכבר על ידי שבועה כמו בכ"מ או בפוגם או בטוען אשתבע לי דל"פ וז"פ לחלק משם ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ו) ה) עוד כ' שם ההפלאה (ס"ק ח') להקשות על דברי הטור דכאן משמע מסקנת הטור פרמב"ן דיכול להשביעו שלא מחל לו וממילא הוא הדין היתומים יכולין להשביע על זה ושם באה"ע פאלמנה שבאה לגבות פתובה הביא דברי הרמב"ם שכתב שצריכה לישבע גם פן שלא מחלה לו פתובה או שלא מכרה לו וכ' על זה הטור ונראה שאם פתובה בינך א"צ לישבע על זה דאם פן היתה מחזרת לו הפתובה וכתב דדעת הטור לשיטתו דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא לכך שם ביתומים לא טענינן להשביע על טענת מחילה מה שאין פן פאן שטוען בעצמו והרמב"ם לשיטתו דס"ל דטענינן ליתמי נאנסה אף דהוא מלתא דל"ש וקשה על דבריו הא הפא לגבות מיתומים או מלקוחות דיניהם שנה וכל מה דלא טענינן עבור יתומי' פן נמי לא טענינן עבור לקוחו' והטור ח"מ (סי' קי"ד) הביא דברי הרמב"ם במלנה הפא לטרוף בשטרות

מלקוחות דכולל בשבועתו שלא מכרו לאחר ולא מחלו הרי דטענינו בעדם לחייבו שבועה אף על מחילה אף דהוי מילתא דל"ש.

ואפשר דמש"ה דקדק שם הטור מלשון הרמב"ם דכ' (פכ"ב) ממלנה ומשביעין את הטורף שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר ובטור כ' ומשביעין שלא נפרע פלום וכולל בשבועתו שלא מחלו מבואר דהוא רק על ידי גלגול כמו שכ' שם הח"מ בדעת הרמב"ם הלכות אישות דהוא רק על ידי גלגול והטור ס"ל דדעת הרמב"ם מדכ' שם וכן התקינו שפשתבא לגבות פתובה אחר מותו לא תגבה עד שתשבע שלא הניח אצלה פלום ולא מכרה לו ולא מחלה משמע מדבריו דשבועה על מכירה או מחילה הוא מעיקר התקנה וע"ז כ' שאם הפתובה בידה אינה צריכה לישבע על זה אבל מודה דעל ידי גלגול משביעין אולם דוחק לומר פן שעל זה יחלוק הטור שם וי"ל דגם דעת הרמב"ם הוא דרק על ידי גלגול משביעין אותה על טענת מחילה וכמו"ש הח"מ שם (ס"ק י"א) וכמבואר בתשובת הרא"ש ו"ל מובא במהריב"ל (ח"ג סי' כ"ו) דעיקר שבועת אלמנה לא נתקנה אלא מחשש פירעון דהוא מלתא דשכיחא אבל משום חשש דשמא מחלה מלתא דלא שכיחא לא נתקן רק שמגלגליו עליה גם על מחילה עיין שם וכ"כ הרימ"ט בתשובה וכנראה מהטור באם הפתובה בידה אין צריכ' לישבע על זה סובר דאף על ידי גלגול ל"צ לישבע על טענת מחילה ועל פירוק דסובר דלא שכיח פלל ויקשה מ"ט לא פתב פן במלנה שטורף מלקוחות.

וצריך לחלק למה שפתב הב"י באה"ע שם דאפשר שפתבה לו שטר מכר או מחילה ולפיכך לא חשש ליקח מידה שטר הפתובה והטור לא ניקח ליה בזה משום דהוי מילתא דלא שכיחא מה שאין פן לגבי לקוחות עדיף יותר דחיישינו לפירעון ולקנוניא ועיין שם בב"ח ח"מ (סי' קי"ד).

ועיין רדב"ז בלשונות הרמב"ם (סי' ע"ו) שכ' בטעמו דרמב"ם דבשט"ח אין משביעין אותו אלא שלא נפר' אבל מחיל' ללנה ל"ש ולא טענינו ליתמי מילתא דלא שכיחא אבל אשה לבעלה מחילה ומכירה שכיחא ואין השטר ראיה דלגבי אשתו לא קפיד דכל דאית ליה מנח ליה גבה לכך טענינו ליתמי מילתא דשכיחא ובנפרעת שלא בפניו לא טענינו על מחילה או מכירה רק לדלמא צריי אתפסיה סמך להליכתו ולא טענינו רק ליתמי ולקוחות.

והרלב"ח בתשובה (סי' ק"ט) כ' דהא שכ' הרמב"ם בר"פ (י"ד) ממלנה שלשה שצריכים לישבע ויש בהם חשש מחילה הבא ליפרע שלא בפני הלנה והטורף מלוקח ולגבות מיורש לא הוצרך לפרש אופן השבועה על השנים מהם שהם הבא ליפרע שלא בפני הלנה והנפרע מהיורש דממה שפתב בכתובה מבואר והטורף מלוקח שאי אפשר בכתובה שמדבר בפני החייב פירוש דין השבועה (פכ"ב) ובכ"מ שחייב שבועה דלא פרעיה חייב לישבע שלא מחל לו החוב וכשב"ד מחייבין מעצמן שבועה שלא נפרע מחייבין גם פן לישבע שלא מחל החוב.

ונה שלא פדברי הרדב"ז שכ' דוקא בכתובה. אולם בדברי הרלב"ח יש להבין דס"ל בדעת הרמב"ם דלאו מטעם גלגול אתי עליה אם פן למה פתב הרמב"ם שם (פי"ד) ממלנה

דבתו"ז גובה בלא שבועה הא לעגנן מחילה אין חילוק בין תו"ז לאחר זמנו א"ו דטענות מחילה הוי לא נשכיחא כל רק על ידי גלגול חייב לישבע גם על מחילה.

וצריף לומר דסובר דכיון דתו"ז זמנו אינו נאמן לומר פרעתי אם הנה מוחל לו ונדאי הי' מחזיר לו שטר מה שאין פן לאחר זמן פיון דצריף לישבע על פרעון נאמן גם פן להשביעו על טענת מחילה.

מה שאין פן בתו"ז פיון דעל פרעון אינו נאמן אנו סהדי אם הנה מוחל לו הנה מוסר לו השטר ואף אם מהני מחילה אף במלנה בשטר הוא דוקא היכא דצריף לישבע על פרעון סוף דעתו דהלנה והמלנה מחל בלב שלם אבל בתו"ז דאינו נאמן לחיבו שבועה על הפרעון לא מהני המחילה להיות נאמן להשביע עד שיוצא השטר מת"י: (ו) מגו במקום מנהג העלה הש"ף דל"א כמו שהוכיחו הפוסקים מש"ס ב"מ (דף ק"י) גבי ארוס אומר למחצה ירדתי דהפל כמנהג המדינה ולא מהני מגו לר"נ דקיי"ל פנותיה משום דהוי כמגו במקום עדים וכמבואר נמי ממתניתין דפאה (פ"ח) אינו נאמן לא על הקמח ולא על הפת וכ' הר"ש דא"נ במגו דאי בעי הנה אומר חטים ניתן לי ועשיתי פת דהוי כמגו במקום עדים ולר"י דסובר דאף במקום מנהג נאמן ע"כ צריף לחלק דשם אינו תולה בדעת עצמו רק בדעת בעה"ב ול"ל ליתן קמח ופת היפך המנהג ובתנאים כ' דמנהג ל"ה רק רוב ובמתניתין דפאה אינו נאמן במגו פיון דהוי לעגנן איסור אבל לעגנן ממון י"ל דנאמן פיון דא"ה בממון אחר הרוב ויש לעיין בזה הא פבר הוכיחו האחרוני' מכמ' דוכתי דעד א' נאמן נגד הרוב באיסורין אף אם נאמר דאינו נאמן עד א' באיסורין נגד חזקה להתיר מ"מ נגד רוב אף דליתא קמו נאמן לברר הדבר.

וגם הא לקוח פטור מן התורה ממעשר ואינו חייב רק מדרבנן וכבר כ' הפ"מ דאף הסוברים דאין עא"נ להתיר באמתחוק איסורא הוא רק מספק דאסיק בפ"ס יבמות (דף פ"ח) ובדרבנן עא"נ להתיר אף באמתחוק איסורא דספק דרבנן להקל ואם פן כמו כן מהראוי להאמינו נגד רוב אלא ונדאי דמנהג עדיף מרוב ועיין ברמב"ן ור"ן קידושין סוגיא דסבלונות דלא אזלינן בתר רוב רק מה שהוא בטבע ולא בתר מנהג דעשוי להשתנות ועל פרוף הא דא"נ במגו נגד מנהג על פרוף שהמנהג הנוחזק לכל ולא מטעם רוב.

ומה שהקשה ע"ד תוס' ב"ב (דף צ"ב) בהא דפריף הש"ס לרב דהולכין בממון בתר רוב ממתניתין דהוא אומר אלמנה נשאתיף דהא רוב נשים בתולות נשאות והקשה בתוס' דלמא לכו נאמן די'ש לו מגו דפרעתיף הרי אף לרב מהני מגו נגד רוב וקשה ממשינה דפאה וגם הא במקום חזקה הוא איבעי דלא איפשטא ומכ"ש במקום רוב דעדיף מחזקה וזה לא קשה כ"כ דהא בחזקה דאין אדם פתו"ז מוציאין ממון אף לדין דאין הולכין בממון אחר רוב וע"כ או דחזקה מצד הסברא עדיף כמו שכ' המרי"ק והמרי"ט או מטעם דמועיל בצירוף חזקת חיוב ואלם ביותר כמו שכ' בש"מ ב"ק הבאתי לעיל (סי' ט"ו) ואאזמ"ו ז"ל בד"מ אבל ברוב לחוד י"ל אף לרב דמוציאין ממון מ"מ ביש לו מגו וח"מ מהני המגו.

ומתניתין דפאה דאינו נאמן במגו על פרוף דשם עדיף דהו ל"ש פלל ומיעוטא דמיעוטא או כמו שכ' הש"ף לישב לדעת ר"י דסובר דבארוס נאמן במגו במקום מנהג: ועיין

ריטב"א פתנבות (דף כ"ז) שפכת לפרש בהוא עובדא דנהר פקוד דרבא ס"ל דנאמן במגו ואב"י סבירא ליה דהוי במקום עדים דנדאי רבא מודה שאין אדם נאמן בשופי מגו במקום עדים רק שם ל"ה יודעים עדים ממש כנגדו אלא שעל רוב שכיחא תמן מים וכיון שפן סבר אב"י הא הוית במקום עדים ורבא סבר פיון דזמנין ליכא תמן מים אע"ג דמיעוטא שפיר עבדא ליה מגו הרי דפליגי שם אב"י ורבא בזה אם אמרינן מגו במקום דטענתו של עכשיו הוא נגד רוב.

אולם י"ל דאם הוא רק רוב אמאי מוציאין ממון הא אנו קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"פ או דהוי שם מיעוטא דמיעוטא או פיון דהתנה שלא ילך שם ועבר ע"ד הבועלים מחייבין ליה על ידי הרוב ולכך י"ל דלא מהני המגו במקום רוב בזה שם פיון דסוף כל סוף שינה מדעת בעלים.

ובתוס' רפ"ב דכתנבות כתב דהא דיש עדים שיצאה בהינומא פתנבותא מאתי' ואינו נאמן במגו דפרעתי דהוי מגו במקום עדים ובר"ן שם מתרץ דבגרושה אינו נאמן נגד חזקה דאין אדם פורע תו"ז ובאלמנה מייירי דהודה קודם מותה דלא פרע.

וקשה פיון דיש עדים שנעשה בה כמנהג בתולות הוי מגו במקום מנהג ועיין שם בספר הפלאה. וי"ל דהא מבואר שם בפסגיא דרוב הנשאו' בתולות יש להם קול וזו שאין לה קול איתרע ליה רובה ועיין שם בתוס' וכיון דנשתנה בה ואיתרע רובה י"ל דנשתנה גם כן בה אף שיצא בהינומא מ"מ יצאה מפלל רוב ועיין בכורות (דף מ"ב) דאם יצא בדבר אחד מן הרוב חיישינן לדבר אחר גם כן ועל פרתך צריך לומר כמו שכ' תוס' שם דבמה דאין לה קול לאו איתרע ממש ולכך מהני עדים שיצאה בהינומא אבל מ"מ מגו מהני לדעת הר"ן במקום מנהג היכא דחזינו דאישתנה בדבר מה ועיין שם בהפלאה דהקשה פיון דהא דאיתרע רובה הואיל דאין לה קול צריכין רק לרב אבל לשמואל דבלא"ה אין הולכין בממון אחר הרוב מנ"ל דרוב נשים נישאות בתולות עדיף מרוב דיש לה קול ולמה מצטרפין בזה להעיד בגדלו מה שראה בקטנותו ולמה שכ' מוכח דלא איתרע ממש הוא דאם לא כן גם ב' עדים כשרים לא יתנו פיון דיצאה מרובה נימא הואיל דאישתני' דל"ל קול אשתני' גם כן בזה שיצא בהינומא א"ו דרוב נשאת בתולה עדיף ולרב יהודא דסובר דאמרינן מגו במקום מנהג על פרתך צריך לומר פתרוץ הר"ן ועוד י"ל דעיקר הטעם של ר"ן דמוציאין ממון במנהג גבי אריס הוא משום דלמה לא אתני בפני עדים והיה לו להבעה"ב להתנות בפני עדים והיה לו ליגרא שיטעון האריס לשליש הורדתני ור"י ס"ל די"ל דסמך עצמו על המגו דיכול לומר שהו' שכירו ולקוטו מה שאין כן ביש עדים שיצא בהינומא ועבדו בה מנהג בתולו' היה לו ליגרא שתאמר אחר כך בתולה נשאתני א"ו באמת היתה בתולה ושם לא שייך לומר דסמך א"ע על המגו דפרעתי דדלקא יגרשנה ותבע קודם גירושין וא"ו פרעתי תו"ז וכמו שכ' הר"ן: ז) מגו דאי בעי הי' טוען להכחיש עדים פסולים כתבו אחרונים משם תשובת הרא"ש דל"א כמ"ד דל"א מגו במקום קלא כדמוכח מב"ב (דף ל"ג) וכפסק המהר"ם (סי' ק"נ) דאם טען לקוח במקום קלא נאמן אבל מגו דלקוח ל"ל פיון דהוא לאכחוש קלא ועיין בתנאים ובקצוה"ח וקשה לי הא מוכח מדברי הרשב"א בתשוב' להיפך מוכח בב"י (סי' מ"ג) בשטר מתנה שהי' לכתוב שנת נ"ח וכתב בו נ"ז ומוכח שהי' ט"ס וכ' אם אין כ"י יוצא ממ"א ועדים

קיימים יכולים לחתום שטר אחר מזמן שני שהוא אמר להם לכתוב שני נ"ח ואם כ"י יוצא ממ"א ונהקח'ו' בב"ד שוב אינו נאמנין מ"מ הקונ' נאמן לומר טעות הנה מגו דאי בעי אומר אין ודאי שטרא מעל' הוא ובשנת נ"ז קנו מידו ואעפ"י שהעדים אומרים עכשיו שלא קנו מידו אלא בשנת נ"ח א"נ פיון שהגידו שוב אינם חוזרין ומגידין ואפילו יש עדים שמעידים שבפניהם חתמו שטר זה בשנת נ"ח דעכשיו אין לקונה מגו מ"מ עדיין יש לו מגו דבשנת נ"ז קנו מידו ובשנת נ"ח חתמו עיין שם הרי מבואר אף בעדים החוזרים ומגיד' דאינו נאמנין יש לו מגו להכחישם שכתבו בשנת נ"ז וכיון דהעדים א"נ להיות חוזרין ומגידין מהימן דהנה טעות במגו דהי' אומר דל"ה טעות אף דהעדים מכחישים אותו ואומרים דלא חתמו ולא קנו מידו בשנת נ"ז ושם אין העדים נפסלין בקד אף דמבואר בתשובת הגאונים דעדים שהגידו וחוזרים ומגידים דמלקין אותו מ"מ ודאי דלא נפסלין בקד דמבואר לעיל דיני עדות ובפרט שם שכ' הרשב"א שחתום בשטר גברא רבא בתורה ובחסידות.

ובכל זה נאמן במגו להכחישם ואף דהשטר מסייע לו מ"מ נימא דאינו רוצה לטעון בריצון להכחיש עדים אלא ודאי פיון דא"נ בתורת עדות להיות חוזרין ומגידים נאמן במגו דהי' מכחישים מכ"ש דנאמן במגו במקום דצרי' להכחיש עדים פסולים ועיין בש"ע (סי' מ"ג ס"ט) ובש"ך וסמ"ע שם ותנאים (ס"ק י') דכ' דהעדים פסולים ואינם נאמנים לומר שטעו ובכ"ז נאמן במגו דהי' מכחישים ויש קצת ליישב למה שביאר שם בתנאים פוננת הרשב"א: ח) והא דל"א מגו במקום קלא מקורו מעובדא דרבה ב"ש ב"ב הנז' ויש להעיר דלמא דוקא שם דהני לאפטורי משבועה ומגו לאפטורי משבועה ל"א היכא דהני העצה ונגד קול הני העצה אבל באם מעיז השתא גם כן פשטוען עם הבועלים בעצמן מניין לנו דלא אמרינו מגו במקום קול.

וי"ל למה שהביא הש"ך (סי' קמ"ט ס"ק כ"ד) משם הג"ת שכ' בכוננת הראב"ד בהשגות (פי"ד ה"ט) מטו"נ דבפירות שאכל פטור משבועה במגו והקשה דאף בפירות שפכר אכל הו"ל להקשות על הרמב"ם דהא אין אומרין מגו לאפטורי משבועה וכ' הש"ך דשגג דבפירות שפכר אכל ל"ש שבועה כלל פיון שהוא טענת שמא בין בגוף הטענה בין בטענת המגו ואין נשבעין היסת על טענת שמא.

ואולם השגת הש"ך אינו מוכן פיון דהסוגיא ורמב"ם איירי ביתומים והבא ליפרע מנכסי תומים לא יפרע אלא בשבועה ואף בתפס מ"מ שבועה בעינן ועיין שם ברא"ש ובנ"י דאף באכל בעינן למגו ואם כן קושית הג"ת נכונה דמגו לאפטורי משבועה ל"א וכבר עמד על זה אאזמ"ו ז"ל בד"מ שם: ונראה ליישב קושית הג"ת ד"ל כמו דאמרינו במקום שטר אמרינו מגו להוציא פיון דהשטר מסייע כמו כן י"ל לענין מגו לאפטורי משבועה דחזקה דשטר בידו מאי בעי מסייע לו אמרינו כ"כ מגו לאפטורי משבועה באם השטר מסייעו.

אף אם נאמר כן יקשה מה הקשו הראשונים מה מהני המגו לרבה ב"ש הא עכ"פ היסת הי' מחוייב אף בטענת לקוח ודלמא הואיל דעל טענה דהשתא השטר מסייעו פטור אף מהיסת ודומה למ"ש הש"ך (סי' פ"ז) ב"ש לו מגו וחיוב שבועה וע"א מסייעו על טענה



דהשפא דמיפטר משבועה והכא נמי אף דאם הנה טוען לקוח הנה צריף לישבע היסת מ"מ פנין דבטענה דהשפא השטר מסייעו פטור.

אלא צריף לומר או כמו שכ' רש"י ז"ל מס' ערכין האדחזישינן דאתפסו לצריי הוא למשפון וי"ל דבזה אינו ראיה מחזק' דשטר פנין דהוא בתקפו ואעפ"כ אינו חייב לשלם עד דמהדר ליה למשפון אם פן ל"ש חזקת שטר או די"ל דכל פח חזקה דשטר בידי מאי בעי הוא חזקת שטר היינו חזקה דמעיקרא וכמו שכ' לעיל ועיין תומים כ"מ (ובסי' פ"ז) בדברי הש"ף שם וי"ל דלגבי תומים למה שהוכיחו האחרונים דאם ירשו ממורשיהם החיוב יש גם עליהם שעבוד הגוף ועיין בד"מ (סי' ק"י) מה שהוכיח מדברי הטור ח"מ (סי' רע"ח) ויבאר אי"ה בזה במ"א אם פן כמו כן יש להיורשים חזקה דמעיקרא דלא נשתעבדו גופם ואף דמ"מ גובה מיתומים בכל שטר ולא מהני חזקת היורשים דלא נשתעבדו גופם והוא משום דחזקת השטר עדיף דחזקה זו נתחזקה מעיקרא אף לענין סייעת השטר לפנטרו משבועה י"ל דלא מהני ואם פן נשאר קושית הג"ת הא אף בפירות שפבר אכל מ"מ מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ועיין תומים (סוף סי' ק"נ).

לכף י"ל דנגד פרי ושפא אמרינן מגו לאפטורי משבועה רק אם הוא הענה אז לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה אף בבו"ש אבל בלא הענה י"ל דאמרינן בפרי ושפא ומה גם דהשטר מסייעו.

וממילא מוכח שפיר דע"כ הא דלא אמרינן מגו במקום קול הוא לאו מטעם דהוי לאפטורי משבועה דהא בפרי נגד שפא וגם השטר מסייעו אמרינן א"ו הואיל דהוי נגד קול ל"א בכ"מ מגו: ט) אם תפס שלא בעדים מיתומים קטנים דינש לו מגו דלא תפסתי כ' המר"ם מינץ דלא מהני מגו נגד תומים קטני' דמגו לא עדיף מעדים ואין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ובמל"מ (פכ"א) ממלנה כ' דלהחזיק מקבלין ובקצוה"ח (סי' ק"י) האריף בזה דנדאי לא עדיף מעדים ואין מקבלין ע"ש פנעם דבריו ומתרץ בזה קושית הראשונים בהך דרבה בר שרשום דלימא מלתא פצורתא אביכון חייב לי פנין דינש לו מגו ובזה אתי שפיר דנדאי לא יקבלו ב"ד נגד הקטנים וגם אחר כך פשיגדלו לא יועיל פנין דכבר הודה עיין שם בדבריו וכבר הביא אאזמ"ו ז"ל בד"מ שם שפאמת הרמב"ן ב"ב שם מתרץ פן דמגו לא מהני ביתומים קטנים.

ובש"מ שם משם הרשב"א הקשה על הרמב"ן דאם פן פשפבר אכל אמאי נאמן במגו ולא הבנתי הא להחזיק מקבלין העדות ואם פן פשפבר אכל וכדי שלא להוציא ממנו מהני המגו ועיין חידושי רשב"א ב"ק (דף קי"ב) ובתשובה (סי' אלה כ"א) ובח"ב (סי' שס"ב) ובח"ד (סי' ד') ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' י"ד) בענין זה אם בעינן דוקא שישב בקרקע או כשלא יש מערער דאז מקבלין אבל כשיש ערעור אין מקבלין אף להחזיק רק בקטן מטעם ממנ"פ עיין שם.

ובגוף הדין אם מהני מגו בקטנים הש"ף (סי' ק"נ) הביא דברי הרמב"ן אלה ומדחי דבריו מהלכה וכן להמבואר ש"ע (סי' קמ"ט סכ"א) מבואר דמהני מגו ביתומים קטנים ועיין שם ברמב"ן בסוף דבריו דביאור דברי אבני דאמר לרבה בר שרשום ל"מ אמרת פנין דצריף עדי חזקה ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וביצא קול אף להחזיק אין

מקבלין וכ' וז"ל הלכה מחייב לאהדורי וכי גדלי יתמי אי אית ליה עדי חזקה מהימן מדין מגו.

ולכאורה האיה שנייה מגו לכי גדלי יתמי פיון דאז לא כו' נאמן מדין מגו דל"ה יכול לטעון לקוח דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ולא הוי מגו ונתבטל המגו על אחר כה וצ"ל דרבה בר משרשי לא הי' בא לדון לפני אבני רק בתורת עצה שאל לו וכמו שכ' הרמב"ן שם קודם לזה משם אחרים אם פן שוב מהני המגו אחר כה ואף דאבני היה עכ"פ ע"א עלה ניצול משבועתו מ"מ י"ל פיון דלא יצטרף לישיבע מהימן במגו חוץ לב"ד ועיין ש"ף (סי' ע"ב) ובתנאים שם בסי' מ"ז) ובמ"ש לעיל דיני דייני דיינים (סי' ח') ומ"מ יש להבין פיון דמוציאין ממנו דאין נזקקין לנכסי יתומים למה יהיה נאמן אחר כה במגו דכבר נתבטל גם יש להבין הא פשיגדלו הא עכ"פ יהיה צריף שבועה דאז יהיה נוטל וכמו שכ' הרמב"ן שם אם פן מה יהיה לתועלת לרבמ"ש המגו דבשבועה יהיה נאמן אף בלא מגו פיון דיש לו שטר וצ"ל למה שכ' הד"מ משם הר"י דבתפס מיתומים קטנים מטלטלין אף דמחייבין לאהדורי מ"מ א"צ להחזיר להיתומי רק ליד שלישי וכ' שם הב"ח הטעם משום דיכול לומר דירא אולי יאבד מהם אם פן גם פשאמר אבני לאהדורי ל"ה מחויב להחזיר רק ליד שלישי וכשיגדלו יהיה נאמן במגו ולא יצטרף לישיבע דלא יהיה נוטל ואי"ה במקומו יבואר עוד בזה: סי' כב פתב בש"ע (סי' פ"ה ס"א) ראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון הוציא שטר שמכר לו שדה כו' טענתו טענה וכ' הש"ף (ס"ק א') דוקא הוציא שטר או מברר בעדים הא לא הכי נאמן במגו דלא מכרתי לה ולא קבלתי ממה פדלקמן ברמ"א (ס"ג) ולכאור' ריעותא זו דאילו הייתי חייב לה הי' לה ליפרע ממני ולא למכור לי השדה גרע מריעותא דנפילה דהא אף בכתב בהשטר נאמנות לא מהני.

וכן נמי אף בטוען פרעתי ביומא דמישולם זימניה נאמן אף להסוברים דאינו נאמן לומר פרעתי ביומא דמישולם זימניה אם לאו מטעם דאמרינו בש"ס פתובות עביד אינש דזיזיף ליומא וע"כ דריעותא הזאת היא גדולה ועיין בספר עטרת פז סוף פתובות וכעת אינו תחת ידי וכן פתוב בתנאים כ"פ דריעותא היא דאילו הייתי חייב לה כו' הוי פריעות' דנפילה אם פן קשה למה יהני המגו נגד הריעותא הזאת ואף דיש בידו שטר הוי מגו להוציא ועיין בכנה"ג (סי' ס"ה) דבמקום ריעותא דנפילה לא מהני מגו דהוי כמגו במקום עדים ובקצוה"ח (סי' ס"ה ס"ק ב') ביאר דבריו פיון דבריעותא דנפילה איתרע אף בנאמנות ותו"ז מגו גם פן לא מהני דשקולין הן והא דלדין נאמן במגו אף במקום חזקה דתו"ז הוא משום דהוי להחזיק אבל בבא להוציא אין המגו מועיל יותר מחזקה דתו"ז וא"כ הקא נמי אמאי מועיל המגו וצריף לומר דקאן מהני המגו דכיון דיש לו מגו ליפא ריעותא פל כה ואוקמי השטר על חזקתו די"ל דסמך א"ע על זה באם יטעון דמכר לו השדה יכול לכפור: ואם יכול להשביעו עכ"פ ה'סת היכא דיש ריעותא הזאת דאילו הייתי חייב כו' כ' בנתיבות דאף ה'סת אינו חייב במקום ריעותא הזאת אולם בבעה"ת כ' לדמות טענה הזאת לסיטראי דאיתרע השטר מובא בב"י פאן ומסיים שם הבעה"ת דחייב לישיבע ה'סת אולם בהגה"מ מובא גם פן בב"י נראה לכאורה דע"כ סובר דאינו חייב לישיבע ה'סת דשם דן על אחד שתבע לחבירו שחייב לו וטוען הלה פרעתי וקניתי ממני מעיל ולא רציתי להקיף לה פי אם על ידי ערב ואם הייתי חייב לה הי"ל לומר

תנהו לי בחובי אם חייב הנתבע היסטת וכ' שם דנאמן במגו וע"כ צ"ל דסובר דמגו לחייב שבוועה אמרינן.

ועוד כ' דיכול לומר יראתי שלא תמפור לי כלל ומבואר דבלא"ה אינו חייב היסטת ואולי יש לחלק דשם עשה מעשה דהעמיד ערב ועדיף טפי לפטור אותו אף מהיסתת אם לא מהנה טעמין שכ'.

ובדו"פ מסופק אם מהני תפיסה פאן פיון דבעה"ת מדמה זאת לטענא סיטראי. ולכאורה מדינא דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה יש להוכיח דלא מהני תפיסה דאם לא פן אמאי גובה איך פיון דמהני תפיסתו של שפנגדו.

ובזה יש ליישב קצת דברי רש"י פתובות שם דבמשנה הראשונה כ' ושטרך פרוע או מזונך וכו' מבואר דיעה הזאת בש"ע דאף מזונך נאמן לטעון ובמשנה השניה בב' שהוציאו שטר חוב זה על זה לא פתב רש"י טענת מזונך ועיין שם בהפלאה מה שכ' בזה ולהג"ל י"ל דכל עיקר הטעם דמהני טענת מזונך הוא דבמה שקנה ממנו השדה הוי פהודאה דהשטר שפידו הוא פחרס ולכך לא מהני הקיום דהודאת בעל דין עדיף מעדים וכו' פתב הנתיבות.

ולפי זה יש לומר דאם טוען הלה שהוא מזונך ונתקיים השטר דמהני תפיסה דיכול לומר הודאתי אף אם תאמר דעל ידי זה שקניתי ממה הנה הודא' על פרוע ועכשיו יען שאתה טוען מזונך הוי פאומר לא לוייתי וממילא לא פרעת ובשני הודאות דסתרי גם פן מהני תפיסה רק שם הוא מוחזק בהקרקע וגם בהמעוה לכך שפיר כ' רש"י דיכול לומר שטרך או פרוע או מזונך פיון דלא תפס איתרע אכל בשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה לא פתב רש"י דיכול לטעון מזונך דאם פן הנה מהני תפיסה דאף אם נחזיק ריעותא הזאת להודאה יכול להיות על פרוע ולא מזונך ועכשיו שהודה הלה שלא פרע פיון דטוען מזונך הוי פאומר לא לוייתי ומנהני תפיסה ולמה קתני זה גובה וזה גובה א"ו דטוען רק פרעתי ואין לומר אם פן אף אם טוען פרעתי יהיה גם פן מהני תפיסה ויאמר דהודאתו הי' שהוא מזונך ועכשיו כשטוען פרעתי הודה דלאו מזונך הוא.

זה אינו דאנן מחזקינן הודאתו בפחות דמה שלא הנכחש מעדים וזה הנה הודאתו והיינו דפרוע הוא ולכך לא מהני תפיסתו: עיין באורים דאם הוא באתר דקנה בכסף לבד בלא שטר לא הפסיד שטרו פיון דלא הי' אפטר לחזור ממכירה ובקצוה"ח חולק על זה ומדחיק א"ע בבואור דברי המרדכי ובש"מ פתובות (דף ק"י) מצאתי מבואר פדברי האורים עיי"ש: ראיתי בספר הר הפרמל (סי' ל"ב) שכ' בנידון דידיה יש פמה אמתלאות פיון דסוף כ"י אינו מגיע אפילו לחצי פרעון יכול לומר לא רציתי לפגום שטרי וכמו שכ' הש"ף (סי' פ"ד ס"ג) (ובסי' פ"ה) י"ל דאיירי שחוב שתובע ראובן עכשיו הנה שנה עם הפרעון שלו או פחות ממנו עכ"ל.

פן הועתק אצלי מכבר וכעת אין בידי ספר הנז' לעיין בו ומבואר דסובר אם אינו שנה הדמי מכירה או שטרו שלנה ממנו פנגד חובו ליפא ריעותא דיכול לומר לא רציתי לפגום שטרי.

וּלְפָנֵינוּ מִבְּנֵי אֱמִילֵי סוּף פְּתוּבוֹת מְחַלְקָה בְּזֶה ר' יוֹנָה אוֹמֵר בְּיָפֶה כֶּף ר' יוֹסִי אוֹמֵר  
בְּשֵׁאֵינוּ יָפֶה בְּכֶף וּפְיֵרוֹשׁ הַפ"מ דר' יוֹנָה סוֹבֵר דְּנֹקָא אִם הִקְרַע שְׁוֵה כְּנָגַד כֹּל הַחוּב  
בְּהָא אֲמַרִּין הֵיךְ לֹו לְהַפְרַע אֶת שְׁלֹו ור' יוֹסִי סוֹבֵר אֶתְּשֵׁאֵינוּ יָפֶה בְּכֶף מ"מ יְכוּל לֹוֹמֵר  
לֹו הֵיךְ לֹו לְהַפְרַע אֶת אֲשֶׁר אֶתָּה מוֹצֵא רֵאשׁוֹן.

וְכַנְרָא הִלְכְתָא כר' יוֹסִי וְהַטְעַם דְּלֹא רְצָה לְפָגֹם שְׁטָרוֹ הֵיךְ יְכוּל לְתַמְנֵן וְלְכַתְּנֹב בְּיָנִי  
שְׁיִטָּה הַפְרַעוֹן אוֹ בְּשֵׁאֵר אוֹפְנִים כְּפִי הַמְּבֹנָאָר (סי' פ"ד) דְּלֹא הָוִי פּוֹגֵם וְלֹא יִתְחַיֵּיב  
שְׁבוּעָה: סי' כג מְבֹנָאָר בְּטוֹש"ע אֶת דְּאֲמַרִּין זֶה גּוֹבָה וְזֶה גּוֹבָה אוֹלָם אִם מֵת וְלֹא אֶחָד יֵשׁ  
יְתוּמִים קְטָנִים אֵין אוֹמְרִים שְׁהֵם יִגְבּוּ מִיָּד וְהוּא לֹא יִגְבֶּה מֵהֶם עַד שְׁיִגְדְּלוּ כִּינֹן שְׁתַּפְּסוּ  
בְּחַיֵּי אַבְיָהֶם.

וְקָשָׁה לָמָּה לְזֶה הַטְעַם כִּינֹן שְׁתַּפְּסוּ מַחַיִּים לְהַמְּבֹנָאָר (סי' ק"י) וּבְש"ף שְׁם דְּבַתְּפַס מְעוֹת  
וְיֵשׁ שְׁם שְׁטָר אֲפִילוֹ תַּפְּסוּ בְּעַדִּים לֹא מִפְּקִינֵן מִיָּנִי וְהוּא דַּעַת רַבִּינוּ יִרְוּחֵם וְכ" הַש"ף דְּגַם  
הַטוֹר מוֹדָה לְזֶה אִם כֹּן לָמָּה כ' כָּאֵן הַטוֹר הוֹאִיל דְּתַפְּסוּ מַחַיִּים הָא כָּאֵן הָוִי כְּתַפְּסוּ מְעוֹת  
וְכַבֵּר עֲמַד עַל זֶה בְּתַנּוּמִים וּבְקִצוּה"ח שְׁם.

וי"ל דנ"מ בְּזֶה דְּהָוִי כְּתַפְּסוּ מַחַיִּים דְּאֶתְּפֵי אִם מְהֵי בְּתַפְּסוּ מְעוֹת דְּהָוִי כְּפַרְעוֹן מ"מ אִם תַּפְּסוּ  
בְּהַחֲזָרָה אוֹ הִתוּמִים בְּעַצְמָם אוֹ אֲפִטְרוּפוֹס שְׁלֵהֶם מִיָּד הַמְּלִיָּה אֵין הַב"ד נִזְקָקִין לְהוֹצִיא  
מִיָּדָם וְאֶת דִּי"ל דְּהָוִי כָּאֵלּוּ כְּבָר נִפְרַע הַחוּב וְהָוִי כְּתוּפָס בְּגִזְלָה אַחַר כֶּף מ"מ י"ל כִּינֹן  
דְּלַכְתְּחִילָה אֵין הַב"ד נִזְקָקִין לְהוֹצִיא מִיָּדָם רַק הַמְּלִיָּה תַּפְּסוּ וְעַבְד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ וְהוֹאִיל  
וְנִצְמַח מְחוּב שְׁאֵין הַב"ד נִזְקָקִין כְּמוֹ כֹּן אִם תַּפְּסוּ בְּהַחֲזָרָה אֵין נִזְקָקִין לְהוֹצִיא מִיָּדָם וְזֶה  
דְּנֹקָא בְּתַפְּסוּ לְאַח"מ אֲבָל בְּתַפְּסוּ מַחַיִּים שׁוּב לֹא זְכוּ כָּלֵל הַיּוֹרְשִׁים בְּזֶה וּל"מ תַּפְּסוּ  
בְּהַחֲזָרָה וְאִם תַּפְּסוּ בְּהַחֲזָרָה מוֹצִיאִין מִיָּדָם כְּמוֹ מִשְׁאָר גִּזְלָן וְלִכְפֹּר כְּתַבּוּ כָּאֵן דְּהָוִי כְּתַפְּסוּ  
מַחַיִּים לְהוֹרוֹת דְּאֶתְּפֵי אִם חֲזָרוּ וְתַפְּסוּ מִפְּקִינֵן מֵהֶם וצ"ע בְּדִין זֶה: עוֹד הַקָּשָׁה שְׁם הַקִּצוּה"ח  
מְעוֹבָדָא דְּרַבָּה בַּר שְׁרֵשׁוּם ב"ב (דף ל"ג) דְּאָמַר לִיה אַבְיָי לְקוּחַ לֹא מְצִית אֲמַרְתָּ זִיל  
אַהֲדַר וְלִכִּי גִדְּלוּ יְתִמֵּי אִישְׁתַּעִי דִּינָא לִישְׁבַּע מִיָּד כִּינֹן דְּכַבֵּר אֲכַל הַפְּיֵרוֹת וּבְנִתִּיבוֹת כ'  
דְּלִדְנָא דְּגַמְרָא מְטַלְטְלֵי דִּיתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעֲבָדִי וְאִזְמִ"ו ז"ל בְּד"מ שְׁם כְּתַב דְּהָא הַרְמַב"ן  
כ' שְׁם דְּלִכְפֹּר הַנְּכַרְח רַבָּה לְאַכּוֹל הַפְּיֵרוֹת כְּדִי שְׁיִהְיֶה מְוַחֲזָק וְלֹא יִצְטָרֵף לִישְׁבַּע שְׁבוּעַת  
הַגְּאוּנִים וְלֹא אֲמַרִּין כֹּן אֲלֵא בְּמוֹצִיא וְלֹא בְּמִוַחֲזָק הָרִי דְּהָוִי לְהַחֲזִיק וְעַל כִּרְחֹף דְּרַבָּה  
הַחֲזִיק מִיָּד בְּהַקְרַע עַל זְמַן אֲכִילַת הַפְּיֵרוֹ' כְּדִי לְגַבּוֹת חוּבוֹ.

וְלִכְאוּרָה י"ל ל"מ ש"ש (סי' ע"ב) דְּאִם אֵינוּ רוֹצֶה לְגַבּוֹת מֵהַמְּשַׁכּוֹן רַק לְהַחֲזִיק בְּיָדוֹ עַד  
שְׁיִשְׁלֵם לֹו לֹא הָוִי נוֹטֵל אִם כֹּן אִם לֹא יֵאָכֵל רַבָּה רַק יְבֵא לַב"ד וְע"כ יִצְטָרֵף לְתַבְּנֹעַ  
לְגַבּוֹת לֹו וְיִצְטָרֵף לִישְׁבַּע דְּמָה יַעֲשֶׂה עִם הַפְּיֵרוֹת הָא יִרְקְבוּ וְיִצְטָרֵף לְאַכּוֹל אוֹ לְמַכּוֹר  
וְיִהְיֶה דִּינּוֹ כְּנוֹטֵל וְיִצְטָרֵף לִישְׁבַּע אֲבָל כְּשֶׁכְּבָר אֲכַל וְאֵינוּ חַיִּיב רַק מְעוֹת שְׁפִיר כְּשִׁיתַּבְּעוּ  
הִתוּמִים נֶאֱמָן בְּמַגוֹ וְנוֹטֵל לֹא הָוִי כִּינֹן שְׁאֵינוּ רוֹצֶה לִישְׁבַּע רַק לְהַחֲזִיק מֵה שְׁהוּא בְּיָדוֹ  
וְאִם כֹּן ל"ק קוֹשֵׁיַת הַקִּצוּה"ח.

ובלא"ה טַעֲנָה הַזֹּאת שְׁגָבָה כְּבָר הַקְרַע עַל זְמַן שְׁיִגְבֶּה חוּבוֹ מֵהַפְּיֵרוֹת א"נ רַק לַס"ד  
דִּישׁ לֹו מַגוֹ דְּלְקוּחַ אֲבָל לְתַשׁוּבַת אַבְיָי דְּאֵינוּ נֶאֱמָן בְּמַגוֹ דְּלְקוּחַ רַק דְּקָשָׁה דִּישְׁבַּע עַכְשָׁיו  
מִחַמַּת דְּתַפְּסוּ שְׁפִיר אֲמַרִּין דְּמְטַלְטְלֵי דִּיתְמֵי לֹא מִשְׁתַּעֲבָדִי וְאֵי דִּישְׁבַּעוֹן דְּגוֹבָה מִיָּד עֲבוּר  
חוּבוֹ עַל זֶה א"נ דְּהָוִי לְהוֹצִיא דְּאִם הָוִי דְּנִין מִיָּד אַחַר מִיתַת אַבְיָהֶן לֹא הֵיךְ יְכוּל לְטַעוֹן

דאין נזקקין ואי דטוען דהחזיק עבור חובו בגוף הקרקע א"נ אם פן גם עכשיו אינו נאמן דאכל בתורת גובייןא רק על הפירות והוי מטלטלי דיתמי ולא מהני תפיסה: וי"ל ליישב קושית הקצוה"ח פיון דהרבינו ירוחם סובר כר"י דמגו מן ממון לממון ל"א רק באמת רבה לא הי' פא לב"ד מיד פקושית הרמב"ן דאז הוי מן ממון לממון לקף הנה רוצה לאכול הפירות פדי החוב ובתוהי מי האכילה פא לאבני ואמר לו פי לקוח לא מצית אמרת ואינו נאמן במגו במקום קול לקף זיל אהדיר אף הפירות שפבר אכל דאם הנה המגו שלא פנגד הקול הנה מהני עכ"פ על הפירות שפבר אכל והי' מחזיק על חובו ואף דשאר החוב לא הנה יכול לגבות רק פשיגדלו ובשבועה דעל מה שלא אכל הוי המגו מן ממון לממון מ"מ על מה שאכל הנה מהני המגו ועל השאר הנה הברירה פינד רבה פשיגדלו היתומים אם ירצה רבה לישבע ואם לא לא וא"ל אבני דמגו ליפא במקום קלא לקף זיל אהדיר ולכי גדלו כו' והיינו פיון דמבואר (סי' פ"ז) דכל הנשבעין מחויבין לישבע בפני הלנה ויתומים ועיין שם בש"ף ותומים דכל הנזטלין מחויבין לישבע בפני היתומים אם פן מה שישבע עתה שלא בפני היתומים שהם קטנים לא יועיל רק על מה שת"י שפבר אכל אבל על יתר החוב לא יועיל מה שישבע עכשיו שהם קטנים ואף דאם בדיעבד נשבע שלא בפניו מהני מ"מ עכשיו ל"ה רשא'י הב"ד להשביעו על מה שלא אכל רק כפי מה שאכל נשה גם פן לא יחזיק רק בשבועה ואף אם מהני תפיסת מעות ביתומים קטנים מ"מ שבועה בעינן עכ"פ אם פן יהיה לו הפסד דיצטרף לישבע שני פעמים על זה שמתחזיק עתה מה שפבר אכל וגם פשיגדלו וירצה לגבות יצטרף לישבע עוד הפעם לקף א"ל אבני זיל אהדר ולכי גדלו אישתעי דינא ולא תצטרף לישבע רק פעם אחד ורבה לא הקפיד רק על השבועה ולא על המתנת המעות וכשלא יפטר משבועה וכדי לגבות פל החוב יצטרף לישבע שני פעמים זה ודאי לא ניחא ליה ויותר טוב לו שיחזיר מה שאכל ובפרט למה שפכת הב"ח דא"ח להחזיר ליתומים רק ליד שלישי וכמו שכ' לעיל (סי' כ"א) ולקף א"ל אבני זיל אהדיר ולכי גדלו כו' וישבע רק פ"א ועיין מהרי"ט (סי' קי"ב) שכ' גם פן לענינו שם דרבה בר שרשום איירי שפא בתוהי אכילתו לב"ד: סי' כד היכא דהדין הוא דזה עומד בשלו וזה עומד בשלו מבואר בש"ע (ס"ו) דמ"מ לא נפקע החיוב מכ"א ואם אחד מכר השט"ח לאחר הלוקח גובה ואם גבה קרקע חוזר וגובה ממנו שמשועבד לחובו ונחלקו הסמ"ע והש"ף ושורש מחלקותם הוא כפי שביארו האחרונים דעת הסמ"ע דדוקא במקרה המלנה המוקדם את השטר כגון הלנה לשמעון בניסן ושמעון לראובן בתשרי וכשמכר ראובן השט"ח חוזר שמעון וגובה מהלוקח דשדה זו פבר משועבדת לראובן מניסן ואחר כך פשלנה משמעון בתשרי נשתעבד אותה שדה לשמעון ומשו"ה חוזר וגובה אותה ממנו אבל אם שמעון מכר השטר חוב וגבה הלוקח מראובן קרקע תו לא מצי ראובן גבי מלוקח מכח שעבודו אלא אם פן כתב ש' לראובן דאקני ודעת הש"ף אפילו לא כ' דאקני והמאןחר מכר פיון דמשמעבד מדר"נ א"צ דאקני וחילו מדברי תוס' פסחים (דף ל"א) וביתא הקצוה"ח דדעת הסמ"ע דשעבודא דר"נ היינו דהחוב שיש לו ללנה משועבד הוא להמלנה והיכא דאפילו נכה הלנה בהשדה ומכרו לאחר ולית ליה דאקני פיון דהחוב של הלנה נעשה אחר כך אינו גובה כ"כ אינו גובה מהקונה השטר חוב ודעת הש"ף דבקרן' דכח הלנה אלם ותישיב פאלו פא לידו אותו הפח גם להמלנה אף דלית לי' דאקני עיי"ש היטב בקצוה"ח: ויש לחקור לדעת הש"ף

דהוי פאלו המלנה הראשון הלנה להשני וגוף החוב שהי' ללנה שייך למלנה שלו ולא בתורת שעבוד אם מת הלנה.

והיתומים הם קטנים דאין נזקקין להוציא מידם ונשאר חוב להלנה אצל אחר וגבו היתומים קרקע בחובם אם נזקקין להמלנה הראשון להוציא מידם כמו בלוקח השטר חוב דאף דלא כ' דאקני להמלנה הראשון מ"מ גובה מהקרקע שגבה בחובו פיון דאינו בתורת שעבוד אלא על המלנה הראשון הוא לגמרי ואין לו פח למפור דבר שאינו שלו ה"נ אף דגבו היתומים בקרקע מ"מ פיון דלא בא לגבות מיתומים בתורת שעבוד אלא שלו הוא לגמרי לא הוי פנזקקין לנכסי יתומים קטנים רק מה שגבו דבר שאינו שלהם דמ"ש לוקח השטר חוב וגבה קרקע דאמרינן אף אם לית לי' להמלנ' ראשון דאקני מ"מ פיון דמן התורה זכה בגוף החוב שהיה להלנה ולא בתורת שעבוד ולכך אף אם הלנה היה גובה הקרקע ומכרו לאחר לא היה יכול לגבות מהלוקח פיון דלית ליה דאקני מ"מ כאן גרע פיון דנשתעבד לו מדרב"נ והוי פאלו גבה שלו ובהגהות טו"ז הקשה לדעת הש"ך דהא אם המאןחר גבה בעצמו קרקע בחובו וחר ומכרו לאיש אחר אין המןקדם גובה מן הלוקח ולמה יגרע זה הלוקח השטר שזכה בשדה וכפי ביאור הקצוה"ח פיון דזכה המלנה בגוף חוב השני באמת גם אם גבה ומכר אף דאקני לית ליה הוא דוקא כשקנה קרקע ומכרו דלא חל רק שעבוד כ"ז שהוא ת"י וכשםכרו פקע השעבוד אבל אם גבה בחובו פיון דבגוף החוב שייך להמלנה פאלו הוא הלנהו ממש כשנתברר דלית לי' לגבות ממ"א ונחל למפרע שזכה בתורת שעבודא דר"נ ואותו פח של הלנה קם למלנה ואין לו פח למפור דבר שאינו שלו וכמו שכ' הקצוה"ח.

אם כן ביורש נמי אף דלית ליה דאקני וגם הם יתומים קטנים דאין נזקקין לגבות מהם החוב מ"מ פיון דמבע"ח של המת נזקקין ממילא יכול המלנה ראשון לגבות מהם מה שגבו מהלנה של מורשיהם דהוי כמו שאין לו פח למפור דבר שאינו שלו כן נמי אין לו פח להוריש דבר שאינו שלו: ובנתיבות כ' ליישב קושית הח"צ דבשלמא כשגבה כפר ונעשה שלו מכירתו הוא מה"ת אין המלנה יכול לטרוף פיון דלא משתעבד לו דאקני אבל במקר השטר חוב דלא הוי רק מדרבנן ויכול למחול דנשאר אצלו שעה"ג והכא דשעה"ג והנכסים שייך למלנה הראשון אין מכירת המלנה השני מכירה ואין גביית הלוקח גבייה ואינו מוכן פיון דמחזקינו בהסכרא דאין מכירתו מכירה ואין גביית הלוקח גבייה מטעם פיון דכבר זכה המלנה הראשון בגוף החוב מ"ש הלוקח מהלנה עצמו נימא גם כן פיון דכבר זכה המלנה הראשון בשעה"ג וגוף החוב הוי כמוכר דבר שאינו שלו וא"ל פיון דעכ"פ הלנה המלנה השני כבר זכה בהגבייה ויכול לסלקו בזווי ממילא כשמוכר לאחר הוי פלנה וקנהומוכר דאינו גובה ז"א דהא הלוקח השטר חוב גם כן יכול לסלק בזווי דאף דלא חל המכירה מ"מ לא גרע ממוכר שטר חוב בלא פתיבה ומסירה וגבה הלוקח דאין מוציאין מידי וגם הא דעת הרמב"ן ב"ב דאחר דגבה הלוקח מן הלנה המכירה הוא מן התורה וע"כ פיון דכבר זכה הראשון מכח שדר"נ בשעה"ג וגוף החוב הוי כמוכר דבר שאינו שלו אם כן גם אם המלנה מוכר אחר שגבה מהראוי לומר דגם כן אף בלא כתב לו דאקני שיוצא מתחת יד הלוקח הקרקע דהוי כמוכר דבר שאינו שלו וכן נראה דעת הקצוה"ח דאין לסלק בין לוקח השטר חוב לשאר לוקח מן הלנה הראשון וכן נמי אם מת והוריש י"ל דג"כ טורף אף מיתומים קטנים: אולם מדברי רשפ"א ב"ק

(דף ח' ע"ב) מְבוֹאֵר דַּאִינוּ פֶּן דַּאִין נִזְקָקִין לְנִכְסֵי יְתוּמִים קְטַנִּים אַף אִם גָּבוּ קַרְקַע בְּחֹב אַבִּיהֶן דְּכ' שָׁם בִּהְיָ דְמוּקֵי שָׁם הַש"ס הַבְּרִיָּתָא בִּיתְמֵי דְלָאוּ בְּגֵי פְרַעוֹן נִיגְהוּ וְשִׁיעְבוּדָא דִּילָן עֲלֵיהּ דִּידְיָה רְמִיָּא וְכ' דַּאִיְרֵי בִיתוּמֵי קְטַנִּים דָּאִם לֹא פֶּן הֵיכִי קֵאָמַר דְלָאוּ בְּגֵי פְרַעוֹן נִיגְהוּ הָא קִי"ל כַּר"נ יְתוּמִים שְׂגָבוּ קַרְקַע בְּחֹבַת אַבִּיהֶן בַּע"ח חוֹזֵר וְגוֹבָה וְהָא נִדְאֵי בְּפְרַעוֹן קֵאָמַר דַּאִי לֹא מֵאֵי מְהֻדְרִינָא שְׂטָרָא דְקֵאָמַר וְיִתְמֵי בַכּה"ג קֵאָמַר פְּלוּמֵר מְהֻדְרִינָא לְדִידְהוּ בְּחֹב אַבִּיהֶן וּבְקְטַנִּים דַּאִינָם בְּגֵי פְרַעוֹן אִינוּ יָכוֹל לְדַחֲוֹתָם בְּכַף דְאַפִּילוּ הַחֲזִירָה עָלֵיו הֵן חוֹזְרִין וְשִׁיעְבוּדָא עֲלֵיהּ דִּידְנָן רְמִיָּא דְהוּי פְּאַשְׁתְּדוּף בְּגֵי חוֹרֵי דְגָבֵי מְשַׁעֲבְדֵי וְעֵינֵן תּוּמִים (ס' קו"ט) דְרַצָּה לְפָרֵשׁ לְמָה לֹא מְתַרְץ הַש"ס דַּאִיְרֵי דַא"ח הַמְעוֹת לְהַמּוֹכֵר דַּמ"מ יָכוֹל לְהוֹדוֹת דְחַיִּיב לְאַבִּיהֶן וְחוֹזֵר בּוּ דְבַהוּדְאָה ל"ש שַׁעֲדַר"נ בְּחַיִּי אַבִּיהֶן דְהוּדְאָה לֹא מְהֵי לְמַפְרַע וְע"כ אַיְרֵי דִידְעֵנוּ דְחַיִּיב לְאַבִּיהֶם [וּי"ל לְמָה שְׂכ' הַקְצוּה"ח (ס' ל"ד) דְהוּדְאָתָא בַּעַל דִּין לֹא מְטַעַם חַיִּיב חֲדָשׁ הוּא דְהָא יִלְפִינָן מְכִי הוּא זֶה וְכִינּוֹן דְחַיִּיב בְּמוֹדָה בְּמַקְצָת שְׁבוּעָה ע"כ דְמְהֵי הוּדְאָתוּ דְחַיִּיב מְפָכֵר וּמְמִילָא י"ל פִּינּוֹן דְנֵאָמְרוּ דְחַיִּיב לְאַבִּיהֶם חָל שְׁעִבּוּדָא וְשֶׁל הַנִּזְקָק עַל הַקַּרְקַע שְׂמַגְבֵי לִיתוּמִים מְטַעַם שַׁעֲדַר"נ.

אוּלָּם לַמ"ש הַקְצוּה"ח פֶּאֵן דְהֵיכָא דְהֵיכָא לְלֹנָה מְלֹנָה עַל פֶּה אַף דְגָבָה אַחַר כְּפֵה קַרְקַע לֹא חֲזִיֵל שַׁעֲדַר"נ מְטַעַם פִּינּוֹן דְהֵלֹנָה הַשְּׁנֵי הֵיכָא יָכוֹל לְמַכְרוֹ וְהוּי פְּמוֹ מְטַלְטְלִין אִם פֶּן פְּמוֹ כֵּן בְּהוּדְאָה דְלֹא יִדְעֵנוּ מְקוֹדָם כְּלָל מְהַחֹב וְאַף אִם נֵאָמַר דְהוּדְאָתוּ מְהֵי עַל לְמַפְרַע וְיִחּוּל עַל זֶה שַׁעֲדַר"נ מ"מ פִּינּוֹן דָּאִם מְכַר הַקַּרְקַע לֹא הִי אַבִּיהֶן יָכוֹל לְטָרוּף מְהִלּוּקָם בְּעַד חוֹבוֹ דְלֹא מְהֵי אַז הוּדְאָתוּ בְּמַקּוֹם דְחַב לְאַחֲרִים] וְכִינּוֹן דַּע"כ אַיְרֵי דְחַיִּיב לְאַבִּיהֶן בְּבִירוֹר וּבכ"ז פְּשָׁגְבוּ יְתוּמִים קְטַנִּים בְּחֹב אַבִּיהֶן אִין נִזְקָקִין לְהוּצִיא מֵהֶם: וְאוּלַי יֵשׁ לְחֻלְקָא בֵּין הַבָּא לְגַבּוֹת מִיּוֹרְשִׁים לְבֵא לְגַבּוֹת מְלוּקָה.

דַּאִף דְדַעַת הַש"ף דְמַפְחַ שַׁעֲדַר"נ נְשַׁתְּעַבְדַּ לְרֵאשׁוֹן גּוּף הַחֹב מ"מ פְּשָׁגְבוּ הַיְתוּמִים בְּחֹב אַבִּיהֶם פִּינּוֹן דְהֵם זְכוּ בְּגוּף הַגָּבֵי שְׂגָבוּ מְהִלּוּהָ שְׁל אַבִּיהֶם דְבִיָּדָם לְסַלְקָא בְּזוּזֵי רַק מְטַעַם דְרַבָּא פְתוּבו' (דף צ"א) שְׂיֵאָמַר לְדִידֵי שְׁנָה יוֹתֵר מְכַדֵי חוּבָהּ וְכ"ז שְׂאִינוּ אֹמֵר פֶּן אִינוּ יָכוֹל לְסַלְקוֹ מְחֹבּוֹ וְכִמוֹ שְׁפוּבֵר רַמב"ח שָׁם דַּאִין הַלּוּקָם יָכוֹל לְסַלְקוֹ בְּזוּזֵי פִינּוֹן דְלֹא ס"ל דְיָכוֹל לְהַעֲלוֹת הַשְּׂדָה בְּדָמִים אֲבָל הַיּוֹרֵשׁ בְּלָאוּ ה"ט יָכוֹל לְסַלְקֵי בְּזוּזֵי אַפִּילוּ אִינוּ מַעֲלָה יוֹתֵר מְחֹבּוֹ מְשׁוּם דְשׁוּמָא הַדְרָא לְיּוֹרֵשׁ אַפִּילוּ בְּתֵר שׁוּמָא וְהַכְרָזָה וְאַף רַמב"ח מוֹדָה דְיּוֹרֵשׁ יָכוֹל לְסַלְקָא בְּזוּזֵי מְשׁוּם דִּינָא דְשׁוּמָא הַדְרָא וְכִמוֹ שְׂכ' הַרָא"ש פְתוּבּוֹת שָׁם לְהוֹכִיחַ מְפִלּוּגָתָא דְרַמב"ח וְרַבָּא דְגָבֵי לּוּקָם ל"ש דִּין שׁוּמָא הַדְרָא וְעֵינֵן קְצוּה"ח (ס' ק"ט) בְּזֶה וְהֵינּוּ דְיּוֹרֵשׁ הוּי פְרַעָא דְמוֹרִישׁ יּוֹרֵשׁ כָּל זְכוֹת שְׁהֵי לְהַמּוֹרִישׁ וְאִם פֶּן מְמִילָא בִיתוּמִים שְׂגָבוּ קַרְקַע בְּחֹב אַבִּיהֶן הוּי פְּמוֹ אַבִּיהֶן מְשִׁשׁ אַף דַּבַּע"ח זְכָה בְּגוּף הַחֹב מ"מ הוּא זְכָה בְּגוּף הַגָּבֵי וְיָכוֹל לְסַלְקָא לְהַבַּע"ח מְשַׁעֲבּוּדוֹ בְּזוּזֵי פֶּן נְמִי הַיּוֹרֵשׁ וּמְמִילָא הוּי פְּנִזְקָקִין לְגַבּוֹת מִיְתוּמִים קְטַנִּים מֵה שְׂאִין פֶּן בְּלוּקָם שְׂטָר חוֹב אוּ בְלוּקָם הַקַּרְקַע מֵה שְׂגָבָה הַבַּעַל חוֹב הַמּוֹכֵר בְּחֹבּוֹ אַף דְלְמַפְרַע נְשַׁתְּעַבְדַּ לְהַמְלֹנָה הַרֵאשׁוֹן מַפְחַ שַׁעֲדַר"נ מ"מ א"י לְסַלְקָא בְּזוּזֵי רַק אִם מַעֲלָה בְּדָמִים לְכַף הוּי כָּל הַגָּבֵי בְּטַעוֹת וְטוֹרָף מְמַנּוּ הַמְלֹנָה הַרֵאשׁוֹן בְּחֹבּוֹ אַף בְּלֹא כ' לוֹ דַּאִקְנֵי רַק בְּזוּזֵי יָכוֹל לְסַלְקָא דְיָכוֹל לְהַעֲלוֹת בְּדָמִים וְהוּי פְּאֵלוּ שְׁנָה יוֹתֵר מְכַדֵי חוֹבוֹ.

דלעגןן שיעור פדי החוב הוי פזקה המלנה הראשון בגוף החוב וְהוי פמוכר דְבַר שְׂאִינוּ שְׁלוֹ לְדַעַת הַש"ךְ אֶבְל לְגַבֵּי יוֹרְשִׁים דְּכִינֵן דִּיכּוֹלִין לְסַלֵּק בְּזוּזֵי אַף בְּאִינָם מְעַלּוּ בְּדַמִּים חָל אַף בְּדִלָא כ' לֹו דְאַקְנֵי וְקִנּוּ וְהוֹרִישׁ אִינוּ גּוֹבָה מֵהֶם מ"מ פִּינֵן דְנִשְׁתַּעְבַּד הַגְּבִיָּה הַזֹּאת וְגוּף הַחֹב לְהַמְלִנָה הַרְאִשׁוֹן טוֹרֵף מֵהֶם מ"מ לְגַבֵּי יְתוּמִים קְטָנִים הָוֵי כְּמוֹ שְׂפָא לְגַבּוֹת מֵהֶם וְאִין נִזְקָקִין לְגַבּוֹת מֵיְתוּמִים קְטָנִים: שׁוֹב רְאִיתִי בְּד"מ מִמֶּר זְקֵנֵי מ"ו הַגָּאוֹן זצ"ל (ס' פ"ה) שֶׁם הִבִּיא מִשֵּׁם בְּנוֹ הוּא אֵאמ"ו הַגָּאוֹן בְּעַל דְּבָרֵי חַיִּים ו"ל דְּפִשְׁטָא לִיָּה דְאָם פֶּרַע הַלְנָה הַשְּׁנֵי לְהַלְנָה רֵאשׁוֹן הֵן לֹו הֵן לִיתוּמֵי קְטָנִים שְׁלַ הַמְלָנָה הַשְּׁנֵי שֶׁהוּא לְנָה לְהַרְאִשׁוֹן פִּינֵן דְּהָוֵי כְּמוֹ דְּמַלְנָה הַרְאִשׁוֹן הַלְנָה לְהַשְּׁנֵי הָוֵי בְּטַעוֹת וְחֹזֵר הַמְלָנָה הַרְאִשׁוֹן וְגוֹבָה מֵיְתוּמִים קְטָנִים דְּהָוֵי כְּבָא לִידָם בְּטַעוֹת וּמְתַרְץ בְּזֵה קְוִשִׁית תּוֹס' פְּתוּבּוֹת (דף צ"ב) ד"ה רְאוּבֵן בְּסוֹפּוֹ עֵינֵן שֶׁם בְּדְבָרִים עֲמֻקִּים וּמְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"א ב"ק הַנּוֹ' שֶׁהִבֵּאתִי לֹא נִרְאָה כּוֹ.

וצ"ע: ס' כה מדיני דגמרא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אף אם גבו יתומים מטלטלין בחוב אביהן אין בע"ח גובה ממנו רק אם גבו קרקע בחובת אביהן אז בעל חוב חוזר וגובה מטעם דמשתעבד לבעל חוב דאביהן מדר"נ כמבואר פסחים (דף ל"א) פתובות (דף צ"ב) ועיין בש"מ פתובות משם הריטב"א (דף פ"א ע"ב) דכל חוב אינו חשוב אלא כמטלטלין ואעפ"י שעיקר שעבודו על הקרקעות פינן דזוזי שקיל ועל הרוב זוזי יהיב מטלטלי חשיב בכל דנכתא וכדאמרין פ' מי שנהיה נשוי אנו מטלטלין שבק לן אבונא גבוי.

וראיתי בס' דו"ח לרבינו הגדול מרן עק"א ו"ל פתובות (דף צ"ב) בהא דאמר רבא אי פיקח הוא מגבי להו ארעא נהדר גבי לה מינניהו דק"ל אמאי יצטרף להגבות תחילה ליתמי ונהדר לחזור ולגבות מהם.

יעכב הקרקע מיז לעצמו שמשועבד לו מדר"נ וק"ל על הר"ן ג"כ בזה שכ' ופיסיסה בזוזי דוקא דאילו אגביהו ארעא מצי למימר דאגבי לו מדר"נ דא"כ אף בפייסי בזוזי יעכב הקרקע מדר"נ דכמו דמשועב' לבעל חוב מדר"נ משועבד נמי לעצמו לאחריותו מדר"נ וד' יאיר עיני עכ"ל.

ולמ"ש בש"מ משם הריטב"א הנז' דחוב הוי כמטלטלין אתי שפיר ולכך צריך להגבות תחילה קרקע דכ"ז דלא גבו היתומים ממנו המלנה ל"ה רק כמו מטלטלין דיתמי דלא משתעבדי ורק אחר הגביה דגבו קרקע אמרינן פינן דבחי אביהן הנה משועבד מדר"נ קרקע זו והם גבאו הקרקע נשתעבד הקרקע למפרע להמלנה מדר"נ וגובה ממנה ומינשב נמי דברי הר"ן דאם אגביה ארעא להבע"ח דראובן מצי למימר דאגבי לו על חובו מדר"נ והיינו דמסלק חובו בקרקע ונהר"ן סובר גם כן דבמקום פסידא יכול לסלק בקרקע ומגבי ליה בעד חובו הקרקע וזוכה הבע"ח דראובן הקרק' בעד החוב אף דהיתומים לא זכו בהקרקע מ"מ פרעון בע"כ הוי פרעון ואומר שפרע חובו שחייב לאביהן בתורת פרעון בהקרקע שרוצה לסלק והבעל חוב זוכה בה למפרע וזה אתי שפיר כשמוציא הלוקח הקרקע מרשותו על ידי גביית הבעל חוב אבל באם פייסו בזוזי לסלק החוב אינו יכול לעכב הקרקע לעצמו לאחריותו דכ"ז דלא גבו היתומים הקרקע ויצא מרשות הלוקח החוב ל"ה אלא כמטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח: אף בריטב"א פתובות



שם הקשה אי אית לי זוי היכי מצי מגבי להו ארעא וכ' בחד תיגרץ במקום פסידא שורת הדין לאגבינהו ארעא ובשם ר"ש ו"ל תיגרץ דלאו דוקא אמרינו דלגבי להו ארעא והדר לגבי מיניה דאפוכי מטרתא ל"ל אלא דכי תבעי יתמי דמי מלנה שאביהו זקף עליו אמר להו אנא מחייבנא לכו מלנה במקום אביכו ומשתעבדנא נמי לבעל חוב דאביכו מדר"נ ואנא הוי בע"ח דאבוכו קמא דאיחייב באחריות וכינון דכן אלא מפרענא ממאי דאית ליה לגבאי ואנא מפייסנא בארעא עכ"ל מבואר דס"ל דאם לית לי זוי אינו צריך למגבינהו ארעא ויכול להחזיק הקרקע לעצמו ע"ח וצ"ל דסובר דוקא בחוב מאחר הואיל דיכול לסלקו במעות מקרי מטלטלין אבל בחוב שהוא חייב יעשה כל התפעלות שלא יסלק רק בקרקע וממילא נשאר ת"י דאפוכי מטרתא למה לי.

ואף דנראה מדברי הר"ש דאף באית ליה פסידא אם יש לו זוי אינו יכול לסלק בקרקע מ"מ צריך לדחוק בדבריו אבל הר"ן סובר אף דבמקום פסידא יכול לסלק בקרקע מ"מ כ"ז דאינו מסלקו ואינו מוצא מת"י הואיל דיכול לסלקו בזוי לא הוי אלא מטלטלין לכו צריך למגבינהו קרקע והדר למגבי מיניהו דכ"ז דאינו מגבה להו החוב הוי כמטלטלין ולא משתעבדי מטלטלי דיתמי לבע"ח ועיין בבית מאיר (סי' ק"ג ס"ב) בבניאר דברי הר"ן ו"ל דדוקא פשמגבהו לבע"ח בקרקע שלו אז יכול לומר ליתומים דפרע לבעל חוב מפח שדר"נ ולא מפח טורפא אבל אם מגבהו מפח שעבודא דבע"ח הקדום לקנותו פיון דאף אם ל"ה חייב דמי הקרקע הי' גם כן טורף ונשאר החוב ליתומים עיין שם וכנראה גם דעת הר"ש כן הוא רק הר"ן אמר זאת בטעם דדוקא ופייסו בזוי והר"ש מפרש כן בפניקחת דרבא ועיין תוס' פתובות שם ד"ה ופייסיה ובמהר"ם שי"ף שם: ועיין קצוה"ח (ס"ק ה') דכ' עפ"י דברי תוס' פסחים הטעם דאם גבו יתומים מטלטלין ל"ש שעבודא דר"נ דכיין דלאו בני שעבוד גינהו דיכול למוכרו ול"ה פאלו בא ליד הלנה וכחו קלוש ל"ש ביה שדר"נ ומפח זה העלה דאם הי' להלנה מלנה על פה ומכרו לאחר במעמד שלשתן אעפ"י שגבה הלוקח קרקע הוי כמטלטלין ואם לא הי' להשני שעבוד מטלטלי אגב קרקע על המוכראינו חוזר וגובה ממנו פיון דאינו אלא מלנה על פה אין בו שדר"נ כמו כמטלטלין פיון שיכול למוכרו דמע"פ א"ג מלקוחות ע"ש וכ' שזה פנונת רש"י פ' כ"ש וכתובות בהא דרב"ח וזקפן במלנה כ' רש"י וכתב שט"ח דאם ע"פ ל"ה שעבוד חזק והוי כמו מטלטלין ול"ש שדר"נ והוי פקנו יתמי נכסי ע"ש.

וכן נראה ממה שכתב רש"י וחוזר וגובה אותה מהן פאלו נפלה להן ממש בירושא ולמה כ' זאת דהוא לאביי דטעמא דר"נ הוא משום דלמפרע גובה ובש"ס מסיק דהטעם הוא מדר"נ. אולם רש"י צריך לזה הא אף דהוי משועבד למלנה דאביהו הא מ"מ פיון שמת נעשה מלנה הזאת כמטלטלין כמו שכ' הריטב"א הנז' דהלנאה הוי מטלטלין ואינו חייבין לפרוע וגימא דהוי פאלו היתומים קנו הקרקע בעד המטלטלין היינו בעד החוב שהיה להם שיגשו מאביהו לכו כתב פיון דבא לידם על ידי שעבוד דחוב אביהם הו"ל פאלו נפלה בירושא משום שהוא מלנה בשטר ואינו יכול להבריחו ומשום שעבוד שהיה לאביהו על הקרקע בא לידם לכו חל שעבודא של מלנה הראשון מדר"נ אבל אם גבו מטלטלין שזה בא להם שלא על ידי שעבוד אביהו דמטלטלין לאו בני שעבוד גינהו הו"ל פאלו קנו יתמי מטלטלין בשביל החוב שיגשו מאביהו והחוב הו"ל גם כן מטלטלין ולא משתעבדי: וראיתי בנתיבות שכ' דאין ללמוד מדברי תוס' פסחים דבמלנ' על פה אם גבו

קרקע דאין הבעל חוב גובה דתוס' כ' פן רק במטלטלין דלאו בני שעבוד מן התורה ניהו מה שאין פן מלנה על פה דטורף ממשעבדי מה"ת אם ש"ד ונגד זה לא קלקלו שעבודא דר"נ אפילו במלנה על פה וזה דלא כמו שכ' הקצוה"ח ומתתימא שלא הביא דבריו פלל ולמה שכ' בביתאור הדברים עפ"י דברי הריטב"א הנ"ל דכל חוב שיירשו הוי כמטלטלין רק פיון דגבו קרקע שנסתעבד על חוב אביהן נתעורר למפרע השדר"נ א"י לומר היורשים שגובין הקרקע תמור החוב שהוא מטלטלין פיון דממילא נשתעבד הקרקע מדר"נ וזה אתי שפיר אם נשאר הקרקע אצל הלנה בשעבוד על החוב ואם מוכרן נשאר השעבוד החוב על הקרקע וטורף אכל במלנה על פה אף דמן התורה הנה יכול לטרוף אף מלוקח מ"מ פיון דחז"ל עקרו שעבודא דמלנה על פה מעל הקרק' לא שינה בזה ירושה ולא בא ליד היורשים בתורת שעבוד מאביהן רק בעד חוב אביהן והוי כאלו קנו קרקע במטלטלין שיירשו מאביהן ולא מבעי להסוברים דמלנה על פה מוקדם ומלנה בשטר מאןחר דאין קדימה למלנה על פה אף אם ש"ד פאן נמי פיון דהפקיע חז"ל השעבוד לא חל על זה שדר"נ כמו לגבי מטלטלין אלא אף להסוברים דלא הפקיעו נגד בעל חוב שבשטר דלא הוי פלוקח וגם אם נאמר דרק פאשר מכר הלנה הקרקע נפקע השעבוד מ"מ ירושה לא חל על זה רק דממילא נגרר אחר המלנה שיירשו יורשי המלנה והחוב הוי כמטלטלין וי"ל אף אם גבו קרקע הוי כאלו קנו יתמי נכסי בעד המטלטלין.

שוב ראיתי בנתיבות (סי' קי"א) דמשיג על קצוה"ח שם שכ' לדין דאית לן תקנת השוק ואם מכר המטלטלין אינו גובה אף אם כ' מטאגמ"ק שוב לא שינה שעדר"נ וכ' למה שכ' פאן דאף במלנה על פה חוזר וגובה פיון דמה"ד בת שייעבודא דש"ד ומכ"ש בזה בכ' מטא"ג מקרקע דלית ביה רק מתקנת השוק שינה ביה שדר"נ ועיין שם במשובב דכ' הא לדעת הרשב"א אין חילוק בין קרקע למטלטלין מן התורה אם שינה רק מדרבנן ואפ"ה פתבו תוס' פיון דליכא סמיכת דעת ל"ש שדר"נ וה"ד במלנה על פה ולדין דאית לן תקנה"ש ע"ש.

ואין זה השגה דהרמב"ם והטור והתוס' חולקין על סברא הזאת דרשב"א וס"ל דמה"ת מטלטלין לאו בני שעבודא ניהו פאשר יבואר אפ"ה לקמן בדיני גבית חוב. ברם לקושטא פיון דיכול להבריח ולמכור קרקע ומטלטלין שוין בזה וכמו שכ': וקצת י"ל בדברי רש"י הנז' שכ' וזקפן במלנה וכ' עליו שטר דאם הנה מלנה ע"פ לא שינה לומר שיאמרו היתומים אנו מטלטלין שבק אבונא למה שכ' בצל"ח פסחים שם דלר"ע דסובר במי שמת והניח מלנה או פקדון ביז אחרים ינתנו ליורשים דכולן צריכין שבועה וכ' ואף הבעל חוב זה עצמו שאביהן חייב לו אינו יכול לעכב לעצמו מלנה שבדו שהרי הוא צריך שבועה אם לא במגו והיתומים לגבות ממנו אינם צריכים שבועה וזכו במלנה שבדו ושוב הוא חייב להם והוי מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי לו עיין שם מבואר מדבריו להסוברים דהיכא דאין צריך שבועה גובה ממטלטלין שבדו אחרים הה"ד אם יש לו מגו גם פן גובה אם פן י"ל דלכך כ' רש"י וזקפן במלנה בשטר היינו דאז אינו יכול לטעון פרעתי וזכו היורשים אכל אם הנה מלנה על פה דהי' הלוקח יכול לטעון פרעתי ונאמן דלא התפיסו צררי במגו דפרעתי ושוב אין צריך שבועה וזכה בו לגבות חובו בעד אחריות דהוי כמלנה ביז אחרים במקום דא"צ שבועה ועיין תוס' פתובות שם.

אולם אנו פסקינו דאף במקום דאין צריך שבועה גם פן אינו גובה אף במנחם ביד אחרים אין בעל חוב גובה ואף אם יש לו מגו גם פן כפר זכו יורשים לכן בודאי מה שפירש"י דהוי מלנה בשטר הוא כמו שכ' הקצוה"ח דאז פינו דאינו יכול להברית הקרקע חל שדר"נ למפרע משא"כ אם הי' מע"פ הוי כמו אלו גבו קרקע: והנה ממה דכ' הפוסקים דמדמי בלוקח שטר וגבה קרקע בחובו דהבע"ח של המוכר חוזר וגובה ממנו כמו ביתומים שגבו קרקע בחוב אביהו ועיין ש"ף (סי' קי"א ס"ק ח"י) ראיתי בש"מ שם שהתפלא על הת"ה (סי' של"ט) שכתב בנידון ישראל שהחזיק בקרקע של נכרי בדיניהם על חובו ומנהגם שכ"ז שלא מכרו הישראל יש פח להנכרי לפדותו שאין פח להאשה לעכב המכיר' מחמת שעבוד פתובה פי אין דין קרקע לנכסים האלו הואיל דיכול הנכרי לפדותו הו"ל כשאר חובות ומבואר בח"מ אה"ע (סי' צ' ס"ד) דהיינו דאין האשה יכולה לטרון ממנו פי יש לו דין מטלטלין וכ"כ בתשובת שער אפרים (סי' קי"ז) ויקשה מי גרע הבעל עצמו שגבה קרקע ומכרה שאין ביד האשה לטרון מהלוקח פינו דיש מקודם ביד הנכרי לפדותה הוי כמטלטלין מהיכא שהבעל מכר השטר שהיה לו על הנכרי ולוקח השטר גובה הקרקע שהאשה טורפת עבור פתובה מן הלוקח משעבודא דר"נ אף שהקרקע לא בא לידי גובינא ליד הבעל והי' ביד הנכרי לפרוע השטר דכ"ש דהוי כמטלטלין ביד הבעל.

עוד האריך להקשות במ"ש הת"ה שם דאם כפר החזיק הבעל לפנות אעפ"י שעוד ביד הנכרי לפדות חשיב כגבוי והביא ראיה מהא דיתומים שגבו קרקע בחוב אביהו דדייק מיני' בש"ס דבעל חוב למפרע גובה ויקשה הא אף אם למפרע גובה מ"מ הא שומא הדרא לעולם ויש ביד הלנה לפדות ולמה לא הוי כמטלטלין של יתומים אלא ודאי פינו שגבה ונכנס בה הוי קרקע וקשה הא לדין דמפאן ולהפא גובה הרי אף דלא זכה אפוהון מ"מ מדר"נ חשבינו הקרקע המשועבד לאביהו פאלו גבה מטעם שדר"נ אם פן בנידון דת"ה ג"כ נשתעבד לכתיבה מדר"נ.

ולענ"ד לחלק בזה דבנידון יתומים שגבו קרקע בחובת אביהו שפיר פינו דנשתעבד לאביהו אף דמפאן ולהפא גובה ואילו גבו מטלטלין ל"ה בעל חוב חוזר וגובה דחוב הוא רק כמטלטלין ואף דחל שדר"נ וזוכה בגוף החוב היינו אם גבו אחר פה קרקע חל למפרע שעבודו דבע"ח מדר"נ והיינו אם גבו קרקע בעד חוב אפוהון אבל אם גבו מטלטלין דלאו בני שעבוד נינהו הוי פאלו קנו מטלטלין בעד חוב אביהו וכמו שהוכיח הש"ף מדברי תוס' וכביאור הנז' אולם זה הכל מפח שדר"נ הואיל וזוכה בגוף החוב ושעבוד הגוף של השני מה שאין פן בנידון התה"ד אף אם נאמר דגם בחוב נכרי שייך שדר"נ הא הנכרי כפר סילק חובו ולא נשאר להבעל על הנכרי שום שעבוד הגוף דכבר גבה הקרקע בחובו רק דיניהם הוא שנשאר זכות להנכרי לפדות כ"ז שלא מכר ובשביל זה הוי הקרקע כמטלטלין אבל שעה"ג לא נשאר על הנכרי דכבר סילק חובו רק אם מכר אז נעשה קרקע אצל הלוקח ולכך אינו יכולה האשה לטרון מן הלוקח פינו דהשעבוד מן העכו"ם כפר נפקע והוי פאלו סילק כמטלטלין דאינו חוזר וגובה וכבר נפקע השעבוד מעל הנכרי ול"ש שדר"נ פינו דכבר פרע ואם אשתדף הקרקע אין הנכרי חייב לשלם פלל דכבר סילק את חובו רק פינו דיש לו זכות לפדותו עוד בשביל זה הוי כמטלטלין לדעת התה"ד ולא חל על זה שעבוד הפתובה ואף כשקונה הלוקח נעשה קרקע ממש

פינון דשוב א"י לפדות מ"מ אין הפתובה יכולה לטרוף ממנו ולא גרע ממה שפכתב בש"מ פתובות (דף נ') משם הרמב"ן דלא מצינו דבעל חוב גובה מלוקח רק אם קדים שיעבודא דבעל חוב ואחר כך קנה הלוקח אבל לא היכא דאתי בהדדי עיי"ש ובמה שכ' אאזמ"ו ז"ל בספרו ד"מ (סי' ק"ד וסי' קכ"ט) ואף להחולקים שם בדינו של הרמב"ן מ"מ פאן אפ"ל לכ"ע פינון דלא חל השעבוד קודם דמכר דהוי פמטלטלין רק אחר שזוכה הלוקח בקנייתו נחשב קרקע ולא מצד המוכר לא חל שעבודא דבעל חוב וכתובה ע"ז מה שאין כן אם נשעבד קודם לכן מפת שדר"ג דזוכה בגוף החוב ואם גבו קרקע אחר כך זה תמורת החוב שזכה בו והוי כגבה אביהו.

ולכך התה"ד הביא רק ראיותיו דאם כבר החזיקו בה פועלים לבנות ולנטוע אעפ"י שביד הנכרי עוד לפדות חשבון פקרקע מס"ד דש"ס פסחים דדייק ממה דיתומים שגבו קרקע בחוב אבונה דבעל חוב חוזר וגובה דע"כ למפרע גובה ולא ידע דהוא בכת שדר"ג אף אם מכאן ולהבא גובה ומה מהני דלמפרע גובה הא שומא הדרא אלא ודאי פינון דירד לזכות בזכיה גמורה הוי פקרקע למפרע לכך בדינו נמי אף דיכול עוד הנכרי לפדות מ"מ פינון דכבר זכה בשלו הוי למפרע פקרקע.

ועל זה ליכא חולק רק לדין אף דמכאן ולהבא גובה מ"מ פינון דכבר זכה בהחוב להשעבד לו מפת שדר"ג הוי פאלו גבה אביהו וילכך בעל חוב גובה. ומזה אינו ראי' לדינושם דשם כבר נסתלק השעבוד מהנכרי דפרע חובו וז"ב ופשוט: עוד הביא הש"מ שם ראיה להתה"ד מש"ס ב"מ (דף ס"ז) דמשפנתא באתרא דמסלקי אין בעל חוב גובה מירשם דהוי פמטלטלי דיתמי וכ' תוס' דל"ד ליתומים שגבו קרקע בחובת אביהו אע"ג דשומא הדרא לעולם דלא הדרא אלא משום נעשית הישר והטוב ומרישא הוא דקא זבין לה וילכך אוכל הפירות בלא נכיתא הרי היכא דמדינא יכולין לפדות הקרקע הוי פמטלטלין והאריף לדחות ראי' הזאת דכל היכא דבית הגבוי חשבון פקרקע אף דמקודם ביד אביהו לא נשעבד רק שעבוד בעלמא מדר"ג חשבון פקרקע אם כן בנידון דתה"ד נמי אף דנהגו בדיני נכרים למיהדר אף אחר שגבה כ"ז שלא מכרו לא עדיף מתקחז"ל וחשוב פמקרקע ואם מכרה תטרוף האשה משדר"ג כמו בירשם שגבו קרקע.

ולמה שכ' כבר נפקע החיוב מהנכרי ונסתלק השעה"ג ול"ש פלל שדר"ג וכינון דביד הנכרי לפדות הוי פמטלטלין ואף אם מכרו נעשה פקרקע גם כן אינו גובה ואינו דומה פלל לאם גבו קרקע בחוב אביהו פנ"ל ומה דפשיטא ליה דמה דבדיניהם צריף למיהדר קודם שמכרו לאחר לא עדיף משומא הדרא י"ל להיפך דשם בדינינו הוא כמו שכ' תוס' דמרישא הוא דקא זבין לה ואוכל פירות בלא נכיתא ע"כ דיש לו להמלנה קנין גמור ולכמה פוסקי' צריף שיעשה קנין מחדש וכן הוא דעת תוס' שם וריטב"א בש"מ ב"מ (דף ט"ז) וגם י"א דאם נתיקרה לא הדרא אלא כשעת היקר פמבואר ברמ"א (סי' ק"ג) ואף להחולקי' וגם דל"צ הקנאה בהחזר' פמבואר שם בש"ף (ס"ק י') מ"מ ע"כ פינון דאוכל הפירות בלא נכיתא הוי פמכר גמור מה"ת רק מתקנת חכמים והפקר ב"ד הוא דמסלקין אותו.

ועיין שם בפנ"י דדקדק הרבה בטעם הדבר דלא הוי ריבית אם שומא הדרא וכ' פמה סברו' וכולן לא שייכי לזה ממה שפדיניהם יכול הנכרי לסלק ומה שפדיניהם הגבניה

הוא רק באם ימכור אז לא יכול הנכרי לפדות סובר התה"ד דהוי כמטלטלין: סי' כו אם בפקדון שנייה ג"כ שדר"נ מבואר בפ"ה ויש"ש ב"ק דשינייה ובקצוה"ח מגמגם בזה פיון דאנו קי"ל דנכסי שומר לא משמעבד אלא משעת פשיעה ל"ש שדר"נ פיון דעדיין לא נשתעבד וע"ש ראיתו דאף חייב חזרה ושעה"ג ליפא מהא דשומר שטבח בשבת פטור ובתיבות כ' דנדאי אף פשהו בעין מתחיל חייב חזרה ועיין בד"מ.

ולכאורה מדברי הרי"ף פתובות בהא דמי שמת והניח מלנה או פקדון בידי אחרים דר"ט אומר ניתנו לפושל פתב דחל שעבודם מדר"נ מבואר דאף בפקדון שנייה שדר"נ אולם יש לומר דעיקר טעמא דרי"ף על פתובה דחל על מלנה אף דמראוי אינה גובה וכן מבואר בפנ"י שם אבל בפקדון ל"צ לטעמא דשדר"נ דאם לא פן מלנה אינו גופו ממון וגריעי ממטלטלין אלא מטעמו דר"נ אבל בפקדון י"ל כמו"ש שם הפנ"י פיון דמצוה על היתומים עכ"פ לפרוע ממטלטלין כשהם בידי אחרים ס"ל לר"ט דלא מקרי כופין.

אולם בהגהת מרדכי פתובות ר"פ אלמנה נזונת מבואר להדיא בזה לכתו ויש לחתנו פקדון אצל אביה דמשמעבד לה מדר"נ עיין שם וה"ט משום דעכ"פ אף דלא יש חייב נכסים עדיין עליו מ"מ גופו נשתעבד להחזיר הפקדון ועל שעבוד זה חל השעבוד של בע"ח על חייב החזרה: והנה אם נאמר בפקדון שנייה גם פן שדר וכמו שכ' הש"ך (סק"י) פל דהשאיל לחבירו אינו יכול להרויח לו זמן משו' שדר"נ הקשה הקצוה"ח הא במטלטלין ל"ש שדר"נ כמו שכ' תוס' פסחים וכ' פיון דהטעם הוא משום דהשעבוד קלוש הוא דיקול למוכרו וכינון דהשואל אינו יכול למכור דבר שאינו שלו הוי כמו קרקע והוא הדין דאינו יכול ליתנו לאחר פיון דיש בו שדר"נ והוי כמו קרקע והקשה ממתניתין דמי שמת והניח מלנה ופקדון בידי אחר ואם פקדון דין קרקע יש לו למה לא יתנו לבעל חוב פיון דשינייה בו שדר"נ ומדחיק עצמו הרבה בזה.

ולמה שכ' דכל מה דיש בפקדון שדר"נ היינו השעבוד הגוף שהנפקד משועבד להחזיר הפקדון בידי המפקיד זה השעבוד נשתעבד להבעל חוב אתי שפיר פיון דמ"מ בגוף הפקדון לא זכה הבעל חוב וגוף הפקדון הוא של הלנה וכל מה דנשתעבד שנייה בו המלנה שלו הוא רק השעבוד הגוף שחייב להחזיר את של הלנה המפקיד הוא אם הגוף הפקדון הוא שלו אבל אם מת וזכו היורשים בגוף הפקדון ונפיק הפקדון מרשות המוריש ולא מן המוריש באה לו הנחלה אלא שהתורה זכתה לו כמבואר ברשב"א נדרים (דף ל"ד ע"ב) שפן הוא כל ירושה דנפיק מרשות המוריש ולא מן המוריש בא הנחלה עיין שם אם פן ממילא נפקע החייב שחייב להחזיר להמפקיד דלא נשתעבד רק אם גוף הפקדון הוא שלו על זה נשתעבד ונתחייב להחזיר ואף דהתורה זכתה להמלנה בזכות זה בכח שדר"נ ומה"ט לא מהני מחילת הלנה להמלנה השני פיון דגופו נשתעבד להראשון וכמו שביאר הקצוה"ח (ס"ק ה') ול"א דלא נשתעבד אם הלנה ימחול לו ז"א דשם פיון דהוא נשתעבד להמלנה שלו בכח שדר"נ נשאר השעבוד הגוף שחייב לשלם מה שזכה המלנה של הלנה מה שאין פן בזה פיון דזכו בגוף הפקדון היורשים נפקע חייב החזרה דלא נשתעבד להחזיר דבר שאינו של המפקיד ואף דשואל חייב באונסין היינו אם נאנס הדבר ואינו בעולם או ברשותו אבל אם זכו אחרים בהחפץ שהוא בעולם אין בגדר חייב שמירה ואף דזכה המלנה ראשון בחייב החזרה היינו כ"ז שהגוף הוא של הבעלים אבל

אם יצא מרשותו והתורה זכתה להיורשים על זה לא נשתעבד מעולם אם מטלטלין דיתמי לא נשתעבד לבעל חוב.

רק פנין שיהא ברשות אחרים פליגי ר"ט ור"ע אם משתעבד אבל אם לא נשתעבד אף כשהוא ברשות אחרים לא שייך בזה שדר"נ. וא"ד לאם מכר לאחרים די"ל באמת דל"מ פנין דיש חיוב התורה להמלנה מפח שדר"נ דהלוקח בא בזכות דמה מכר ראשון להשני כל זכות שהיה לו להמוכר וכיין דהחיוב התורה הפקדון כבר זכה המלנה שלו בכת שדר"נ אינו יכול למפור אף שזוכה בגוף החפץ מ"מ פנין דבחיוב התורה כבר זכה המלנה שלו אין הנפקד יכול להחזירו להלוקח ונשאר חיובו של התורה להמלנה הראשון ולא נפקע חיוב זה עד שישלם להמלנה ומ"מ י"ל דכיין דזוכה בגוף הדבר הלוקח נפקע חיוב התורה שפבר זכה בו המלנה בכת שדר"נ ועיין בדברי משפט למרן זקני אמ"ו הגאון ז"ל דפשיטא לי דמכיר' לאחר מהני רק אם מכר להנפקד גובה ממנו פנין דכבר נשתעבד בחיוב תורה להמלנה הראשון עיין שם (סי' פ"ו ס"ק א') ועיין בש"ך (סוף סי' קכ"ו) מה דמשיג שם על תשובת מהר"ם אלשיך ובקצוה"ח פאן כ' לשיטתו דלא מהני בכאן אף אם מכר לאחר אם בפקדון יש דין שדר"נ דהוי פקרקע ואם נאמר דמכירה לאחר מפקיע השעבוד דנתחייב להחזיר אתי שפיר דינו של הש"ך שם.

אולם אף אם מכר להנפקד אם לא ידע מהבע"ח של המפקיד י"ל דאין הבע"ח גובה ממנו מטעם תקנת השוק כמו דלא מהני אף אם הקנו להמלנה בשעבוד מטאגמ"ק כמבואר (סי' ס') ואם פן אף אם הוי פקרקע לא עדיף מאם משעבד לו בקנין מטאגמ"ק ועיין קצוה"ח (סי' פ"ה סק"ו): עוד כ' הקצוה"ח (סק"ד) לשיטתו דבפקדון לא שייך שדר"נ דאפילו למה שכ' הוא דגבי שדר"נ א"י לסלקו בזווי משום דגוף החוב שייך להנושה גבי פקדון מצוי לסלוקי בזווי ואפילו אם שייך שדר"נ לגבי פקדון מ"מ כ"ש כלי ודאי מצוי לסלוקי בזווי דהוי פיתר מחובו ומצוי אמר לדידי שנה יותר ולא נשתעבד אלא כדי חובו והדברים מתמיהים למה צריך לזה היעלה עה"ד דהלנה לא יכול לסלקו בזווי פנין דהוא החייב אף דהשני נשתעבד להמפקיד הראשון מ"מ פנין דהיסוד הזכות הוא בשביל שהלנה או המפקיד חייב לראשון אף אם נאמר דזכה בגוף החוב זה הפל בשביל חיובו ואם מסלק חיובו במעות נתבטל כל זכותו הן בגוף ההלנאה והן בחיוב תורה דפקדון אף אם אינו אומר לדידי שנה ול"מ דצריך לומר לדידי שנה רק בלוקח שהוא איש זה ולא ביתומים דבזה יכול לומר לאו בעל דברים דידי את כמבואר בר"ן פתובות פ' מי שהנה נשוי דבלוקח צריך לומר לדידי שנה ודלא כמו שכ' הדרושה (סי' ק"ט) וכמו שכ' שם הקצוה"ח אבל ביתומים דכרע' דאפנהו הן יכולין לסלק בזווי אף באם אינם אומרין לדידי שנה ומכ"ש הלנה בעצמו אם בא לסלק חובו היעלה על הדעת שיאמר לאו בעל דברים דידי את אף דזכה בחיוב של השני גם פן בגוף החיוב מטעם שדר"נ מ"מ אם מסלק חובו אף בע"כ נתבטל זכותו וקנינו שיש לו על השני הן בהלנאה הן בפקדון ודברי קצוה"ח שם וגם (ס"ק א') בזה הם תמוהין למאד.

אולם אם הנפקד יכול לסלק בזווי בזה נראה דא"י לסלק בזווי ויכול לומר לאו בעל דברים דידי את לסלק לו החוב ובלוקח הוא משום דיכול לעלות בדמי ולומר לדידי שנה

הרבה אבל הנפקד דאין עליו רק חיוב להחזיר הפקדון ואין לו שום זכות בהחפץ פנרא' דא"י לסלקו בזוי.

וראיתי בס' פנים יפות עה"ת מבעל ההפלאה ז"ל פ' ניקרא דנסתפק בזה הו בפקדון הו בגזילה דכתיב לאשר הוא לו וכתיב שם והשיב את הגזילה פעין שגזל יחזור ולא דמים ואם אין המפקיד תובע י"ל דלא עדיף מהמפקיד הלנה עצמו דיכול לסלק במעות והיגו דכתיב ושילם אתו בראשו היגו מעות אולם כ' די"ל אפילו למ"ד דיכול הלוקח לסלק בזוי היגו משום דלקח אותו אבל הגזלן או הנפקד שאין בו שום קנני י"ל שאינו יכול לסלק בזוי עיין שם.

ולא ידעתי מקום ספק בזה ודאי הוא פנר בזה ואף גזלן דנשתעבד בבירור מ"מ כ"ז שהו בעין ודאי הבעל חוב ושנכה בכח שדר"נ בהחיוב יכול לומר תן לי שעבודי ולא בעל דברים דידי את לסלק בזוי אף אם מעל' בדמים ועיין עוד שם דדעתו דהחנמש יתן להמפקיד או לגזלן אם אינו חייב לבעל חוב רק כפי הקרן ודלא כמו שכ' הקצוה"ח בזה.

ועיין במה שכ' לעיל דיני הלנאה (סי' פ"ג) אם אחר יכול לסלק חובו של חבירו בעל פרחו של המלנה אף בליכא זכות להלנה ומלוקח דאינו יכול לסלק חובו רק אם מעלה בדמים יש ראיה ברורה דיכול לומר לאו בע"ד דידי את: ודע דאף אם בפקדון שייך ג"כ שדר"נ זה דוקא היכא דהו שומר ונשתעבד עכ"פ להחזיר אבל אם יש בפקדון אצל אחר שאף חיוב החזרה אינו עליו ודאי לא חל שדר"נ ע"ז ותמהני על ספר ש"מ שהביא מס' ד' טורי אכן באחד שחייב למלמד שכתו שלמד עם בנו הקטן והבן מצא מציאה ותפס המלמד ממנו באומרו פיון שמיציאת הבן לאביו והרי אביו חייב לו ופסק פיון דאינו לאביו אלא מדרבנן משום איבה יכול האב לומר אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לטובתי והמציאה של הבן ותמה בש"מ ע"ז פיון דאף בחיוב דרבנן שייך שדר"נ ולא מהני מחילה ה"נ לא מהני מחילת האב פיון דהבן נשתעבד להמלמד מדר"ו ואף שהבן קטן מ"מ פיון דאף בפקדון שייך שדר"נ פשיטא דאף קטן מתחייב להחזיר הפקדון לבעליו וחייב להחזיר המציאה לאביו ומשתעבד להמלמד מדר"נ ולא מהני מחילת האב ומאד תמוהין דבריו בפשיטו' הלנה דנדאי בקטן פיון דאינו בר חיובי ובר שעבוד אף להחזיר לא חל על זה שדר"נ ובפקדון אם שייך שדר"נ עיקר הטעם דחל על חיוב הגוף שחייב להחזיר מה שאין כן בקטן.

וגם בלא"ה הא ודאי פששמע האב ושתיק קודם שתפס המלמד שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנתי לזכות פיון דכבר זכה וע"כ דהמלמד תפס קודם ששמע האב ובכ"ז דו שיכול לומר אי אפשי לזכות.

ובזה א"ד לאם מחל פיון דלא ידע ולא זכה עדיין ולא חל החיוב. ובגוף הדין של הד' טורי אכן הנז' תליא במחלוקת הפוסקים דלדעת המרדכי בפ' שני דיני גזירו' להוציא אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים וה"נ פיון דהמלמ' הוא מוחזק אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ועיין במהרי"ט (ח"ג) בתשובת הר"י באסן ז"ל (סי' ט') ותשובת מהרי"ט ז"ל שם בבבאיור דברי המרדכי הנז' דהיכא דאיכא פסידא לאחרינא דאינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים והיכא דהלה הוא מוחזק.

וממשם לדון בדין הזה ועיין במה שכ' בספרי ח"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות ז) ובקונטרס התשובות (סי' ג'): סי' כז קי"ל במוב"מ ואומר הילך המקצת אינו חייב רק היספת. ובש"ף (סי' פ"ז).

הביא דעת רש"י דלא הוי הילך רק בפקדון ולא במלנה ועיין רש"י ב"מ (דף ד') לא הוצאתים והם שלך בכ"מ שהם ועיין ש"ף (ס"ק ג') בפקדון אפילו אינו מוכן בידו לתת לפניו ב"ד מ"מ כל היכא דאיתא ברשות' דמארז' איתא ויש לדקדק בדברי רש"י שם ע"ב דומיא דכלים וקרקעות שכלים שהודה עליהם מונחים לפניו וא"ל הילך למה צריך שיהיו מונחים לפניו ועיין ברש"י (דף ה') בקושית הש"ס מד' שומרין שכתב קחנה בכ"מ שהיא.

ונראה דנדאי אף רש"י סובר אף בהלוא' שייך הילך רק פוננתו אם בהלואה לא הוי הילך פיון דכ"ז שלא זכה בו לא הוי שלו גזילה נמי אף דהיה שלו מעיקרא מ"מ פיון דיצ' מרשות הבועלים לא הוי הילך וכמו שכ' הנתיבות אם פן מה הקש' הש"ס הא כלים דומיא דקרקע חייב דלמא איירי שם דגזל ממנו ואם תובע שנים והודה אחד לא הוי הילך ודחוק לומר דומיא דקרקע דאינו נגזלת ולא יצאה מרשותו דאין זאת דומיא לכך פירש רש"י על קושית הש"ס דסובר דאי הילך פטור בפקדון והלואה גזילה ומוכן בידו ליתן בב"ד נמי פטור לכך כתב שכלים שהודה עליהם מונחים: ועיין קצוה"ח באם תובע מחבירו שפטר לו מאוצר זה שני סאים ומודה באחד דלא הוי הילך פיון דלא הוי מסוים ולמד פן מדברי הנ"י פ' השואל והקשה מש"ס ריש ב"מ ותנא תנא לאידך דר"ח והתם אין הודאה בדבר המסוים דהא אמרינו מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי ואמאי הוי ליה הילך ויש ליישב להמעין בדברי ש"מ שם משם הר"ן בפירוש הש"ס דס"ד דהתובע אעפ"י שאינו משיג כל תביעתו לא נשתנה כלל משאר כל התובעי שאף הם אינם נוטלים אלא אותו מקצת שהנתבע מודה עליו ומסיק הש"ס דשם הוי הודאה קדמה לתביעה ועיין שם היטב אם פן לס"ד דלא הוי פהודאה קדמה לתביעה ואף בזה יש חיוב שבוועה א"ש דכיון דראינו דתפס בו ויש לו בנדאי בזה חלק ואין זה מוחזק יותר מזה ונדאי הוי הילך ועיין שם בש"מ ותמצא ליישב קושית הקצוה"ח עוד באופן אחר: עוד כ' הקצוה"ח בתובע שני פרות שאולות ומודה על אחת שאול' ועל אחת שהוא שכורה אי הוי מוב"מ די"ל פיון דשתייהם קנימות לפניו וליכא נ"מ רק אם מתה באונס אז אף דמתו שניהם אחר כך פטור משבועת מוב"מ דהוי הודאה קדמה לתביעה ושוב כ' מש"ס ב"ק (דף ק"ה) שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מ"ט אצלך ש"ח אני עליו חייב אלמא פיון דאי מגנב ממילא פפר ליה וכיון דהוי לענן שבועת פקדון פפירת ממון ה"נ לענן שבועת הדעינים והוי כתובע שחייב לו פשיטתיים התנאי והלנה מודה במקצת פשיטתיים התנאי הוי הודאה וכפירה.

אף אם נכסי השומ' לא אשתעבד אלא משעת פשיעה אם פן ליכא עכשיו שום חיוב ושעבוד מה שאין פן בגנב דנתחייב ונשתעבד מיד. ולכאורה אף בגנב יש להבין הא אנו קי"ל דלא פ"ר ש"דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי א"כ לא הוי עכשיו פפירת ממון כ"ז שהוא בעין ואמאי באומר שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי רק אתה הפקדת אצלי



חייב בשבועת הפקדון פינון שכופר בזה לפטור מגניבה ואבידה ועיניו רמב"ם (פ"ח ה"ח) משבועות דפוסק פן אף דפוסק כמשפעי עדי סוטה דא"ח ק"ש.

וראיתי ברמב"ן בדדג"ר דכ' דאין נשבעין על דבר הגורם לממון כמו דאין נשבעין על שטרות רק ע"ד שגופו ממון דליתא לדר"ש וכ' דלשון זה המנופר בתלמוד על דרכים רבים דהא דאמרין ג' שבועות הן ואמר שמואל לחיוב משום דדהגל"מ כממון דמי התם לענין ק"ש איתמר ודמי כמאן דאמר פפירה שאפשר לבא לידי ממון הוי ולא פפירת דברים בעלמא הויא תדע דהא רבא מספק' ליה לענין גזל חמץ ועבר עליו הפסח ונשבע לו ואמרין דפשיטא ליה לרבה ולא פשטוה מפלוגתא דר"ש ורבנן אלמ' דאפילו לרבנן דפטריו ליה מממוןא לענין שבועה אפשר דמסייבו ליה דלא פפירת דברים הוא ולא דמי לשבועת בטוי עכ"ד הרי דעמ' ע"ז וס"ל לחלק דאף דדהגל"מ לאו כממון דמי מ"מ לענין ק"ש כל דל"ד לשבועת בטוי לאו פפירת דברים הוא וי"ל דה"נ לענין הודא' הוי מודה במקצת והיינו פינון דכפירה והודאה הוא לענין חיוב ממון לא הוי פפירת דברים.

ועיין שם ברמב"ם (ה"י) דאם אמר לא גנבתי אבל אתה הפקדת אצלי או שכרתי לשונמרו או השאלתיהו לי והרי שורף לפניה קחהו ונשבע על זה הרי זה פטור משבועת הפקדון שהרי הודה בקרן ולא פטר עצמו בכפירה זו מכלום.

ולכאורה הא עדיין נ"מ דכ"ז שלא תחזיר לו השור קאי ברשות הגנב ואם מת חייב לשלם וכשאומר שפא לידו בפקדון פוטר עצמו אם מת עכשיו ואף באומר שפא לידו בשאלה מ"מ כשאומר הרי שורף לפניה קחהו פוטר עצמו מאונסין ועיין רמב"ן מ"ד ב"ק פ' דו"ה דכ' בגזל אעפ"י שרוצה ליתן לו אינו קדוש פינון שבתורת גזל הוא אצלו וה"נ אף שאמר קחנו מ"מ כ"ז שלא לקחהו הוא אינו ברשותו של הבעלים ואינו יכול להקדישו ממילא חייב באונסין ואם פן אף שאומר שבתורת שאלה בא לידו הוי פפירת ממון אם ימות קודם שיקחנו ונראה מזה דהרמב"ם סובר פדעת בעה"מ שם דאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה הדר הוי ליה כפקדון ויכולין הבעלים להקדישו ועיין קצוה"ח (סי' רי"א סק"ג) דרצה להוכיח שכן הוא דעת תוס' ב"מ (דף ו' ע"א) וקבר כ' במ"א דהיכא די"ל דבטעות בא לידו כמו שהוא שחושב כ"א שהוא הגביה תחילה כשהוד' אחר כך היינו דשם על לבו שהשני הגביהו קודם הוי ברשותו של חברו לכ"ע ואכ"מ בזה.

עיין בדברי משפט פאן בגזילה גם פן אף דלא הוי הילך וכמו שכ' נמי הנתיבות ואם אמר הילך פטור כמו בהלואה ועיין תוס' שבועות (דף ל"ז ע"ב) דהקשו לר"י דסובר ש"ד איך משפחת שבועת הפקדון.

ולמה שכ' דאף דעכשיו אין פאן כפיר' ממון מ"מ דהיכא דכופר שאם ימות יתחייב י"ל דלא הוי ש"ק עדיין אולם אם נאמר כשנתקיים התנאי חל החיוב למפרע יש פאן שעבוד נכסים אתי שפיר.

אף מ"מ יש לומר למה שכ' הרמב"ם שם (הי"א) שאם אמר לו אתה מכרת לי ועדיין לא נתתי דמים אם תרצה קח דמים או הרי שלח לפניה פטור משבועת הפקדון דלא פטר עצמו מכלום משמע דאם כופר על גוף הדבר שמכר לו בקנין המועיל ורוצה ליתן אף הדמים הוי נמי פפירת ממון אם פן שפיר משפחת להו שבועת הפקדון בכה"ג דליכא

שום נ"מ בפשעבוד פלל רק על גוף הדבר ועינין קצוה"ח (סי' ע"ג) וכבר פתבתי בזה בהגהותי לדברי חיים ספרו של אאמ"ו ז"ל דיני טו"נ (סי' א') וליישוב בזה גם כן קושית תוס' דכיצד משפחת מה"ת שבועת מוב"מ אם ש"ד עיי"ש: סי' כח עד המסייע אף להסוברים דפוטר משבועה מק"ו דמהר"מ מרויטבורג דכח המוןזק מרובה מפת המוציא העלה הש"ה (סי' פ"ז ס"ק ט"ז) דאעפ"כ היכא דהוי מתשאי"ל דחייב לשלם אין עד א' פוטר אותו ולמד פן מדברי רא"ש ריש ב"מ דכ' ויש מקשין הכל מהא דשומר שסר לשומר דחייב דא"ל את מהימן לי בשבועה יפטרנו שומר השני משבועתו שהוא חייב וכו' ולא קשה דחייבו דהראשון הוא משום דאינו יכול לישבע ונתחייב לו ממון ואין עד א' פוטר ממון.

ובקצו"ח כ' לדון ג"כ מק"ו מדמהני ע"א שפא על שבועה וכשאי"ל חייב לשלם פן פוטר ובשומ' החיוב הוא מטעם דהוי כא"י אם פרעתיך ואף מאן דלית ליה מתשאי"ל"מ כמו רב ושמואל ואפ"ה רב סובר פ' המפקיד דשומר שמס' לשומר חייב מ"מ פיון דהוי פשיעה לענין זה הוי כאיני יודע אם פרעתיך בזה אף דיש לו עד המסייע אינו פוטר מן ממון.

ודבריו תמוהין הא רב סובר שומר שסר לשומר פטור. ולרב הא דקתני במתניתין בשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ישוב השוכר הא פיון דסובר דיכול לומר אוקי גברא בחריקאי ופטור הראשון אף בלית ליה להשני לשלם להסוברים פן עיי"ש בש"מ אם פן הוי פטענ' החזרתי ולמה צריף פלל לישבע ואולי זה פנונת הש"ס שם ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית ולמה צריף לזה הא השבועה הוא כמו כל שבועת השומרין אולם לרב באמת השבועה הוא רק מדרבנן להפיס דעתו בשביל שהשוכר מרויח ואכ"מ בזה: גם יש להוכיח דאין הפנונה מטעם איני יודע אם פרעתיך רק מטעם מתשאי"ל"מ דהא עיקר קושית ה"ש מקשין הוא על שו"ש שסר לשו"ח כמו שביארו המפרשים והוא בש"ס דברי רבא ורבא סובר ב"ב (נף קל"ה) דברי מפי אחר הוי ברי אף להוציא מכ"ש להחזיק אם פן לרבא מהראוי לומר בא"י אם פרעתיך מהני ברי מפי אחר א"ו הטעם הוא לחייבו מטעם מתשאי"ל"מ: ברם יש לומר הא דאמר רבא דחייב בשומר שסר לשומר מטע' את מהימנת לאו דחייב מטעם מתשאי"ל"מ רק בשומר זה הוא חיובו שידע מה נעשה באבידת החפץ אם באונס אם בגניבה או בפשיעה כל חד וחד לפ' דינו ואם אינו יודע כיצד נאבד אם בדבר שפטור בו או בסופות שחייב בו חייב לשלם התמורה וכו' שאינו מקביר ששומר פראוי מחויב מטע' שומר ולא מטעם מתשאי"ל"מ רק זה הוי פפשיעה כמו כל לא ידענו פשיעותא הואיל דלא ידע מה נעשה בהחפץ חייב לשלם ועינין ריטב"א ב"מ סוגיא דשאלה ושכירה שכ' משם הראב"ד פועין זה אם פן אינו ראיה מדברי הרא"ש דבכל מתשאי"ל דחייב לשלם דאין עד א' פוטר.

וע' רמב"ן מובא בש"מ ב"מ על מתניתין דהשוכר פרה דהיכא דלא הוי השוכר בשעה שמתה שישבע השוכר שאינו יודע אם מתה פזרפה או נגנבה ויפטר דהוי ליה כאיני יודע אם הלותני דפטור אבל הראב"ד סובר דהו"ל כאיני יודע אם פרעתיך שהוא חייב וקשה הא הרמב"ן במ"ד ריש ב"מ כ' דשומר שסר לשומר דחייב הוא מטעם דהוי מתשאי"ל"מ.

גם קא נשם על פֿרֿתֿךָ דֿסוֹבֿר הֿרֿמֿב"ן דֿהוּי פֿאינו יודע אם הלוי־תני הוא דאינו חייב רק פֿשֿידענו בְּבִירוֹר שְׂבֵא הָאֲנָס מִחֻמַּת הַפְּשִׁיעָה וְהִיא דְלֹא יָדַעְנוּ אִם בָּא מִחֻמַּת הַפְּשִׁיעָה אֲמַרִינוּ דְלֹא נִשְׁתַּעֲבַד הַנְּכָסִים וְדְלֹא כְמוֹ שֶׁכ' הַנ"י ר"פ הַגּוֹזֵל וּמֵאֲכִיל בְּשׂוֹאֵל חֲמוֹר לִרְפוּב וְעֵינֵי קִצוּה"ח (סי' ש"מ) שֶׁהִבִּיא מִשֵּׁם הֿרֿמֿב"ן בִּש"מ פְּתוּבוֹת (דף ל"ד) דְחִיב מִשְׁעַת הַתְּחִלַּת הַפְּשִׁיעָה הֵינּוּ שֶׁ דְבֵא הָאֲנָס מִחֻמַּת שְׁפִשְׁעָה הָאֵב וְלֹא צִוָּה לְבָנוּ אִז מִתְחִיל הַשְּׁעָבוֹד אֲבָל פֿשִׁישׁ סִפֵּק בְּזֶה הוּי פֿאיני יודע אם נִתְחַיֵּבְתִּי וּמִתְשִׂאִיל"ם ל"א בְּזֶה וְכֵן מְבֹאֵר בִּנ"י שֶׁם וְהַדָּבָר צָרִיךְ טַעַם לָמָּה לֹא וּבִקְצוּה"ח שֶׁם כ' דֵּה־רִמ"ה סוֹבֵר דְעֵיקָר שְׁבוּעַת הַשׁוֹמְרִין הוּא דְאינו בְּרִשׁוּתוֹ וְנִידוֹן דִּידִיָּה הוּא דֵּה־פֿרָה הוּא לְפָנֵינוּ וְלֹא מִשְׁמַע כֵּן בִּנ"י שֶׁם וְכֵן בִּש"מ פ' הַמִּפְקִיד הַנּוֹ' לֹא אֵינִי בְּהוּא בְּעֵינֵי דָאָם כֵּן אִמְרֵי קְתָנֵי יִשְׁבַע: וַיֵּשׁ לֹמֵר טַעַם נִכּוֹן אִם עֵיקָר שְׁבוּעָה הוּא שְׁלֵא פִשְׁעָתִי אוֹ שְׁלֵא שְׁלַחְתִּי בּוֹ יָד לָמָּה שֶׁכ' הֿר"ן פ' כָּל הַנִּשְׁבָּעִין דְּכָל מָה שֶׁרָמִי רַחֲמָנָא שְׁבוּעָה עַל הַשׁוֹמֵר הוּא מִשׁוּם דְעַל יָדֵי כֵן רָמִי אֲנִפְשִׁיָּה לְמַדְכָּר וְיָדַעְנוּ שְׁטוּעֵן בְּבָרִי וְאינו פֿשָׁאָר שְׁבוּעוֹת הַתּוֹרָה דְחֻשְׁדִּינוּ לְמִשְׁקָר וְהַשְּׁבוּעָה הוּא לְבָרֵר הָאֲמַת וְשְׁבוּעַת שׁוֹמְרֵי הוּא אִם הֵינּוּ יוֹדְעִים דְטַעֲנָתוֹ הוּא טַעֲנַת בְּרִי הִנֵּה פִטוֹר כֵּינֵן דְבַעַה"ב טוּעֵן שְׂמָא רַק לֹא יָדַעְנוּ אוֹלֵי הוּא בְּדָדְמֵי שְׁלֵא פִשְׁעָה וְשִׁמְרָא בְּרִאוי וּבְאֲמַת אֵינוּ כֵן וְעַל יָדֵי הַשְּׁבוּעָה נִתְבָּרַר דְטַעֲנָתוֹ הוּא טַעֲנַת בְּרִי וְלֹא בְּדָדְמֵי [וְמָה"ט דְנִתִּי בְּדָבָר שְׁנִשְׂאֵלְתִי זֶה זְמַן רַב שְׁנַחֲלִקוּ מִחֻמַּת יְרוּשָׁלַם ב"ד שֶׁל אֲשַׁכְּנִיזִים הִי"ו אִם בְּטָרָם שִׁישְׁבַע הַשׁוֹמֵר שְׁבוּעַת הַשׁוֹמְרִים בְּעֵי קַבְלַת חָרָם מִהַבְּעָלִים שְׁחֻשְׁדוֹ אוֹתוֹ אִם דּוּמָה לְשְׁבוּעַת הַשְּׁנוֹתֵפִים וְאֲמַרְתִּי דְשֵׁם אִף דְמִטַּעַם דְמוֹרֵי הַתִּירָא חִיבָהוּ חו"ל שְׁבוּעָה אִף בְּטַעֲנֵי שְׂמָא עכ"פ צָרִיךְ לְדַעַת שֶׁהוּא חֲשׂוֹד עַל זֶה בְּעֵינֵינוּ בְּאֲמַת לְכָף צָרִיךְ לְקַבֵּל בְּחָרָם אֲבָל בְּשְׁבוּעַת שׁוֹמְרֵי הו' תּוֹבַע מָה שֶׁהַפְּקִיד אֲצָלוֹ וְאִם אוֹמֵר שְׁנִשְׂאֵבֵד הַב"ד מְטִילִין עָלָיו שְׁבוּעָה דֵּה־תּוֹרָה חֻשְׁשָׁה לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה כְּדֵי שִׁישִׁים עַל לְבוֹ וְיָדַע שְׁשִׁמְרָא פֿרִאוי אִם כֵּן אֵינוּ חִיבֵי בַקב"ח דָּאָף אִם אֵינוּ אֲצָלוֹ בְּחֻשְׁשׁ הִנֵּה לְחֻשְׁדוֹ אוֹתוֹ לְמִשְׁקָר מ"מ קֵא גַם הַתּוֹרָה לֹא חֻשְׁדוֹ לְמִשְׁקָר רַק רָמִי עָלָיו שְׁבוּעָה דְבִלָּא זֶה חוֹשֵׁב שְׁשִׁמְרָא פֿרִאוי וְעַל יָדֵי חִיבּוֹ שְׁבוּעָה מִשִׁים עַל לְבוֹ לְדַעַת הַבִּירוֹר שְׁשִׁמְרָא פֿרִאוי.

וְעֵינֵי נְתִיבוֹת (ס"ק י"א) דְבִנְפָרַע מִנְכָּסֵי יְתוּמִים דְצָרִיךְ שְׁבוּעָה אֵין הֵיְתוּמִים צָרִיכִין לֹמֵר דְחֻשְׁדוֹ לִי בְּכָף וְכֵן בְּשָׂאָר שְׁבוּעָה הַבָּא עַל הַסִּפֵּק רַק דּוּקָא בְּשׁוֹתֵפִין דְאינו יְכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ כ"א שִׁישׁ לוֹ הוֹכְחָה דְחוֹשְׁדוֹ יְכוֹל לֹמֵר כָּף וּמכ"ש בְּשְׁבוּעַת הַשׁוֹמְרִין דֵּה־תּוֹרָה הַטִּילָה עָלָיו הַשְּׁבוּעָה וְלָמָּה שֶׁכ' הֿר"ן הוּא כְּדֵי שְׁלֵא יִאֲמַר בְּדָדְמֵי] וּלְפִי זֶה שְׁפִיר בְּכָל שְׁבוּעוֹת הַתּוֹרָה כֵּינֵן דָּאָם הִנֵּה טוּעֵן בְּרִי הִנֵּה חִיבֵי שְׁבוּעָה לְבָרֵר הַסִּפֵּק וּכְשִׁטוּעֵן שְׂמָא הוּי פֿאלוֹ אֵינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַע וְנִחְתִּינוּ לְנְכָסֵינוּ כְּמוֹ שֶׁכ' בִּש"מ סוֹגֵיָא דְשָׂאֵלָה וּשְׁכִירָה דְמָה"ט אֲמַרִינוּ מִתְשִׂאִיל"ם וְע' מָה שְׁפִתְבָּתִי בְּזֶה בְּדָבָרֵי חַיִּים דֵּינֵי טו"נ (סי' ל"ה) דְזֶה הוּא הַטַּעַם דְלֹא אֲמַרִינוּ בְּשְׁבוּעָה דְרַבָּנָן מִתְשִׂאִיל"ם עֵינֵי נִשְׁמֵי הַדֵּינִים שְׁיִוצָא עוֹד מִזֶּה.

מָה שְׂאִין כֵּן בְּשְׁבוּעַת שׁוֹמְרֵי דְעֵיקָר הַשְּׁבוּעָה הוּא לְבָרֵר שְׁטַעֲנָתוֹ הוּא בְּבָרִי וְאינו מְדָמָה בְּדַעַתוֹ וְדְמִינוֹ כּוֹזֵב לוֹ אֲבָל פֿשְׁטוּעֵן אֵינִי יוֹדַע לִיכָּא עָלָיו חִיבּוֹ שְׁבוּעָה כֵּינֵן דְלְמִשְׁקָר ל"ח וְאִף אִם הִנֵּה טוּעֵן בְּרִי הִנֵּה פִטוֹר רַק הִנֵּה חִיבֵי לְבָרֵר שְׁטוּעֵן בְּרִי אֲבָל אִם הֵינּוּ יוֹדְעִים בְּבִירוֹר דְטַעֲנָתוֹ הוּא בְּבָרִי וְלֹא בְּדָדְמֵי הִנֵּה פִטוֹר מְמִילָא בִּא"י לִיכָּא עָלָיו חִיבּוֹ שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה וּל"ה מִתְשִׂאִיל"ם כֵּינֵן דְבְּזֶה לִיכָּא עָלָיו חִיבּוֹ שְׁבוּעָה דָּאָף אִם הִנֵּה טוּעֵן בְּרִי הִנֵּה פִטוֹר רַק דְהִנֵּה חִיבֵי לְבָרֵר בְּשְׁבוּעָה שְׁטַעֲנָתוֹ הוּא בְּבָרִי וְלֹא בְּדָדְמֵי וּכְשִׁטוּעֵן

איני יודע ליפא עליו חיוב שבוועה ופטור ועיין ש"ע (סי' ש"מ ס"ג) ונ"ש"ף שם ויש בזה אריכת דברים בדיני שומרים א"ה: והנה המר"מ ז"ל למד דעד א' פוטר משבוועה מדדךשינו לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אכל קם הוא לשבוועה מידי לחייב שבוועה פתיב הא לא אימעיט אלא דאינו קם לכל עון הא לענין שבוועה דלא מייעט קרא קם בין לחיוב בין לפטור ובש"מ ריש ב"מ הביא משם הרשב"ץ דמדחי זאת דהא דמייעט קרא ע"א לענין חיוב ממון מייעטיה דאלו לענין פטור לא הוי צריף קרא דאם נתחייב ממון ע"פ או על פי עדים מי איפא למימר שיפטר על פי עד א' דליצטרף קרא למעוטיה ולענין חיוב ממון איצטרף למעוטי עד א' וכההוא דדךשינו אכל קם הוא לשבוועה אכל שיפטור משבוועה אין לנו.

ולא אבין זאת הא לענין חיוב ממון גם פן לא איצטרף דכבר פתיב על פי שנים עדים יקום דבר וקרא דלא יקום איצטרף ללאו שלא לדון על פי ע"ד פמו שכ' הסמ"ג וגם דיוק' לכל עון הוא דאינו קם אכל קם לדבר אחר ומי פתיב דוקא לחייבו שבוועה דנאמר שלא יכול לפטור ואולי פנונתו דהיכא דחייבו התורה שבוועה לבקר הספק פדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם היינו או שישלם או שישבע שיתברר הספק בזה אמרינו לדיוקא דע"א אינו מחייבו ממון וגם אינו פוטר במקום דהוי חיוב ברור אכל עושה ספק לבקר בשבוועה וקם לחייבו שבוועה מספק לבקר האמת שישבע אכל היכא דחייב שבוועה מה"ת דרמ"א עליו לבקר הספק בשבוועה בזה לא דייקינו לפטור על ידי עד א' פינון דשבוועה הוא במקום תשלומין לבקר הדבר לא מקבלינו לבקר הספק על ידי ע"א: עוד כ' שם לדחות הק"ו של מהר"מ ז"ל דכיון דכחו מרובה לזקק את המוחזק לישב' פשמסייע לפוחז' אין דין שיפטורנו משבוועה וכו' להשיב על זה דלחייבו שבוועה דין הוא שייחייבו עד א' דמה דפטור קודם שיעיד עד א' אינו אלא מפני שאין מי שייחייבנו דרחמנא לא שדי עליה שבוועה בכדי אכל בפטור שבוועה שנתחייב כבר מפני הדין זה א"א אלא נדאי אעפ"י שפחו של עד יפה לחייבו שבוועה שמה שהיה פטור אינו אלא ממילא אפ"ה אינו דין שיהא פחו יפה לפטור שבוועה שהטילה התורה וחייבה אותו עכ"ל והפנונה פמו שכ' דעל ידי עדות עד א' אף דלא קם לחייבו ממון מ"מ עושה ספק לבקר הדבר על ידי שבוועה אכל לבקר במקום שחייבו התורה לבקר בשבוועה אינו יכול.

אולם המר"ם סובר דשבוועה לבקר הוא במקום ממון דהא אם אינו רוצה לישבע נחתינו לנכסיו הרי דעד א' מחייבו ושוב פח המוחזק מרובה להטיל עכ"פ ספק על חיובו ופטור מספקא. דהא פח המוחזק מרובה ואעפ"כ אמרה התורה שישבע במקום תשלומין ועיין ש"מ פתובות (דף פ"ה) בלשון הר"י מטראני דשבוועה במקום תשלומין עומדת עד שישבע ופטור וכשהוא חשוד בעיניו ולא היה מניח להשבע הוי ליה מחויב שבוועה נא"ל דמשלם עיין שם הרי דכ"ז שאינו מברר חייב ממון ממילא ק"ו שפחו של עד א' יפה לפטור משבוועה דהוי כמבורר בזה: ועל הוכחת מהר"ם ז"ל דעד המסייע פוטר דאם לא פן איפא למיפריה הק"ו דרח"ק דעדים במקצת מחייבו שבוועה מפיו ועד א' דאינו בהכחשה פיוצא בו הקשה מרן הגר"ע ז"ל הא אף אם עד פוטר איפא למיפריה מה לפיו ועד א' שפן אינו בהנמה דאם מזימו עד א' אינו נאמן בהנמה לא הוי בעד א' והכחשה לא הוי פינון דאינו מעיד להכחיש המעשה אם פן כל מקום שהאמינה התורה עד א' הרי הוא כב' ואחיו הגאון ז"ל מתרץ לו די"ל דעד א' המזים נאמן במגו דהכחשה והשיב לו מרן

ז"ל פינון דעגנן הזמה לסייע ללנה לפנטרו ואינו נעשה כב' ממילא א"נ במגו דהוי מגו להכחיש עד א' דנעשה כב'.

ולא אבין הא גם היום מכחישו וביותר שמעיד עליו לפסול אותו שהעיד בשקר ולמה לא יהיה נאמן במגו. ברם י"ל דא"נ במגו למה שכ' במ"א דלכך ל"א בעד א' הבאלחתיבו בממון דלא יחייבו שבועה גם כן מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משום דכך גזרה התורה לעגנן חייב שבועה ולעגנן ממון אין בכח עד א' לחייבו עד שיצטרף עמו עוד אחר ולא נתבטל פח עדותו בכח עד א' גם לעגנן ממון אם יצטרף עמו עוד עד א'.

ולפי זה עדיין יש למיפדף היכא דעד המזים מעיד שלא הי' עמו עוד אחר רק המלנה בזה אף אם יבא עוד א' שרא' מרחוק המלנה בלא הלנה לא יצטרף דהוי מיוחדת ובהזמה דהוי קנס פסול עדות מיוחדת ולא נוכל לעשות דין הזמה ממילא יתבטל שוב עדותו לגמרי אף לעגנן לפסול אותו מטעם עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה.

ובעדי' ישנו בהזמה כ"ב. אולם למה שכ' התומים (סי' פ"ז) בבניאר דברי מהר"ם ז"ל דכוננתו על גלגול שבועה דלא שייך מתוה שאינו בהכחשה כ"ב היינו אם יבא עד א' ויכחיש העיקר שבועה והגלגול לא יהיה נאמן דעיקר הק"ו הוא מפיו וגלגול דעד א' אם כן מה נפרד דאינו בהזמה כ"ב הא על גלגול לא שייך הזמה כלל דעל זה לא העיד העד רק על העיקר ואיך נעשה פירכא מה לעד א' דאינו בהזמה ולכך גורר שבועה הא על גלגול מהני עד א' לפנטרו כמבואר בתשו' הר"י באסאן ז"ל מובא בש"מ (ס' צ"ד) דמהני דמהני עד המסייע לפטור אף מגלגול לבד.

ובעיקר הקושיא י"ל ודאי הפירכא של מהר"ם ז"ל הוא אלמא יהי' בכח עד המסייע לפטור חזינו דכח המסייע גדול ועד כיו"ב אינו יכול להכחיש מה שאין כן בב' עדים פחם גרע דמכחישין כיו"ב מה שאין כן אם פוטר רק לעשות פירכא מהזמה דכ"ב אינו יכול להזים היינו פינון דמעיד עליו אחר שלא מעגנן עדותו רק שהעיד שקר וע"ז עד א' א"נ: והיכא דאיתא תרי ותרי והיה חייב ש"ד כתבו האחרוני' שדעת הש"ך דאמרינן סלק וסתיב ש"ד ועיין בתומים וקצוה"ח משם אחיו ז"ל.

ולכאורה יש להעיר להסוברים (סי' ל"ד) דהיכא דהוי הכחשה תרי נגד תרי למיפסל גברי דנפסל מס' והוא שיטת הרי"ף וכיצד נוכל להשביעו ולפסלו אחר כך דאף מקום בחשש שפא יפסלנו אחר כך לא משבעינו ליה כמבואר (סי' ע"ב וע"ה) וכן (סי' זה סל"ג) וכן העיר בזה גם ש"ב וגיסי הרב מ' צבי הירש נ"י.

וראיתי בתשובת הרב ר' ברוך אנגל ז"ל (סי' י"ד) שכתב להסתפק בתרי נגד תרי דאוקי ממוןא בחזקתו אם יאמר התובע להנתבע שישבע אם משביעין אותו למה שכ' המ"מ גבי הוחזק פפרן דאין מקבלין שבועתו נגד שני עדים וי"ל דבתרי נגד תרי דאיכא עדים דמסייעי לזה ולזה אפשר דמשביעין ליה או י"ל פינון דיש עדים דמכחשי ליה ומסייעי ליה אם נשבע באמת הוא שבוע' שוא ואם לשקר נעשה חשוד.

ואבין דבריו מה שבועת שוא שייך בזה דכיון דיש תו"ת נשאר הדבר בספק חייב לברר בשבועתו אולם להסוברים דנפסל אחר כך לעדות יקשה כיצד משביעין אותו. שוב כ' הספר הנז' לראיה מהא דקיי"ל (סי' ל"א) בב' פיתות עדים המכחישין זה את זה דכל פת

בפני עצמן מעידין ואם יש ב' לוין ומלנה אחד וב' שטרות דישבע כל אחד וא' היסת וברי יש פאן עדים פשרים ובכ"ז נשבעין ואף בתו"ת י"ל פן ויקשה על המ"מ שכתב שאין מקבלין שבועה נגד ב' עדים וכ' לחלק דשם דכל א' מהפחות אינן יודעין פלום מההלנאה אחרת ומש"ה מקבלין שבועת כל א' מה שאין פן בנגידון דהמ"מ דליכא אלא ב' עדים פשרים ובספק הנז' העלה דאין משביעין פיון דיגש ב' עדים המסייעין הוי ש"ש ולא דלא תשא הוא חמור ואינו ראוי להשביע ללא צורך.

וכבר כתבתי דאין זה שבועת שוין רק דצ"ע פיצד משביעין פיון דיפסלנו אחר פה. ועוד כ' הספר הנז' דיכול לומר קים לי דהני תרי אומרים האמת ואינו חייב שבועה.

וגם זה אינו פיון דלדין הוא ספק ולא ידענו עם איזה פת האמת מה מועיל קים לי לפוטרו משבועה ולכה דעת הש"ה והאחרונים דאמרינן גם בתו"ת סלק וחיוב שבועה ועיין נתיבות. אף דא עקתא פיצד משביעין אותו פיון דבהכרח יהיה נפסל אחר פה לעדות ולשבועה מספק.

ועיין במל"מ (פ"ז) מטו"נ שכתב שם על דברי המ"מ הנז' לחלק בין ליטול דאין מקבלין שבועתו נגד העדים ולפטור מקבלין שבועתו נגד העדים וכבר כ' הקצוה"ח (סי' ע"א) שלא ידע ההפך בין ליטול או לפטור ועיין מה שכתבתי בזה לעיל (סי' ט"ז) ובדיני עדות (סי' י"ט) הבאתי ד' הרמ"ה ב"ב שכ' דאין מניחין לישבע נגד ב' עדים ואם פן למה בתרי ותרי מניחין לישבע הא לשיטת הרי"ף יהיה נפסל אחר פה וכן בה"ה (דסי' ל"א) בב' לוין ומלנה אחד דמשביעין אותן היסת אף דאחר פה יהיו נפסלין: אף פבר כתבתי לעיל בדיני עדות (סי' ז') דמדברי הש"ג דסובר דאף לדין דמוציאין ממון ע"י צירוף דאחד מעיד על מנה שהלנה בניסן ואחד מעיד בתשרי אם המלנה תובע שניהם ואומר דאינו רוצה בצירופן של השני עדים רק שישבע להכחיש לכל עד בפ"ע על עדותו חייב הנתבע לישבע הרי דלא איכפת לן בזה שיפסלוהו אחר פה ושם הבאתי דברי הרב המאירי שבש"מ סנהדרין שבסוף ס' חמרא וחי מבעל כנה"ג שכ' בשלשה עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול דנתבטל העדות מ"מ משביעין אותו היסת וכתב ושפא תאמר היכן מצינו שבועה להכחיש שני עדים פשרים טעם הדבר מפני שהעדים פמי שאינן ואם הוא מתירא שפא יפסלוהו ויחזיקהו פנשבע לשקר יוציא שטר מן הב"ד שפך הנה מעש' ואין עדים אלו נאמנים לפסלו פלל ועיין שם מה שכ' בזה אם פן בנד"ד נמי בתו"ת פיון דלא נתקבל עדותן מספק לחייבו ממון שוב אין אנו דנין על ידי עדותן של אלו אחר פה לפסלו מספק וכן נמי בה"ה דינא דשני לוין ומלנה א' פיון דלא נתקבל עדותן הואיל דחד דמהנה שני פיתות פסולה פת אחת שפיר נוכל להשביעין ושוב אין אנו מקבלין עדותן אחר פה לפסול אותו.

וביותר י"ל פאן לאבני דסובר מגו דחשוד אממון חשוד על שבועה רק דחיישינן למלנה ישנה וכבר כתבו הראשונים להקשות אם פן כל כופר בפקדון וגזלן יהיה פשר ונאמר דהיה בשביל מלנה ותימצו דאין ספק מוצי' מידי נדאי פיון שפסולו הוא נדאי עליו להביא ראיה דמשום מלנה ישנה פפר.

וא"כ היכא דהו ותרי אף לדעת הרי"ף דבתרי נגד תרי מקפסל גברא מ"מ אינו מקפסל רק מספק ותלינן במלנה ישנה אולם לפי זה נ"מ היכא דמחל לו פל מלנה ישנה דנתן לו

פְּטוּרִים עַד הַיּוֹם בְּאֹפֶן דְּלִיכָא סְפֵק עַל מַלְוָה יִשְׁנָה לֹא הָיוּ מְנִיחִין לוֹ לִישְׁבַע וְעֵינָיו קְצוּה"ח (סי' צ"ב ס"ק ג') אוֹלָם לְהַמְבֹאֵר מְדַבְּרֵי הַמְּאִירֵי הַנּוֹ' לְעוֹלָם מִשְׁבִּיעֵין אוֹתוֹ.

וְעֵינָיו תְּשׁוּבָה הַמִּיּוֹחֶסֶת לְרַמְבַּ"ן (סי' ק"ט) פִּינּוּ דְנִשְׁבַע הַתּוֹרָה הָאֲמִינָתוֹ וּפְטָרוֹ וְשׁוּב לֹא יִנְפָסֵל עַל פִּי ב' עֵדִים עֵינָיו שֶׁם בְּדַבְּרָיו וּמִשָּׁם נִגְדוֹן לְכָאן וּכ"ע מוֹדוֹ בְּזָה: סִי' כֹּט אִם כָּפַר הִפְלֵ וְנִשְׁבַע הִיִּסֵּת וְאַחַר כֵּן בָּא עַד אֶחָד לְחִיבּוֹ חוֹזֵר וְנִשְׁבַע בְּנִקִּיטַת חֶפְץ ש"ד כְּמִבְּנֹאֵר בִּש"ע (סי' פ"ז סמ"ד) וְכֵן בְּנִשְׁבַע בְּלֹא נִקִּיטַת חֶפְץ חוֹזֵר וְנִשְׁבַע וְכֵן בִּת"כ לֹא נִפְטָר מִשְׁבֻּעָה וּבִתּוֹמִים הַקֶּשֶׁה עַל עַל זֶה הָא הַש"ס מְקַשֶּׁה נִימָא מְגוֹ דְחִשׁוּד אֲמָמוֹנָא חִשׁוּד אֲשֻׁבְעָתָה וְקָאֵמֵר אַבְיֵי שְׁמָא מַלְוָה יִשְׁנָה יֵשׁ לוֹ עָלָיו וּפְרָשֵׁי אֵינְשֵׁי מְסַפֵּק שְׁבֻעָה וְלֹא פְרָשֵׁי מִס' מְמוֹנָא וּא"כ כָּאן הָא כָּבֵר נִשְׁבַע שְׁבֻעָה קֵלָה וְלֹא פִּירֵשׁ מְסַפֵּק וְדָאֵי דְחִשׁוּד אֲשֻׁבְעָה חֲמוּרָה וְאַמָּאֵי חוֹזֵר וְנִשְׁבַע וּבְנִתִּיבוֹת מְתַרְץ לְמַה שֶׁכ' תּוֹס' ב"ק (דף ק"ח) דְּהַחִשׁוּד עַל הַשְּׁבֻעָה לֹא מִיִּפְסָל מִן הַתּוֹרָה רַק מְדַרְבְּנָן וְהֵינּוּ מִן הַתּוֹרָה לֹא מִחֻזְקִינָן לְמִי שֶׁיַּעֲבֹר עַל עֲבִירָה פ"א שֶׁיַּעֲבֹר תְּמִיד וְהָא דְאֲמַרְיָנָן אַף מִן הַתּוֹרָה מְגוֹ דְחִשׁוֹ אֲמָמוֹנָא חִשׁוּד אֲשֻׁבְעָה הֵינּוּ דָאֵם נְחִשׁוּד אוֹתוֹ דְרוּצָה לְגִזּוּל עֲכָשְׁיוֹ יִשְׁבַע גַּם כֵּן לְשִׁקָּר רַק מְדַרְבְּנָן אֶסְרוּ עַד שֶׁיִּקְבֹּל תְּשׁוּבָה וְכֵן בִּיָּאֵר בְּקְצוּה"ח (סי' צ"ב) דְּבַרֵי תּוֹס' וְאִם כֵּן פִּינּוּ דְחִיבֵי שְׁבֻעָה חֲמוּרָה וְנִשְׁבַע שְׁבֻעָה קֵלָה דְהוּי כֵּלָּא נִשְׁבַע כֵּלָּל צְרִיף לְחֻזֵר וְלִישְׁבַע וְלֹא שִׁיף לומר מְגוֹ דְחִשׁוּד אֲשֻׁבְעָה קֵלָה דְהָא לֹא מִחֻזְקִינָן לְחִשׁוּד עֲכָשְׁיוֹ מִחֲמַת עֲבִירָה שֶׁעֲבַר כָּבֵר וּמְדַרְבְּנָן לֹא שִׁיף לְמִיִּפְסָלֵיהּ פִּינּוּ דְאֵינוּ מְבֹרָר שֶׁהוּא חִשׁוּד וְכִינּוּ דְרַחֲמָנָא לֹא הִימְנִיָּה אֲשֻׁבְעָה קֵלָה רַק אֲשֻׁבְעָה חֲמוּרָה דְחִשְׁדִּי רַחֲמָנָא לְעֵבֹר עַל קֵלָה וְלֹא עַל ש"ח מַה"ת נִקְלָקֵל שְׁבֻעַת הַתּוֹרָה כִּשְׂא"י לְדוֹן שֶׁהוּא חִשׁוּד עֵינָיו שֶׁם עוֹד בְּדַבְּרָיו וְאֵנִי שֶׁמַּעֲתִי וְלֹא אֲבִין אֵטוּ שֶׁיִּשְׁבַע בְּנִקִּיטַת חֶפְץ שֶׁה"ת הוּא מַה"ת דְחִשְׁדוֹ שֶׁיַּעֲבֹר עַל שְׁבֻעָה קֵלָה וְלֹא עַל חֲמוּרָה זֶה אֵינוּ דְמִן הַתּוֹרָה כֹּל שְׁבֻעוֹת הֵן חֲמוּרִין רַק הָא דְשְׁבֻעַת הַתּוֹרָה בְּעֵינָיו בְּנִקִּיטַת חֶפְץ הוּא מְדַרְבְּנָן לְאֵיִם עָלָיו כְּמִבְּנֹאֵר מְדַבְּרֵי הָאֲשֵׁרִי ר"פ שְׁבֻעַת הַדִּיּוּגִין אֲבָל לְעֵנָן חִשׁוּד אֵין כָּאן נ"מ דְּבָכֵל אֹפֶן שְׁבֻעָה שֶׁעֲבַר וְנִשְׁבַע לְשִׁקָּר מִיִּפְסָל וְאִם כֵּן פִּינּוּ דַּעֲכ"פ מְדַרְבְּנָן אִם עֲבַר פַּעַם א' וְנִשְׁבַע לְשִׁקָּר שְׁבֻעָה קֵלָה בְּלֹא נִק"ח מִיִּפְסָל וּמַה יוֹסִיף פֶּחַ לְהַשְׁבִּיעוֹ בִּנְק"ח וּמַה"ת כָּבֵר מִיִּפְטָר בְּמַה שֶׁנִּשְׁבַּע אַף בְּלֹא נִק"ח וְאֵי פִינּוּ דְלֹא נֹכַח לומר שֶׁכִּנְגְדוֹ יִשְׁבַע וְיִטוּל חִשׁוֹ כְּדֵי לְקַיֵּם תְּקִנַּת חו"ל לִישְׁבַע ש"ד בִּנְק"ח זֶה אֵינוּ דְהָא מ"מ מִמְנ"פ יִתְבַּטֵּל הַדְּרַבְּנָן שְׁאֲמָרוּ דְנִעְשָׂה חִשׁוּד בְּשִׁבְלֵי שֶׁעֲבַר פַּעַם אֶחָד וְלֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן עוֹד בְּשְׁבֻעָה עַד שֶׁיִּחְזוֹר בְּתְשׁוּבָה: וְלִישְׁבַע קוֹשֵׁי הַתּוֹמִים יֵשׁ לומר לְהַמְבֹאֵר בְּתְשׁוּבָה הַמִּיּוֹחֶסֶת לְרַמְבַּ"ן (סי' ק"ט) הָא דְאֲמַרְיָנָן פְּרָשֵׁי אֵינְשֵׁי מִס' שְׁבֻעָה וְלֹא פְרָשֵׁי מְסַפֵּק מְמוֹנָא דַּעֲכ"פ יִשְׁבַע עַדִּין אֵינוּ חִשׁוּד בְּעֵינָיו עַדִּין עַל הַשְּׁבֻעָה כִּי שְׁמָא נִתְחַזַּק בְּדִמְיוֹנוֹ שֶׁיֵּשׁ לוֹ מַלְוָה יִשְׁנָה עַל זֶה וְנִשְׁבַע עַל אוֹתוֹ סְפֵק אֲבָל בְּעִלְמָא אֵינוּ חִשׁוּד עֵינָיו שֶׁם בְּדַבְּרָיו מְבֹרָר מְבֹרָר מְבֹרָר דְשְׁמָא נִתְחַזַּק בְּדִמְיוֹנוֹ שֶׁכֵּן הוּא וְלִכְךָ אַף אַחַר שֶׁנִּשְׁבַע לֹא מִיִּפְסָל ה"נ אֲמַרְיָנָן אַף דְכָבֵר נִשְׁבַע הַקֵּלָה לֹא פְסָלִינָן לִיהּ אַף אִם נִשְׁבַע בְּשִׁקָּר דְהוּי כְּאֲנוּס בְּשְׁבֻעָה פִּינּוּ דְאִזְ נִתְחַזַּק כֵּן בְּדִמְיוֹנוֹ וְאִם שׁוּב נִתְחַיֵּב שְׁבֻעָה חֲמוּרָה בִּנְק"ח לְאֵיִם עָלָיו מִשְׁבִּיעֵין אוֹתוֹ עוֹד הַפַּעַם דְאֹלֵי יִתְיַשֵּׁב בְּדַעְתּוֹ וְיִסִּיר מִמְּנוּ הַהִתְחַזְקוֹת בְּדִמְיוֹנוֹ וְיִפְרֹשׁ מִלִּישְׁבַע פִּינּוּ דְאֵי אִם כָּבֵר נִשְׁבַע אִם הִי מְשׁוּם דְנִתְחַזַּק בְּדִמְיוֹנוֹ שֶׁיֵּשׁ לוֹ עָלָיו מַלְוָה יִשְׁנָה הוּי כְּאֲנוּס בְּשְׁבֻעָה וְכֵן נִמִּי אִם כָּבֵר נִשְׁבַע שְׁבֻעָה קֵלָה וְנִתְחַיֵּב שְׁבֻעָה חֲמוּרָה בִּנְק"ח לֹא חֵיִשְׁיָנָן לְזֶה דָאֵם בְּשִׁקָּר נִשְׁבַע אִזְ כָּבֵר מִיִּפְסָל

ואם באמת נשבע למה צריך שישבע שנית דכיון דיוכל להיות דבשקרא נשבע ומ"מ לא מיפסל דאז נתחזק בדמיונו שיש לו עליו מלנה ישנה משביעין אותו שנית בתמורה בנק"ח דלמא משום האיום יתיישב יותר מבראשונה ונסיר מה שנתחזק בדמיונו ויפרוש משבועה ואף דרמב"ן כ' שם מטעם זה דהיכא דנשבע על שני הלואות להכחיש בכל פעם על הלואה אחת דלא מיפסל כיון שהתורה האמינתו ופטרותו עיין שם ודעת רבינו יקיר ז"ל אינו כן כמבואר (סי' ל"ד) דאף עד א' ובעל דין פוסלין אותו והיינו דס"ל כיון דיודעין בנדאי שבשקרא נשבע אין ספק מוציא מידי ודאי לתלות במלנה ישנה היינו כיון דיש שני עדים המעידים אבל בנגידון זה אף דינדענו שנשבע מ"מ כיון דלא הוי תמורה שנתחייב בה על ידי איום משביעין אותו דדלמא על ידי האיום יתיישב יותר בלבבו ויפרוש כנלע"ד בזה; ולמ"ש דכיון דנתחייב שבועה דאורייתא צריך שישבע עוד הפעם דאלו מה שנשבע מקודם היה טועה בדמיונו שיש לו מלנה ישנה נראה דאם אינו רוצה לישבע עוד הפעם אף שפכר נשבע בלא נקיטת חפץ מ"מ נחתיו לנכסיו דלכאורה למה שכי' הרא"ש דנקיטת חפץ הוא רק מדרבנן לאיני עליו אם אינו רוצה לישבע בנקיטת חפץ דלא נחתיו לנכסיו דברבנן לא נחתיו לנכסיו וכיון דרוצה לישבע מה שחייב מן התורה רק שאינו רוצה בנקיטת חפץ שהוסיפו חז"ל לא נחתיו לנכסיו אולם כנראה כיון דאין הב"ד מקבלין הש"ד בלא נקיטת חפץ הוי כמו דאינו רוצה לישבע עיקר השבועה ונחתיו לנכסיו דכיון דרמאי עליו בעיקר השבועה שיהיה בנקיטת חפץ הוי כמו העיקר ועיין בס' ש"מ (סי' פ"ז ס"ק י') אולם אם פכר נשבע פעם א' ולא היה אז החיוב דנקיטת חפץ ואחר כך בא עד אהד דלא הוסיף בשבועתו רק שישבע בנקיטת חפץ אם לא הוי רק כמו דרבנן ולא נחתיו לנכסיו וכן אם נעשה אחר השבועה חשוד מצד עבירה אחרת שעבר ואחר כך בא עד א' היה מקום לומר כיון דכבר נשבע בעוד של"ה חשוד ונפטר והעד בא רק להוסיף חומר בשבועה דאורייתא שיהי' בנקיטת חפץ אם כן לא אמרינו שפגדו ישבע ויטול כמו בשבוע' דרבנן דתקנתא לתקנתא לא עבדינו.

וכן ממילא אם אחר זמן שנשבע היסת פשבא העד אומר הנתבע שעכשיו אינו יודע לא הוי מתשאל"ם כיון דכבר נפטר בעצם השבועה שפכר נשבע אז שיודע שא"ח לו ורק שצריך להוסיף שישבע בנקיטת חפץ הוי כמו שבועה דרבנן דל"א מתשאל"ם.

ולמה שכי' הש"מ הא דבא"י הוי מתשאל"ם דהוי כמו שאינו רוצה לישבע דנחתיו לנכסיו ותליא זה בזה אם נחתיו לנכסיו פשאינו רוצה לישבע שנית בנקיטת חפץ. וה"נ כיון דכבר נשבע שיכחיש העד בעוד שהיה כשר יודע נפטר מעצם השבועה ורק התוספת שהוא בנקיטת חפץ חסר בזה לא הוי מתשאל"ם.

ולמה שכי' י"ל דלעולם לא נפטר מעיקר שבועה על ידי שבועה הראשונה דבכל עת נוכל לומר דלמא עכשיו ישים על לבו ויזכור שאין לו עליו מלנה ישנה וכיון דיש אינה נ"מ במה שישב' שנית דבעינן בנק"ח חל עליו שישבע שבועת התורה בנקיטת חפץ והוי בכל פעם חיוב חדש שאינו נפטר במה שנשבע בפעם ראשון ושוב פשאינו רוצה נחתיו לנכסיו וכשנעשה חשוד שפגדו נשבע ונוטל וכן פשוטען א"י הוי מתשאל"ם וצ"ע בדינים אלו: סי' ל' החייב לישבע וליפטור ואינו רוצה לישבע אם הוא מהנשבעין מדרבנן לא נחתיו לנכסיו רק מנדין לו ל' יום כמבואר בש"ע וכו' הסמ"ע (ס"ק כ"ב) בנשבע



ונוטל ותפס ואינו רוצה לישבע דאף לא משמתין ליה וראיתי בס' דו"ח למרן הגאון רע"א ו"ל פתובות (דף צ"ב) בהא דאמר רב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפו במלנה ובא בע"ח דראובן וטרף ופייסו בזווי דאמרו יתומים אנו מטלטלין שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי והקשה דבתפס מעות מהני התפיסה מכ"ש שישועיל בתופס החוב וכ' לתרץ דהר"ן לא קאמר רק היכא דלא מחסרי שבועה אבל בהיא דרב"ח דצריף לישבע הוי מחסרי גוביינא אולם הקשה לשיטת הרי"ף בנשבע ונוטל שמה"ד ה"ה ראוי ליטל בלא שבועה בתפס מעות לא נחתין לנכסיו יקשה וכ' דכיון דמ"מ משמתין ליה מקרי מחסרי גוביינא.

אולם למה שכ' הסמ"ע דלא משמתין ליה וכן מוכח מהרי"ף דהשמיט האיבעיא דפוגמת פמש"פ כיון דמס' לא מגבינן ומתניתין סתמא קתני ואם נאמר דמשמתין ליה פשתפס ה"ה לו להביא למען דעת דהוא ס' ולא משמתין ליה עיין שם.

ולא ידעתי קושיתו הא אף אם נאמר דבתפס ואינו רוצה לישבע לא משמתין ליה וכמו שכ' הסמ"ע מ"מ מודה דנגד יתומים אם חייב שבועה משמתין ליה כמבואר מדברי הסמ"ע (סי' ק"ח ס"ק ט"ז) ואם כן עדיין מחסרי גוביינא ואם אינו רוצה לישבע משמתין ליה ממילא לא מהני תפיסה אולם גוף סברתו לא הבנתי כיון דהלוקח רוצה לישבע ויודע בעצמו שגשבע באמת ומוכן לישבע אינו מחויב מה"ד להחזיר והוי כאלו קבר גפרע ואין מוציאין מן הלוקח.

וי"ל בעיקר הקושיא דהא כ"ז דלא טרף הבע"ח מן הלוקח אין יתומים חייבין לו פלוס וכן אביהו רק אחר שטרף חל החוב על אביהו למפרע ואם כן פשמת אביהו מיד זכו היורשים בהחוב כיון דאז עדיין לא טרף הבע"ח ולא מהני שוב אחר כף תפיסה דהואיל דכבר זכו בהחוב הוי בתפס מרשות היתומים דלא מהני אף לר"ט ועיין שם בר"ן פ' א"נ לענין מזונות דבעינן שתתפוס מרה"ר או מסימטא ולא מרשות יתומים ובתפס מעות נמי לא מהני מרשות היתומים והא דמהני לר"ט תפיסה מרה"ר או מסימטא על כרחיך הטעם אף דכל היכא דאיתי הוא ברשות היתומים דירשו גוף המטלטלין מ"מ חל ג"כ השעבוד של הבעל חוב אבל כשזכו היורשים והם ברשותם אינו חל השעבוד ואם כן בדיני דרמב"ח כיון דכ"ז שלא בא הבעל חוב דראובן וטרף ממנו לא הוי אז שום חוב ושעבוד וחל זכות היורשים לזכות בהחוב בטרם שחל שעבודו של הלוקח לכך לא מהני תפיסת הלוקח אחר כף ואף דאחר שבא הבעל חוב וטרף חל השעבוד של הלוקח למפרע מ"מ כיון דאז לא נודע בבירור משום חייב וזכו היורשים בהחוב והי' הלוקח חייב לפרוע להם שוב כשנתברר חיובו לא מהני תפיסתו ויבואר עוד אי"ה במ"א: ומה שהקשה שם הגר"ע ז"ל על הר"ן דהא פתובה אפילו מינייה אינה גובה רק מקרקע אם כן גם בתפס מעות הא אינו יכול להחזיק בהמעות לפרעון דיאמר אסלק לה כדינה בקרקע ונפקיע מינה המעות מבואר מדברי ש"מ רפ"ב דכתובות דעד כאן ל"א מטלטלין לא משתעבדי לכתובה רק בלא תפסה אבל בתפסה מגבינן לה מינייהו וכן משמע מדברי רש"י שבועות (דף ל"ב ע"ב) ועיין בס' הפלאה אה"ע (סי' ק') דתפיסת מטלטלין מהני בכתוב' וכ' שם דאם יש לו מעות צריף לשלם מעות ויש להעיר בזה מש"ס נדרים (דף ס"ה) ובס' ב"מ אה"ע שם הקשה למה לא חשו חכמים בלית ליה קרקע שלא תהא קלה בעיניו להוציאה

וּלְהַגִּיזוּ בַּיּוֹם דַּתְּפִיסָה מְהֵרָה לְגַבְיֵינָא שׁוּב ל"ת קִלְהָ בְּעֵינֵינוּ לְהוֹצִיאָהּ וְעֵינֵינוּ מֵהַ שֵׁכַח  
בְּהִגְהוֹתֵי בַד"ח דִּינֵי טו"נ (ס"א א') וְאִם אֲזַנְהָ יב וְאִר עוֹד אֵי"ה בְּזֶה בְּחִידוּשֵׁי לֵאמֹר ע:  
ס"א לֹא הָרַמְ"א (סכ"ה) כ' מִי שֶׁתּוֹבַעַת שְׁנֵדָר לָהּ דְּבַר בְּאַתְנַנְהָ וְהוּ' כּוֹפֵר חֲזִיב לְשִׁבְעַ  
וּבְשִׁ"ף (ס"ק נ"ח) הִבִּיא דְּבַרֵּי הַב"ח שֶׁכ' דְּמַדְבְּרֵי רַש"י ב"מ מִשְׁמַע שֶׁא"ח בַּד"א אֵי  
תְּבַעֵי לִיהַּ בְּדִינָא קָמֵן פְּשֵׁהוּא מְחִיבֵי פְּרִיתוֹת דְּקַלְבַּד"מ וּפְטוֹר מִלְּשִׁלְמֵם בְּדִינֵי אָדָם אֲפִילוּ  
הוֹדָה וְכִי כִּפּוּר אֵין מִשְׁבִּיעֵין אוֹתוֹ וְהַש"ף מְשִׁיג עֲלֵיו דְּדוֹקָא בְּבֵא עַל אִמּוֹ דְּהִיא מְחִיבֵי  
מִיתַת ב"ד בְּזֶה פְּטוֹר מְדִינֵי אָדָם אֲבָל בְּחִיבֵי פְּרִיתוֹת קִי"ל דְּלֹא כְּרַנְבֵה"ק וְאִינוּ פּוֹטֵר  
מִתְּשִׁלוּמֵין וּבְתַשׁוּבַת ח"ס חז"מ (ס"א כ"ז) כְּתִב לְדִין יֵשׁ תְּשׁוּבָה דְּלִמְאֵי דְּקִי"ל מְקַח  
הַנְּעֻשָׂה בְּאִיסוּר אִינוּ קוֹנֵה דְּכָל מַה דֵּא"ר לֹא תַעֲבִיד אֵי עֲבִיד לֹא מְהֵרָה אִם כֵּן אֲתֵנּוּ בְּמַה  
יִקְנֵה הָא אִינוּ נִקְנֵה אֲלָא עַל יְדֵי בְּעִילַת אִיסוּר וְע"כ דְּגַלִּי קָרָא דִּיקְנֵה אֲתֵנּוּ וְכִינּוּ דְּכָל  
חִיּוּבוֹ חִידוּשׁ הוּא אֵין לָהּ בּוֹ אֲלָא חִידוּשׁוֹ וְלִיכָּא חִיּוּבוֹ אֲלָא לְצִיד"ש דְּקָרָא אֵינְרֵי אֲפִילוּ  
בְּבֵא עַל אִמּוֹ מִמִּילָא לֹא נִשְׁמַע מִקָּרָא אֲלָא לְצֵא יְדֵי שְׁמִימֵם וְכִי דִּין בְּכָל אֲתֵנּוּ עֵינֵין שְׁמֵם  
וְהַדְּבָרִים מִתְּמִיחֵין פְּאֲשֵׁר כְּבָר כְּתִבְתִּי בְּזֶה לְעֵיל דִּינֵי דִּינֵינִים (ס"א י"ז) דְּלֹא תִלְיָא זֶה בְּאֵי  
עֲבִיד לֹא מְהֵרָה וְהוֹכַחְתִּי שְׁמֵם דְּפוֹעַל הַעוֹשָׂה פְּעוֹלָה הָאִיסוּרָה אִף דְּעֲבִיד אִיסוּר מ"מ חֲזִיב  
לְשִׁלְמֵם בְּדִינֵי אָדָם שְׁכַר הַפְּעוֹלָה עֵינֵין שְׁמֵם דְּבַרֵּי טַעַם וְנִשְׁמַט שְׁמָה עוֹד רְאִיָּה גְּדוּלָה לְזֶה  
דְּהָא מְבִנְיָא בְּמִתְנִיתִין דְּכַתְּנֻבוֹת (סוֹף פֶּרֶק י"א) דְּחִיבֵי לְאוּיִן בֵּין הַפִּיר בְּהַ בֵּין לֹא הַפִּיר  
בְּהַ יֵשׁ לָהּ כְּתוּבָה וְהַאֲיִלְגִּית אֵין לָהּ כְּתוּבָה מִפְּנֵי שֶׁהִיא מְרַגְּלִיתוּ לְנוֹשְׂאָהּ קְנֻסָּא  
דְּרַבְּנָן הוּא וְחִיבֵי לְאוּיִן אֵינְהָ מְרַגְּלִיתוּ אֲלָא הוּא לְפִיכָּה קְנֻסוֹ אוֹתוֹ לִיתָן כְּתוּבָה וּמְבִנְיָא  
בְּש"ס דְּאִף דְּאֵין לָהּ כְּתוּבָה אֲבָל תּוֹסְפוֹת יֵשׁ לָהּ דְּמִתְּנָה בְּעֵלְמָא יְהִיב לָהּ מִשׁוּם חִיבַת  
בִּיאָה כְּמוֹ שֶׁכ' רַש"י וְר"ן דְּבִיאֵיִלְגִּית אַעפ"י שְׁלֹא הַפִּיר בְּהַ וְהִי מְקַח טַעוֹת אַפ"ה אֵית  
לָהּ תּוֹסְפוֹת שְׁפִינּוּ שֶׁהוֹסִיף לָהּ מִדְּעַתוֹ וְלֹא חֲשַׁשׁ לְשִׁמְאָה תְּמַצָּא אֵיִלְגִּית רְצָה לִיזְק בְּנִכְסֵיוּ  
וְכִמוֹ כֵּן בְּחִיבֵי לְאוּיִן אַעפ"י שְׁלֹא הַפִּיר בְּהַ יֵשׁ לָהּ תּוֹסְפוֹת שְׁל"ה הַדְּבָר מוֹטֵל עֲלֵיהֶן  
לְגַלוֹת דְּסִבְרוּ דְּאֲפִשֵׁר שְׁיַעֲרַב עֲלֵיו הַמְּקַח אַעפ"י שְׁיֵשׁ אִיסוּר בְּדְבָר וְעֵינֵין בַּח"מ וּב"ש  
אֵה"ע (ס"א קט"ז) דָּאֵם נִשְׂא חֲזִיבֵי פְּרִיתוֹת אַע"ג דְּאֵין לָהּ כְּתוּבָה מ"מ לְעַנְיֵין תּוֹסְפוֹת  
כְּתוּבָה דְּמֵיא לְחִיבֵי לְאוּיִן בֵּין הַפִּיר בְּהַ בֵּין לֹא הַפִּיר בְּהַ וְעֵינֵין שְׁמֵם ב"ש (ס"ק ג') וְעֵינֵין  
שְׁמֵם בְּסִפְרָא בֵּית מֵאִיר.

דְּהַקְשָׁה מֵאֵי שְׁנָא בְּמוֹכַר בְּשֵׁר טְרִיפָה לְחַבְרֵי דְּאִף שְׁאֲכֵלוּ פְּטוֹר מִתְּשִׁלוּמֵין דְּאֲכִילַת  
אִיסוּר לֹא הִנְאָה הוּא וְנִפְשׁוֹ שְׁלֹא אָדָם חוֹתֵה וְה"נ בִּיאַת אִיסוּר צַעַר הוּא לּוֹ וּמְהִיכֵי תִּיתֵי  
יִתֵן לָהּ הַתּוֹסְפוֹת וְתִירֵץ בֵּינּוּ דְּהִיָּה לּוֹ לְדַקְדָּק וְלַחְקוֹר אַחֲרֵיהָ אֲצֵל אַחֲרִים וּמֵאֲחַר דְּלֹא  
דַּקְדָּק חֲשׁוּב כְּאֵלוֹ יָדַע מַה שְׁאֵין כֵּן בְּבִשְׁרָא טְרִיפָה דְּאֵין לּוֹ לְחַקוֹר כְּשִׁמוּכְר הַטְּבַח בְּחִזְקַת  
פְּשֵׁר וְדָבָר זֶה מוֹכַרְח שְׁמֵם וְכֵן הַסְּפִים עַל יָדוֹ הַגָּאוֹן בַּעַל ח"ד בְּסִפְרוֹ בֵּית יַעֲקֹב שְׁמֵם  
וְנִלְמוּד מְזָה דְּחֲשׁוּד ע"ד שְׁמִיכְר בְּחִזְקַת פְּשֵׁר וְאֲכֵלוּ וְנוֹדַע אַחַר כִּי דְּהִיָּה טְרִיפָה דְּאֵינוּ  
חֲזִיב לְהַחֲזִיר הַדְּמִים וְאִכ"מ מְזָה וּמְבִנְיָא מְכָל הַפּוֹס' שְׁמֵם דְּהַחֲזִיב הוּא מַה"ד.

עכ"פ מוֹכַח דְּמִשׁוּם הִנְאָת אִיסוּר גַּם כֵּן נִתְחַיֵּב בְּדְמִים לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדִינֵינִים וְא"ל בֵּינּוּ  
דְּגַלִּי קָרָא בְּאַלְמֵנ' לְכַהֵן גְּדוּל דְּתַפְסוּ בְּהַ קִידוּשֵׁין אִף דְּאֵי עֲבִיד לֹא מְהֵרָה מ"מ גַּלִּי קָרָא  
דְּכַתִּיב לֹא יִקַּח וְלֹא יִחַלֵּל כְּמְבִנְיָא בְּש"ס תְּמוּרָה וְעֵינֵין רַשְׁב"א קִידוּשֵׁין (דָּרָה ס"ז) דְּכִינּוּ  
דְּגַלִּי בַכָּה"ג שְׁקִידוּשׁ אֲלִמְנָה הוּא דְּנִילֵף מִיְנֵיהָ לְלֹא יִקַּח דְּאֲשַׁת אָב אִם כֵּן הִיכָּא דְּקִידוּשֵׁין

תופסין דגלי קרא שוב אמרינו ביה אי עביד מהני אכל בשאר איסורין דלא גלי דאי עביד מהני נאמר דאינו חייב עבור פעולת איסור לשלם.

ז"א דכל נידון דהב"ח הוא דן על איסור נדה ואף דהיא חייבי פרישות קידושין תופסין בה ממילא חייב האתנו גם כן. ובלאו הכי פבר בארתי לעיל דדין זה לא תליא כלל באי עביד לא מהני דנדאי פיון דערב לו האיסור ורוצה בפעולתו חייב לשלם ככל פועל העושה פעולה דחייב לשלם לו שכירות.

ועיין בבית מאיר (סי' קע"ז) ועיין תשובת הרשב"א (ח"א סי' ש"ב) דהשואל נסתפק דמי שגדר לאשה באתונה ובא עליה אי תבעה ליה לדינא קמן אי אמרינו ליה זיל הב לה ומפקינו מיניה ע"כ דמסתבר נדאי דמפקינו מיניה דלא גרעה מפועל והרשב"א ז"ל השיב דהדברים פשוטים שהפוסק מנה לאתונה ובא עליה אין ספק שהיא חייב ליתן שה"ד דביאתה אלו הן פספיה עיין שם דמבואר דמוציאין בדייגין וכן מבואר מסתימת כל הפוסקים: וראיתי עוד בח"ס חאה"ע (ח"ב סי' ק"ס) שם כ' בדברי הב"ח הנז' דטעמיה משום דניתן להצילו בנפשו וכ' שהאריף בחידושו ואינו מוכן גם בזה דבריו פיון דהיא תובעת דהבטיח לה אתנו מדעתה בשכר ביאה ומדעתה לא מצינו אף שהיא נדה דניתן להצילו בנפשו רק באונס כמבואר בש"ס ורמב"ם (פ"א) מרוצח נטור ח"מ (סי' ש"פ): ואם נדר באתנו לא"א בזה כ' הש"ף פיון דפטור מטעם קלבד"ם אין צריף שבועה ועיין קצוה"ח אם תובעת חמשין דהלואה וחמשין דאתנו פיון דחייב לשלם בד"ש וחיוב גמור הוא רק דב"ד אין בידם פח לעונשו בממון ותפיסה מהני הוי כמודה בחיוב גמור דקלבד"ם הוי חיוב גמור ומהני תפיסה.

ולמה שכ' לעיל דיני דייגים (סי' מ"ז) לדון בדעת רש"י ז"ל דאף בקלבד"ם אינו חיוב גמור רק הואיל דהבטיח צריף לעמוד בדבורו אם כן דין זה הוא רק בהבטיח לאתנו אבל בלא הבטיח אף דחייב לציד"ש מ"מ פיון דלא מהני תפיסה לא מהני הודאת ממון גמור לחייבו שבועה בהודאה הזאת.

ועיין ש"ף (ס"ק נ"א) דאמירה לעני פיון דאינו יכול לחזור משביעין אותו היסת ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"א) דאף דאם אינו חייב רק מטעם נדר כשכפר ואמר להד"ם חייב לקיבע היסת. ותמהני שלא הביאו דברי תוס' יו"ט מס' שבועות (פ"ד מ"ח) דקתני שם במתניתין לענין שבועת עדות שאם אמר משביע אני עליכם כו' ותעידוני שאמר איש פלוני ליתן לי ר' זוז ולא נתן לי פטורים דלא הנה על תביעת ממון וכ' שם התוי"ט ואפילו הוא עני אינו חייב לו אלא מטעם נדר ונמצא שאין עליו חיוב ממון בשו' צד שאין ב"ד יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לקיים נדרו אלא שמנדין אותו או מכין אותו עד שיקיים מוצא שפתינו עכ"ל וליכא שום חילוק לענין כפירת ממון לגבי שבועות עדות לשבועת דייגים.

ועיין קצוה"ח (ס"ק ל') מה שהקשה הא ברבית קצועה אף דאינו יוצא בדייגים חייב שבועה ובנתן ת"כ או נשבע ליתן אינו חייב וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים (חיו"ד סי' מ"ח) דהיכא דחייב להחזיר אף ליורשים הני כפירת ממון גמור מה שאין כן בנדר ומת או נשבע אם נאמר דכשמת אינו חייב לתת להיורשי לא הוי כפירת ממון גמור עיין שם בדברי ולפי זה אף בנדר לעני פיון דאם מת אינו מוריש לבניו י"ל כמו

שכ' התוי"ט דכיון דלא נחתינו לנכסיו אין משביעין אותו על זה מה שאין פן במלנה על פה אף דליכא שעבוד ורק מטעם מצוה מ"מ פיון דחייב לשלם גם ליורשיו שפיר הוי פאלו זכה בו והוי כפירת ממון לענגו לחייבו שבועה ועיין מה שכ' בזה לעיל דיני הלואה (סי' ב').

ובנתיבות פתב דבאמירה לעני משביעין פיון דממשפניו על הצדקה משביעין אותו. ולא אדע אף דממשפניו על הצדקה היינו בסתם צדקה לענים אבל בנדר לאחד ליתן לו אף שהוא עני אין ב"ד יורדין לנכסיו כמו שכ' התוי"ט: סי' לב נשבע שאינו חייב לו ואחר כך הוציא שטר חייב לשלם ואינו חשוד שהרי לא העידו שלא פרעו ולא טען הנתבע להקד"ם פן הוא בשו"ע (סל"א) ועיין ש"ך (ס"ק ע"ז) ויכול לתרץ דבריו ולומר דהיינו שפרעתיה משמע הא אם אמר מקודם להקד"ם נפסל וכן הוא לשון הרמב"ם ויש לחקור לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' כ"ח) דהא דעדים החתומים על השט' הוי כמו שנתקרה עדותן בב"ד הוא רק מדרבנן מפני נע"ד אבל מה"ת אמרינן מפיהם ולא מפי כתבן אם נפסל מן התורה או רק מדרבנן ומדרבנן נדאי דנפסל אף דאין בזה נע"ד מ"מ פיון דתקנו דעדות שבשטר מהני ואתחזק עדותן כמי שנתקרה עדותן בב"ד ואינו יכולין לחזור עדותן ממילא נגדר אחריו ככל המסתעף מעדותן אף בנדבך דלא שייך נעילת דלת ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' י') להקשות ע"ד מהרי"ט בעדות שבשטר לענגן איסור: אף מ"מ י"ל פיון דעיקר הא דמהני עדותן לדון על עדי שטר לדעת הרמב"ם הוא רק מדרבנן ומדאורייתא לא מהני עדותן דמפיהם פתיב ולא מפי כתבם אין בכת עדותן שבשטר לפסול את זה שנשבע שלהקד"ם רק מדרבנן.

או י"ל פיון דמ"מ דנין עפ"י שטר לבירור גמור ומוציאין ממון וע"כ דהוי זה כשני עדים גמורים וממילא פיון דאתחזק על ידי עדות שבשטר לבירור גמור הוי כאנו סהדי וי"ל דכשנשבע על זה שלהקד"ם ושוב נתברר על ידי העדים החתומים בשטר נפסל מדאורייתא דאנו סהדי דנשבע לשקר ואף דמצינו דעל ידי חזקה דשטר בדי מה בעי מוציאין ממון ואעפ"כ כשנשבע שפרע לא מקפסל בזה כמבואר מדברי תשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל מובא בב"י (סי' ל"ד) ובש"ך פאן (ס"ק ע"ו) היינו דשם כף נתחייב על ידי השטר כ"ז שהשטר בידו מוקמינו על החזקה וחייב לפרוע פיון דידענו דהשטר אמת בזה מוקמינו על החזקה שחייב לפרוע אבל לא ידענו אם האמת פן הוא שיופסל על ידי זה ולומר שנשבע לשקר פיון דליכא עדים ואנו סהדי ע"ז דנשבע לשקר שלא פרע שיופסל על ידי שבועתו מה שאין פן כשנשבע שלהקד"ם וע"ז יש עדי שטר רק שחסר תנאי שהטילה התורה שיהיה הגדה בפה וכיון דחז"ל הכשירו עדות שבשטר דהוי פאלו נזקקה עדותן בב"ד י"ל דמפסל מן התורה ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דהקשה אמאי במקדש עכשיו בפסולי עדו' הנפסלין מן התורה אין חוששין לקידושין פיון דליכא מומחין מנא ידעינן שעשו אותו עבירה שפאנו לפוסלן על ידה פיון דליכא קבלת עדות בפני ב"ד וקבלת עדות האידנא אינו אלא מתקנת חז"ל ואם פן מן התורה עדיין כשרים הם.

וכ' פיון דאנו עכשיו שליחותיהו דקמאי עבדינו אפילו לקידושי תורה לגבי גר ע"כ בנדבך גדול כזה דיש פח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפילו בקום ועשה כמו שכ' תוס' ר"פ האשה רבה וה"נ דכנותיה פיון דהכשירו חז"ל עדות בשטר ויש פח בידם לדון עפ"י

עדותן אף שהוא שלא מפיהם רק מפי כתבם דנין על זה אף מן התורה פשוט שבע להכחישן ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב) לדון מה"ט דכשחמתו בשקר נפסלין אף מן התורה אף לדעת הרמב"ם דעדות שבשטר לא מהני מן התורה דמ"מ עברו על לא תענה אף מן התורה ונשם כתבתי דלענין קידושין הו' בגר שקידשה ונתקדש אחר כף לאחר והו' בקידוש בפני עדים הפסולין דלא חלו קידושין של אחר בגר ושל חלו קידושין הראשון פקדוש בפני הפסולין שעברו עבירה של תורה הוא דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש וכמו שכ' הנ"י סנהדרין דמה"ט לא צריף זמן בגט ושטר קידושין מן התורה אף דלא הוי דרישה וחקירה שהוא משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקידושין ודברי קצוה"ח שכ' דבדבר גדול כזה יש פח ביד חכז"ל לעקור אף בקו"ע אינם מוכרחים.

ומ"מ יש לומר פיון דעדותן שבשטר הוחזק לקבל וכמי שחקקה עדותן בב"ד לכל דבר הנשבע להכחישן פסול מן התורה וצ"ע ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב): סי' לג אין מוב"מ חייב לישבע עד שיודה בפרוטה ויכפור בשתי מעין כסף ואם תבעו ב' מעין ופרוטה והודה לו בשתי פרוטות פטור במבואר בטוש"ע (סי' פ"ח) ומדקדקו והודה בב' פרוטות דפטור משמע דפחות מפרוטה כמו דלא הוי הודאה במקצת כמו כן אינו מגרע שיעורא דשתי מעין פיון דאינו ש"פ מאותו חסרון וכן מבואר בתוספת ר"פ שהד"י ובקצוה"ח הקשה אם פן מאי הקשה הש"ס משם על רב לאו ממילא שמעת לה מינן' דחסרה לה טענה הא שפיר לה בטוענו שתי כסף ונה מודה במחט שהוא פמש"פ דהודאה הוי לדעת הרמב"ם וש"ע ושיעורא דשתי כסף לא חסר פיון דלא חסר ש"פ.

ונראה ליישב אף דהיכא דתובע שנה ומודה דוקא הוי הודאה ממין הטענה היינו פיון דכל מה שמודה הוא בכלל שנה גם פן ממון דהיינו פרוט' וכמו שכ' הרא"ש והר"ן ו"ל וזה דוקא בהודה דבר השנה ממון דהיינו פרוטה אבל בטוענו שנה ומודה בכלי שהוא פמש"פ אף דמצד החשיבות חשוב הודאה מ"מ ממון שתובע אינו ש"פ ול"ה הודאתו לחלק אותה לשבועה רק מצד החשיבות והתובע לא תבע חשיבות רק שוניה ומה שהודה בכלי אינו ש"פ ולא חשיב הודאה דלא הוי ממין הטענה פיון דלא ש"פ והוא לא תבע חשיבות רק ממון וז"פ.

ועוד נראה דהא קרא קאי על פקדון ובפקדון אף דתובע שנה ומודה דוקא לא הוי ממין הטענה דבפקדון דוקא קא תבע לדעת רוב פוסקים זולת הר"ן ו"ל: והא דבכלי אף פמש"פ חייב שבועה מביא הקצוה"ח דברי הרשב"א שנסתפק בקידושין אשה בכלי פמש"פ אם מקודשת פיון דהוי כמו ש"פ והעלה דל"מ מדקאמר בש"ס חליפין איתנהו בפמש"פ ואשה בפמש"פ לא מקנאי נפשה ובחליפין בעינן פלי הרי דלא מהני וכן מש"ס קידושין (דף י"ג) ועיין נתיבות מה שכ' דבקנין סודר מהני אפילו תפס מקצת פלי דכמאן דפסק דמי ומקצת פלי ודאי לא חשיב לענין הודאה וקידושין אשה.

ואני לא אבין הא להדיא מבואר בש"ס שם (דף ח') אבל תבואה וכלים אימא מדמקרבא הנאמתייהו גמר ומקני נפשיה קמ"ל הרי דאף בתורת כסף לא מהני ועל פרוט' צריף לחלק לענין הודאה לקידושין אשה.

ומ"ש הנתיבות לחלק בין פלי דהודא' לכלי דק"ס לא משמע פן מדברי הר"ן פ' שה"ד שכ' דמאי דאמרינן אף פלים דבר חשוב הוא לאפוקי מרונקא או לאפוקי שברי פלים

כדאמרין הָתָם לַעֲנֵנוּ חֲלִיפֵינוּ מַה נַּעַל דְּבַר הַמְּסוּנִים אַף כֹּל דְּבַר הַמְּסוּנִים הָרִי דְּמַדְמָה לַק"ס כְּלִי דְהוּדָא וְלֹא בְּעֵינֵנוּ כְּלִי חָשׁוּב דְּוָקָא וְלַעֲנֵנוּ קִידוּשֵׁי אִשָּׁה מְדַקְאָמַר בְּש"ס כְּלִי סָתָם מִשְׁמַע דְּלֹא מְהַיְ חֲשִׁיבוֹת לַעֲנֵנוּ זָה.

וּלְגַבֵּי חֲשִׁיבוֹת דְהוּדָא אֶפְיָלוּ עֲשָׂרָה מְחֻטִּין בְּפָרוּטָה תְּבַע שְׁנַיִם וְהוּדָה לֹו בְּאַחַד מִהֶן חֲזִיב. וְעֵינֵינוּ בְּאוּרִים שְׂכ' דְּכָף הָיָה הַהֲלֹנָא לְהַחֲזִיר לֹו בְּעֵין כְּעֵין אוֹתוֹ מַחֲט שְׁהֲלֹהוּ דְּאִי לֹאוּ הָכִי אֲזִיל לְחֲשִׁיבוֹתֶיהָ וּבְפִקְדוֹן הָיָה הִילָךְ וְאִי דְנֶאֱבָדָה שׁוֹב לֹא הָיָה חֲשִׁיבוֹת וְדוֹחֵק לֹוּמַר דְּאֲזִילֵנוּ בְּתַר נְתִינָה וְלֹא בְּתַר תְּבִיעָה וְעֵינֵינוּ קִצוּה"ח וְנִתְיָבוֹת דְּמַדְחֲקֵי א"ע בְּזָה וְלַעֲנֵנוּ דְ עַל כְּרַחֲמֵי לֹא אֵינְרִי בְּפִקְדוֹן לְדַעַת הַב"ח הַמּוֹבָא בְּש"ף דְּבִשְׁבוּעוֹת הַשׁוֹמְרִין לֹא מְהַיְ חֲשִׁיבוֹת וּבְעֵינֵנוּ אֲלִיבָא דְכ"ע פָּרוּטָה אִם כֹּן לְמָה חֲזִיב שְׁבוּעָה בְּהוּדָה בְּאַחַת יְהִיָה נֶאֱמָן בְּמַגוּ דְנֶאֱנָסָה וְאִזְ הָיָה פְטוֹר מִשְׁבוּעָה כִּינֵן דְּלִיכָא בְּכַפֵּירָה ש"פ וְע"ז לֹא מְהַיְ חֲשִׁיבוֹת וְאִם כֹּן עַל כְּרַחֲמֵי אֵינְרִי דְהַתְחִיב לְהַחֲזִיר בְּעֵינָא וּבְהֲלֹנָא.

וְע"ד הַש"ע שְׁהוּא ג"כ לְשׁוֹן הַרְמַב"ם שְׂכ' הוּדָה בְּכֶסֶף וְכֶפֶר בְּכֶלִים חֲזִיב הַקְּשָׁתִי בְּיַלְדוּתִי לְמָה בְּעֵינֵנוּ כְּלִים הָא סְגִי בְּכֶלִי א' כִּינֵן דְּלַעֲנֵנוּ תְּבַעוּ כְּלִים וְהוּדָה בְּאַחַד חֲזִיב ע"כ דְּכֶלִי אֶחָד הוּא חָשׁוּב וְהוּי כְּכַפֵּירַת שְׁתֵּי כֶסֶף אִם כֹּן יְהִיָה סְגִי בְּכּוֹפֵר בְּכֶלִי א' וְהוּדָה בְּכֶסֶף וּבְטוֹר בְּאַמַּת כ' כֶּפֶר בְּכֶלִי א' לְשׁוֹן הַרְמַב"ם וְהַש"ע הוּא הוּדָה בְּכֶסֶף וְכֶפֶר בְּכֶלִים וְצ"ע וּבְדַבְרֵי רַשְׁב"א וְרִיטְב"א שְׁבוּעוֹת מְבוֹאָר דְּכֶלִי אֶחָד סְגִי וְכֶפֶר הַזְּפִרְתִּי זֹאת בְּהַגְהוֹתִי לְד"ח דִּינֵי טו"נ: סִי לְד הַש"ף (סִי פ"ח ס"ק י"ד) הָאֲרִיף לְבָאָר ד' הַרמ"ה דס"ל בְּטַעֲמָא דְטַעֲנוּ חֲזִיטִים וְהוּדָה לֹו בְּשְׁעוֹרִין דְּפְטוֹר אַף מְדַמֵּי שְׁעוֹרִין הוּא מְשׁוּם דְּמִשְׁטָה וְהַסְגִּיא דב"ק אֲזִיל לְמֵאן דְּאָמַר פ"נ מְמוֹנָא וְאֵינְרִי בְּלִיכָא עֲדִים דְּמַתְנִיתִין סְתָמָא אֵינְרִי [וּבְנִתְיָבוֹת כ' דְּבַרִּישָׁא בְּאוּמַר לֹא כִי אֲלֹא בְּסַלְע לְקַה אֵינְרִי דְהִיָה עֲדִי רְדִיפָה דְאִם לֹא כֹן לִיכָא דְרָרָא דְּמְמוֹנָא וּמְדַבְרֵי ש"ף מְבוֹאָר דְּלִיכָא עֲדִים כְּלָל] וּבְתוּמִים הַקְּשָׁה לְדַעַת הַרמ"ה אֲמַאי חֲזִיב שְׁבוּעָה לר"ג כִּינֵן דְּטוֹעוֹן מְשֻׁטָה לֹא הָיָה הוּדָא בְּכִי הוּא זָה.

וְלְכַאוּרָה י"ל דְּלֹאֲחַר פְּסַק דִּין א"י לְחֲזוֹר וְלְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה אֲבָל לְגַבֵּי לְהוֹצִיא מְמוֹן יְכוֹל אַחַר כֹּף גַּם כֹּן לְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה דְּבַאֲמַת נִרְאָה מִפְּשֻׁטוֹת הַדְּבָרִים דְּלַעוֹלָם כֹּל זְמַן שְׁלֹא תְּפַס יְכוֹל לְחֲזוֹר וְכֹן מִשְׁמַע דַּל"כ מָה הַקְּשָׁה הַש"ס עַל רב"נ מְמַתְנִיתִין הָא לֹא מִיְיָתִי רֹאזָה שְׁקִיל כְּדָאֲמַר הַמְזִיק וְלַדַּעַת הַרמ"ה אֵינְרִי בְּלֹא עֲדִים וּפ"נ מְמוֹנָא וְקוֹשִׁית הַש"ס דְּהָא יְכוֹל לְחֲזוֹר מִהוּדָאָתוֹ וְלְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה וְא"י מְשׁוּם הַיְזַק אִם כֹּן שְׁפִיר קְתַנִּי דְהַב"ד יְפַסְקוּ הַדִּין כ"ז שְׁאִינוּ חוֹזֵר וְאַחַר פַּס"ד אִינוּ יְכוֹל לְחֲזוֹר וְא"ל דְּמַתְנִיתִין מִשְׁמַע דְּלַעוֹלָם הַדִּין כֹּן אַף אִם חוֹזֵר מִהוּדָאָתוֹ זָה דוֹחֵק.

וְעַל כְּרַחֲמֵי קוֹשִׁית הַש"ס הִי לְדַעַת הַרמ"ה דְּאִיף קְתַנִּי הַמַּמַּע"ה וּמִשְׁמַע דְּמַחְזִיב עַכ"פ לְתַת הוּדָאָתוֹ הָא יְכוֹל לְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה וּמִשְׁמַע אַף לְאַחַר כַּב"ד יְכוֹל לְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה. וְאִם נֶאֱמַר דְּלֹאֲחַר כַּב"ד אִינוּ יְכוֹל לְטַעֲנוּן מְשֻׁטָה הִי נִיחָא בְּפִשְׁטוֹ לר"ג דְּמַחְזִיב שְׁבוּעָה וְהֵינּוּ בְּמִקוֹם דְּחֲזִיב בְּשְׁעוֹרִין כְּגוֹן שְׁלֹא חוֹזֵר וּפְסַקוּ הַב"ד הַחִיּוֹב שְׁעוֹרִים וְחֲזִיב שְׁבוּעָה שׁוֹב א"י לְחֲזוֹר וְלִרְבֵּנוּ פְטוֹר מִשְׁבוּעָה דַּל"ה מִמִּין הַטַּעֲנָה.

וּבְנִתְיָבוֹת כ' לְפָרֵשׁ קוֹשִׁית הַש"ס לְדַעַת רַמ"ה אַף לְמ"ד פ"נ קְנָסָא וְהַקְּוֹשִׁיא הָא לֹא מִיְיָתִי רֹאזָה שְׁקִיל כְּדָאֲמַר מְזִיק אַף בְּשִׁנְאָבֵד הַגְּדוֹל דְּבִזָּה בְּלַעֲדֵי הוּדָאָתוֹ לֹא הִי גוֹבָה מְקַטֵּן רַק עַל יְדֵי הוּדָאָתוֹ גוֹבָה מְקַטֵּן וְיִקְשָׁה עַל רב"נ דִּיטַעֲנוּן מְשֻׁטָה.

ודבריו נפלאים לכאורה אם כן מאי קאמר הש"ס אי דניגק אומר פרי ומזיק שמה אפתי תיובתא דרב"נ ובניגק אומר שמה בזה באמת אינו נוטל רק כשיש שניהם לפנינו פיון דלא הודה על איזה מהן שהיה המזיק ובכרח א' אינו גובה.

גם מה הקשה אחר כה הסוגיא על רב"נ משני תמין ומועד דהוי ט"ח פיון דאיירי בעדים ושם ל"ש תירוצו של הגת"כ. וי"ל דכוננתו עפ"י פירוש הש"מ ב"ק שם דניגק אומר שמה לא הוזק כלל אף מ"מ מאי קושיא על רב"נ פיון דאיירי דיש עדים ליכא כלל טענת משטה.

ומה דמשיג בתומים על הש"פ בדברי הרמ"ה דדונק לומר דמתניתין מייירי בתנור מטענתו ומה הקשה הש"ס על רב"נ וגם למה לא מוקי למציעתא ראוי ליטול ואין לו לשיטת הרמ"ה פבר יישב הש"פ בדבריו (ס"ק כ"א וכ"ב) דתירוץ הש"ס קאי על כל הקושיות וגם דכשיצא מב"ד פסקו הב"ד דפטור לגמרי דטוענין עבירו משטה אם כן שפיר הקשה למה קתני במתניתין הממע"ה וכשלא מיייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ומשמע ממתניתין דכן פסקו הב"ד ולרב"נ פטור וכן מחונייבים הב"ד לפסוק אחר טענותיהם: ולכאורה יש להשות דעת הרמ"ה ולהצילו מקושיו הרא"ש דהנה הרא"ש מסיק דט"ח איירי בזמן ידוע דאל"כ יקשה מה קושיא לרב"נ ממתניתין דלמא עשה כדי להרויח משא"כ בט"ח מחל על השעורין.

ודברי הרא"ש צריכין ביאור דעדיין יקשה דלמא במתניתין לכה חייב כמה שהודה דעשה כדי להרויח. ונראה דקושיתו היתה אם נאמר דרב"נ לא איירי בשעה ידועה רק דמחל מה שלא תבע אם כן בט"ח אינו מחוייב על שעורין דהרי מחל ואי דעשה כדי להרויח יטעון כן אחר כה דעשה כדי להרויח ואי דנראה פשקרו בטענותיו ואנו נאמר דלא מחל פיון שלא תבע רק דעשה כדי להרויח הלא יכול לטעון דמגיע לו שעורין גם כן ומה דלא תבע לא רצה לתבוע ב' טענות ביחד מה שאין כן במתניתין על פרוק איירי דניגק עומד בתביעתו שגדול הזיק דאם מודה שהקטן הזיק למה קתני הממע"ה ואי מיייתי ראיה נוטל הגדול הא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והוא הודה שהקטן הזיק אלא ודאי דמתניתין איירי בעומד בטענותיו שגדול הזיק אם כן אנו נאמר דעושה כדי להרויח גם עתה ואינו רוצה להודות שטוען שקר לכה כתב דרב"נ איירי בשעה ידועה ובזה ודאי הודה שלא הלנהו שעורין ולכה פטור ועל פרוק דל"א דעושה כדי להרויח דאם לא כן יתחייב בשעורין.

והרא"ש סובר זה לסברא פשוטה דאם טענו על שעה ידועה ל"א שאם יטעון גם על שעורין אחר כה שיהא נאמן דכיון דהלנהו בזמן אחד הנה לו לתבוע שתי תביעותיו שהי' כב"א ואם יטעון באמת שעשה כדי להרויח גם כן אינו נאמן באמתלא הזאת להוציא ממון ולכה פטור רב"נ ואם כן במשנה למה שקיל כדאמר מזיק הא לא טענינו דעשה כדי להרויח.

ואף אם נאמר דאם טוען בט"ח והודה לו בשעורין שעשה כדי להרויח דמהני לגבות שעורין ואף דבכ"מ א"מ ממון באמתלא אם לא פשהשטר מסייעו מ"מ בזה פיון דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי הודאת התובע דאינו חייב לו שעורין והודאת הנתבע דחייב והוי ספק לפנינו ומהני בזה אמתלא פיון דמסייע לו הודאת הנתבע מ"מ במתניתין איירי

בפשיטות דעומד בהודאתו ולמה יתחייב והב"ד על פרחו דאין טוענין דעושה פדי להרויח דאם לא פן גם בט"ח למה לא טענינו פן וגם במתניתין על פרחו דאיירי דעומד בטענותיו דגדול הזיק מדקתני הממע"ה ואף די"ל דראיה מהני ששוב יכול לתת אמתלא לדבריו על חזרתו מטענתו שקטן הזיק שטוען פן פדי שעכ"פ יטול מהקטן ואם יביא עדים שהגדול הזיק יחזור על ידי אמתלא זו פנין שהעדים מסייעין לו מ"מ מפשטות הלשון הממע"ה משמע שעוד מתדיין זה עם זה שזה אומר גדול וז"א קטן והקשה הש"ס בשלמא אם לא נאמר כרב"נ אמרינו דנדאי עשה פדי להרויח ומסייבין אותו הב"ד לתת שעורין אבל לרב"נ דפטור למה במתני' שקיל כדאמר מזיק: ולפי"ז נראה דגם הרמ"ה מודה דהוי הודאה רק אם טוען אחר פה שעשה פדי להרויח סובר הרמ"ה דהוי אמתלא טובה פנין דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי מסייע לאמתלא הודאת הנתבע ומדברי רב"נ משמע דלעולם פטור משעורין לקה' כ' הטעם דבזה יכול לומר משטה פנין דבאנו לחייבו על ידי הודאתו יכול גם הנתבע לחזור מהודאתו משא"כ במתניתין דעל פרחו איירי דהניזק עומד בהודאתו שהגדול הזיק פנ"ל אם פן אף דיש עדים על ההיזק מ"מ למה שקיל כדאמר מזיק פנין דהודה דהקטן לא הזיק ואי דאנן טוענין דעשה פדי להרויח אם פן למה בט"ח פטור נטעון אנן ג"כ דעשה פדי להרויח.

וגם י"ל דאינו סובר הרמ"ה דאנן נטעון בעדו שעשה פדי להרויח ועיקר קושית הש"ס הנה מדחזינן לרב"נ דמה שתובע חטים הוי הודאה דשעורין א"חאם פן במשנה נמי הוי הודאה ואף דיש עדים בפנינו דאחד הזיק מ"מ הודאת בע"ד עדיף ועיקר דברי הרמ"ה שחידש ברב"נ שהוא משום משטה פנין דמדברי רב"נ משמע דפטור אף שהתובע חוזר מן הודאתו באמתלא ולמה לא פנין דמסייע הודאת הנתבע לקה' כ' דגם התובע יכול לחזור ולקה' יפקוהי הב"ד לעולם דפטור דטענינו עבורו משטה כנז' מדברי הש"ף.

אולם מפל המספרים מבואר דסברו בכוננת הרמ"ה ז"ל דלרב"נ גם פן לא הוי הודאת התובע על השעורין דאינו חייב לו: ויש להביא ראיה דרמ"ה סובר בתרי הודאות דסתרי דמהני אמתלא מדברי הרמ"ה מובא בטיו"ד (סי' רס"ז) שכ' שם הא דמבואר גיטין (דף מ') באומר פתבתי ונתתי שחרור לעבדי והוא אומר לא הודאת בע"ד כמאה עדים דאם העבד חוזר ואמר פן קבלתי והאדון לא חזר בו כופין לשחררו הרי דיכול לחזור בתרי הודאות אף להוציא וא"ל דרמ"ה סובר דהעבד חשיב מוחזק בעצמו ודלא כמו שכ' הקצוה"ח דהעבד ל"ח מוחזק בעצמו במקום ספיקא דהא ברמ"ה שם בדברי הטור שכ' דמשום אומדן דעתא מפקיע ממונו אבל לגבי איסור לא אזלינן בטר אומדנא להתיר בלא ג"ש עיין שם ולכאורה איך נוציא ממון דהיינו מהאדון זכות שיש לו בהשפחה אם נאמר דיש ס' אם שחררה וכיון דחז"ל סמכו על אומדן דעת זה דלא יעשה איסור ומסתמא שחררה ממילא תהיה מותר' והיכן מצינו דממון מוציאין בבירור ולענן איסור חשב לספק א"ו דהרמ"ה סובר דהעבד חשיב מוחזק בעצמו ולקה' האומדנא הזאת עושה לספק והיא מוחזקת בעצמה ולענן איסור צריכה שחרור.

והרא"ש דחולק שם וסובר דאף לענן איסור מהני האומדנא אינו חולק ע"ז דהעבד חשוב מוחזק בעצמו ועיין שם היטב בטור מלשון הרא"ש שהביא דעבד חשוב מוחזק בעצמו: ולמ"ש בבבאור דברי הרא"ש נראה דאם הוא חוזר וטוען שעורין ונותן אמתלא



שְׁעֵשֶׂה כְּדֵי לְהַרְוִיחַ נְאֻמָּן וְחַיִּיב לְשַׁלֵּם לוֹ שְׁעוּרִים דְּכִינּוֹן דְּהוּי תְּרֵי הוּדְאוֹת דְּסִתְרֵי אֶהְדְּדֵי מְהַי אַמְתְּלָא הוּאִיל דְּמְסִינֵעַ לוֹ הוּדְאָת הַנְּתַבְעַ וּרְב"נ דְּאוּמַר דְּפִטוּר הַיְיָנוּ בְּאִינוּ נוֹתֵן אַמְתְּלָא וְהַב"ד לֹא טְעֵנוּ בְּעֵדוֹ אַמְתְּלָא הַזֹּאת הוּאִיל דְּהוּא לֹא טְעֵן וּלְכַף הַקְּשָׁה מִמְתְּנִיתִין אַבְל אִם לֹא הָיָה בְּזִמְן יְדוּעַ לֹא מוֹכַח דְּהַב"ד לֹא מְחַיְיבוּ בְּהוּדְאָת הַנְּתַבְעַ מְטַעַם אַמְתְּלָא זֹו כְּנֹז' דְּבַחֲטִים וְשְׁעוּרִים לֹא טְעֵנִין מְדֻלָּא טְעֵן הוּא שְׁחַיִּיב לוֹ שְׁנִיָּהֶם הַיְיָנוּ עֲתָה מַה שְּׂאִין כֹּן בְּמִתְנִיתִין לֹא יָכוֹל זֹאת לְטַעוֹן.

וּלְפִי זֶה מוֹכֵן דְּבָרֵי הַשֵּׁ"ף (ס"ק י"ז) בְּכַוְנַת רַבִּינוּ יְרוּחֵם ז"ל דְּסוּבְרַ דְּגַם לְדַעַת הָרָא"ש בְּאִין הַנְּתַבְעַ חוּזַר מִהוּדְאָתוֹ חַיִּיב וְפִי' הַשֵּׁ"ף בְּכַוְנַתוֹ דְּהַב"ד אִין כּוֹפִין אַבְל הוּא מְקַרִי גְזֵלָן וּמִשְׁיַג עֲלֵיו הַתְּנֻמִּים וְלָמָּה שֶׁכ' פִּינּוֹן דְּעִיקַר הַטַּעַם דְּפִטוּר מְשׁוּם דְּהוּי תְּרֵי הוּדְאוֹת דְּסִתְרֵי אֶהְדְּדֵי וְהוּי כְּתָרֵי וְתָרֵי אִם כֹּן הַב"ד אִינָם יָכוֹלִי לְהוֹצִיא אַבְל הַנְּתַבְעַ דִּיּוּדַע בְּבִירוֹר דְּהוּדְאָתוֹ שְׁל הַתּוֹבַע הִי' בְּטַעוֹ' כִּי סָבַר לְהַרְוִיחַ חַיִּיב וּגְזֵלָן מְקַרִי וְלִצִּיד"ש וְדָאֵי דְחַיִּיב.

וְעִינּוֹן קִצּוּה"ח (ס"ק ט') מַה שֶׁכ' לִיִּישָׁב דְּבָרֵי הַשֵּׁ"ע (ס'י פ"א ס"ד) דְּאִם הַתּוֹבַע תְּפַס מְמוֹן הַנְּתַבְעַ בְּשַׁעַת הוּדְאָתוֹ כְּנֹגֵד מַה שְּׁהוּדָה אִינוּ יָכוֹל לְטַעוֹן הַשְּׁטָאָה וְהַקְּשָׁה הַג"ת וְהַשֵּׁ"ף דְּלִשְׁיטְתוֹ דְּבַט"ח הוּא מְטַעַם הַשְּׁטָאָה וּמוֹכַח דְּבַתְּפַס א"י לְטַעוֹן מְהָא דְּמְהַי בְּתַפְס בַּט"ח אַבְל לְדַעַת הַשֵּׁ"ע שְׁהוּא מְטַעַם הוּדְאָה וְכֹן הַבַּעַה"ת הִיכִי מוֹכַח דְּתַפְסָה מְסַלַק הַשְּׁטָאָה וְכ' דְּלְדְּבָרֵי רַבִּינוּ יְרוּחֵם דְּגַם הָרָא"ש סוּבְרַ טַעְמָא דְּהַשְּׁטָאָה אִם טְעֵנוּ בְּשַׁעַת שְּׂאִינוּ יְדוּעַ דִּיּוּעַ לְחוּזַר מִהוּדְאָתוֹ הִיכָא דְּלִיכָא עֲדִים מְשׁוּם מְשַׁטָּה וְאִם כֹּן מוֹכַח דְּתַפְסָה מְסַלַק הַשְּׁטָאָה עִינּוֹן שְׁם בְּדְּבָרֵי וַיִּשׁ לְהַשִּׁיב עַל דְּבָרֵי דְּהָא לְהַחֲלוֹקִים עַל רַמ"ה הַסּוּגְיָא אֲזִיל לְמ"ד כְּנ"ק וְאִיִּרֵי דִישׁ עֲדִים לְפָנֵינוּ וּבִזְהָ מְהַי תְּפִסָּה אַף בְּחוּזַר מִהוּדְאָתוֹ דְּאִינוּ יָכוֹל לְטַעוֹן מְשַׁטָּה פִּינּוֹן דִּישׁ עֲדִים הָיָה צְרִיף לְהַשִּׁיב עַכ"פ דְּבָר מַה וְעִינּוֹן בְּלִשׁוֹן הָרָא"ש סו"פ הַמְזִיחַ וְכֹן בְּחַטִּים וְשְׁעוּרִים פִּינּוֹן דְּהַשִּׁיב בְּפָנֵי ב"ד סוּבְרִים דְּאִינוּ יָכוֹל לְטַעוֹן מְשַׁטָּה פִּינּוֹן דְּתַבַּע עַכ"פ אִם כֹּן מוֹעִיל תְּפִסָּה אַף שְׁחוּזַר מִהוּדְאָתוֹ אִם כֹּן שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַשֵּׁ"ף (ס'י פ"א) וְכָאֵן עַל הַסַּמ"ע וְאִף דְּהַשֵּׁ"ף (ס'י הַנּוֹ') הָאֲרִיף לְבָאֵר דְּאִף בְּפָנֵי ב"ד בְּהוּדָה יָכוֹל לְטַעוֹן טַעְנַת הַשְּׁטָאָה מ"מ הַסַּמ"ע שְׁם הַסְּכִים לְדַעַת הַשֵּׁ"ע וְעִינּוֹן מַה שֶׁכ' לְעֵיל (ס'י ח"י) מַה שֶׁכ' בְּיָשׁוּב קוֹשְׁיַת הַג"ת וְהַשֵּׁ"ף.

וְעִינּוֹן קִצּוּה"ח (ס"ק י') מ"ש בְּדְּבָרֵי ר"י וַיִּשׁ לְגַמְגֵּם בְּדְּבָרֵי הָא אִף אִם סַלַק הוּדְאָתוֹ מ"מ חַיִּיב עַפ"י עֲדִים דְּאִינָם יוֹדְעִים אִם גְּדוֹל הַזִּיק אוֹ קָטָן וְכִי בְּשַׁבִּיל שְּׁהוּדָה הַנְּזִיק שְׁהַקְּטָן לֹא הַזִּיק יְגַרַע וְלֹא יִקַּח כְּלוּם אֲמָנָם לְמַה שֶׁכ' לְעֵיל אֲתִי שְׁפִיר.

וְעִינּוֹן תוּמִים (ס"ק ז') דַּכ' גַּם כֹּן מְאִיזָה טַעַם יְתַחַיִּיב לְשַׁלֵּם מִהַקְּטָן אִם עַל פִּי עֲדִים הָא גְּפָסְלוּ בְּהוּדְאָתוֹ שְׁל הַנְּזִיק וּבְהוּדְאָת פִּיו הָוִי לִיָּה מוּדָה בְּקַנְס דְּפִטוּר וְלֹא הַבְּנָתִי הָא אִיִּרֵי דִישׁ עֲדִים דְּאֶחָד נִגַח וַא"י אִם הַגְּדוֹל אוֹ הַקְּטָן כְּמוֹ שֶׁכ' הָרָא"ש אִם כֹּן אַף דְּהוּדָה דְּהַקְּטָן לֹא הַזִּיק הָא גַּם הַמְזִיק מוּדָה דְּהַקְּטָן הַזִּיק.

וְלֹא שְׁיִיף בְּזֶה מוּדָה בְּקַנְס וְאִף אִם נְסַלַק הוּדְאָתוֹ מ"מ הוּא לֹא פָּסַל אֶת הָעֲדִים דְּעֲדִים אִינָם יוֹדְעִים אִם גְּדוֹל אוֹ קָטָן הַזִּיק. אֲלֵא וְדָאֵי הַטַּעַם דְּהוּדְאָת הַתּוֹבַע עֲדִיר דְּעֲלִיו לְדַקְדַּק בְּיֹוֹתֵר.

אמנם דעת ר"י ז"ל דאם מחזיק בהודאתו חייב לשלם פינון דלא הקנה לו מטעם הודאה דאדרבה. הרי רוצה בחטים שישנה יותר ועל פרוטה דטועה בדמיונו או דרוצה ביותר ובוש מלהודות ולחזור מדבריו לכן עכ"פ חייב בדמי שעוריה דממנ"פ יכול לקבל על חטים גם פן לסלק חיובו ותביעתו של התובע מה שאין פן בקנס כ"ז דהב"ד אינם מחייבין אותו אינו חייב אף לציד"ש אם פן פינון דמחזיק בהודאתו דרך הגדול הזיק ולא הקטן וכפי דברי המחזיק בב"ד יכולין לחייב את הגדול רק הקטן וקטן בעד הגדול אינו חייב לשלם דכל זמן שהב"ד לא חייבו את הקטן אין לו בו כלל אף אם באמת הזיק הקטן מה שאין פן בחטים ושעורים יכול לקבל ולהחזיק בעד החטים השעורים ויש בדברים האלה ליישב דברי רש"י סו"פ המניח ע"ד הפלפול ולפי שהוא אריכת דברים לא פתבתי וגם זה המעט הוא.

מטל ילדותי וכעת אין לי פנאי לשקול הדברים בפלס מגודל טרדומי וסמכתי להניח הדברים כפאשר המה בכתובים בידי אולי ימצא בהם המעיין דבר טוב וד' יחנני ויסיר ממני טרדומי כפאשר עם לבבי: ועיין נתי"מ דכ' דלא מהני תפיסה גבי תרי הודאות דסתרי אהדדי להוציא מחזקה דמעיקרא והא באומר אין זה אחי (סי' ר"פ) דאזלינן בתר הודאת דמאן דמודה אין זה אחי אף דשם אין שום אחד מוחזק ואין לשום אחד חזקה דמעיקרא הטעם פינון דזה שמודה הוא ודאי יורש שהרי המת והוא בעצמו הודה זה לזה והם ספק יורשים אין ספק מוציא מידי ודאי כמו ביבמות גבי ספק ויבם ושם גם כן לא מהני תפיסה.

והנה מה שכ' דלא מהני תפיסה בתרי הודאות דסתרי אהדדי כפר הביא הקצוה"ח שלא כן כ' הרמב"ן מ"ד ומ"ש באומר זה אחי ואחיו אומר אין זה אחי הטעם משום אין ספק מוציא מידי ודאי פן כ' גם פן בקצוה"ח (סי' ר"פ) משם אחיו בעל קה"ס ז"ל.

והנה מבואר מדבריהם דנוטל אח זה הפל וכן משמע מפשט הש"ע שם דאח זה נוטל כל רבנות לוי אולם בהג"א שם כ' דאינו נוטל רק חלקו פינון דמודה דגם להשני יש לו חלק ומדברי הרא"ש שם מבואר דהוי סילוק שכ' דמפאן מוכיח הר"מ ז"ל באמר לחבירו חייב אני לה מנה ומשיב אינך חייב לי הוי מחילה ועיין מל"מ (פ"ד) מנחלה ומבואר מדברי הרא"ש דלא מטעם תרי הודאות דסתרי אהדדי אתי עלה.

ומה שכ' מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי לא אבין כלל כיצד נאמר שם אין ספק מוציא ודאי מאי מועיל במה שיש לו בנדאי החצי ובס' ויבם מהני פינון שהוא יורש ודאי ואינו מודה על הספק שהוא יורש וכינון דאנו מסופקין אם הוא יורש אבל שם אם הוא יורש ודאי מודה שגם אחיו הוא יורש רק הספק אם גיזל בתר הודאת שמעון והוי פמתנה ובהודאה או סילוק וכינון דהוא ספק ראוי לומר יחלקו פינון דגם לדברי הנדאי אחיו הוא גם כן ודאי יורש רק הספק אחר הודאות של מי גיזל אם בתר הודאת ראובן או שמעון וכיצד שייך בזה לומר אין ספק מידי מוציא ודאי ועיין רמב"ן יבמות (דף ל"ז) ודברי האחרונים צ"ע.

ולמה שכ' דבתרי הודאות דסתרי אהדדי מהני אמתלא על פרוטה הא דלא יירשו שם (סי' ר"פ) שמעון הוא כמ"ש הנתיבות שם (ס"ק ג'): וראיתי בירושלמי יבמות (סו"פ ב"ש)

הוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי פשיטא דהוא מעלה לה מזונו' פשיטא שאינו יורשה לא צריכא דלא מהו שיריש נכסי אחיו.

היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי פשיטא שאינו מעלה לה מזונות פשיטא שאינו יורש נכסי אחיו ל"צ דלא מהו שירשנה עכ"ל הירושלמי והיינו ביבם ויבמה שטוענין באם היבם אמר בעלתי תוך ל' יום חייב לתת לה מזונות פיון דמודה שהיא אשתו ואינו יורשה פיון דהיא מכחשת רק הספק הוא אם יורש נכסיו אחיו ובהיא אומר' נבעלתי והיא מכחישה אין לה מזונות רק הספק אם יירשנה וצריה להבין ברישא אמאי יתחייב במזונות פיון שהיא אומרת לא נבעלתי הוי כתרי הודאות דסתרי אהדדי ומחייב תתי מוציאין ממנו מזונו' והוי פאומר פתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כ' ולא נתן לי מס' גיטין (דף מ' ע"ב) הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ועל פרחף איירי דעומדת בדבריה דלא נבעלה דאם לא כן למה אינו יורשה וכו' יש להבין מה מסתפק בהיא אומרת נבעלתי אם יורשה למה לא אזלינן פתר הודאתה וזה י"ל דהודאה לא מהני רק במודה שיש עכשיו לזה זכות בדבר גזה"כ דהודאת בעל דין כק' עדים אבל בזה פיון דליכא נ"מ עכשיו לעגנו ירשנה והוא מכחיש י"ל דמה שאומרת נבעלתי הי' פדי לקבל מזונות ואזלינן פתר הודאתו דלא נבעלה ואף די"ל דניזול פתר הודאתו ונתתיק הירושקת בחזקת יורשיה מ"מ י"ל דהוא יכול ליתן גם כן אמתלא דמה שאמר לא בעלתי הנה פדי לפטור ממזונות.

אף הראשון קשה למה בהוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי למה חייב במזונות. וראיתי שם בקרבן עדה דכ' דהודאתו מהני לחייב א"ע והודאתה שאין לה מזונות אין זו הודאה לחובתה דלפעמים מע"י עדיפי ממזונותיה עיין שם וזה דוחק גדול.

עוד כ' שם דנסתפק תובע ונתבע שפפי טענת התובע נפטר הנתבע וכפי טענת הנתבע יצא חייב הדין עם מי והכא לפי דברי אשה אין לה מזונות אפ"ה שמעינן לדברי הבעל יש לה מזונות אף לפי מה שכתבתי הספק במקומו עומד.

ולא אדע לכלפל דבריו הא מבואר בדברי הרא"ש ב"ב הנז' משם רבינו מאיר דאם ראובן אמר לשמעון אני חייב לך ושמעון אמר אינך חייב לי פטור ראובן אעפ"י שאינו מוחל לו פטור ואע"פ שיודע בנדאי שחייב לו ועיין ש"ע (סי' ע"ה סי"א).

ומה שכ' עוד שם דכיון דלא תבעה מזונות להוי כט"ח והודה בשעורין וכ' דהתם מחל לו אבל הכא לא מחלה לו אלא דאומרת שלא נתחייב לה וגם זה קשה לשמוע ועיין תוס' פתובות ס"פ הפותב ובמ"א יבואר ברצות ד' בבבאור דברי הירושלמי: סי' לה הש"ך (סי' פ"ט ס"ק ג') מסיק אף דבכ"מ שזכיר נשבע ונוטל אם הוא חשוד אין על בעה"ב רק שבועת היסת והאריה לדחות ראיות הרמב"ן מש"ס.

ולכאורה י"ל דעל הא דקאמר בש"ס ר"פ כל הנשבעין עקרוה רבנן שבועה מבעה"ב כ' שם הרמב"ן ובש"מ ב"מ (דף קי"ב) דהי' צריה עכ"פ לחייב לבעה"ב שבועה מטעם דנדאי הנה חזקת חיוב ואליו נושא את נפשו וכן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו והבעה"ב י"ל מחמת טרדתו שוכח והי' מהראוי לתקן שבועה וצקרוה ושדיו' על השזכיר וכ"כ הרשב"א שם ואם כן למה דמסיק דהוא מטעם טריד בפועליו והיינו משום הנד

טעמים בלחוד תקנו שבועה ושידיו על השכיר משום דבעה"ב טרוד וע"ז הקשו הש"ס וליכתב ליה בלא שבועה פיון דמהראוי לתמן על בעה"ב והוא אינו יכול לישבע מטעמים הנז' ואז הנה באמת הדין אף בחשוד דלא שייך חזקה א"א תובע אא"כ יש לו דמ"מ לא פלוג חז"ל בתקנתן כמו דמחייבין על ידי טענת פל אדם היסת אף דלא שייך בחשוד חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו אבל אחר דמשני הסוגיא דכל השוכרים שרוצים ליטול חייבין שבועה כדי להפסיק דעתו של בעה"ב ממילא בשכיר פשיאנו יכול לישבע לא מחייבין לבעה"ב שבועת המשנה פיון דאצלו בלבד ל"ה פלל התקנה פיון דל"ש החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו: אף נראה דאף בחשוד שייך החזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו דעכ"פ אינו יכול להעזי נגד חבירו המפיר בשקרו והוי תציפות יתירא דאל"כ יקשה חשוד המודה במקצת יהיה נאמן במגו דאי בעי הנה כופר בכל ואי בחזקה אין אדם מעזי הא חשוד הוא ויכול להעזי אלא ודאי דחז"ל ירדו לסוף דעתן של ב"א דאף החשוד אינו יכול להעזי פשחבירו מפיר בשקרו דאף דחשוד לגזול וכדומה מ"מ אינו חצוף להעזי פנים כ"כ נגד המפיר בשקרו.

וכמו כן שייך לגב' חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו. ועיין בתומים שכתב להקשות דלמה יישבע בעה"ב היסת באם השכיר חשוד הא ל"ש אצלו חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו ולמ"ש מוכח דאף בחשוד שייך חזקה הנז' וביותר י"ל דלא אלים כ"כ החזקה דאין אדם מעזי נגד חשוד פיון דנה מוחזק לחשוד יאמינו להנתבע ביותר לכך חייב בהיסת: והנה לכאורה נתקשיתי בחשוד דהדין דשפגגדו נשבע ונוטל ובשניהם חשודין חזרה השבועה למקומה ומתשאל"ם להימן במגו דכופר הפל ואי דהוי מגו דהעזי הא רוב הפוסקים סוברים דרק לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזי ולאפטורי מן ממון אמרינו מגו דהעזי.

ומצאתי בספר ח"ש שעמד ע"ז והניח בצ"ע ויש ליישב על פי מה שכ' בתומי' פללי מגו (ס"ק פ"א) בטעמא דמילתא דל"א מגו דהעזי לאפטורי משבועה ולענין לפטור מן ממון אמרינו דהוא משום דבאמת נמצאים בני אדם המעזין ואצלים הוי המגו פאנו סהדי דאומר אמת ולכך אמרינו מגו דהעזי לאפטורי מן ממון דלא נוכל להוציא ממון ממנו דדלמא הוא מן בני אדם שיכולין להעזי ויש לו מגו טובה אבל לאפטורי משבועה לא אמרינו פיון דכל ענין שבועה באה רק מספק לברר על ידי השבועה לכך לא פטרינו אותו משבועה מספק דדלמא אינו יכול להעזי ולכפור בכל.

ולפי זה בחשוד פיון דאף דהוא חשוד מ"מ דלמא א"י להעזי במה שחבירו מפיר בשקרו ונשאר עדיין עליו לברר הספק על ידי שבועה ואף דהוא חשוד מ"מ דלמא אינו יכול להעזי ולכפור בכל ורמזא עליו על פי חזק התורה לברר הדבר על ידי שבועה והוא אינו יכול לישבע מחוייב לשלם.

ובשכיר פשחכרו שלא בעדים דנאמן בעה"ב במגו דלא שכתיה דעת הרמב"ם דאף במודה במקצת אף דהוי העזי מ"מ נאמן במגו דכופר הפל והיינו פיון דבאמת הבעל הבית טוען טענת פרי שיודע ויכול לישבע רק הב"ד אין מניחין לו שישבע ומהראוי שנאמר מתוך שאיל"ם אבל פשיש לו מגו אמרינו דשפיר מדייק כמו שכ' תוס' ומניחין לו שישבע ולכך מהני המגו אף דהוי מגו דהעזי מ"מ לאפטורי מן ממון אמרינו ובחשוד רמי עליו שבועה ואין הב"ד יכולין למסור לו שבועה ולא נתברר על ידי שבועה לכך

הדין דשפנגדו נשבע ונוטל אכל פאן הב"ד מניחין לו שישבע פיון דעל ידי המגו נתברר דמדייק רק לעגן שבועה ל"מ המגו מטעם הנז' דצריף לברר בשבועה אף דדלקא הוא מביי אדם שאינן יכולין להעיוז והב"ד מוסרין לו השבועה דעכ"פ על ידי המגו ומספק אמרינן דזוכר אף שהוא טרוד בפועליו ואין מוציאין ממון משא"כ בחשוד דאין בשום אופן שימסור לו הב"ד שבועה: אולם דעת הר"י מובא בטור בשכרו שלא בעדים דנאמן בעה"ב במגו פשהו כופר הפל אכל פשהו מוב"מ א"נ דהוי מגו דהענה והקשו האחרונים הא לעגן ממון אמרינן מגו דהענה עוד הקשו הא עכ"פ יש לו מגו דלא קצץ אלא אחד.

ועוד מה הקשו הסוגיא על רב ושמואל מהא דשכיר בזמנו נשבע ונוטל כיצד כו' מדסיפא בראיה רישא בלא ראיה דלקא שם איגרי במוב"מ וע' ספר חמדת שלמה חח"מ. וי"ל על פי דברי הרמב"ן הנז' דהוי להו לרבנן לתקוני שישבע הבעה"ב דאלימי טענותיו דשכיר הואיל ויש עדים ששכרו ונתחייב לו ועדיין הוא תו"ז ועוד דשכיר דייק טפי והו"ל לרבנן לתקוני שישבע בעה"ב ועקרו רבנן ששירת הדין של תקנה עליו לישבע ושדני אשכיר משום פדי חיו.

ולפי זה למאי דאסיק הש"ס משום דבעה"ב טריד בפועליו ופירשו הרמב"ן והר"ן דעכ"פ צריף גם כן לטעם משום פדי חיו והמתבאר מדברי הר"ן אף דלס"ד גם כן הי' ידע מטעם דבעה"ב טריד כמבואר שם מ"מ לס"ד הנה סבר דמשום טעם דקצת טריד וגם כן פיון דשכרו בעדים ואינף טעמים שכ' הרמב"ן ראוי הי' שישבע הבעה"ב ומשום פדי חיו דשכיר שדאי אשכיר ולמסקנא דמשום פדי חיו אינו ראוי לתקן להוציא ממון רק עכ"פ חיוב שבועה יש על בעה"ב ומטעמים הנז' גם כן הואיל דנתחייב בנדאי וכיון דמהראוי שישבע וכיון דהוא טרוד א"י לישבע שדאי אשכיר שישבע ויטול [וקצת יש להתבונן בדברי הר"ן דלס"ד כ' גם כן מטעם טריד שדאי אשכיר ובקושיא דא"ה אפילו קצץ נמי כ' דבשלקא לטעמא דכדי חיו ל"א בעה"ב טריד בפועליו וצריף לדחוק בדבריו] ולפי זה סובר הר"י דהא דאמר שמואל ל"ש כו' אכל שכרו שלא בעדים מתוך שנאמן לומר לא שכרתיף י"ל דלאו מטעם מגו הוא דמגו גרוע הוא פקושתית התוס' די"ל בדדמי ואינו סובר כתירוץ התוס' רק סובר דהוא מטעם פיון דלא נודע החזקת חיוב אלא על פיו והוא אומר שפבר פרע נאמן דעיקר חיוב שבוע' שראוי הנה שישבע הבעה"ב הוא מטעם הנז' דראוי לתקן הואיל דאליו הוא נושא את נפשו וחזקת חיוב וכיון דטריד בפועליו ואינו יכול לישבע תקנו שישבע השכיר ויטול אכל עכ"פ צריכין לגוף התקנה משום פדי חיו גם כן ולא סבר כמו שכ' תוס' דהוי כא"י אם פרעתיה פיון דהוא טוען שיודע בכרי ולא גרע מלה"ל למידע רק פיון שחיוב שבועה עליו דבעה"ב מטעמים הנז' וכיון דטריד ואינו יכול למסור לו השבועה נשבע השכיר ונוטל אכל בשכרו שלא בעדים פיון דאין אנו יודעין משום חיוב אלא על ידי פיו והוא אומר שפרע אין מהראוי לתקן שבועה על בעה"ב ודומה קצת למה שכ' הרמב"ן ב"ב (דף ע') בהא דקאמר בש"ס שם דאינו נאמן החזרתי במגו דנאנסו דהוי חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכ' אע"ג דמודה בשטר שכתבו צריף לקיימו ש"ה כ"ז דאינו מקיימו לאו שטר הוא פלל ה"נ אף דמודה דהי' חזקת חיוב מ"מ הוא אומר שפרע והפה שאסר הוא ששהתיר וכיון דלא נודע חזקת חיוב אלא על פיו

אין מהתקנה לחייב שבועה להבעה"ב ולקב"ב לא מהני שוב מה דהוא טריד בפועלו פיון דליכא שם שבועה על בעה"ב דבכה"ג.

ל"ה התקנה אבל פשהוא מוב"מ אעפ"י דנאמן דאינו טריד ונאמן במגו מ"מ חייב שבועה עליו דמגו דהענה לפטור משבועה ל"א וכיון דיש עליו חייב שבועה ואמרינן דהוא טריד ואינו יכול לישבע מחויב לשלם וזה שכתב הר"י דמגו דהענה ל"א הפוננה לאפטורי משבועה וכיון דעכ"פ רמיא עליו החייב שבועה דלזה לא מהני המגו אף אם לא היינו אומרים דטריד בפועלו עכשיו דטריד וחייב שבועה ואין מניחין לו לישבע חייב לשלם.

אבל רמב"ח דאמר כמה מעליא הא שמעתתא סובר מטעם מגו ולא מצד הסברא והקשה רבא שפיר משבועת שומרים דגם כן שנייה בדדמי וכמו שכ' הר"ן אבל אליבא דידן י"ל דלאו מטעם מגו רק כמו שכ' פיון דלא נודע החזקת חייב רק עפ"י בזה ל"ה כלל התקנה שישבע בעה"ב דלא נשאר רק דטריד ובזה לבד לא נוציא ממון: ולפי"ז פשהקשו בש"ס שם אחר כך מהא דתני בשכיר מדריש' בראיה קאי על דברי רב"ח דמטעם מגו הוא וס"ל דאמרינן בזה מגו וכמו שכ' תוס' וכיון דמשום מגו הוא אין חילוק בין מוב"מ לכופר הפל דעכ"פ יש לו מגו לאפטורי מן ממון ומניחין לו לישבע כמו שכ' לעיל בשיטת הרמב"ם.

אבל אליבא דידן דסוגיא דעלמא הוא חייב שבועת שומרין אף בלא אפקיד בשטר וע"כ כמו שכ' הר"ן דהוי מגו בדדמי וע"כ הא בשכרו שלא בעדים דהבעה"ב נאמן לאו מטעם מגו רק כמו שכ' הואיל דלא נודע החזקת חייב רק על פיו לא תקנו בזה שבועה וכשהוא מוב"מ דעכ"פ יש חייב שבועה ועל די דטריד אין מניחין לו שישבע לקב"ב ישבע השכיר ויטול.

ולא קשה גם כן דיהיה נאמן במגו דלא קצץ אלא אחד פיון דעכ"פ מגו לאפטורי משבועה ל"א וחייב לישבע ואינו יכול לישבע משלם. ואין להקשות למה שכ' הרמב"ן דהתקנה שישבע בעה"ב הי' משום חזקת חייב א"כ במחולקין בקציצה לר' יהודה דהשכיר נשבע ובוטל בזה לא שנייה חזקת חייב די"ל פיון דמוב"מ ושנייה פדי חייב גם כן ע"כ לר"י.

ומנושב בזה הא דהקשו על דעת הרמב"ם דסובר במוב"ם דנאמן במגו נשאר קושית תוס' ב"ב (דף מ"ו) ד"ה אלא ולהנ"ל לר"י לא שנייה מגו פיון דשנייה לגמרי פדי חייב אף בקציצה ושוב הוי מתשאל"ם כמו שכ' בדעת הר"י.

ולכאורה י"ל דגם להרמב"ם בשכרו שלא בעדים לאו מטעם מגו מהימן רק פיון דלא נודע החזקת חייב אלא על פיו רק דסובר פיון דמודה במקצת לא שנייה טריד בפועלו. והא דהקשה הש"ס א"ה אפי' קצץ נמי היינו פיון דעכ"פ שנייה קצת פדי חייב וכיון דשכרו בעדים וכמו שכ' תוס' דאירי בשכרו בעדים וכיון דנודע החזקת חייב שלא על פיו שפיר הוי מתשאל"ם.

אבל בשכרו שלא בעדים דלא נודע חזקת חייב רק על פיו בזה לא נשאר רק הסברא דטריד ובזה לא עשו התקנה שיהיו טענותיו של בעה"ב פשמא פיון דל"ש כ"כ פדי חייב כמו שכ' הר"ן ז"ל בסוגיא מה שאין כן פשהקשו הש"ס א"ה אפילו קצץ נמי איירי בשכרו בעדים וכיון דנודע החזקת חייב וגם כן קצת סברת פדי חייב כמו שכ' הר"ן דגם

בקציצה עכ"פ מחויב הבעה"ב לישיבע אם כן נוטל השכיר אבל בשכרו שלא בעדי סובר הרמב"ם פ"ג דעכ"פ הוא מוב"מ ועכ"פ ישיבע ולא ילה השכיר בפחי נפש וכינן דלא נודע החזקת חיוב רק על פיו ולא שייך בזה כ"כ פ"ג ח"ו ד"ש שבועת התורה על בעה"ב.

והר"י סובר פ"ג דעכ"פ שייך פ"ג ח"ו וטרוד בפועליו הוי משאיל"ם וכנ"ל: וכן יש ליישב גם פ"ג דברי הרמב"ם דסובר דאף בשכרו בעד א' נאמן בעל הבית בהקיסת והקשו קא עכ"פ אם הנה טוען לא שכרתיך ה' חייב שישבע להכחיש העד ישבע עכשיו גם כן ועיין בש"ך (ס"ק ה') ולמה שכ' בשכרו שלא בעדים לאו מטעם מגו מיקטר רק בזה הניחו חז"ל על דין תורה פ"ג דלא נודע החזקת חיוב רק על פיו והפה שאסר הוא שהתיר ולכך בשכרו בעד א' מ"מ לא נודע החזקת חיוב דעד א' לגבי ממון לאו כלום הוא: עיין תומים שהקשה על הרמב"ן דמוקי ברייתא דאמן אומר שתיים קצצת לי כמ"ד אמן קונה בשבח כלי ולכך אינו חייב האמן לישיבע כ"ז שהטלית בידו אם כן למה בעבר זמנו קשנתנו לו הממע"ה קא לא שייך בל תלין פ"ג דקונה בשבח כלי.

ולכאורה י"ל דתוס' הקשו למה בעבר זמנו בעל הבית נאמן הרי שיהי עבר וי"ל דהא הקשו לר' יהודא דלא תקנו אלא פשיבעל הבית מודה במקצת להימן לבעל הבית במגו דכופר הפל והוי למפטר מן ממון וכתבו פ"ג דלעולם אית ליה מגו זו על פ"ג דצ"ח לומר שפ"ג הנה תקנת חז"ל דלא יהי המגו של בעל הבית.

אבל כשהוא אחר זמנו שוב נאמן במגו דכופר הפל דבזה לא הוי תקנת חז"ל וראיה דהא בשכרו שלא בעדים לא יחלוק ר' יהודא דלא מהני מגו דלא שכרתיך וצ"ח לומר דרק מגו הזאת דשייך לעולם אבל בשכרו שלא בעדים ד"ש עכ"פ מקום לתקנה מהני כמו כן י"ל בעבר זמנו לא צ"ח לטעמא דחזקה דאין בעה"ב עובר רק שוב נאמן במגו דכופר הפל דבעבר זמנו לא תקנו: ועוד נראה דלכאורה יש לעיין על הש"ע שכ' במחולקין בקציצה ותובע אחר זמנו שישבע בעל הבית היסת ואמאי קא לא שייך החזקה דאין בעל הבית עובר על בל תלין וכן הקשה בתומים (ס"ק ט"ו) וי"ל דעל פ"ג דצ"ח לומר כמו שכ' תוס' ב"ב (דף מ"ה) דמה דשקה שקה ומה דלא שקה כו' וע"ש בש"מ בבבאור הדברים די"ל דהשכיר לא רצה ליתול עד שיתן שתיים ואם הנה באמת כ"ז הנה תובע אותו מיד לב"ד ולכך פשיקה פל כ"ז ראה דלא קצץ לו אלא אחד ולא רצה ליקח אולי יתן לו שתיים ע' שם רק קא דהסוגיא נקט תרתי דאינו עובר על ב"ת ושכיר אינו משקה י"ל עפ"י דברי ראב"ד בש"מ ב"מ (דף ק"ב) וז"ל ק"ל מ"ט לא חשיב לגבי בעל הבית חזקה דממונא ונ"ל משום דהאי חזקה מיקלש קלישא דהא מידע ידעי דהאי שכיר עביד ליה עבידת' ואתחילי ליה אגרא דהוי ליה בחזקה ומשום הכי לא חשיב ליה עכ"ל והיינו כמו שכ' לעיל פ"ג דעכ"פ ה' חזקת חיוב ולכך אף בעבר זמנו בעינן לחזקה דאין בעל הבית עובר ואין שכיר משקה אבל במחולקין בקציצה אף ד"ש עדים ששכרו פ"ג דלא ידעו בכמה קצץ שוב אמרינן דמוקמינן על חזקת ממון שלא קצץ לו רק אחד בשלמא פשיחולקין בפרעון שפיר נשאר חזקת חיוב אבל פשיחולקין בקציצה די בחזקת ממון וי"ל דל"צ עוד לחזקה דאין שכיר משקה שכרו דחזקת ממון עדיף ואם לא סגי אמרינן מה דשקה שקה כמו שכ' תוס' ונשפיר שייך חזקה דאין שכיר משקה שכרו.

ונאיתי שפיר דברי רמב"ן דבעבר זמנו נפטר הבעל הבית אף בלא חזקה דאינו עובר על כל תלין פנ"ל ונאיתי שפיר דברי הש"ע פשמןחלקין בקציצה בעבר זמנו דישבע בעל הבית רק היסת בלבד: אם עשה השכיר מלאכה מעצמו אף דחייב הבעל הבית לשלם כ' התנאים דמ"מ בלא שָכְרוּ לא עשו חז"ל בזה תקנה ולכאורה מדברי מהרש"א ב"ב שם לא נראה פן דכ' בָּהָא דְכָתְבוּ תוּס' דְהוּי לִיה לְמַנְקֵט בְּבְרִייתָא רְאוּהוּ בְּיָדוּ דְשׁוּב לִית לִיה מְגוּ וְכָתַב מְהֵרָשׁ"א ו"ל למה שכ' תוס' להלן אמאי בזמנו נשבע ונוטל יתיה נאמן במגו דכופר הפל וכתבו דהוי מודה במקצת במגו דכוה"כ ואם פן שפיר נקט רבותא בנתנו לו בזמנו דנשבע ונוטל אף דיש לו מגו מה שאין פן אי איירי בראיה עדיין בידו לית ליה מגו דלא שכתיה ויהיה ס"ד היכא דיש לו מגו בעל הבית נאמן לקח נקט רבותא בנתנו לו דאף דיש לבעל הבית מגו גם פן נאמן.

ואם נאמר דבעשה מלאכתו בלא שָכְרוּ לא נעשה התקנה אם פן אף בראיה בידו יש לבעה"ב גם פן מגו דלא שָכְרוּ למלאכתו רק מעצמו קבל וירד לאומנתו ובזה היה שוב נאמן לומר פרעתי ונאם פן שפיר היה יכול למינקט בראיה בידו בזמנו נשבע ונוטל אף דיש לבעל הבית מגו דלא שכתיה רק מעצמה עשית המלאכה ואז לא הוי נוטל רק כפי השומא ובברייתא משמע דלעולם האמן נאמן אף אם אינו שנה בשומא כפי שתובע ועל פרקה דאינו נאמן בזה במגו.

ובאמת לדברי התנאים יש ליישב קושית מהרש"א וליישוב נמי קושית תוס' דיהיה נאמן במגו דכה"כ הא ע"כ איירי דנתנו לו בפני עדים דאם לא פן אף בזמנו יהיה נאמן במגו דהי' טוען שפיר עבר זמנו אלא נדאי דאיירי שנתנו לו בפני עדים דליכא מגו ואם פן לא שייך מגו דלא שכתיה ולדברינו י"ל אף שהחזיר לו בעדים יש לו מגו דלא שכת אותו רק מעצמו ירד למלאכתו ואינו חייב רק כפי שומת ב"ד ושפיר הקשו תוס'.

ובתנאים פתב לפרש דברי תוס' עפ"י דברי הר"ן בדעת הגאונים וכ' דקושיתם הוא על רישא דכ"ז שהטלית ביד האמן. ובדברי תוס' מבואר דקושיתם הוא למה בזמנו נשבע ונוטל מבואר דקושיתם על נתנו לו ומ"ש שם עוד דבאמן הוי הילך דמשפון כזה הוי הילך קשה הא מבואר ברמב"ם דכ"ז שהטלית ביד האמן אף דאין לו מגו דלקוח מ"מ חייב בעה"ב לישבע שבועת מודה במקצת הרי באמן גם פן פיון דלא בא לידו בתורת משפון ולא רצה רק בפעות לא הוי הילך.

כל מה שכתבתי סי' זה הוא מטל הילדות ולא ניתן העת לקחת הדברים על כור הבחינה מגודל הטרדות ואם שגיתי ד' הטוב יכפר: סי' לד החשוד על השבועה אם חייב שבועה דאורייתא שפנגדו נשבע ונוטל ואם שניהם חשודי דעת המחבר דחזרה שבועה לנתבע ומשי"ל משלם ודעת הרמ"א דיחלוקו כמבואר (סי' צ"ב) ואם תבעו ק' והודה בנ' ויש לו עד המסייע י"ל דפוסטר אף אם נאמר דבמשאי"ל דמשלם דאין עד המסייעו פוסטר כמבואר בש"ך (סי' פ"ז) ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"ח) מ"מ בחשוד פוסטר דנאמן במגו דהי' כופר בנ' האחרים שהודה דלא פירע ואף דהעד אינו מעיד רק על פרעון נ' בזמן א' מ"מ נאמן במגו דהיה טוען על הנ' האחרים שהודה שפרע לו גם פן ואף דהוי מגו דהעצה דל"א לאפטורי משבועה מ"מ לאפטורי מן ממון אמרינו ונא דל"א בחשוד המודה במקצת שיהיה נאמן במגו דהוי לאפטורי מן ממון כפר כתבתי לעיל סי' הקדום דמ"מ



כיוון דהתורה רמזא עליו החיוב לברר בשבועה פשהודה במקצת ומגו לא ברור גמור  
הוא היכא דהיה צריך להעזי לכה נשאר עליו החיוב שבועה לברר.

אבל פשיש לו עד המסייע הפוטרו מן ברור דשבועה שוב נאמן במגו דהיה אומר כמו  
שאומר העד ופוטרו מן השבועה. ועיין ב"י (סי' כ"ח) שכ' בנכרי המודה במקצת ועד א'  
מסייעו אע"ג דבדינינו מחויב לישבע ונכרי אינו יכול לישבע משום דלא מהימן ליה  
משלם אפי"ה אם יש עד א' המסייע פוטרו משבועה בדינינו והלכה שרי לאסוהודי  
ומבואר דעד המסייע פוטרו ועיין קצוה"ח (סי' פ"ז סק"ט) דהוכיח מזה דעד המסייע  
פוטרו במתוך.

ולמ"ש אינו ראיה דלגבי חשוד נאמן החשוד במגו. וראיתי למרן רע"א ז"ל שהביא משם  
ספר דת אש דהיכא דשפנגדו נשבע ונוטל עד המסייע פוטרו מלשלם ודוקא היכא  
דנתחייב בלא שבוע' התובעו בזה אינו פוטרו וכ' רע"א מתוך דבריו נכר בשניהם  
חשודים דצריך לשלם ממון גמור אין עד המסייע פוטרו עכ"ד.

ועינתי בספר הנז' וראיתי שעמד על דברי ב"י הנז' ומחלק דכיון דהתובע צריך לישבע  
אין זה עדיין דין ממון. ומזה דן הגרע"א ז"ל דבשניהם חשודין אינו פוטרו.

ברם היכא דיש לו מגו יש לומר דנדאי פוטרו כמו שפכתתי בטעם הדבר ובלא"ה  
להסוכרים דבחשוד הא דשפנגדו נשבע ונוטל הוא אינו מן הדין דהוי מתוך שאיל"ם  
דמה"ד כיון דרוצה לישבע הוא פטור כיון דרק אנו לא מניחין לו לישבע כמו שכ' תוס'  
ב"מ (דף ה') לדת פירוש אם כן היכא דיש לו עד המסייע דפוטרו אותו משבועה בזה אינו  
חייב לשלם די"ל דעל זה לא הוי התקנה שיהיה שפנגדו נשבע ונוטל או כששניהם  
חשודין יפסיד הנתבע שלא כדיון.

ואף אם קנסיהו להחשוד לא מצינו שקנסוהו רק כשרמזא עליו חיוב שבועה ומצד שהוא  
חשוד לא נוכל למסור לו השבועה אבל היכא דאם לא הוי חשוד היה פטור מפת דהעד  
מסייע לו גם עכשיו פוטרו אותו ולא מקרי שזה פוטרו מן ממון ואף לתירוץ השני של  
התוס' ב"מ שם דמה"ד הוי מתשאל"ם והא דשפנגדו צריך לישבע הוא משום תיקון  
החשוד דלא שבקת ליה חיי מ"מ כיון דיש לו עד המסייע י"ל דפוטרו אותו משבועה  
ובפרט לדעת תוס' ב"ק (דף ק"ח) לא מיפסל רק מדרבנן ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"ט):  
והנה היכא דפסקו הב"ד דהואיל דהוא חשוד שפנגדו ישבע ויטול ואחר כך שב החשוד  
בתשובה מעליא ונזר לכשרותו בטרם שנשבע השפנגדו כ' הקצוה"ח (סי' ס"ט)  
בפשיטות דקם דינא לא מפעי לדעת הרבנינו אברהם שכ' הבעה"מ ב"ב שהביא שם  
דסובר בלה"ל למידע דליכא ריעותא לא אמרינן ביה מתוך שאיל"ם אלא בענין הוי  
שניהם חשודין דאיכא גבי לנה ריעותא דחשודא א"נ בנ' ידענא ונ' לא ידענא דריע נמי  
טענתיה מה שנא דידע בהני ולהני לא ידע ה"נ בשעת הדין כפר ריע טענתיה ואמרינן  
מתשאל"ם אלא אפי' לדעת הרמב"ם וסייעתו דאין חילוק בין ריע טענת' או לא מ"מ  
כיון דהיה כפר חשוד בשעת טענה ונהי ליה בדין משאל"ם ושפנגדו נשבע ונוטל לא  
הדר דינא אפילו עשה תשובה אחר כך.

ומפשוטות דבריו נראה אף קונדם שנשבע התובע גם פן הדין הוא פן. וילדעתי העניה צריף תלמוד לדון בזה לומר קם דינא ואף לדעת רבינו אברהם נראה מדבריו מדכ' בקיו שניהם חשודין דאיכא גפי לנה ריעותא דחשדא ולא כ' על אם הנה הלנה חשוד דריעותא דלנה גורם ולכה שפנגדו נשבע ונוטל דס"ל דבאמת מן הדין לא הוי מתשאל"ם פיון דרוצה לישבע רק תקנת חכמי' הי' וקנסיו ליה שיהיה שפנגדו נשבע ונוטל רק באם גם המלנה הוא חשוד דחזרה שבועה למחויב לה ונוטל המלנה בלא שבועה לזה כ' פיון דאיכא גפי הלנה ריעותא דחשדא לכה מפסיד אבל אם חזר בתשובה אף דבשעת הדין פבר ריע טענתו לא מבעי אם עדיין לא נשבע המלנה פיון דמטעם קנס הי' י"ל דהדר דינא ונשבע הלנה ונפטר פיון דעכשיו שב בתשובה ויכול לישבע ולפטר אלא אף אם שניהם חשודין די"ל פיון דכבר נפסק הדין ויצא חייב לשלם או הפל או החצי פבר זכה המלנה בהמון מ"מ י"ל פיון דעכשיו יכול לישבע ולסלק חיובו בשבוע הדר דינא לד"ת ולקח בעליו ולא ישלם ולהסוברים דאף בלא הנה ליה למידע ולא ריע טענתיה גם פן אמרינו מתשאל"ל ומשלם מ"מ כ"ז שלא נשבע המלנה פיון דעיקר הטעם דמתשאל"ם הוא דהוי כמו אם אינו רוצה לישבע דנחתיו ונכסיו וכיון דעכשיו יכולין הב"ד למסור לו שבועה למה נוציא ממון ואף למה שכ' הר"י מטראני בש"מ פתובות (ד' פ"ה) דשבועה במקום תשלומין עומדת עד שישבע ויפטר וכשאינ מניחין לו לישבע חייב לשלם מ"מ פיון דעכשיו יכול לישבע למה נזיל בטר שעת הדין ונאמר קם דינא להוציא וצ"ע לדינא ומ"מ אם פבר נשבע המלנה י"ל דשוב אין מניחין לו להלנה לישבע להיפך אחר ששב בתשובה ועומד בדבריו פיון דכבר נתחייב ואין הב"ד מוסרין שבועה במקום שממנ"פ אחד יהיה נשבע לשקר רק היכא דמצינו מפורש.

ועיין מה שכתבתי בספרו של אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סוף סי' ל"ב) לדון במה שכ' הכנה ג משם מהרש"ך ז"ל בספק חשוד דמספק א"מ ממון מטעמא דבדאי חשוד אף אם קפץ ונשבע פיון דהוא חשוד לא נתברר לנו על ידי שבועתו ולכה חייב לשלם אבל בספק אם הוא חשוד אם קפץ ונשבע נפטר דמספק אמרינו שהוא מברר ממילא לא נוכל לחייבו ממון עיין שם בדבריו ומשם נקח לכאן פיון דעכשיו יכול לברר בשבועתו כ"ז שלא נשבע המלנה י"ל דהדר דינא: עוד כתב שם הקצוה"ח לדון לדעת רבינו אברהם ז"ל דהטעם דאמרינו בחשוד מתשאל"ם משום דריע טענתיה אם נתחייב שבועה ובטרם שנשבע נעשה חשוד פיון דבשעת טענה לא ריע ל"א מתשאל"ם וילדעת הרמב"ם אפילו היכא דלא ריעא טענתיה בלה"ל למידע גם פן אמרינו מתשאל"ם ניורשים דפטורי הוא משום דאינהו לאו בעלי דברים וטענינו להו טענתא דאביהו אבל אם נתחייב שבועה ואחר כה נעשה חשוד אמרינו מתוה וישבע שפנגדו פיון דל"ב ריע טענתיה ואפשר דהה"ד בנתחייב שבועה ומת ושוב הביא דברי מהרי"ק דאע"ג אם לא הוי האב רוצה לישבע פטורין היורשים פשמת ובהיא ראיה מב"מ (נ"ד ל"ד) אמר אביהם הרניי משלם ומת דמצו הבנים למימר אין אנו משלמין ומדחי ראיתו דהא התם פשהוא חזר בעי נמי בדידיה אע"ג דאינו יכול לחזור לא מקני ליה כפילא משום דאטרוחי בי דינא והוא הדין גפי יורשים ועוד דנדאי היורשין לא מצו הדרי דאי פטורי מלשלם ונדאי לא מקני כפילא אלא דאיבעי משום טירחא דב"ד.

ודבָּרְיוּ בְּזֶה אֵינוֹ מוּבָן הֵא אִם אָמַר אֲבִיָּהוֹן הֲרִינִי מְשַׁלֵּם וּכְבָר קָנָה הַפְּפִילָא בְּחֵיּוֹ אִם לֹא הִדְרִי בְּנִי אֲבָל לְעוֹלָם י"ל דְּמָצוּ הִדְרִי וְעַל מַה דְּבָנִי שָׁם בְּש"ס שְׁלָמוֹ בְּנִי מֵאֵי ע"ז הִיָּה לֹא לְהַקְשׁוֹת פִּינּוֹן דְּפִטוּרִין לֹא מִקְנָה לְהוּ כְּפִילָא וְשָׁם קָשָׁה בְּיוֹתֵר לְפִירוּשׁ הֲרִי"ף שָׁם דְּלֹא הִסְפִּיק לְתוֹבְעוֹ וּבְזֶה וּדְאֵי פִטוּרִין הַיּוֹרְשִׁין אִם כֵּן לֹא מִקְנִי לְהוּ כְּפִילָא וּכְבָר עֲמַד עַל זֶה הַשָּׁ"ף (ס' רצ"ה) עֵינָן שָׁם מַה שְׂכ' בְּזֶה וְאִכ"מ וּמַה שְׂכ' לְדוֹן בְּיּוֹרְשִׁים דְּחֵיב אֲבִיָּהוֹן שְׁבוּעָה וּמַת דְּלִרְמַב"ם וְסִינְעַת חֵיבִין הַיּוֹרְשִׁים לְשַׁלֵּם לֹא נִרְאָה פֶּן מְדַבְּרִי הֲרִמ"ה ב"ב דְּפָרְק ד' (ס' ע"ו) גִּסְתַּבְּרַה הֲרַבְּהָ בְּטַעַם הַדְּבָר דְּלֹא טַעֲנִינָן לְהוּ נְאֻסוֹ וּמְבֹאָ' שָׁם מְדַבְּרִי דְּדַעְתּוֹ דְּגַם בְּלֵהוּ"ל אֲמַרִּינָן מִתְּשֵׁאִיל"ם פְּדַעַת הֲרַמְבַּ"ם וּבְפָרְק ג"פ (ס' קל"ג) כ' בְּהָא דְּשַׁלְּחוּ מִתָּם דְּשִׁמְתוּהוּ וּמַת בְּשִׁמְתֵי' וְכ' דְּמִשְׁפַּחַת בְּאִין חֵיב מוֹדָה כְּגוֹן בְּיוֹמָא דְּמִיְשַׁלֵּם זְמַנְיָה א"י בְּמַנְהָ לִי בְּיַדְּךָ אִין לֹא בְּיַדִּי אֲלֵא נ' וְהַשְּׂאָר אִינִי יוֹדַע אוּ בְּאוּמַר עַל הַפֶּל אִינִי יוֹדַע וְעַד א' מְעִידוֹ שְׁיֵישׁ לֹא דְּבַתְרֻנְיָהוּ הֲוִי מִתְּשֵׁאִיל"ם וְלָמָּה לֹא כ' בְּמַתְחֵיב אֲבִיָּהוֹן שְׁבוּעַת מוֹדָה בְּמַקְצַת וּמַת קוֹדֵם שְׁנֹשְׁבַע הֲרִי דְּפִשְׁטָא לִיָּה דְּאִינוֹ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁי פִינּוֹן דְּלֹא הִיָּה עַל אֲבִיָּהוֹן רַק חֵיב שְׁבוּעָה.

וּבְאַמַּת לְדַבְּרִי מֵהֲרִי"ט הֲנִז' בְּש"מ כְּתוּבוֹ דְּשְׁבוּעָה בְּמָקוֹם תְּשַׁלּוּמִין עוֹמְדַת פְּדַכְתִּיב וְלִקַּח בְּעַלְיוֹ וְלֹא יִשְׁלַם יֵשׁ מְקוֹם לֹא מְרַא אִף דְּנְאֻס וְאִינוֹ יְכוּל לִישְׁבַע כְּשִׁמְת וּבְנִדְאֵי לֹא יִשְׁבַע נְתַחֲחֵיבֵי הַיּוֹרְשִׁים לְשַׁלֵּם מ"מ יֵשׁ מְקוֹם לְחַלֵּק כְּמוּבָן וְעֵינָן רַדְּבַ"ז (ח"ה ס' ש"א ש"י"ט) דְּנִשְׂאֵל עַל זֶה בְּנִתְחֵיב שְׁבוּעָה בְּב"ד וְלֹא הִסְפִּיק לִישְׁבַע עַד שְׁמַת מַהוּ וְהַשִּׁיב בְּפִשְׁטוֹת דְּמֵן הַתּוֹרָה פִּטוּרִין שְׁבוּעַת הַשֵּׁם תְּהִי בֵּין שְׁנֵיָהֶם וְלֹא בֵּין הַיּוֹרְשִׁים וְרַבְּנָן תִּקְנוּ שְׁלֵא פְּקֻדְנוּ וּנְפִטְרִין וְלֹא שְׁיִיף הִקָּא מִתְּשֵׁאִיל"ם דְּכָל שְׁאִינוֹ יְכוּל לִישְׁבַע מִחֲמַת אֲוֹנָס שְׁבָא עַלְיוֹ לֹא אֲמַרִּינָן מִתְּשֵׁאִיל"ם וּפְשׁוּט הוּא עכ"ד: וְיִדְוֵע דְּהֲרַדְּבַ"ז בְּכ"מ אֲוִחַז בְּשִׁיטַת הֲרַמְבַּ"ם וְכִינּוֹן דְּלֹא כ' דְּלַעַת הֲרַמְבַּ"ם דְּס"ל אִף בְּלֵה"ל לְמִיְדַע הֲוִי מִתְּשֵׁאִיל"ם הֲדִין אִינוֹ כֵּן מְבֹאָ' דְּס"ל בְּפִשְׁטוֹת דְּכִינּוֹן דְּנְאֻס אֲבִיָּהוֹן שְׁלֵא נִשְׁבַע לְכ"ע אִין הַיּוֹרְשִׁין מְחֻיָּבִין לְשַׁלֵּם.

וְגַם בְּנַעֲשֵׂה חֲשׂוֹד אַחַר כְּףֵי דְּאִינוֹ יְכוּל לִישְׁבַע לֹא אֲמַרִּינָן מִתּוֹף לְכַאוּרָה גַם כֵּן אִינוֹ מוּבָן כְּמוֹ שְׂכ' הַנְּתִיבוֹת שָׁם דְּהָא תְּבַעו עַכְשָׁיו גַם כֵּן וּמְחֵיבִין אוֹתוֹ שְׁבוּעָה וְיֵשׁ גְּבִי רִיעוּתָא דְּחֻשְׁדָּא מֵהִיכִי תִיַּתִּי יִפְטוֹר וְכִי מִשׁוּם שְׁפָכְר תְּבַעו פ"א וְנִתְחֵיב שְׁבוּעָה יִפְטוֹר אֲתַבִּיעָה שְׁל עַכְשָׁיו וּדְאֵי כְּשֵׁאֲנִ"ל מִחֲמַת רִיעוּתָא דִּידְנִי חֵיב לְשַׁלֵּם.

אִף י"ל לְמ"ש תוּס' דְּמַה"ד לֹא הֲוִי חֲשׂוֹד מִתּוֹף שֵׁאִיל"ם פִּינּוֹן דְּרוּצָה לִישְׁבַע רַק הַב"ד אִין מְנִיחִין לֹא וְהִיָּה מִתְּקַנַּת חֲכָמִים שְׁפָנְגָדוֹ יִשְׁבַע וְיִטוּל זֶה הוּא דְּנִקָּא אִם הִיָּה חֲשׂוֹד בְּשַׁעַת הַטַּעֲנָה תִּקְנוּ רַבְּנָן אֲבָל אִם נַעֲשֵׂה אַחַר כְּףֵי חֲשׂוֹד זֶה לֹא שְׂכִיחָא וִי"ל דְּלֹא תִּקְנוּ וְגַם י"ל אִף אִם מֵן הֲדִין הוּא מִתְּשֵׁאִיל"ם זֶה הוּא בְּשַׁעַת טַעֲנָתָה הֲרֵאשׁוּנָה דִּישׁ לֹא רִיעוּתָא דְּהוּא חֲשׂוֹד אֲבָל אִם בְּשַׁעַת הַטַּעֲנוֹת הִיָּה כְּשֵׁר וְנִתְחֵיב שְׁבוּעָה לֹא נוֹכַל לְדוֹן אַחַר כְּףֵי עַל יְדֵי טַעֲנוּתִיהָ דְּאַחַר כְּףֵי הֲוִי הוֹדָאָה קְדָמָה לְתַבִּיעָה וְעַל טַעֲנָתוֹ הֲרֵאשׁוּנָה דְּנִתְחֵיב שְׁבוּעָה י"ל דְּכִינּוֹן דְּנַעֲשֵׂה חֲשׂוֹד וְרוּצָה לִישְׁבַע לֹא נוֹכַל לְחֵיבֵי מְמוֹן דְּנִסְתַּחֲפָה שְׁדָהוּ.

אוּלָּם מְדַבְּרִי הֲרַדְּבַ"ז דְּכַתְּבַת הַטַּעַם כְּשִׁמְת וְלֹא נִשְׁבַע דְּהַיּוֹרְשִׁין פִּטוּרִין דְּכָל שְׁאִינוֹ יְכוּל לִישְׁבַע מִחֲמַת אֲוֹנָס שְׁבָא עַלְיוֹ ל"א מִתְּשֵׁאִיל"ם מְשַׁמַּע כָּל דְּהִבִּיא הוּא עֲצָמוֹ עַלְיוֹ הָאֲוֹנָס

חייב לשלם לכ"ע ומ"מ אם נתחייב שבועה ומת אף דגם הנתיבות העלה שם דלכ"ע  
כשעמד בדין נשתעבדו הנכסים מחיים אם לא ישבע וגובה מן היורשים כבר פתבתי דלא  
נראה פן מדברי הרמ"ה וכדכ' להדיא הרדב"ז ו"ל בפשיטות דהוי פנאנס וא"י לישבע  
דלא מתשאל"ם רק באם סירב לישבע דמה"ד נחתין לנכסיו בזה י"ל כבר נתחייבו  
הנכסים וגובה מן היורשין: והתשובה על השבועה מדרבנן אם צריה הכרזה פמו לענין  
פסולי לעדות דצריה הכרזה או לא ועיין כנה"ג (סי' צ"ב) ובתוס' נרשפ"א ב"ק סו"פ  
הפונס ובמהר"ם שיף ריש ב"מ ובתנאים (סי' ל"ד) וראיתי בהגהות לרע"א ו"ל על ח"מ  
דכתב דהכרזה הוא לתקון העולם ולכך היכא דחייב התשובה שבועת היסות לא דיינינן  
ליה לחשוב לפונטרו משבועה בלא הכרזה דהוי פסידא דאחרניא אבל במודה במקצת  
לחובתו לא בעי הכרזה ודנין ביה מתשאל"ם ועיין מה שכ' הגאון רע"א ו"ל בגליון  
משניות בזה סנהדרין (פ"ג) אולם מדברי הראב"ד מובא בש"מ ב"מ שם ובתנאים (סי'  
צ"ב) דכ' בפקדון פשידע שהוא חשוד ע"כ דנתן לזהמפקיד נאמנות דהי' לו לירא שישטעון  
נאנסה או להד"ם ויפסיד וכ' פן בפירוש קושני הש"ס ותפ"ל דהוי ליה רועה ובזה לא  
אמרינן שפנגדו נשבע ונוטל.

הא רועה לא מיפסל רק מדרבנן ובעו הכרזה ודלמא איירי דלא הכריזו ולהראב"ד  
דהקושניא הנה ותפ"ל דהוי רועה וע"כ דהאמינו דלמא האמינו על נאנסו דידוע דיהנה  
צריה לישבע פיון דלא שייך בזה שפנגדו ישבע ויטול לא יפסיד פל זמן שלא הכריזו  
עליו ובשבועה הנה מאמין לו מה שאין פן להד"ם פשיש עדים לא האמינו לו דבזה פשיש  
עדים יהנה שפנגדו נשבע ונוטל ואף שהאמין לו היינו בשבועה ואם יש מקום שהפנגדו  
ישבע ויטול אין מניחין לו לישבע אף בלא הכריזו עדיין.

א"ו דראב"ד סובר דאף היכא דלא שייך שפנגדו ישבע ויטול מ"מ מיפסל אף בלא הכרזה  
ועיין בש"ף (ס"ק יו"ד) דהוכיח מדברי הר"ף מדהביא שו"ט דש"ס ותפ"ל דהוי ליה  
רועה ע"כ דסובר בפירוש הראב"ד וי"ל דכוננת הר"ף בזה להורות דבסתם רועה אף  
דלא הכריזו גם פן שפנגדו נשבע ונוטל.

ועיין כנה"ג מהד"ב שהביא משם הרקאנטי דהא דחשוב על השבועה שפנגדו נשבע  
ונוטל הוא דוקא אם נעשה אחר כך חשוב אבל הנה כבר חשוב לא אמרינן שפנגדו נשבע  
ונוטל דאם לא פן לא שבקת חיי לכל חשודים דיבא אדם שאינו הגון וימסור לו ואחר  
כך יהנה מוב"מ וישבע התובע ויטול ומפל הפוסקים לא משמע פן: סי' לז אין נשבעין  
על קרקעות וכ' הרמ"א (סי' צ"ה) וי"א דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו פקרקע דמי  
וי"ח ועיין ש"ף (ס"ק ח') דבית הו"ל פקרקע דמה"ט נקנה בכסף ובשטר ובחזקה  
ובקצוה"ח הביא דברי המג"א (סי' תרל"ז) דהוי משום אגב אע"ג דלא אמר ליה אגב  
פינון דמונחין על הקרקע אצ"ל אגב ועוד י"ל דהוי מתורת חצר פינון דקונה הקרקע קונה  
הבית שעליו בתור' חצר ומ"מ העלה הקצוה"ח לדינא כמו' שכ' הש"ף דבית הוי פמו  
קרקע והביא דברי תוס' פ' א"נ שכתבו דריבית בקרקע שרי והקשו מבית בתי עיר  
החומה ריבית הוא והתורה התירה.

ובאמת הא מבואר בכמה דוכתי בעשה תיקון בבית קנאו בחזקה אף דלא שייך אגב וחצר  
ואם נעל פתח הבית קונה במבואר (סי' קצ"ב) ואם בית לאו פקרקע דמי בתיקון לא קנה

מטלטלין כמבואר גיטין (דף כ"ב) הקוזיק בעציץ אף עציץ לא קנה משום דמטלטלין לא מקנו בתזקה ועוד הא מבואר ב"ב (דף נ"ג) המוצא פלטרין בנכסי הגר וסד בהן סיווד אחד קנאן הרי אף דלא עשה שום תיקון בקרקע מ"מ קנה ואי לאו פקרקע אמאי קנה ולזה פיון ש"ב הרב הגאב"ד קאנין מ' צבי הירש נ"י: אף קשה מהא דקתני בתוספתא ב"ק (פ"י) גזל עבדים והזקינו אילנות והזקינו פירות והרקיבו בית ונתנגע מטבע ונפסל כו' אומר לו הש"ל עבדים והזקינו ומכרן אילנות והזקינו וקצצן בית ונתנגע ונתצו כו' משלם כשעת הגזילה זה הפלל כל שהיא בעינה ולא שינה אותה מברייתא משלם כשעת הגזילה עכ"ל.

ואמאי בית ונתצו חייב לשלם כשעת הגזילה הא קרקע אינה נגזלת ואף דנתצו פיון דל"ה דבר המטלטל ולא קנה בקנין הגזילה אינו חייב באחריותו והא דקתני אילנות והזקינו וקצצן י"ל דאיירי בעציץ שאינו נקוב או דקנה אילנות ממנו ואין צריך לקרקע וגזלן אחר כף ממנו אבל בית אי הוי פקרקע וכיון דעומד לנתןץ מה עביד בזה ומתחלת הגזילה לא נתחייב פלל דקרקע כל היכא דקאי ברשות הבועלים.

והתוספתא שם קאי למ"ד דקרקע אינה נגזלת דלא כר"א ב"ק (דף קי"ז) מדקתני שם באותו פרק הגזל את השדה ונטלה אנס יאמר לו הרי שלח לפניה. וראיתי בספר חסדי דוד דמפרש לתוספתא זו דס"ל עבדים פקרקע וכן אילנות ובית ומ"מ במכרן אחר שהזקינו ויכול להוציא מיד הלוקח אף בלא דמים הואיל ועשה מעשה ומכרן שוב אינו יכול לומר לנגזל הרי שלח לפניה חייב לשלם כשעת הגזילה כל שעשה מעשה והוציא מתחת ידו וכן אילנות וקצצן הואיל ועשה מעשה ובית ונתצו אע"ג דד"ת לנתצו מ"מ הרי עשה מעשה ושוב אינו יכול לומר ה"ש לפניה כמו שהיה יכול לומר אם לא נתצו עיין שם עוד באורף ודבריו תמוהין הא פיון דקרקע אינה נגזלת ואינו חייב בהשבה ואם נאבד ממנו פטור ורק בעשה מעשה אחר כף להזיק חייב לשלם מטעם מזיק ולא שייך ביה כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה אם פן בעבדים והזקינו ומכרן וכן אילנות ובית ונתנגע אף דעשה מעשה להפסידו אינו חייב לשלם רק כשניה של שעת הוצאה מן העולם כשאור מזיק בעלמא כמבואר בש"ס ובכל הפוסקים והא דכ' הרמב"ם (פ"ט) מגזילה וש"ע (סי' שע"א) חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיה בשעת הגזילה או ישלם דמי מה שהפסיד היינו אם לא נפחת מאליו פלל וישלם מה שהפסיד כמו פל מזיק דמשלם כפי דמי בשעת ההיזק וע"כ צריך לומר דהתוספתא סובר עבדים לאו פקרקע וכן אילנות איירי כנז' ובית סובר דתלוש ולבסוף חיברו לאו פמחוקר וחייב לשלם כשעת הגזילה או הבית או הדמים אבל אי הוי פקרקע דאינה נגזלת ולא קאי ברשות הגזלן כשנתנגע ועומד לנתןץ ואסור בהנאה למה ישלם כשעת הגזילה ועיין ש"ס ערכין (דף כ' ע"ב) וברש"י שם ותוס' ד"ה אעפ"י וצ"ע ועיין שעה"מ (פ"ג ה"ג) מאישות שהאריה בענין זה לאיזה דברים תלוש ולבסוף חיברו הוי פמטלטלין: טענו ענבים העומדים לבצור חייב שבועה כמבואר ש"ע ס"ב והרמב"ם (פ"ב) משכירות כ' המוסר לחבירו דבר המחוקר לקרקע לשמור אפילו ענבים העומדים ליבצר הרי הן פקרקע בדין השומרין וכן הוא בש"ע (סי' ש"א) ומשמע אפילו א"צ לקרקע והוא תמוה ועיין ש"ף שהאריה בזה.

וראיתי בקצוה"ח שכ' דהרמב"ם לשיטתו דסובר בשומרין בעינן משיכה ובפירות העומדין ליבצר אי אפשר במשיכה פנין דמחנפר הוא ונחקה לא מהני בהו פנין דהוי כמטלטלין לא מקנו בחנקה ולא משפחת אלא באגב וכינן דבקרקה לא שייך חיוב שמירה גם כמטלטלין שעליה לא נתחייב כמבואר ב"ק (דף קי"ז) דאם קרקע אינה נגזלת גם בפרה אינו מחוייב לפי שלא משך עיניו שם ולכאורה י"ל הא משפחת שיהיה שומר שחר אם הקדים לו שחרו לשומר שחר דהוי שומר שחר אף בלא משיכה כמו בשחרו לפועל לעשות מלאכה וכ"כ בפשיטות הנתיבות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) אם פו הוי כמטלטלין רק בשביל חסרון קנין לא שייך בהו דין שמירה שפיר משפחת שיהי' בדין שמירה על ידי תשלומין דמים מתחילה דבקרקה ליתא בעצם בדין שמירה ובפירות העומדים ליבצר אם הוי כמטלטלין למה כ' הרמב"ם הרי הו פקרקה בדין שומרין.

אולם כבר הבאתי לעיל דיני הלואה (סי' פ"ב) דעת התוס' רי"ד ז"ל מס' ב"ק דאף בקבל שחר שמירתו אם לא משכו אינו מתחייב ועיין שם מה שכ' די"ל בסילק שמירתו ומסר לו המפתח והקדים שחרו י"ל דסגי.

ובלא"ה משפחת לה על ידי קנין חצר או אגב אם מקנה לו הקרקע גם פו הבעלים להשומר והא דמס' ב"ק הנז' אינו דומה לזה דשם פנין דקרקה אינה נגזלת אין הגזלן קונה הפרה אבל אם הבעלי מקנו להשומר הקרקע שיקנה אגבה או בתורת קנין אגב או בתורת קנין חצר להענבים העומדים ליבצר שיהיה ברשותו לשמירה מהני קנינו כמו בקנין משיכה למטלטלין שיתחייב בשמירה.

ועל פרוך הא דכ' הרמב"ם הרי הו פקרקה בדין שומרין לאו מחמת חסרון הקנין רק דהוי בעצם פקרקה דאיתמעט מדין שומרין: ודמי קרקע אם הוא פקרקה מחולקין הרמב"ם והראב"ד כמבואר בש"ע (ס"ו) ויש להעיר בדברי תוס' פתובות (דף מ"ב) ד"ה הפלת דהקשו דלא מחייב ק"ש על העבד דהוי פקרקה הא לפי תביעתו הוא תובע פו חורין דל"ה פקרקה וראיתי שם בס' הפלאה פנין דצריף גט שיקרוור הוי פפירת ותביעת קרקע.

ויש לגמגם בזה די"ל דמענפב ג"ש לענין זה פו חורין הוא דעבדים הוי פקרקה משום דכתיב והתנחלתם ומענפב גט שיקרוור פנין דאיסורא לא מורית לבריה לאו פקרקה הוא ודינו פכו חורין לענין שבועה.

ועיין קצוה"ח (ס"ק ח') וי"ל בדברי תוס' פנין דשם קאי לר"ש דאף העמדה בדין לא מהני לענין ק"ש ולענין אם מודה מיפטר פשיט' התוס' שם וכינן דאם מודה מיפטר שפיר הוי פקרקה ואינו דומה למפקיר עבדו גיטין (דף ל"ט) דשם כופינן ליה שישחררנו אבל שם לאפיי אליבא דר"ש דמקרא וכיחש לא הוי ממון לשום דבר אף אחר העמדה בדין י"ל דהוי פקרקה.

ועוד י"ל למה שכ' הר"ן והריטב"א קדושין (דף כ"ח) דעל גוף לא שייך שבועה אף אם עבד לאו פקרקה עיין שם אם פו בלא"ה אינו חייב ק"ש על תביעת גוף: סי' לח הא דאין נשבעין על טענת קטן מבואר ברמב"ם וש"ע הטעם דמשיב אבידה הוא וכתב התנאים משום דטענתו טענה הוא רק דנאמן במגו ואף דמגו לאפטורי משבועה ל"א על פרוך.

הטעם מפני תיקון עולם וכמו שהאריה בזה בכ"מ (ס"ק קי"ב) והדברים תמוהין מנ"ל דטענת קטן הוי טענה ברורה והא דנקט הרמב"ם משיב אבידה הא גם (פ"ד ה"ה) כ' האומר לתבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מאה והלה אומר אין לך בידך אלא נ' הרי זה משיב אבידה ועיין שם במ"מ הרי מבואר הטעם דמשיב אבידה אף דאינו טוען טענתו פרי.

וא"ל דשם נקט הרמב"ם משיב אבידה כדי לפנטרו אף מהיס' דלולי הטעם דמשיב אבידה הנה חייב עכ"פ ה"ס' ועיין (סי' ע"ה) הא במתניתין קתני נמי הטעם דמשיב אבידה ובש"ס מוקי המתני' כר"א בן יעקב רק דל"א ברי לי ולדעת רוב הפוסקים איירי בטוענו גדול רק שאינו אומר ברי ואעפ"כ קתני הטעם דמשיב אבידה.

ובאמת במקדכי פ' שה"ד עמד בזה וכ' דהא ביהא תליא דטעמא דאין נשבעין על טענת שפא הוא משום משיב אבידה וכן מבואר בתשובת מהרי"ט (סי' קנ"א) להדיא דמטעם משיב אבידה פטור בטענת שפא.

ולפי זה הנה מקום לומר אם טוען על תבירו נ' ידעתי בבירור דחייב אהה לי ועל נ' אני מסופק והלה משיב נ' אני חייב אבל יותר אין אני חייב דהוי מודה במקצת לחייבו ש"ד פיון דלא שייך בזה משיב אבידה ולא משמע פן מכל הפוסקים וכן בדברי הרמב"ם (פ"ט) מנ"מ דכתב דנקא פשאמר הנזק ברי שהגדול הזיק מבואר דבטוען שפא דפטור אף דשם לא שייך פלל משיב אבידה פיון דיש עדים על ההיזק וכמו כן היכא דחייב לי'שבע על ידי עדים שהעידו במקצת מדרח"ק מבואר דנקא פשאומר מנה לי בידך בטענת ברי אבל לא בטענת שפא ועיין מה שכתב לעיל בדינים אלו (סי' ב'): ואם שמר לקטן וטען שאבד דעת הש"ע דחייב לי'שבע שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה והוא דעת הר"י מיגאש ז"ל ודעת הרמ"א ז"ל כהחולקים דאעפ"י שתבעו פשהוא גדול רק שהנתינה היתה פשהוא קטן אין נשבעין לו ובפשיטות נראה אף בלא הגיע לעונות הפעוטות גם פן חייב מן התורה והמעין בחידושי הר"י מיגאש ז"ל מס' שבועות נראה מבואר פן להדיא פיון דל"צ טענה אלא מחמת שמירה הוא פיון דשמר לקטן נתחייב לו בשבועת השומרים דלא גרע מגדול.

ובגלדותי אמרתי די"ל דהנה פוסקים פליגי בזה דדעת החולקים על הר"י מיגאש ז"ל וסברי דאינו חייב לי'שבע הם סוברים כמו שכ' תוס' פתובות (דנ"ו) דחייב השומרין הוא דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצים לחייב את עצמן בכל הפתוב בפרשה פל שומר פדינו ומ"מ הוא במה דנתחייב וקטן אינו יכול לזכות בחיוב פמבואר (סי' רמ"ג סי"ט) דא"י לחייב א"ע לקטן אפילו בשטר וקנן דקטן אינו זוכה במה שאינו בידו רק בזיכה על ידי אחר לכה שומר גם פן אף דהתורה ירדה לסוף דעתן של ב"א דכל שומר מחייב א"ע פדינו מ"מ הקטן לא זכה בחיוב זה ולכה סברו דאף בפשיעה פטור וכן אבידה י"ל גם פן אם נאבד מן הקטן והגדול מצא הוי שומר אבידה ומ"מ אף דרחמנא שעבדו בע"כ לא עדיף מאם הנה שומר ממש וירד לחייב א"ע בדיני שומרין דלא נתחייב דהקטן לא זכה בחיובו ועיין ש"ס ב"ק (דף ק"ו ע"ב) רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מפח בן דעת והא לא אתיא מפח בן דעת ולכה בנתנו פשהו' קטן ותבעו פשהוא גדול פטור ול"ה פאבידה ועיין שם בש"מ משם הראב"ד פיון שפא עצמו א"י לשמור ממונו

איה יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה אבל אבידה הרי באה לידי מפתח בן דעת פלומר ממונא של בן דעת שיודע לשמור ממונו הלכך כל אדם חייב בשמירתו כשיבא לידי עינין שם ולכאורה מה איכפת לו שהוא עצמו אינו יכול לשמור ממונו למה לא יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה ולמה שכ' אתי שפיר פינן דהוא קטן אף דצריף לשמור אבידתו וחיובא רמיא עליו התורה אם בא לידי מ"מ לא זכה הקטן בחיוב דתשלומין.

ולפי זה י"ל אף דפטור גם בתבעו כשהוא גדול הוא דוקא באם נודע להקטן כשהגדיל דפקדונו מונח בידי חבירו לכך לא נעשה אחר כף כשהגדיל כשומר אבידה עכ"פ פינן דאינו מחוייב לשמרו פינן שיודע הקטן אצל מי מונח תפציו הנה לו לבא ולקח את שלו אבל אם הקטן כשנתגדל ידענו שאינו יודע אצל מי מונח פקדונו הוי כשומר אבידה בכל עת וכשנתגדל זכה הקטן בשעבודו אעפ"י שלא ידע: ודעת הר"י מיגאש ז"ל דחייב שומרין אין צריף שינפו בהחייב הבעלים של הפקדון רק ממילא כשקבל שמירה נתחייב שוב ראיתי שפוננתי בזה לדעת הש"מ שכ' גם כן מעין זה דמחלקותו תליא בזה אם צריף שייתחייב השומר.

ואולם מ"ש ליישב בזה דברי הר"י מיגאש ז"ל מקושית רמב"ן דכשומר ש"כר להדיא כתיב איש וכ' הוא דהטעם דממעטינן לש"ש לקטן משום דמה"ת אינו חייב בשכירות דשמירה אבל השתא דתקנו דמקחן וממכרן ממכר כשהגיע לעונת הפעוטות נתחייב הקטן בשכירות לכך הוי ש"ש אלו דבריו והם מוקשים חדא הא להדיא מבואר בהר"י מיגאש ז"ל שם דאף בשו"ש סובר מן התורה דחייב לישיבע דכ' פינן דלאו מחמת טענה אלא מחמת שמירה וכ' פינן דאודי קמי ב"ד דהוי ליה שומר אפקדונא דיליה ואיתנוס מבואר דאף על שו"ש קאי ואף מן התורה וגם לדין אף בלא הגיע לעונת הפעוטות גם כן הוי שו"ש.

ובלאו הכי ע"כ לאו מטעם זה נוכל למעט שו"ש דרק גבי משא ומתן כ' המ"מ (פכ"ט) ממכירה דלא מהני הואיל דאינו קונה המעות דהקטן ויכול לחזור אבל כששומר בש"כר מחוייבין נכסי הקטן לשלם פינן דנחית השומר אדעתא דתשלומין ש"כר שמירה וע' ש"מ ב"מ (דף מ"ב) משם הר"י הלוי ז"ל בעצמו דאף בשומר נכסי חבירו שלא מדעת הבעלים חייב לשלם ש"כר שמירה פינן דנחית אדעתא דתשלומין וכבר הבאתי דבריו בזה בהגהותי לדברי חיים לאאמ"ו ז"ל דיני שומרין (סי' ז') בסופו ובמה שיש להבין דהא לא הוי רק כמבריח ארי עינין שם במה שכ' בזה עכ"פ דעתו כן וק"ו בקטן שהבטיח לשלם או ששילם מקודם דאינו יכול הקטן להוציא ממנו ואף לשלם לו צריף פינן דנחית אדעתא דתשלומין והוי כמו אם לנה לקטן דחייב לשלם כשהגדיל: ועיין רמב"ם (פ"ב) משכירות דדעתו פדעת רבו דיש דין שומרי' לקטן וכ' קטן שהפקיד בידי גדול או השאילו ה"ז הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן שאין זה נשבע בטענת הקטן שכל השומרין ש"מא הוא ומפושטות דבריו משמע אף בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות ואף דאין מקחן מקח וממכרן ממכר מ"מ חייב בשמירה וקשה הא תינח לענין חיוב שמירה אבל לענין שאלה לגבי חיוב אונסין אמאי יתחייב הא כל שואל דחייב הוא בשביל דכל הנאה הוא שלו ולגבי קטן יכול הקטן לתבוע אחר כף ממנו שכירו' ואי דלגבי קטן הוי כמו אם נשתמש שלמ"ד וחיוב באונסין כמו כל שואל שלמ"ד אם כן אף במתה מחמת מלאכה



חייב לשלם ומה זה שכ' הרמב"ם נשבע שבועת השומרים לקטן איזה שבועה שיניף בשואל כיון דקטן הוי פשלא מדעת ודוחק גדול לומר דרמב"ם איירי בהגיע לעונת הפעוטות ועיין בטור מה שהביא משם הרמ"ה בקטן שהלנה לגדול.

וראיתי בס' מחנה אפרים דיני שומרים (סי' י') שכ' וקטן שהשאיל מידי לגדול נראה דלכ"ע שואל גמור הוא דלענין שאלה לא פתיב איש וכ' דכן נראה מתשובת מהר"ם ז"ל ונראה מדבריו שם שאם היה הקטן במלאכתו של שואל חשיב שאלה בכעלים וקשה הא הוי פגזלן ואולי איירי בהגיע לעונת הפעוטות ודוחק.

ומה שכ' דלענין שאלה לא פתיב איש תמהני הא מבואר בירושלמי מס' שבועות דדרוש עד שיהיה נתינה ותביע' פאחד מדכתיב רעהו ועיין שם בפ"מ שיהיו שוין וכן הביא הבעה"ת (שער ל"ה) ובהג"מ בשואל דכתיב גם כן פי ישאל איש מעם רעהו אמרינן גם כן שיהיו שוין וכמו בשואל קטן אינו חייב מדכתיב איש כן צריך נמי שהשאיל יהיה גדול מדכתיב רעהו.

ועוד הא לרמי ב"ח דסובר ד' שומרי צריכין כפירה והודאה במקצת מבואר בש"ס ב"ק (דף ק"ז ע"ב) דאף בשואל כן הוא דניו דוכי ישאל מוסיף על ענין ראשון ואף דקיי"ל עירוב פרשית פתיב מ"מ בזה דניו מוסיף על ענין ראשון לא פליג וכן מבואר ב"מ (ד' צ"ה) ויו מוסיף על ענין ראשון ואם כן לענין שואל מקטן להחולקים על הר"י הלוי והרמב"ם ז"ל וסברי דמהדרש פי יתן איש ממעטינן קטן כן נמי שואל מקטן אינו חייב ודברי המח"א צע"ג וכד' הרמב"ם על פירוש צריך לדחוק דאיירי בהגיע לעונת הפעוטות.

ומה שהקשו הראשונים על הר"י הלוי מש"ס דב"ק (דף ק"ו) דגרסינן התם אר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל כו' ופריק רב אשי אבידה קא אתיא מפתח ב"ד משמע מהא דמדין שומרי מעטיה רחמנא לקטן עיין ר"ן ורשב"א פ' שהד"י לא אבין קושיותם הא שם הוא אליבא דר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן והוא ס"ל הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת מ"ט דאמר קרא פי הוא זה ולית ליה עירוב פרשיות פתיב פאן ולדידיה שפיר ממעטינן קטן מדכתיב פי יתן איש והר"י הלוי דכ' דשבועות השומריין שאין צריך טענה חייב אף לקטן הוא לדידן דס"ל עירוב פרשיות פתיב כמבואר להדיא בדברי הר"י הלוי דכ' ואע"ג דמפי יתן איש אל רעהו הוא דילפינן דהאי קרא בשומרי' הוא דכתי' לאו לענין שומרין הוא דפטריה קרא אלא לענין פי הוא זה דכתיב בהו בקרא עיין שם ובש"ס דבב"ק קא' לר"ח בר אבא אמר ר"י דלית ליה עירוב פרשיות ושפיר ממעטינן לקטן דלא נתחייב הגדול בשמירה ממנו וז"פ.

שוב ראיתי בפנ"י ב"ק שם שכ' כן אולם הביא דברי רמב"ם (פ"ד) מגניבה דכ' הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אעפ"י שנתן לו כשהוא קטן ותבעו פשהוא גדול ונשבע ואחר כך באו עדי' הרי זה פטור מן הכפל שנאמר פי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול ואף לשיטתו קרא דכי יתן איש לא קאי על פקדון רק על מלנה וע"כ אף דלענין שומריין עקרינן לקרא דכי יתן איש לענין כפל כיון דכתיב בהאי קרא לא עקרינן.

אולם דעת תוס' ורמב"ן וסייעתם דאף דקיי"ל עירוב פְּרָשִׁיּוֹת פְּתִיב אִינוּ אֵלָא לְעִנּוּן דְּשִׁבּוּעַת שׁוּמְרִים לֹא בְּעֵי הוֹדָאָה בְּמִקְצַת אָבֵל לְכוּלְהוּ שְׂאָר דִּינֵין פּוֹלָה פְּרָשָׁה עֵיקְרָה בְּשׁוּמְרִים וְע' רַמְבַּ"ן וְרִיטְבָ"א בְּחִידוּשֵׁיהֶם שָׁם: וְעֵינּוּ בְּתוּמַיִם שְׁחָקַר לְדַעְתָּם דְּבַעֲיָנוּ שְׁתַּבְּעוּ גְדוּל אִם מְהֵי טַעְנָתוֹ עַל מַה שְּׁהֵיָה קֶטֶן בְּבֹא בְּטַעְנַת אָבִיו.

ובנתיבות כ' מדברי תוס' ב"ק שם דמבואר דִּיכוֹל לְהַעֲיֹז שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהוּא קֶטֶן אִם כֵּן נֶאֱמַר שְׁהַחְזִיר וְכ' שְׁנִסְתַּלַּק הַסֶּפֶק שֶׁל הַתּוּמַיִם. וְלְכַאוּר' י"ל לַמ"ש הַמַּח"א דִּינֵי שׁוּמְרִים דָּאִם הַחְזִיר לְקֶטֶן וְנֶאֱבַד מִמֶּנּוּ דָּאִם יֵשׁ דִּין שׁוּמְרִים לְקֶטֶן הָיִי הַשׁוּמֵר פּוֹשֵׁעַ וְחַיִּיב אִם כֵּן א"ד לְדַבְּרֵי תוֹס' דְּהֵם פְּתָבוּ בְּקַבְּל מִן הַקֶּטֶן שְׁפִיר נֶאֱמַר בְּמַגוּ דְּהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהוּא קֶטֶן אִף דְּבִשְׁעַת תְּבִיעָה הֵיָה גְדוּל וְלֹא ד' דְּש"ס שָׁם חַיִּיב שְׁבֻעָה מ"מ פִּינּוּן דְּלֹא בָּא לִידּוֹ בְּתוֹרַת שְׁמִירָה אִם הַחְזִיר לוֹ לְקֶטֶן לֹא הָיִי פְּשִׁיעָה אָבֵל אִם קָבַל מֵאָבִיו דְּהֵיָה הַנְּתִינָה בְּגִדְלוֹת וּבְחַיּוּב שְׁמִירָה הָיִי פְּשִׁיעָה אִם הַחְזִיר לוֹ לְקֶטֶן וְלֹא הָיִי מַגוּ.

אולם מ"מ יָכוֹל לומר שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהֵגִיעַ לְעוֹנַת הַפְּעוּטוֹת דְּמְהֵי הַחְזָרָה כְּמוֹ שֶׁכ' שָׁם הַמַּח"א אִם כֵּן מ"מ יֵשׁ נ"מ בְּדִינוֹ שֶׁל הַתּוּמַיִם כְּמוֹכֵן. וְעוֹד נִרְאֶה דְּמַה שֶׁכ' תוֹס' בְּפִשְׁיטוֹת דִּיכוֹל לְטַעוֹן שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהֵיָה קֶטֶן וְלֹא הָיִי בְּזֶה הַעֲזָה הֵיָנוּ כְּשֶׁאֹמֵר שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהוּא קֶטֶן מִמֶּשׁ אָבֵל כְּשֶׁאֹמֵר שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהֵגִיעַ לְעוֹנַת הַפְּעוּטוֹת י"ל דְּמוֹדָה תוֹס' דְּהֵיָה הַעֲזָה רַק בְּטוֹעֵן שְׁהַחְזִיר לוֹ קוֹדֵם לְכֹן לֹא הָיִי הַעֲזָה וּפְשִׁיעָה לֹא הָיִי דְּלֹא בָּא לִידּוֹ בְּתוֹרַת שְׁמִירָה.

וְהָא דְּחַיִּיב שָׁם לר"ח ב"א כְּפֹל בְּטוֹעֵן טַעְנַת גִּבּוּ כְּשֶׁאֵכְלוּ כְּשֶׁהֵיָה גְדוּל מִשׁוּם דְּלֹא גָרַע מֵאָבִיָּה אָבֵל מ"מ בְּתוֹרַת שְׁמִירָה לֹא בָּא לִידּוֹ וְכִשְׁטוֹעֵן שְׁהַחְזִיר לוֹ כְּשֶׁהֵיָה קֶטֶן לֹא הָיִי הַעֲזָה וְלִפִּי זֶה אֲתִי שְׁפִיר ד' הַנְּתִיבוֹ עַל קוֹשִׁיַת הַתּוּמַיִם דְּלָמָּה א"נ בְּמַגוּ דְּלֶהֱדָ"ם אוֹ הַחְזוֹרָתִי לְאָבִיו דִּירָא שְׁיִטְעֵנוּ כְּשֶׁיִּגְדֹל: וְנַע דְּבִטּוֹר מוּבָא דַּעַת הַרמ"ה דְּקֶטֶן שְׁהִלְוָה לְגְדוּל וְתַבְּעוּ כְּשֶׁהוּא גְדוּל וְהוֹדָה בְּמִקְצַת אַע"ג דְּהַנְּתִינָה הֵיָה בְּקִטְנוֹת חַיִּיב דְּבִזֶּה תְּלוּי הַפֹּל בְּתַבִּיעָה וְלֹא בְּנְתִינָה וּבְשִׁבּוּעַת שׁוּמְרִים תְּלוּי הַפֹּל בְּנְתִינָה וְלֹא בְּתַבִּיעָה וְעֵינּוּ בְּב"ח דְּלַרמ"ה קָרָא דְּכִי יִתֵּן אֵל רַעְהוּ קָאִי עַל שְׁבֻעַת שׁוּמְרִים דְּתִלְיָא בְּנְתִינָה וְלֹא קָאִי עַל כִּי הוּא זֶה דְּמוּב"מ וְעַד א' דְּתִלְיָא בְּטַעְנָה וְלִפִּי זֶה לְדַעַת הַר"י הַלּוּי וְרַמְבַּ"ם ע"כ הָא דְּדַרְשִׁינּוּ עַד שְׁתֵּהָא נְתִינָה וְתַבִּיעָה שְׁוִין כְּאֶחָד הֵיָנוּ בְּהִלְוָאָה וְכֵן הָא דְּדַרְשׁ בִּירוּשְׁלַמִּי כִּי יִתֵּן אִישׁ אֵל רַעְהוּ פֶּרֶט לְקֶטֶן עַד כְּדִין שְׁנָמְנוּ לוֹ קֶטֶן וְתַבְּעוּ קֶטֶן נִמְנוּ לוֹ קֶטֶן וְתַבְּעוּ גְדוּל מִנֵּינּוּ ת"ל אֵל רַעְהוּ עַד שְׁתֵּהָא תַבִּיעָה וְנְתִינָה שְׁוִין וְעֵינּוּ הַגַּה"מ (פ"ה מטו"נ) לְדַעַת הַר"י הַלּוּי קָאִי עַל הִלְוָאָה וְלֹא עַל שְׁמִירָה.

וּמ"מ י"ל דְּקָאִי עַל ט"ט גִּבּוּ דִּי"ל דְּגַם הַר"י הַלּוּי מוֹדָה דְּפִטּוֹר מְכַפֵּל כְּמוֹ שֶׁכ' לְעִיל מְדַבְּרֵי הַרמב"ם אָבֵל בְּהִלְוָאָה י"ל דְּלִכ"ע בְּתַבְּעוּ בְּגִדְלוֹת חַיִּיב כְּמוֹ שְׁכַתְּבַת הַרמ"ה. וַיֵּשׁ לְרֵאוֹת לָמָּה לֹא הִזְכִּיר הַרמ"ם אֵי מְזָה כְּלָל וּמְדַכ' דַּעַת הַחוֹלְקִים עַל הַר"י הַלּוּי דָּאִין נִשְׁבְּעִין לוֹ שְׁבֻעַת הַשׁוּמְרִים אַעפ"י שְׁתַּבְּעוּ כְּשֶׁהוּא גְדוּל רַק שְׁהַנְּתִינָה הֵיָה בְּקִטְנוֹת וְכ' וְכֵן נ"ל עֵיקְרָה וְלֹא הִזְכִּיר כְּלָל מְשִׁבּוּעַת הַטַּעְנָה בְּהִלְוָאָה מִשְׁמַע קִצַּת דַּס"ל בְּהִלְוָאָה תְּלוּי הַפֹּל בְּתַבִּיעָה וְעֵינּוּ ש"ף (ס"ק ג') וְעֵינּוּ תוֹס' ב"ק (דף ק"ו) ד"ה הָא דָּאִינוּ יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ כְּלָל כֹּל מַה שְׁהַפְּקִידוֹ בְּקִטְנוֹתוֹ אֶפְּלוּ הַפְּקוּדוֹן בְּעֵין דְּמִשְׁמַע קִצַּת דַּס"ל אִף בְּתַבְּעוּ פְּקוּדוֹן בְּעֵין וְזֶה כּוֹפֵר אִף דְּתַבְּעוּ בְּגִדְלוֹת וְהוֹדָה בְּמִקְצַת אִינוּ חַיִּיב שְׁבֻעָה וַיֵּשׁ לְדַחֵק שָׁם.

בדברי תוס' שלא יחלקו על הרמ"ה בזה: אגב אנפיר מה שכ' הרמב"ם (פ"ח הי"א) מגזילה שכ' נתן הפסוף לאנשי משמר ומת קודם פפרה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הפהנים שפאמר איש אשר יתן לפהן לו יתנה ואפילו הנה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשין מוציאין מיד הפהנים עכ"ד.

והדברים מוקשים לעין כל הרואה הא אין האשם לפהנים אא"כ גזל ונשבע והודה ואין מוסרין שבועה לקטן וכבר עמד על זה ברדב"ז (ח"ה סי' ב' אלפים רפ"ד) ומתרג דאיפא לאוקמי פגון שקפץ ונשבע וכן צריף לומר לעיל אבל אם הי' הגר קטן אין אתה צריף לחזור עליו אלא חזקתו שאין לו יורשים והא אין נשבעין על טענת קטן אלא פגון שקפץ ונשבע ודוחק הוא לומר שאם קפץ ונשבע הקטן שתהיה שבועתו מחייבת קרו וחומש ואשם הלכף הנכון דהכא איירי פגון שגזל אביו את הגר ונשבע לו ואחר כך הודה ומת קודם שפנתו ונתן בנו של הגזלן הפסוף לאנשי משמר ומת אין היורשים מוציאין מיד הפהנים והא דקרי ליה גזלן משום דגזילת אביו אצלו והי' דלעיל נמי פגון שהשביעו אביו של זה הגר הקטן ומת אין אתה צריף לחזור אחרי אלא חזקתו שאין לו יורשים עכ"ד והם תמוהין ביותר מ"ש בקפץ ונשבע מלבד מ"ש שהוא דוחק לא ניתן להאמר הא קטן לא צריף פפרה ואם פן מתנתו אינו מתנה ומה שכ' שאביו גזל והודה אחר שנשבע ומת קודם שפנתו ונתן בנו צ"ע הא בש"ס ב"ק (נ"ד ק"י) אמר ש"מ פסוף מכפר מחצה דאי לא יכול לומר אדעתא דהכי לא יתב ליה וכיון דלא נתן אביו ומת אין פפרה למתים מה מועיל נתינת הקטן וגם בקרא פתיב איש אשר יתן נימא פרט לקטן ואף אם הפריש אביו אשמו וגזילתו ומת קודם פפרה מבואר שם ברמב"ם דבני הגזלן יורשים את פסוף הגזילה.

ואם פן פינו דליפא שום חיוב על היורש ליתן ולגבי יורש קטן דאין מתנתו מתנה למה לא יוציא מיד הפהנים פשנתו וקרא דכתיב איש אשר יתן לפהן לו יתנה הוא אם מת קודם פפרה ועל זה קאמר בש"ס דש"מ פסוף מכפר מחצה אבל היורש אם נתן אחר מימת אביו הוא פמתנה בעלמא ולא שייף בזה לומר אדעתא דהכי לא יתב פינו דלא נתן על פפרה ושיביא קרבן ולא הוי נתינה בטעות פינו דלא אירע אונס אחר כך כמו אם נתן הפסוף ומת פמוכן.

אבל אם יורש קטן נתן לפהנים לא נדע מאיזה טעם יתנה מתנתו מתנה: הגם דאין נשבעין על טענת קטן אבל היסת נשבעין אבל על שטרות אין נשבעין פמבואר ש"ע (ס"ג) ודעת הסמ"ע אף בטוען שטרות ומודה לו במקצת פינו דאף בגדול אינו חייב מן התורה רק מדרבנן הוי תשנתא לתשנתא דלא עבדינו והש"ף חולק מה"ת לחלק בין שטרות לשאר דברים דלענין היסת אין חולק בין שטרות לשאר דברים שלא יתנה פל א' נוטל פמונו של קטן ופירוש אחר בדברי הרשב"א בתשוב' ותמהני הא המעיין בתשובת רשב"א (ח"ב סי' קמ"ח) יראה מבואר להדיא בדברי הסמ"ע דשם הנה הנדון בקטנה שתבעה שטרות וכתב אעפ"י שנשבעין היסת לקטן מ"מ מסתברא דאין נשבעין היסת על שטרות לפי שאין עיקר שבועות השטרות אלא מתקנת חכמים כדי להפיס דעתו של תובע ודנשבעין לקטן נמי תקנה הוא ואין עושין תקנה לתקנה דומה לריש ב"מ הא גופא

תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ד הרי דכדבר שאין בעיקרו שינוי שבועת התורה אף בגדול לאו מחייבין היסט לגבי קטן ועיין תנאים.

ועיין מה שכ' לעיל דיני דינינים (סי' ז') כמה הערות בענין תקנתא לתקנתא ומה שצריך לחלק מנידון דרשב"א הנז' לשאר מקומות: תמו דיני טוען ונטען ויהי ה' לי למשען דיני גבית חוב סי' א מצנות עשה להלות לעניי ישראל ובתשובת רשב"א (סי' ח"י) מביא משם תשובת הר"י בן פלט ז"ל ששאל מהראב"ד מפני מה אין מברכין על כמה מצות כמו מת"ע והלואה וצדקה וכי"ב והשיב לו פינן שאינו תלוי פולה בנד העושה שאפשר שלא יתמצה בה חבירו וכל מצנה שאפשר למיעקרי אע"ג דהשתא לא מיעקרא כמאן דמיעקרא דמי כמו בש"ס פתובות פ' אלו נערות אי אמר לא בעינא ליתא לעשה ומינה למורא וכיבוד אב ועמידה בפני רבו הואיל ואפשר למיעקר שהאב שמחל על כבודו מחול ובקצוה"ח הקשה מש"ס ב"מ (דף ל"ב) יכול אמר לו אב היטמא כו' ישמע לו ת"ל איש אמו ואביו תיראו ול"ל קרא תפ"ל דאין העשה דכבוד אב דחי ל"ת פינן דמצי מיעקרא ויכבד קדמוהו הרא"ה ז"ל בש"מ ב"מ שם להקשות כן וכ' דאף אם אמר האב לא בעינא מ"מ מצנה איכא ומקיים המצנה והיינו דרק מעונש נפטר אבל מצנה מקיים כשכבודו וכן יש להביא ראיה מש"ס קידושין (דף ל"ב) דר"ה קרע שיראי באפי רבה בריה אמר איזל אחזי אי רתח אי לא ומקשי ודלמא רתח ועבר על לפני עור ומתרץ דמחל ליה לבריה וכתבו תוס' וצ"ל שהודיעו קודם לכן דאל"כ אם ירתח יהי' כמו נתפנין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה שצריך כפרה ואם כן מה אהני כמה שאמר אחזי אי רתח פינן דמחל ליה והודיעו אלא נדאי פינן דעכ"פ מצנה איכא לכבוד רצה לנסותו אם יקיים ויחשב המצנה ואם כן לכאורה קשה למה אינו מברך פינן דעל פרוח מצנה איכא אף במחל לו.

ובריטב"א קידושין שם משמע דלא הודיעו רק פינן שמחל מותר לנסותו בזה ואין בו משום לפני עור וליכא הוכחה כשידע שמחל לבריה דיש גם כן מצנה. ובספר חסידים (סי' תקע"ג) ראיתי שכ' ומה שאמרו אב שמחל על כבודו מחול מדיני אדם אבל בדיני שמי חייב וק"מ מש"ס הנז' פינן דעכ"פ יש מצנה ובידי שמים נענש כשאינו מקיים אף ניסה בזה ר"ה לרבה בריה.

ולמה שכ' בתשובת פנ"י הגורם להכשיל לאחר באיסור דרבנן עובר על לאו דלפני עור מה"ת דעכ"פ איכא מכשול ועיין כמה שכ' ע"ד בח"ר דיני טריפות (סי' ז') ואולי י"ל בכה"ג פדי לנסות שרי והא דאין מברכין על מצנות כ"א אף דגם במחל איכא מצנה י"ל דעיקר הפוננה פינן דלא תליא בדידי' לבד וצריך אחר שע"י יעשה המצנה ואם אין כאן מקבל ליכא מצו' לכה אינו חייב לברך.

ובתנאים כתב למה שכ' הרא"ש הא דאין מברכין על קידושי אשה דאפשר בפלגיש ולא כ' דלמא לא תתמצה האשה לקבל משמע דלית ליה חילוק הנז' ולא קשה כלל דבשלמא בצדקה אם לא יאבה העני לקבל ליכא עליו כלל שם מצנה מה שאין כן לקיים פו"ר מוטל עליו על קרקפתא דגברא שישתדל להשיג האמצעי שיקיים ע"י המצנה וכן מצאתי בספר אבודרהם עיין שם באורו.

וגם כתב שם מה שכ' התנאים הטעם דאין מברכין על מתנות עניים דאין מברכין על הקללה ועיין מה שכ' בח"ר דיני פדה"ב (סי' ב'): סי' ב פריעת בטל חוב מצנה ומפין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה אבל אין פופין אותו להשפיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע ונאפילו התנה ע"ע כו' פמבואר ש"ע (סי' צ"ז סט"ו) וברש"י פתובות (דף פ"ו) מצנה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכ' הין צדק שיהי' הן שלה צדק ומשמע לכאורה דליכא מצנה אחרת והקשו על רש"י עיין רמב"ן סוף ב"ב וכו' מדכתוב והאיש אשר אתה נושה בו יוצא אליך העבוט ומשמע לכאורה דליכא מצנה אחרת.

ובמרדכי פ' הכותב כ' תימ' דהא מחויב הוא שלא לגזול לחבירו ולפרוע מה שהלנוהו וקייפנו ליה דכתוב בחי' תעמוד וברדב"ז (ח"ב סי' תר"י) כ' דהוא מצות עשה של תורה דכ' והשיב את הגזילה או את העושק וברמב"ם (פ"ז) מגזילה פניל הפל וכי היכא דהוי מ"ע להשיב את הגזילה לכל הנזכר בכתב והלואה בכלל עי"ש עוד.

ויש לדקדק בד' רש"י גיטין (דף ל"ו ע"ב) בקושית הש"ס שם ומי איכא מידי דוד"ת לא משמט ותקנו רבנן דתשמט וכו' ונמצא הלנה גזלן ע"פ הא לדעת רש"י אינו גזלן בזה רק אינו מקיים העשה כמו שכ' רש"י שם בתירץ הש"ס שוא"ת הלנה הנה נשב ובטל ואינו עושה מצנה לפרוע את חובו ועיין רש"י ריש סנהדרין לנה ואינו משלם לא מקרי גזלן דמלנה להוצאה ניתנה וכבר פתבתי בזה בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') דהלנה ויש לו לשלם ואינו רוצה אומדנא דמוכח הוא דעל דעת זה לא הלנה ונתבטל שם הלואה ונעשה גזלן למפרע ומה"ט יש לדון כשאינו רוצה לפרוע פלל דיש לו דין גזלן למפרע יש לנה רשות לכנס לביתו למשכנו דעל חיוב גזילה שאינו הלואה מותר לעבוט עבוטו דכי תשה ברעה משאת מאומה פתיב ובנתיבות כ' שפל דבר שלא נקרא הלואה לענין שמייטה וכן הקפת חנות אינו בכלל איסור דלא תבא אל ביתו וסניי משום חומר האיסור אינו פותב זה למעשה.

אולם באמת הדבר מבואר להדיא בס' יראים (סי' רע"ג) והביא פן משם הספרי פ' פי תצא וכן ראיתי בספר הריק"ש ז"ל ערך לחם שהביא משם רדב"ז דעל פקדון ואף חלק העסקא והבא מפחו והקפת חנות יכול ליכנס לביתו ולמשכנו וע"כ הא דאסור לכנס לביתו לעבוט עבוטו איירי ברוצ' לפרוע רק דמדחי אותו מדחי אל דחי דלא נתבטל בזה שם הלואה ועל זה אגיל השו"ט בש"ס פתובות שם פריעת בעל חוב מצנה היינו לפרוע בזמנו ועל זה אמר דכופין אותו נאמי שפיר דברי רש"י דהמצנה הוא הן שלה יהיה צדק שצריך לאמת דבריו ולקיים הבטחתו לפרוע בזמנו והרמב"ן כ' דמוכח מקרא והאיש אשר אתה נושה בו דע"כ לא איירי באינו רוצה לפרוע פלל דנתבטל שם הלואה ורשאי לכנס לביתו לעבוט עבוטו רק שמדחי ואינו רוצה לשלם מיד רק אח"ז וע"ש במ"ש עוד בזה ועיין תשו' הרא"ש (פלל י"א סי' ז'): ועיין ש"ך (סי' רל"ב) משם הש"ג דכל זמן שאין הלנה תובע חובו אינו חייב לשלם ואם נשבע לפרוע קודם שיעבור זמן פלוני מבואר (סי' ע"ג) אעפ"י שלא תבעו בתוך הזמן עדיין השבועה במקומה עומדת ודעת הסמ"ע והש"ך שם דאין חומר השבועה מחייבו לשלם מעצמו עד שיתבענו המלנה והטו"ז סובר דחומר השבועה מחייבו לשלם אף בלא תביעה ובקצוה"ח שם כ' להכריע כטו"ז מדברי ש"ע יו"ד שכ' בנשבע לפרוע בזמן פלוני יכול להתירו שלא ע"פ חכם

שיאמ' הרני פאלו התקבלתי אבל להאריך א"י ואם חנמר השבועה אינו מחייבו בלא תבעו פשמאריכו ה"ה פאינו תבעו ואם תבעו פבר יוכל למחול את תביעתו והוא יעמוד בחיובו פשייתבענו אחר פה א"ו פדעת הטו"ז ודבריו אינם מוכנים פיון דכבר תבעו וכל החיוב פיצד יכול למחול על תביעתו ועיין שם בתנאים הא דחל השבועה לפרוע אף דהוי לקיים המצוה מ"מ לעגן מלקות חל ועוד דהוי פולל לעגן סידור בעל חוב.

ואם חייב אף בלא תבעו שפיר הוי בלא"ה פולל ועיין יו"ד (סי' רכ"ח סמ"ב) דלדע' הרא"ש עיקר השבועה הנה על הפירעון והזמן לזרזו ומ"מ אם תבעו ואינו נותן לו עובר על שבועתו דאם לא פן מתי יעבור וכן מבואר בלשון הרא"ש בתשובה שכ' נהי שלא עבר על השבוע' פיון שלא תבעו אדם מ"מ עדיין מןזקרה ועומד הוא על שבועתו פשייתבעהו עיין שם וכל שפיר השבועה באם תבעו לפרוע לו וכמו באם תבעו ולא נתן לו בזמנו עובר על שבועתו כ"כ אחר עבור הזמן אף דעיקר השבועה הנה על הפירעון והזמן לזרזו בפירעון מ"מ ע"כ גבול יש לו ואם תבעו ולא נתן לו עבר על שבועתו וע' בקצוה"ח שם (ס"ק ה') ובמה שיש לגמגם בדבריו: ועיין ב"י (סי' ק"ד) משם תשובת מיימוני דמי שיש עליו בעלי חובות הרבה ואחד בא לתפוע פשאין לו לפרוע לכולם אין הב"ד מגבין לו והב"י סובר דמגבין לו והב"ח חולק ע"ז וכי משום שבע"ח האחר אינו לפנינו יפסיד וכן כ' הצ"צ (סי' קח"י) וכן הביא שם משם פסקי הרקאנטי דחולקין ובקצוה"ח שם כ' פיון דמבואר (סי' ע"ג) דאינו חייב לשלם פשאינו תובע אף בנשבע לכן פיון דמטלטלי לאו בני שעבוד ניהו ולית בהו דין קדימה רק משום מצוה לפרוע וזה שתבעו רמא עליו המצוה אינה נדחת מפני המצו' שיבא לו אחר פה.

ובנתיבות כ' דנדאי אף פשהמלנה אינו תובע חייב לפרוע ול"ד לנשבע דאמדינו לדעתו שפך היתה פנונתו בשעה שנשבע משא"כ מצות פבע"ח דרחמנא חייביה לפרוע. ולפנינו דעת הש"ג דאינו חייב לשלם עד שיתבענו ואף דכתב הטעם במתנה פקש ליתן לו ובאמת הוא רק מספק דהא פשמת נדאי חייב לשלם ליורשיו מ"מ פיון דהוא חי ואינו תובע דלא רמא עליו לשלם יהי מאיזה טעם שיהיה גם פן על דעת זה נתחייב לשלם לו פשייתבענו או ליורשיו וכל זמן שהוא חי ואינו תובע לא נתחייב לשלם שפיר י"ל כמו שכ' הקצוה"ח דמצוה הבא לידו לקיימו לא נדחת מפני מה שיבא עליו אחר פה אף בבירור שיבא.

וי"ל קצת בדעת רי"ף בתשובה שהביא הרא"ש פ"א דב"מ דמן הדין בתופס לבעל חוב אף במקום שאינו חב לאחרים ל"ק דיכול הלנה לומר לאו בעל דברים דידי את רק במקום פסידא יכול לתפוס מטעם תקנה והקשו הא ר' יוחנן אמר במקום שחב לאחרים ל"ק משמע באינו חב קנה מן הדין ולמה שכ' דלא נשתעבד להתחייב לשלם רק פשייתבענו י"ל דר"י איירי באם פבר תבע ממנו ונדענו דאינו נותן במתנה והרי"ף איירי בסתם חוב שעדיין לא תבע ממנו שפיר יכול לומר לאו בעל דברים דידי את ועוד יש לחלק בין תפס מעות למטלטלין ומ"מ הש"ף שם (סי' רל"ב) הניח דין זה בצ"ע ועיין ספר רביד הגזהב פ' משפטים: והא דכ' בש"ע שאין כופין אותו תו להשפיר או לעשות שום מלאכ' והוא מדברי תשובת הרא"ש שהביא משם ר"ת וכ' באורים (ס"ק ל"ז) ואם כ' בשע"ח ששעבד עצמו להשפיר ולשלם עיין באה"ע (סי' ע"ג) אם מחויב להשפיר עצמו לזון את אשתו דלמ"ד דחייב הואיל וכ' אגא אפלה הה"ד הקא ובטור (סי' צ"ט)

מדמי להדדי עכ"ל וקשה הא זה הוא דעת רבינו אליהו ז"ל מובא בתוס' פתובות (דף ס"ג) ור"ת וסייעתו חולקים מטעם שכ' שם תוספות דאנא אפלה היינו הקרקע שלו או כמו שכ' שם הריטב"א והש"מ דאנא אפלה היינו אם תהי' חולה ישמשה ואוקיר ואזוין כפי הנצרך לה אבל אם מחייב א"ע בפירושו באופן המועיל ליכא מאן דפליג.

ועיין בפרישה (ס"ס צ"ט) שכתב ע"ד תשובת הרא"ש שהעתיק הטור שם דבכתובה אף לדעת רבינו אליהו ז"ל דמספר כתובה ילפינו כ' אעפ"י שמעשה זה גם כן מה שיעבד נפשו באותו שטר שאני כתובה דהואיל דכל הכתובות כתבינו פן ודאי לתנאי גמור כתבינו אבל בשאר שטר חוב אין הפל כותבין פן ואם פן האי אע"ג דכתבו אמרינו אסמכתא בעלמא הוא עיין שם מבואר מדבריו דאם כתב בדברים המועילים לסלק דין אסמכתא ומחייב א"ע בזה מחייבנו ליה להשפיר א"ע אף מהא דכ' הרא"ש בתשובה שאין המלנה רשאי לתפוס גופו של לנה ולהשתעבד בו ואפילו אם שיעבד גופו לכה דאין עבד עברי נוהג בזה"ז ומשמע מזה דאף אם נשתעבד באופן המועיל לסלק דין אסמכתא גם כן לא מהני וביתר ביאור כ' הרא"ש בתשובה (פלל ס"ח ס"י) דבר ברור שלא יתפוס המלנה גופו של לנה ומשתעבד בו אי ימפרנו בשביל חובו כמו שדרשו בגנביתו ולא בזממו הה"ד ולא בחובו ואפילו אם שיעבד גופו אינו חל על גופו דאם שיעבד גופו למכרו כעבד אין שעבוד זה חל דאין עבד עברי נוהג בזה"ז וגם המלנה עצמו א"י להשתעבד בגופו וכ"ש ליסרו ולמה יתפסהו להשתעבד בו אינו רשאי הרי דאף בנשתעבד בפירושו למכרו ל"מ: וראיתי בב"ח שם שכ' אע"ג דבגידון שנשאל הרא"ש הי' הלנה מתנה בפירושו להשתעבד ולעשות מלאכה כדי לפרוע חובו אפ"ה אנו ב"ד אין כופין אותו פיון שהתנה על עצמו תנאי שהוא כנגד ד"ת ודאי אם הנה מתרצה להשתעבד בגופו ל"ה מחינו ביה אלא שהיו אומרים לו חייב אתה בכך פיון שהתנית עמו בכך אבל אנו לא כפיפיון ליה וז"ש הרא"ש אין ב"ד כופין אותו לכה וכן כ' עוד בסוף דבריו לכו איני רואה להתיר לכופו להשתעבד פלל פי על דבר זה האריף בסוף השאלה לכופו בדיני א"ה ולהפותרו עד שתצא נפשו להשתעבד ולעשות מלאכה כפי תנאו ועל זה השיב דאין ב"ד כופין אותו ולא הביא דברי ר"ת בלא התנה אלא לאורוויי דבלא התנה איסורא קעביד כשמשפיר עצמו דשכירו' ליומ' מכירה הוא וכמו דדרשינו ונמפר בגנביתו ולא בזממו ולא בכפילו ה"נ ולא בפרעון חובו ולא במזונות אשתו ואם פן היכא דהתנה ע"ע להשתעבד בגופו ולעשות מלאכה אעפ"י דאיהו לא קעביד איסורא אם רוצה לקיים תנאו פיון דאדעתא דהכי הלנהו מ"מ אין ב"ד כופין אותו פיון דאית ביה איסורא עכ"ד וזה שלא כדעת הפרישה.

ברם דבריו תמוהין לענ"ד חדא אם התחייב את עצמו באופן המועיל וקעביד איסורא לדבריו אם פן בכתובה דכ' הרא"ש דמהני הואיל דכ' פן בספר כתובה וכי תקנו חז"ל לעשות איסור ועוד אם מהני ההשתעבדות ולא קעביד איסורא אם רוצה לקיים התנאי ממילא חייב בדבר למה לא יכופו אותו ב"ד הא אף בעבד הנמפר לנכרי ואפילו לעקר מהני המכירה כמבואר ברמב"ם ריש הלכות עבדים אף דקעביד איסור ודאי כופין אותו ב"ד שיעבד מלאכתו.

וְלָמָּה יִגְרַע אִם הַשְׁתַּעֲבָד א"ע לַעֲשׂוֹת מְלָאכָה שְׁלֵא יְכוּפוּ אוֹתוֹ אִם הַתְּנָה. וְעוֹד הָא לְדַעַת רַבֵּינוּ אֲלֵיהוּ וְדַאי דְכוּפִין אוֹתוֹ לְהַשְׁפִּיר א"ע לְמְלָאכָה לְזוּן אֶת אִשְׁתּוֹ כְּמַבְנֵאָר מְדַבְרֵי בְפִי הַש"ס פְּתוּבוֹת (דָּף ס"ג) בְּאוֹמֵר אֵינִי זֶן וְאֵינִי מְפָרְנִס דְּהוּי כְּמוֹרֵד וְכַמְבֹּנְאָר בְּדַבְרֵי הַרִיטְב"א שֵׁם וְאִם כֵּן בְּבַע"ח אִם הַתְּנָה בְּאוֹפֵן הַמוֹעִיל וְהַתְּחִיב לָמָּה לֹא נִכּוּף אוֹתוֹ.

וְעוֹד קָשָׁה עַל הָא דְכָתַב הָרַא"ש בְּתַשׁוּבָה מִשֵּׁם ר"ת וְהַמְשַׁכֵּיר עֲצָמוֹ נִקְרָא מְכִירָה כְּדָאֲמַרִי פ' הַזְהָב שְׁכִירוֹת כְּמְכִירָה דְמֵיָא וְהוּי מְכִירָה וְעָבַד עֲבָרֵי הַנְּמַכְר לְשֵׁשׁ קָרִיא רַחֲמֵנָא שְׁכִיר הָא מְבֹנְאָר בַּהֲגַה"מ מוּבָא בְּש"ד (ס"א ש"ל"ג ס"ק י"ז) מִשֵּׁם תְּשׁוּבַת הַר"מ ז"ל דְּמִתָּר לְהַשְׁפִּיר א"ע דְּפוֹעֵל לֹא מְקָרִי עָבַד אֲלָא שְׁכִיר וְעָבַד הוּא בְּשֵׁשׁ מִשְׁנֵה שְׁכִיר שְׁכִיר וְעַל ג' שְׁנִים ל"ה פּוֹעֵל כְּעָבַד וְרִשְׁאֵי לְהַשְׁפִּיר אֶת עֲצָמוֹ וְהָא דְפוֹעֵל יִלְפִינּוּ לָהּ מְעָבַד הֵינּוּ לְעֵנּוּ קוֹלָא וְאִם כֵּן מָה אִיסוּר יֵשׁ בְּשְׁכִירוֹת אָף אִם כְּמְכִירָה דְמֵיָא וְצָרִיף לֹמֵר לְשַׁעֲבַד עֲצָמוֹ שְׁלֵא יְהִיָּה יְכוּל לְחַזֵּר זֶה בְּלִתִּי בְּאַפְשָׁרוֹת וְלַעֲנֵנּוּ זֶה הוּי כְּמְכִירָה וְאִיסוּר וְסוּבֵר הָרַא"ש דְּאָף קִנְיָן ל"מ וְכִמוֹ שֵׁכ' תוֹס' ב"מ (דָּף יוֹד) דְּמַה"ט רִשְׁאֵי לְהַשְׁפִּיר כִּינּוּ דְפוֹעֵל יְכוּל לְחַזֵּר אֵינּוּ דוֹמָה לְעָבַד וּמְהַר"ם כ' ג"כ דְּלִקְוֹלָא יִלְפִינּוּ פּוֹעֵל מְעָבַד וְהֵינּוּ דִיכוּל לְחַזֵּר וְלִכְּף אֵינּוּ יְכוּל לְכוּף אוֹתוֹ לַעֲשׂוֹת מְלָאכְתּוֹ וּמְהַר"ם סוּבֵר דְּאָף דִיכוּל לְחַזֵּר מ"מ עַל שֵׁשׁ שְׁנֵי עוֹשֵׂה אִיסוּר דְּהוּי כְּעָבַד אֲבָל מ"מ כִּינּוּ דְשְׁכִיר גַּם כֵּן יְכוּל לְחַזֵּר בְּחֻצֵי יוֹם לְכָף לֹא כִינְיָנִין לִיהּ וְלֹא חָל הַשְׁתַּעֲבָדוֹת עַל גּוֹפוֹ.

וְלִפִּי זֶה מָה שֵׁכ' הַב"ח דְּבִלָּא הַתְּנָה אִיסוּרָא קְעָבִיד כְּשִׁמְשַׁכֵּיר עֲצָמוֹ דְשְׁכִירַת לְיוֹמִיָּה מְכִירָה הוּא אֵינּוּ מוּבָן כְּלָל דְּבִרְצוֹנּוֹ לַעֲשׂוֹת מְלָאכָה לִיכָּא שׁוּם אִיסוּר לְכָל הַפּוֹסְקִים כִּינּוּ דִיכוּל לְחַזֵּר כְּפוֹעֵל: שׁוּב רְאִיתִי בַּמַּח"א דִּינֵי שְׁכִירוֹת פּוֹעֵלִים (ס"א ב') שְׁמַשִּׁיג גַּם כֵּן עַל הַב"ח בְּמַקְצַת דְּבָרִים בְּזֶה וְכ' בְּדַעַת הָרַא"ש דְּדוֹנֵק' לְתַפְּנִס גּוֹפוֹ לְהַשְׁתַּעֲבַד עָבַד בּוֹ בַּעַל כְּרַחוּ אֵין הַתְּנָאֵי מוֹעִיל דְּאֵין עָבַד עֲבָרֵי נוֹהֲג בְּזֶה"ז אֲבָל לְעֵנּוּ שְׁיַשְׁפִּיר עֲצָמוֹ לְכָל מִי שְׁיַרְצֶה כָּל שֶׁהַתְּנָה וְחִיב עֲצָמוֹ בְּכָף אָנוּ כּוֹפִין שְׁיַשְׁפִּיר עֲצָמוֹ וְיִרְוִיחַ לְפָרוֹעַ לְבַעַל חוֹב כְּמוֹ שֶׁהַתְּנָה וְמָה שְׁפָטְרוּ הָרַא"ש ז"ל מְלַהֲשָׁכִיר עֲצָמוֹ אָף עַל פִּי שֶׁהַתְּנָה מְעִיקְרָא הוּא מִשׁוּם שְׁלֵא הוּי שֵׁם תְּנָאוֹ כְּרִאוּי וְבִל' חִיב עֵינּוּ שֵׁם וְהוּא כְּדַעַת הַפְּרִישָׁה וְעֵינּוּ עוֹד שֵׁם בַּמַּח"א (ס"א א') דְּכ' דְלָא אֲמַרְהָ הָרַא"ש אֲלָא כְּשִׁשְׁעָבַד אֶת גּוֹפוֹ לַעֲשׂוֹת כָּל מְלָאכְתּוֹ בְּקַבְעָה כְּמוֹ הַעֲבָדִים אֲבָל בְּמִשְׁפִּיר עֲצָמוֹ לְיָמִים לַעֲשׂוֹת מְלָאכָה יְדוּעָה אֵין זֶה דוֹמָה לְעָבַד אֲלָא פּוֹעֵל בְּעֵלְמָא וְכ' דְּמַה שֵׁכ' תוֹס' ב"מ דְּהוּאֵיל דְּפוֹעֵל יְכוּל לְחַזֵּר רִשְׁאֵי לְהַשְׁפִּיר אֶת עֲצָמוֹ וְהִיכָא דְנִשְׁב' שְׁלֵא יִחַזֵּר עוֹבֵר מִשׁוּם עָבְדֵי הֵם הֵינּוּ דְּוָקָא בְּהַשְׁפִּיר עֲצָמוֹ בְּקַבְעָה לְהִיּוֹת עוֹשֵׂה כָּל מְלָאכְתּוֹ שֶׁל בַּעַל"ב דְּדוֹמָה לְעָבַד וְלְדַבְרֵי אִם כֵּן יְכוּל הַב"ד לְכוּף אוֹתוֹ שְׁיַשְׁפִּיר אֶת עֲצָמוֹ לַעֲשׂוֹת מְלָאכָה יְדוּעַ וְשְׁלֵא בְּקַבְעָה וְכִינּוּ דְמַהֲנֵי הַחִיּוֹב אָף שְׁלֵא יְכוּל לְחַזֵּר בּוֹ מְמִילָא אָף דְּלֹא נִתְחַיֵּב רְמֵיָא עָלָיו הַמ"ע לְפָרוֹעַ הַחֹב וְצָרִיף לַעֲשׂוֹת כָּל הַשְׁתַּדְּלוֹת בְּשִׁלְמָא אִם אֲמַרִינּוּ דְעִיקָר תְּלִיָּא אִם יְכוּל לְחַזֵּר רִשְׁאֵי וְאִם אֵינּוּ יְכוּל לְחַזֵּר דוֹמָה לְעָבַד דְּאֵינוּ נוֹהֲג בְּזֶה"ז שְׁפִיר לֹא כּוֹפִין אוֹתוֹ בְּב"ד כִּינּוּ דָאִם יְהִיָּה הַחִיּוֹב עָלָיו מְצַד לְקִיָּים פְּרִיעַת בַּעַל חוֹב יְצָטְרָף שְׁיַעֲבֹד וְכִבֵּר נֶאֱמַר עָבְדֵי הֵם אֲבָל אִם נֹאמַר דְּהִיכָא דְּאֵינוּ דוֹמָה לְעָבַד כְּשִׁאֵינוּ עוֹשֵׂה בְּקַבְעָה כָּל מְלָאכָה רַק מְלָאכָה יְדוּעָה אֵינוּ דוֹמָה לְעָבַד אִם כֵּן שׁוּב חִיב לַעֲשׂוֹת כֵּן וְלְהַשְׁפִּיר א"ע לְמְלָאכָה יְדוּעַ כְּדִי לְצַאֵת יְדֵי חוֹבְתּוֹ וְאָף הַב"ד כּוֹפִין אוֹתוֹ לְזֶה.



אולם מלשון הרא"ש בתשובה (פל"ל ע"ח) דכ' ומה שטוען שיעשה מלאכה כדי לפרוע את חובו אין כופין אותו לכך שלא אמרה תורה אלא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא כו' ואפ"ל של"ח ב"ד מנתת נתיחתי אין משפנו לא כש"כ שלא ישלחו ב"ד יד בגופו לכופו להשתעבד ולפרוע חובו מסתימת דברי משמע להשפיר את עצמו לשום מלאכה אף שאינו בקבע לא ישלחו ב"ד יד בגופו ואף דמכין אותו עד שתצא נפשו לפרוע אם יש לו לא לכופו לעשות שום עבדות אף שאינו בקבע.

ואף להסוברים (סי' של"ג) בפועל שהשפיר א"ע אצל בעל הבית לעשות לו מלאכה ונתחייב בקנין דאינו יכול לחזור היינו פיון דנתחייב לעשות בין על ידי עצמו בין על ידי אחרים דהוי כמו שאר חיוב ונעשה חוב עליו לעשות ואם אינו רוצה לעשות על ידי עצמו חייב להעמיד אחר משלו כדי להשלים מלאכתו.

אבל בבעל חוב דחייב בלא"ה ממון לשלם ואין לו לשלם בהכרח שיעשה על ידי עצמו בזה לא מהני חיוב שיעשה על ידי גופו. שוב ראיתי בספר שער משפט מה שכ' בענין זה ולא הביא דברי הב"ח ופרישה ומח"א והמענין יראה מה שיש לגמגם בדברי עפ"י מ"ש שוב ראיתי בספר ערוך להם מהריק"ש ז"ל שהביא משם הרדב"ז ז"ל וז"ל ומסתברא לי שאם הוא רגיל לעשות מלאכה או להשפיר עצמו ועתה כדי שלא יקח בעל חוב מה שיעשה אינו רוצה לעשות כופין אותו לעשות כמו שהיה רגיל עכ"ל ולדינא צ"ע פי מלשון הש"ע משמע דבכל אנפי אין כופין אותו להשפיר א"ע כדי לפרוע חובו: סי' ג הא דקיי"ל מסדרין לבעל חוב מבואר בש"מ ב"מ משם הרשב"א דאף דמסדרין היינו בממשפן ולא בפרעון ור"ת פסק להלכה דאין מסדרין וכ' הרשב"א וכדברי ר"ת היה נראה אלא שדברי גאונים דברי קבלה הן ולהם שומעין וכ"ש שלא להוציא ממון אלא בראיה ברורה.

ומבואר דהוי ספק וכ"כ המרדכי משם מהר"ם ז"ל. וכתבו הגד"ת וכנה"ג פיון דהא דמסדרין אינו אלא מספיקא דדינא אם תפס המלוה אין מוציאין מידו.

ויש להעיר הא טעמא דסידור בע"ח היא דילפינן מפה מפה מעירכין ובעירכין ילפינן לה ואם מה הוא מעירכיהו התייהו מעירכיהו ויהוי כמו צדקה להחיותו ולדעת הרמב"ן והרשב"א פ"א דנדרים גבי איבעיא אי יש יד לצדקה הוי ספק איסורא ואזלינן לחומרא ועיין ש"ע יו"ד (סי' רנ"ח) ובש"ף (סוף סי' רנ"ט) עמד בסתירת הפוסקים.

והרבה נסתבכו בזה האחרונים בדיני תפיסה וגם אנכי הצעיר פתבתי בזה הרבה בדיני תפיסה בספר דברי חיים (סי' ח') עיין שם מה שכ' בזה ולעיל דיני דינינים (סי' מ"ט) ולמה שכ' שם דהיכא דשייך מחילה הוי פדיון ממון וכינון דספק ממונא לקולא והממע"ה אף דיש בו חשש איסור גזל לא איכפת לן בזה רק מטע' במתנות עניים וצדקה גלי לן הקרא עני נרש הצדיקו הצדיקהו במתנות אזלינן לחומרא אבל לא בספק איסור שיש במקומו כמו ב"ת או ספק שבועה בזה פיון דאזלינן בספק ממונא לקולא לא מחמירין אף אם יש בו איסור אחר.

לכן פאן פיון דהוי ספק אם נתחייב להחיותו ושללא לגבות הפל בפרעון החוב אם תפס אין מוציאין מידו ומ"מ קשה קצת למה לא נאמר גם פאן פיון דהוא מטעם צדקה והספק

אם מצונוה בזה להחיותו או לא נאמר גם כן צדק משלך וכן לו ואף דלא הוי חזקת חיוב מ"מ הא יש חזקת מרא קמא.

וצריך לומר פיון דבאמת רמיא על הלנה המצוה לפרוע חובו והספק הוא אם מצונוה להחיותו ולהשאיר לו פסידור להחיותו כשתפס ואינו רוצה לקיים המצוה מספק דנין בי' דין ממון פיון דגוף הדבר שתפס בפרעון החוב ודאי זכה בו ויכול להחזיר לו התמורה הוי פספק בחיובו אם נתחייב בזה וכיון דלאו בחזקת חיוב הי' ל"א בזה הצדיקהו משלך ועדיין צ"ע בזה: ואם נשבע לפרוע אין מסדרין לו כמבואר ש"ע והוא מספר חזה התנופה בב"י.

ובכנה"ג (ח"ב במהד"ב) הביא משם מקור ברוך דסובר הטעם דמפני חוקר השבועה בכל פלוגתא דרבנותא ונשבע חייב והקשה מזה על המריב"ל דסובר בכל פלוגתא פיון דקנין אין פאן שבועה אין פאן והכנה"ג כ' דהפוננה אף הסוכרים דמסדרין ביש שבועה מודו דאין מסדרין כדמוכח מלשונו שכ' אם נשבע לפרוע ד"ה אין מסדרין ובתומים (ס"ק כ"ו) פתב לפרש דהוא מטעם ספק איסור לחוקרא מה"ת וכיון לדעת מ"ב הנז' והוכיח מזה דבשבועה לא מצי למימר קים לי דאי כפשוטו דבשבועה לכ"ע אין מסדרין מ"ש שבועה מנדר והנודר ואמר עלי ליתן מנה להקדש לבדה"ב הרי מחוייב להתפלש בעפר לקיים נדרו ולמה קיי"ל חייבי עירכין והאומר הרי עלי מסדרין ולא יהי' דין הדיוט חמור מדין גבוה.

ויש ליישב דשם פיון דגלי התורה ואם מהו הוא מערפף ומפרשינו החייהו מערפף אם כן לא נתחייב בנדרו יותר ממה שחייבתו התורה אבל לענין בעל חוב אם התנה בפירוש שלא יסדר לו תנאו קיים כמבואר בש"ע לכן כשנשבע לפרוע אמרינו דהוסיף בשבועתו שהוא ללא צורך לחייב א"ע אף להתפלש בעפר כדי לפרוע דאל"כ מה צריך לשבועתו הא פכע"ח בלא"ה מצוה וחיוב התורה רמיא עליו ועיין קצוה"ח (סי' ע"ג ס"ק ה') דהביא משם כנה"ג יו"ד דק"ל על חזה התנופה כיצד חל השבועה הא הוי לקיים המצוה וכ' פיון דאח"כ אין ידו משגת ואין חיובו אלא מפח השבועה חז"ל השבועה כמו אם נשאל על הראשונה חלה השנייה והגם פי יש לגמגם בדבריו דאינו דומה לנשאל על הראשונה דחל השנייה למה שכ' הש"ך יו"ד (סי' רל"ח ס"ק כ"ו) משם הר"י מינצ'דוקא בשאלה דחכם עוקר הנדר מעיקרא וחלה למפרע ומה"ט כ' הקצוה"ח בעצמו בס' א"מ ח"ב בתשובותיו דשבועה אינה חלה על קיום מצות תורה אף כשפקע האיסור לעולם פל דבריו שם בתשובה הנ"ל סותרין לדבריו שבקצוה"ח (סי' ע"ג) דהעלה שם דהנשבע לקיים את המצוה עכ"פ חלה לזרוזי נפשי' ובפרט לפוסקי' הסוכרים דלענין מלקות חייב וכיון דעל פרוך חז"ל קצת בשעת' ממילא חז"ל כשפקע קיום בלעדי השבועה ועיין מה שכ' בזה בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' כ"ט) עכ"פ פיון דחז"ל השבועה שפיר י"ל דיפה בזה פח הדיוט מפח גבוה: אף יש לדון ולומר דלא נשבע לקיים יותר מפני חיובו שחייבו התורה רק לזרוזי נפשו אבל לא לחייב את עצמו יותר לעשות ממה שחייבו התורה ואם הדין הוא דבלא שבועה מסדרין למה נחייבו להתפלש בעפר כשנשבע.

ואולם דעת כנה"ג פיון דנשבע לפרוע חובו וכיון דאף דאם מסדרין עכ"פ נשאר חובו עליו וחייב הוא לפרוע ורמיא על קרקפתא דגברא רק שאין לו עכשיו לפרוע ולצאת ידי

חובתו ועכ"פ חייב לפרוע לכהן שפיר אין מסדרין ומה"ט יש לדון דבכל מקום שאין בעל חוב גובה כמו מצדקה והענקה מ"מ אם נשבע לפרוע חייב לפרוע אף מזה לצאת ידי חובתו פ"ק חייב לפרוע אולם דעת התנאים דהשבועה לא הוי רק על מה שחייבהו התורה לכהן סובר דרק מטעם ספק איסור וס' שבועה לחומרא ולדעתו יש לדון למה שכ' התנאים (סי' מ"ב ס"ק ה') משם מהר"י מינץ דהיכא דהלשון בשטר מסופק דינ בעל השטר על התחונה אפילו יש חרם או שבועה ותמה הא ספק איסור לחומרא וכו' דהנשבע יחויש לעצמו אבל הב"ד אין כופין על כף וכו' דהר"י מינץ איירי דרצה להתיר שבועתו רק דאין להתירו שלא בפניו וכיון דבדיעבד מותר ויש פאן רק ספיקא דרבנן אזלינן לקולא עיין שם ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' מ"ח) אם פו ה"נ דכונתיה א"ו דאין הב"ד כופין להגבות הפל ולהתפלש בעפר רק דייחויש לעצמו וגם אם רצה להתיר שבועתו מתירין ולא משמע פן מסתימת דברי הש"ע לכן דברי התנאים צ"ע: ועיין בכנה"ג מהד"ב דהביא משם ספר פסקי מהר"מ מרקאנטי ו"ל דמסתפק אם גובה מן הערב מה דסיידר לבע"ח דשמא יכול הערב לומר לו איני רוצה לפרוע פלום בעוד שיש ללנה פלום והכנה"ג כתב על זה דפשיטא ליה שאינו גובה מן הערב שאין הערב חייב אלא במה שנתחייב הלנה לפרוע עכ"ל.

ולכאורה לא אבין הפשיטות הנה הא הלנה באמת חייב לפרוע רק התורה לא חייבהו להתפלש בעפר ואונס רחמנא פטרהו להלנה והוי כאין לו ללנה ממה לשלם ולמה לא יהיה הערב חייב לשלם וכל החיוב להערב הוא רק כשאין לו להלנה לשלם וה"נ דכונתיה.

ברם י"ל פ"ק דהוי ספק יכול הערב לומר קים לי דאין מסדרין והוי פיש לו לערב ואף דמספק אינו יכול לגבות מהלנה יכול הערב לומר רמי עליה המצוה להחיותו ואני איני חייב בזה ולא הוי ערב רק על מה שנתחייב הלנה ואין לו אבל זה יש לו רק התורה חייבה להחיותו ויש לה שכר מצוה בזה לכהן אני איני חייב לשלם לה ומ"מ צריף עיון ופשיטותו של הכנה"ג אינו מוציא מידי ספיקו של הרקאנטי ו"ל וי"ל אם תפס המלנה מן הערב דאין מוציאין מידו: וראיתי דבר תימא בספר שער משפט שכתב לדון דמה ששאר הלנה חייב להמלנה כפי ערה הסידור ששאר בידו פ"ק דלא הוי רק מספק אם מסדרין או לא אף אם הוא מלנה בשטר אינו יכול לגבות מלקוחות דכיון לומר קים לי דאין מסדרין והנחנו לה מקום לגבות ומדמה להמבואר (סי' מ"ג סכ"ג) בב' שטרות באחד פתוב בניסן סתם ובא' פתוב כ"ח ניסן ואין ללנה רק שדה אחת דמגבין לבעל כ"ח דיש לו זמן מבןרר ודלמא מי שיש לו ניסן סתם הוא בר כ"ט ואינו יכול לגבות מלקוחות מאייר ואילף שיאמרו זמנה מאחד בניסן והנחנו לה מקום לגבות והשני שלא פדין גבה וה"נ יכולין לומר הלנה שלא פדין לקח ממנה הסידור דקיי"ל דאין מסדרין ולדעת החולקים שם על רמב"ן דהו"ל פאשטודף ב"ח ה"נ דכונתיה'.

ולדעתי פאן לכ"ע דמי לאשטודף ב"ח ואף הרמב"ן מודה דגובה מלקוחות ואינו דומה לשם פלל דשם יכול הלוקח לומר ברי דזה הנה בר גבניה מהב"ח דבשעת מעשה הנה מבןרר הדבר והנה יכול להתברר רק אחר כה נולד הספק וגם עוד יכול להתברר סובר הרמב"ן דלא הוי פאשטודף דיאמרו הלוקוחות עדיין שעבודך קיים על השדה שהנחנו

לה לגבות ועיין מה שפתיב אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' קי"ט) במה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ה) מה שאין פאן פאן הספק הנה אם מסדרין או לא נולד מפבר ובעת שקנוו הלקוחות הקרקע ידעו הלקוחות שהדין הוא דמסדרין לבעל חוב ודין זה פבר נפסק ואף דיאמרו קים לי דאין מסדרין לא יוכלו לומר הנחנו לה מקום לגבות פינו דידעו פשיב' המלנה לגבות החוב לא יהיה יכול לגבות פפי הסידור והוי פאשתדוף ב"ח מאז ולא גרע מאם נשאר ב"ח במדינה אחרת דג"כ א"י לומר הנחנו לה מקום לגבות ק"ו בזה אף דמהני תפיסה ושעבודא דבעל חוב קנים אם הדין הוא דאין מסדרין מ"מ עיקרא שעבודא דבעל חוב על דבר שיכול לגבות והלקוחות צריכין להניח מקום לגבות בכת ב"ד וז"פ לענ"ד: פתב בש"ע כשמחזיר המשפון צריף להחזיר לו בעדים ולהתרות בו אל תחזירהו לי אלא בעדים דאם לא פן הי' נאמן לומר החזרתי או פרעתי במגו דהחזרתי וכ' הסמ"ע דבלי מגו אינו נאמן אף דהוי מלנה על פה משום פינו דהמשפון הנה בידו והוא החזירו בעדים הוי ליה כמו פקדונו ביד הלנה ואינו נאמן אלא במגו ובפרישה כ' אף במלנה בשטר דהלנה טוען פרעתי ויש לו מגו דיטעון לא החזרת לי המשפון או חזרתי ומסרתי לה נאמן ובתנאים משיג ע"ד דהמלנה דטוען החזרתי ולא פרעתי נאמן במגו דהנה טוען לא החזרתי המשפון ולא פרעתי ויש לו מגו דיטעון לא החזרת לי המשפון או חזרתי באונסין וכשישבע שנאנס גובה חובו עכשיו דטוען החזרתי לה ולא פרעתי גובה בשבועה ובמקום שטר אמרינו מגו להוציא ויש להעיר בדבריו אף דיש למלנה גם פן מגו מ"מ פינו דללנה גם פן מגו לא גרע מתרי ותרי ולדעת הש"ף (סי' מ"ו ס"ק כ"א) בשטר מוקמינו ממונא על חזקתו ואף למה דפקפק בתנאים שם (ס"ק מ') מ"מ פאן פינו דצריכין לחזקת השטר להועיל נגד המגו של הלנה שוב לא מהני מגו להוציא ויש ליישב למה שכ' לעיל דיני טו"נ (סי' כ"א) וגם בכמה דוכתי הבאתי דעת הר"י מיגאש ו"ל דבתו"ת נגד שטר מוקמינו השטר על חזקתו ואכ"מ בזה: סי' ד אם נתניאש המלנה מחובו אם מהני היאוש בחוב יש בזה מבוכה בין הפוסקים דעת מהרי"ק דמהני והח"צ בהגהות טו"ז (סי' קס"ג) דלא מהני והקצוה"ח שם העלה דיאוש מהני בחוב וכבר פתבתי בזה בספרו של אאמ"ו ו"ל בד"ח דיני הלואה (סי' ל"ו) לדון דלענן שעבוד מהני היאוש עיין שם ואחר פן עלה בדעתי לדון הכרעה לדינא בזה באופן שיהי' מסולק טענת הקצוה"ח שם מכו"כ דעיקר יסודו ע"ד הרמב"ן ב"מ (פ"ב) בראה סלע שנפלה נטלה על מנת לגזלה ואע"ג דאהדרא בתר יאוש מתנה בעלמא דקא יהיב ליה והקשו הראשונים הא קיי"ל דיאוש לחוד ל"ק פל דאמי לידן' באיסורא דהיינו קודם יאוש והביא הרמב"ן דברי הגאון דגזילה ואבידה הוא זה ונקנה ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדין תורה לעולם ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם וזה פינו שנוטלה על מנת לגזולה ולא להשיבה הרי היא פמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אביד' ולא על מנת לגזולה קודם יאוש אי אפשר לקנותה ביאוש מפני שידו פיד הבעלים וש"ש שלהם הוא הלפך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות בעלים אבל בזה שעל מנת לגזולה נטלה הרי היא פמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים פלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלפך אעפ"י שהחזיר עובר בכולן ומבואר הא דאבידה אינה נקנית ביאוש כשנוטלה על מנת להחזירה דידו פידו וכמונח תחת יד בעלים ובנטלה על מנת

לגזילה דלא הוי ידו פידו דבעלי נקני' לו ביאוש אע"ג דמטי לידו קודם יאוש ונתחייב בהשבה מ"מ לא מקרי באיסורא אתי לידו דבאבידה אתי לידו בהתירא אלא דבהשבה הוא דנתחייב וכיון דלא הוי באיסורא אתי לידו נקנה ביאוש ואם פן בחוב דבשעת הלואה לא באיסורא אתי לידי דהא מדעת המלוה פא לידו אלא דנתחייב בהשבה נקנית לו ביאוש מק"ו מאבידה שנטלה על מנת לגזלה עיין שם באורח דנדחה בזה כל השגותיו של הח"צ על מהרי"ק: ולענ"ד לחלק בזה וכוונת הגאון ז"ל הוא ע"ד אחר דהא בש"מ ב"מ שם כ' משם הר"ן וז"ל להשיג ע"ד הגאון ואינו מחנור בעיני דהא רבא גופיה אמר במרובה גבי יאוש דגזילה דקונה אי מדאורייתא אי מדרבנן או דילמא ל"ד לאבידה דכי אתא לידה בהתירא אתאי לידה אבל האי פיון דבאיסורא אתאי לידה מדרבנן הוא דלקני משום תקנת השבים אלמא דקולא דאבידה מגזילה אינה אלא משום דבהיתר אתאי לידה אבל זו שנטלה על מנת לגזלה ומתחילה עבר על לאו ועשה דאבידה גופה ודאי דבאיסורא אתא לידה ומחויב בהשבתה או בהשבת דמיה פגזילה גמורה ולפיכך לשון זה של גאון צ"ע אלא פיון שכל אחרונים סמכו עליו יש לסמוך עליו עד שיבא ויורה צדק עכ"ל הר"ן וז"ל בכוננת הגאון ז"ל דהא יש להבין הא דקאמר בש"ס ב"ק הטעם דגזילה הואיל דבא לידו באיסורא אינו קונה ביאוש מאיזה סברא לא יקנה ולחד פירוש בתוס' ב"ק (דף ס"ט) אין שום אדם יכול לזכות בו מ"ט וז"ל דבאמת לולא דגלי לן קרא דאבידה נקני' ביאושלא הוי ידענו מסברא דמסברא היינו אומרים דהוי בטעות ובעל פרחו הואיל דנאבד ממנו אבל אבידה כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא כמו שכ' בש"מ ר"פ המפקיד רק דאינו יודע היכן הוא ואולי היה יודע היה פא לקחת רק פיון דאינו יודע היכן הוא מונח מייאש מיניה והוי בטעות ובע"כ רק קרא גלי לן כמו שכ' תוס' דיאוש מהני באבידה אף שהוא בטעות ובעל פרחו וז"ל דלא גלי לן התורה רק היכא דלא גרם לו אחר בטעותו רק בהכרח פא מצ"ע שנאבד ממנו בזה אף שהוא בטעות גלי לן קרא דמהני שיצא מרשותו אחר שנתאש פיון דסוף סוף מתאש מרצונו אבל בגניבה וגזילה דאינו מתאש מרצונו רק בהכרח שהגנב או הגזלן גרם לו זאת ולקחו ממנו בעל פרחו שאינם רוצים להחזיר לו ז"ל דבכה"ג שייודע שגרם לו אחר ומכריחו להתיאש מנ"ל דבכה"ג מהני היאוש שבעלי מתיאשים בע"כ ושללא לרצונם שפונה יצא החפץ מרשותם ושיעשו הפקר בעל פרחו וזה דקאמר באיסורא אתאי לידה היינו שפיון שהוא גרם לו שצריך להתיאש בשביל שלא החזיר לו הוכרח להתיאש בעל פרחו וז"ל דלא מהני שיזכה בו הוא ואף לגבי אחר ז"ל דלא מהני יאוש הואיל דהוא בעל פרחו ובזה מסופקין בתוס' (דף ס"ט) הנז'.

ונה אתי שפיר בגזילה וגניבה דהן גרמו לו שיתיאשו הבעלים מה שאין פן באבידה כ"ז שמונחת ואבודה ממנו נקני' ביאוש שלא גרם והיה סיבה לזה אחר באיסור רק מצ"ע וכשכבר פא ליד אחר שמצאו לא מהני היאוש פיון דכבר הוא משומר וכביד בעלים הוא מה שאין פן כשנטלה על מנת לגזלה פיון דאף אם לא הי' נוטלה היה מיאש מאבידתו ואין מעשיו ומחשבתו שנטלה על מנת לגזלה גרמו להיאוש רק אם היה נוטלה על מנת להחזירו לבעלים הוי ביאוש ברשות וכיון שנטלה על מנת לגזלה עדיין שם אבידה על החפץ לכך מהני היאוש פיון דלאו בסתבת שנטלה על מנת לגזלה מייאשו הבעלים רק בסתבת שנאבד ממנו וכמו אם לא הוי נטלה דמהני היאוש פן אם נטלה על מנת שלא

להשיבה גזילה ואבידה הוא ובחוב נמי אם יש לו לצאת ידי חובתו ואינו רוצה לשלם כמו בנידון דמהרי"ק גורס הלנה לסיבת היאוש י"ל דלא מהני דהוי כמו גזילה דבאיסורא אתי לידיה והוא גרם בעל פרחו שנתניאשו הבועלים ולא מהני פן בחוב נמי פיון דעל ידי שאינו רוצה לשלם בהכרח התניאש המלנה י"ל דלא מהני והוי יאוש בעל פרחו.

והיכא דהעני הלנה ונרד מנכסיו ואין לו לשלם בנה מהני היאוש כמו באבידה ובנה מסולק כל טענותיו של הקצוה"ח שם ובפרט מה שהביא מש"ס סו"פ כל הגט ומרש"י שם דמהני יאוש בחוב ותמה שם הפנ"י דמה מהני נוי לתסרון פיס דהא ל"מ יאוש בחוב ולמה שכ' אתי שפיר ע"נ בנידון דמהרי"ק שהסיבה להתניאש הנה בע"כ שלא הי' רוצה לשלם והוי כמו באיסורא אתיה לידיה פיון דגרם האיסור לזה שבעל פרחו ובהכרח יתניאשו הבועלים מה שאין פן שם פ' כל הגט דהתניאשו הבועלים מחמת עניות של הלנה שאין להם לשלם הוי כמו אבידה דמהני היאוש: ובנה מניושב מה שיש להעיר למ"ש האחרונים הטעם לדעת רמב"ן דגזל אינו נקנה ביאוש לחוד הוא משום חיוב השבה אם פן למה שכ' אחרונים דגזל עכו"ם אף דאסור מ"מ אינו חייב בהשבה דל"נ על זה והשיב יהיה נקנה ביאוש לחוד פיון דמ"מ ברשותו דבועלים לא הוי לשום דבר למה יגרע מאבידה וברמב"ן מלחמות ד' פרק לולב הגזול מבואר דמפרש בהא דאמר ר"ה סתם גזלי ארעא נינהו היינו מעכו"ם ויקשה דיהיה נקנה ביאוש וכבר עמדתי על זה בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' ג') עיי"ש מה שכ' בזה ולמה שכ' דעיקר הטעם בגזילה דלא מהני יאוש לחוד הוא משום באיסורא אתי לידו היינו דעל ידי איסורא דגזילה שלקח בע"כ של הבועלים והכריחו אותם שיתניאשו ובמקום שהם גרמו להיאוש בע"כ לא גלי לן קרא שיקנה ושיצא מרשות בעלים בע"כ ובהכרח של הקונה שוב אף במקום דאינו חייב בהשבה גם פן לא מהני יאוש לחוד.

וכן אתי שפיר נמי הא דמשמע דהיכא דבדמים קנינהו וקלבד"מ דמ"מ אם הוא בעין חייב להחזיר ולמה שכתבו אחרונים דאין פאן חיוב השבה אם פן יהיה קונה ביאוש לחוד וכבר כתבתי שם ג"כ לדון בזה ולמה שכ' דעיקר טעמא דבאיסורא אתי לידו היינו דהוי יאוש בעל פרחו ולא יצא מחזקת בעלים ולא נסתלקו מהם ביאוש אתי שפיר אולם שם בלא"ה אתי שפיר למה שפירתי לעיל דיני דינינים (סי' מ"ו) דמ"ע דוהשיב נאמרה אף בקלבד"מ רק דלא למסר לב"ד עיין שם.

ומ"מ בהלואה נראה כמו שכ' דאם הלנה לא גרם לסבב היאוש דהמלנה י"ל דנפקע החוב מה שאין פן כשאינו רוצה לשלם דינו כמו גבי גזילה ובפרט למה שכ' לעיל (סי' ב') כשאין הלנה רוצה לשלם הוי למפרע גזל דאדעתה דהכי לא הלנה לו ונתבטל שם הלואה ודומה לגזול: וקצת יש להביא ראיה דלא מהני יאוש בחוב אם אינו רוצה לשלם מה דמבואר מכל הפוסקים באם כופר הכל ונשבע היסת ואחר כך הודה במקצת או בא עד א' צריף לישבע בנקיטת חפץ כמבואר (סי' פ"ז) וקשה שבוועה זו מה טיבה אף דלא קי"ל פרב ושבוועה אינה קונה מ"מ פיון דנשבע כבר נתניאשו הבועלים כמבואר ברמב"ם (פ"ח) מגזילה דלקח הגזול את חבירו שנה פרוטה ונשבע לו דחייב לרדוף אחריו אפילו לאיי הים עד שיחזיר לו מפני שהבועלים נתניאשו ואינם באים עוד לתפוע ועיין ש"ע (סי' שס"ז) ובש"ף שם דאף דמודיע לו שיש ת"י ורוצה להחזיר ל"מ דסוף סוף הבועלים

חושבים שלא יחזיר לו מפני שכבר נשבע וחזינו דאחר שנשבע ודאי הפעלים נתיאשו  
אם פן פיון דכפר בחוב ונשבע ודאי הפעלים נתיאשו ואם נאמר דמהני היאוש ופטור  
מלהחזיר לו למה צריף שישבע פעם שנית אלא ודאי פיון דבעל פרחו התיאש בסיבת  
הלנה אינו קונה ביאוש ולא נפטר מן החוב רק אם נתיאשו הפעלים בשביל עניות דלנה  
שפא היאוש שלא בגרמות הלנה אז הוי דומיא דאבידה וכנ"ל ועיין במה שכ' אאמ"ו ו"ל  
בספרו דברי חיים דיני גניבה סי' ל"ז: סי' ה' אם לא נמצא ללנה יותר מפפי שמסדרין  
התקינו הגאונים שישבע הלנה בנקיטת חפץ שאין לו כו' ושללא נתן מעמלה"ח כמבואר  
ברמב"ם וש"ע והקשה בבעה"ת למה צורף שבועה זו אם המקבל מתנה יחזיר לו ה"ה  
בכלל שבוע' שאם ירויח שישלם לו ותיגרף דחוששין אולי נתן במעמלה"ח לא במתנה  
גמורה רק פדי להרויח ועיין בג"ת פירש דבריו ובאורים (סי' צ"ט ס"ק ב') וי"ל  
בפשיטות דהנה אם נותן במעמלה"ח אם מחזירו על תנאי י"ל דהוי קיום התנאי לא מפעי  
אם לא אמר לי דאפילו הקדישו המקבל מןקדש ודאי דיכול להחזיר על תנאי אלא אף  
אם אמר לי דאינו יכול להקדיש כשהחזירו על תנאי והוא נתרצ' בהתנאי גם פן הוי חזרה  
וקיום התנאי ואף דבע"כ י"ל דבתנאי שאינו תלוי ברצונו אם לקיים או שלא לקיים י"ל  
דל"ה קיום התנאי מ"מ כשנתרצה לא גרע מאם מוחל התנאי דמהני ואם פן יכול לעשות  
קנוניא למחול על התנאי והמקבל יתן לו על מנת שלא יחול על מה שנותן לו בהחזרה  
להנותן שעבוד בעל חוב עליו דתנאי מהני כמבואר (סי' קי"א) ולסלק חשש זה צריף  
שישבע שלא נתן מנכסיו לאחר במעמלה"ח דאם יודה שנתן לאחר במע"מ להחזיר  
ונשבעד זכות זה שיש לו להלנה על האחר להמלנה ואף אינו יכול למחול ואף אם נותן  
לו במתנה על מנת להחזיר אם ירצה שיחזיר לו גם פן משועבד זכות זה להמלנה כמבואר  
בתשוב' הריב"ש (סי' תפ"ג) הובא בטו"ז (סי' צ"ט) באם כתב בשטר שיפרע לו כ"ז  
שיתבענו המלנה אף אם אינו תובע אותו המלנה פיון דנשבעד לבעל חוב שלו יכולין  
להוציא ממנו.

ועיין בש"מ ב"מ (דף י"ט) ובדרישה (סי' רנ"ב) ובמה שכ' אאזמ"ו (סי' פ"ו) בדברי  
משפט ועיין במה שפכתתי בזה בד"ח דיני גב"ח (סי' ס"ז) לכה משביעין אותו אם לא  
יש לו זכות זה במעמלה"ח דנוכל לחוש דאף כשיקבל בהחזרה אם לא נודע מזה יחזיר  
לו בתנאי פנ"ל מה שאין פן אם יודע זאת להמלנה נשבעד לו בקיום התנאי בכח שדר"נ:  
ואם לא נשבע על להבא ואחר כה תבעו בעל חוב אחר והשביעו על להבא מה שירויח  
יתר על הוצאות שיתן לו כ' הטור משם הרא"ש דצריף לקיים שבועתו והש"ע כ' שב"ד  
יכופו ללנה ליתן החצי לראובן ובש"ף גסתפק למי נכופו והתנאים כ' דודאי אם כבר  
הגבהו לבעל חוב השני אין מוציאין מידו רק הב"ד כופין להלנה גם תמה פיון דמטלטלין  
לאו בני שעבוד ניהו ורק מטעם מצוה פריעת בעל חוב וכיון שנשבע לשני שלא לפרוע  
פל מה שירויח רק לו ועל החצי שפיר נשבע דמגיע לו פדיון ועל החצי השני שלא פדיון  
ולעבור על המצוה ומגו דחל על החצי המגיע לו פן חל על חצי המגיע לבעל חוב השני.

וי"ל למה שכ' לעיל (סי' ב') דנשבע לקיים המצוה לא חל רק בכלל שחייב לשלם אף  
ממה שמסדרין אם פן פאן לא חל השבועה על החצי שמגיע לו רק פיון דחל על חלק  
השני וליכא פולל ואף אם נאמר דחל על החצי שמגי' לו לקיים המצוה מ"מ בשביל זה  
אינו חל על החצי השני לבטל המצוה שלא לפרוע להבע"ח הראשון ועיין במל"מ (פ"ד)

ממלנה סוף הלכה א' משם המבי"ט בנשבע לשלם כולל קרן וריבית דלא שייך דינא  
דכולל אלא כשפולל דברים המותרים עם דברים האסורים אבל כשפולל דבר איסור עם  
דבר מצוה פי הכא לא הוי דיני כולל דכי היכי דבדבר איסור לא חל שבועת בטוי ה"נ  
בדבר מצוה לא חל ועיין שם מה שהשיג עליו המל"מ מדברי תשובת הרא"ש וי"ל למה  
שכ' לעיל דלזרזי נפשו חניל ומ"מ דעת מבי"ט כולל לא שייך בזה ועוד הא לעבור  
בקום ועשה לא חניל כולל וכאן י"ל דהוי קום ועשה לעבור דהא לא נשבע שלא ישלם  
לבעל חוב הראשון רק דנשבע שישלם לו מה שירויח ואם יתן לזה כל מה שירויח עושה  
בקו"ע לבטל מצות פריעת בעל חוב אל הראשון והוי כמבטל המצוה בקו"ע ואף הנשבע  
לאכול דבר זה ואיבדו השליכו לים או שרפו מבואר בירושלמי מס' שבועות דהוי פְּעוּבָר  
בקום ועשה ועיין תוס' שבועות (דף ד') ק"ו פאן אם משלם לזה הפל ומה שגבה גבה  
מבטל בקו"ע המצוה שחל עליו לפרוע לזה החצי ולזה החצי.

גם הא דעת הטו"ז יו"ד (סי' רל"ד ס"ק נ"ט) דהיכא דאיכא הרעות אחרים לא חל אף  
על ידי כולל ועיין ריב"ש (סי' קנ"ט) וכבר האריכו הרבה אחרונים בזה וכאן נמי  
שבועתו להרעות הבעל חוב הראשון ולא חל אף כולל.

ועיין במה שצייד התנאים שם עוד אי איירי בכ' לו דאיכני רק דתליא אם יכול לחזור  
וכבר קדמוהו במהרי"ט (ח"א סי' קכ"ח) ובכנה"ג (סי' ס') ומדבריהם יש לגמגם טובא  
ע"ד התנאים: והכנה"ג שם כ' להקשות על דברי הרא"ש דמאי איכפת לן משבועת הלנה  
פינן דמן הדין חולקין למה יפסיד המלנה הראשון וכתב פינן שהדין הוא כל הקודם זכה  
אם נשבע צריף הלנה לקיים שבועתו לתת לו וכל שנתנם לו זכה דכל הקודם זכה.

ובאמת פדמות סברא הזאת מצינו בר"ן פ' הכותב דכתב דלכף לכתובת אשה לא יהבינן  
דהב"ד אינם מפקיעין שעבודה רק לכתחילה נותנים לבעל חוב וכיין דגבה מהני תפיסתו.  
אולם אין לדמות מדעתנו במה שתקנו חכמים ויש להם פח לעשות לכתחילה אבל לומר  
מדעתנו פינן דמהני תפיסת בעל חוב השני יהנה הלנה חייב ליתן לו הפל ולבטל מצות  
פריעת בעל חוב נגד הראשון הואיל דנשבע אם השבועה אינה חל לבטל מניין לנו שיהנה  
בידו לבטל מזה.

ובאמת מלשון התשובה שבס' חנה התנופה שבב"י (סי' ס') שכ' אם קודם שבא זה הפח  
בעולם נשבע לתת אותו לבעל חוב המאחר צריף לקיים שבועתו ולתתו לו כי מאותה  
שעה שנשבע לתת לו קדם וזכה בכח ההוא ומעשיו ולכשיבא משמע קצת כמו שכ'  
הכנה"ג.

ואולי הפונה אף דשבוע' אינו עושה קנין מ"מ פינן דרק מצות פריעת בעל חוב עליו  
ואינו נשבע לבטל מצות פריעת יעת בעל חוב פינן דאף אם נותן להשני הפל מקיים בכל  
פרוטה ופרוטה ג"כ מצות פריעת בעל חוב רק מהיכי תימי יהנה הראשון נדחה ממצוה  
לכף הדין דיחלוקו אבל אם עבר ונתן לאחד על פרעון חובו לא חשיב כמזיק לכף חל  
השבוע' להיות החיוב עליו לפרוע להשני הפל ועיין ב"י (סי' ק"ד) משם תשו' מימוני  
דאף דמהני תפיסה מ"מ אין הדין יכול לכופו לפרוע הפל ועיי"ש בב"י ובב"ח ובקצוה"ח  
שם (סק"ב) אבל משמע לכאורה דהלנה בעצמו יכול לפרוע הפל לאחד ובנשבע י"ל  
דחייב שפיר לשלם לו הפל דזה הוי מקודש מתבירו ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ח'): והנה



האחרונים הקשו על דעת הרא"ש הנז' מדבריו המובא באה"ע (סי' קי"ח סט"ז) בנשבע לתת לחבירו חצי מה שירויח ואין החצי שישאר מספיק לפרנסת אשתו אעפ"כ צריך שיקני' שבועתו והוא בתשובת הרא"ש (פל' ח') בחיט עני ואחד למד אותו האומנות והבטיח לחלוק עמו כל מה שירויח בחמש שנים ואינו מספיק החצי לפרנסתו ואשתו וכו' הרא"ש דאף אם מכר אין מוציאין למזון אשה כ"ש אם שעבד גופו לאחר דאין שעבוד חל על גופו של אדם בשום ממון שהוא חייב ושם באותו פל' דן הרא"ש במי שנשא אשה על אשה ונשבע לשניה שקל מה שירויח יתן לה וכו' הרא"ש דאין השבועה חל פינון דחייב להראשונה.

ובטו"ז אה"ע (סי' קנ"ד) כ' דבעובדא דחיט שלא נשבע רק ליתן החצי ונחלה השבועה עכ"פ באם ירויח כ"כ שישפיק החצי לאשתו והוי איסור מוסף וחל על הכל אפילו אם לא יספיק רק פינון דעכשיו אינו מספיק ויש להאשה ג"כ שייכות על המעות לכך כ' אפילו במקר אינו מהני ק"ו בשעבוד גופו מה שאין פן בנשבע לשניה שקל מה שירויח יתן לה מפקיע החיוב שעליו לפרנס הראשונה ואין השבועה חלה בזה וכן פנון לזה בספר בית מאיר (סי' קח"י) ויש לגמגם בזה טובא דמה שכ' הטו"ז דהוי מוסף אינו מוכן דלא הוי אלא כולל מגו דחל על מה שירויח אחר שישפיק למזונות אשתו חל גם פן על מה שירויח מקודם וכבר פתבו האחרונים דהיכא דהוי כולל ההיתר לאח"כ לא הוי כולל וגם למה שכ' דלהפקיע זכות אחר לא שייך כולל א"כ על החצי החלק שיש זכות לראשונה ל"ח.

ועוד יש פמה פקפוקי בזה ובטו"ז ח"מ כ' הא דצריך לקיים שבועתו אף דהוי בנשבע שלא לפרוע ואין השבועה חלה י"ל פינון דאי בעי לא עסיק אחר כך בהרנחה פלל ויכול לישבע שיתעסק לבעל חוב המאחר ובה השבועה חלה וגם על זה יש לגמגם דהא לא נשבע שיתעסק רק מה שירויח יתן לו ומה שפירויח חייב מן הדין לפרוע החצי להראשון.

ובס' ב"מ שם כ' דגבי בעל חוב דאין חיוב מצוה עליו עד שיתבענו ויש מקום להשבועה לחול מה שאין פן מזון אשה שמצווה מעצמו לזונה כאמור בהכתובה ואני איזון. ויש לגמגם הא אם כבר תבעו ונשבע שאין לו רק שלא נשבע שיתן ממה שירויח בזה החיוב עליו לשלם מעצמו אף בלא תבעו אחר כך וי"ל דבחיט שכ' הרא"ש מטעם דא"מ למזון אשה וכן המחבר דפוסק דצריך לקיים שבועתו אף דכאן סובר דכופין ליתן החצי לראובן דשם התחייב א"ע ליתן הדבר ממשי שירויח והוי פעובד בשותפו והתחייב א"ע ליתן לו בעד שמלמד אומנתו ואף דשבועה אינו עושה קנין מ"מ החיוב חל שיתן אותו דבר בעינא מה שירויח ואף להחליף אינו יכול כשכא לעולם רק החיוב חל עליו שיתן הדבר בעין מה שירויח החצי או חלף שכר לימודו האומנות פעובדא דרא"ש או כמו שכ' המחבר דנשבע לתת חצי מה שירויח לכן חל השבועה והוי כאלו כבר מכר גוף הדבר ואין מוציאין למזון אשה ובנות פינון דהחיוב חל לתת גוף הדבר מה שאין פן במזונות האשה בנשבע לתת מה שירויח להשני' דלא נשבע רק כדי לזונה ויכול להחליף וכיון דכבר חל המצוה לזון גם להראשונה לכך חייב לחלק וכמו כן פאן לדעת המחבר דכופין לתת לראשון החצי פינון דלא נשבע לתת הדבר שירויח בעינא להבעל חוב השני ויכול להחליף לא חלה השבועה לבטל מצות פריעת בעל חוב מן הראשון ולדעת הרא"ש פינון דמצוה

חלה עליו לזון לשניהם צריף לקיים שבועתו נגד הבעל חוב הראשון שימתין עד שיירויח וישלם גם לו ובמזונות אשתו פשלקח שניה ונשבע ליתן לה פל מה שיירויח אם אינו מספיק מודה הרא"ש דאינו יכול להפקיע שהראשונה תמות ברעב והשניה תהיה ניזון בריוח: סי' ו בע"ח דינו בבינונית ואם יש לו עידיות וזיבורית לא יתן לו אלא זיבורית ואם יש לו זיבורית ובינונית אם היתה לו עידיות בשעה שלנה ומכרה צריף ליתן לו בינונית (ש"ע סי' ק"ב ס"ד) וכ' בנתיבות ואם היה לו עידיות ונשתדף נראה ג"כ דגובה מזיבורית דדוקא במקרה לאו פל כמינן' לקלקל בידיים שיעבודו שהיה לו בשעת הלואה ועוד דגם עכשיו הוי עידיות תחת שיעבודו אף שמכרה דאם ישתדפו שאר הנכסים יגבה מהעידיות מה שאין פן בנשתדף העידיות.

ולכאורה לטעם השני מלנה על פה דלא גבה ממשעבדי הוא הדין שלא יגבה רק מזיבורית. ולפי זה היה יכול הש"ס ב"ק (דף ח') לתרץ הבריתו' לחלק בין מלנה על פה למלנה בשטר.

ואפשר דאף לטעם הראשון דלאו פל כמינן' לקלקל בידיים שיעבודו זה דוקא במלנה בשטר מה שאין פן במלנה על פה פינן דאין פאן שעבוד. וקצת ראיה בנשתדף דאינו גובה מבינונית ממה דקאמר בש"ס שם פאן שלא היה לו עידיות ומכרה דהוא שפת יתר אלא ודאי דאחי לאשמועינן דלא משפחת אנפי דלא יגבה רק מן זיבורית רק בל"ה לו עידיות ומכרה אבל אם היה לו עידיות בשעת הלואה ונשתדף גובה מבינונית אולם מדברי רש"י ז"ל גיטין (דף נ') יש להוכיח דאף בנשתדף גובה מבינונית ועיין תנמים (ס"ק ו'): ואם היה לו עידיות בשעה שלנה ומכר ונשאר בינונית וזיבורית דהבעל חוב גובה בינונית ויש גם פן נזק לגבות ככה"ג י"ל דנוטל הנזק הבינונית והבעל חוב זיבורית דאנן קי"ל מן התורה בעל חוב בזיבורית ורק מפני נע"ד תקנו חז"ל שייגבה בינונית וי"ל דנגד נזק לא הפקיעו חז"ל זכותו וכחו דנזק שיהיה שנה עם בעל חוב דאזלינן בתר דינא ולא בתר תקנה וכמו שכ' הרשב"א בתשובה מובא ב"י (סי' ק"ד) דאף דעכשיו מטלטלין דיתמי תקנו הגאונים ז"ל דמשתעבד לבעל חוב מ"מ אם יש לבעל חוב אחד בשטרו שעבוד במטלטלי אגב מקרקעי דמשתעבדו ליה המטלטלין מן הדין ולבעל חוב אחר אין לו שעבוד ורק מתקנת הגאונים גובה זה שיש לו שעבוד מן הדין אף שהוא מאןחר ויבואר אי"ה לקמן בחילוקי דינים שיש בזה ושם מפסיד זה שבא בלח התקנה לגמרי מ"מ לא אלם התקנה להפסיד להאחר שבא מה"ד ואף דשם הוא דין הש"ס דאלם יותר מתקנת הגאונים וכאן הוא תקנה שבש"ס מ"מ י"ל דכיון דנזק דדינו בעידיות הוא מן התורה ודינו דבעל חוב הוא מלח התקנה וגם הבע"ח לא יפסיד ורק הנ"מ בין זיבורית לבינונית דמדחי הנזק שבא בלח התורה להבע"ח שבא בלח התקנה מן הבינונית לזיבורית: ובהו יש למצוא נ"מ במה שכ' הרא"ש (פ"א) דב"ק בפלוגתא דר"י ור"ע במטיב אם בשל נזק שיימינן או בשל מזיק דקיי"ל הלכה כר"ע מחבירו דבמזיק שיימינן וכתב היש"ש שם (סי' ט') פינן דאף אליבא דר' ישמעאל מבואר ר"פ הנזקין דמפח תקנות חז"ל מפני תקון העולם במזיק שיימינן אם פן אין נפקותא בהאי פוסקא ולמה שכ' אם נאמר פן דעדיף הבא בלח התורה מהבא בלח התקנה יש נ"מ טובא במה דקיי"ל כר"ע דמדינא דאורייתא במזיק שיימינן היכא דיש לפנינו שני אנשים נזיקין הבאים לגבות ויש עידיות ובינונית ושל חד נזק הוי עידיות שלו כבינונית דמזיק דלר"י

מן הדין אינו נוטל רק מן בינונית רק שפא בכם התקנה דתקון העולם לגבות מעידיות ולהשני עידיות שלו פעידיות דמזיקוניש לו פח לגבות העידיות דניזק בכם התורה ואין בכם הפא בתקנה לדחות לזה והיה הדין דהראשון דעידיות שלו הוא פבינוני דמזיק נוטל הבינונית והשני יקח העידיות דמזיק ואם הלכה כר"ע דלעולם בדניזק שיימינן אף מדין תורה ובכה"ג אם פן יד שניהם שוין דבאין בכם התורה ולכך פתבו הפוסקים דקיי"ל כר"ע: סי' ז קיי"ל דב"ד ששמו קרקע לבעל חוב בחובו שומא הדר' ולכאורה נראה דהדין פשוט דאינו יכול הלנה לסלקו רק פשמשלקו מכל החוב אבל אם רוצה לסלקו מתצי השדה זה אינו מהישר והטוב וראיה לזה דהא אף במשפון מבואר לעיל (סי' ע"ד) דאינו יכול לפדות לחצאין ק"ו בזה שפכר החליטו לו הב"ד השדה בתורת גונבינא רק מצד הישר והטוב אמרו חז"ל דיכול לסלקו אין זה מהישר והטוב שיהיה שותף עמו בעל פרחו בהשד' רק או לסלקו לגמרי או להניח הפל בידו וכן ראיתי בתנאים (סו"ס קי"ד) שכ' בפשיטות שלא בזו אמרו לכוף למלנה להיות שותף עמו: אף קשה מדברי תוס' ב"ק (דף ט') דהקשו יתן לו מעות ומאי קשיא להו הא המלנה לא יתראה וי"ל מדכתבו תוס' ויפדה הקרקע מ"מ שיתן לאחיו מעות שיפדה פל הקרקע ויהיה שותף עם אחיו.

וי"ל אף בגבה שני שדות על חוב אחד גם פן אינו יכול לפדות לחצאין פמו במשפון. אף יש להבין מה הקשו הש"ס ב"מ (דף ק"י) הא ניחא נימא ליה אילו הו"ל זוזי דלמא שם שפיר סובר רבא דיכול לסלקו בזוזי הואיל דנותן לו קרקע אחד בעד חובו אבל מנ"ל דיכול לסלקו חצי בקרקע וחצי במעות הא פל הטעם דלוקח יכול לסלקו במעות משום דיאמר לדידי שנה ומעל' אותה בדמים יותר אבל מנ"ל שסברא זו יועיל שיכול לסלקו בחצי קרקע ועיין ש"מ ב"מ סוגיא דשבח דהפירוש שמשלקו בזוזי מה שחייב לו בעד השבח: ושומא הדרא אף ליורש.

ויש לחקור אם הוא מצד דהיורש בא מפח המוריש שיוריש זכות זה מפח מורישו וכמו דהמוריש היה לו זכות זה לפדות הקרקע מבע"ח יורשיו יורשין זכות זה או דלמא באמת זכות זה אין בו פח להורישו דהני פמו דבר שאין בו ממש וכטה"נ דלכמה פוסקים אין בננו יורשין זכות זה רק פמו דתקנו חכז"ל דשומא הדר' לו ללנה משום הישר והטוב פמו כן תקנו שגם ליורשיו יחזיר מטעם הנ"ל ויש פמה נ"מ בזה פמוכן.

ולכאורה תליא במחלוקת הפוסקים המובא בש"ף (סי' ק"ג) אם צריף המלנה לחזור ולהקנות להלנה להסוברים דאף קנן אינו צריף וממילא פשמשלקו הלנה חוזר הקרקע אליו דומה לשדה החזו' ביובל דאין צריף קנן וחוזר אף ליורשים ואף ראוי ל"ה.

ולדעת הריטב"א דצריף הקנאה מהמלנה להלנה אם פן אין שום זכות להלנה בגוף הקרקע רק שעבוד על המלנה שפל זמן שהקרקע בידו פשמשלקו הלנה בדמים מחויב להחזירה ולהקנות להלנה י"ל דלא שייף בזה ירושה ועיין טו"ז אה"ע (סי' קי"ב) ובקצוה"ח (סי' רע"ח) במי שנשבע לתת לחבירו מתנה ומת המקבל דאין צריף ליתן ליורשיו ובב"מ שם וס' הפלאה פיון דשבועה אינו עושה קנן ואין לו למקבל זכות בגוף החפץ לא זכו היורשים ועיין בדברי חיים חיו"ד (סי' מ"ח) ובהגהותי שם ובמה שכ' בספרי ח"ר דיני תו"מ (סי' ד') להביא ראיה דליתא בירושיה דאם לא פן אף דבר שאין בו ממש ודשלבל"ע איתא בירושיה עיין שם.

אם כן פאן נמי אם לא יש לו להלנה זכות ורק חיוב על המלנה להקנות לו בהתורה מצד הישר והטוב ליתא בירושא ופאן גרע דהא יכול המלנה בכל עת להפקיע זכות זה מהלנה למפור לאחר ואין פאן שום סרה איסור בנה י"ל דנדאי לא שייך בנה ירושה: וראיתי בלבוש שכ' וז"ל אמרו חז"ל שמסלקינן אותו מהקרקע משום הישר והטוב וזה הישר וטוב לפני הש"י שיקרק' הנלקחת מן אדם בעל פרחו אע"ג שעפ"י דין גלקח ממנו ועל פי ב"ד שיתורהו לו פשירצה לפדות משום עגמת נפש כו' וי"א דוקא לנה ויורשין הדרא שומא פשגבה ממנו בעל חוב דגבי לנה ויורשיו אית ביה הישר והטוב משום עגמת נפש שיש להן אם לא יחזיר להם עכ"ל משמע קצת דגם מה שיהדר ליורשיו בעינן משום הישר והטוב ומטעם עגמת נפש ולא משום דירשין זכותו.

אף י"ל דאם ל"נ גם בירששים הטעם משום עג"נ ל"ה אומרים דיהדר להם דעיקר התקנה הי' לנה משום עג"נ ולא שירשיו יורשין זכותו אבל לעולם פשגאמר דגם ליורשין יש עגמת נפש או אם הלנה יודע דלירשיו לא תהדר יש לו עג"נ ממילא יורשין זכותו מדין ירושה ממורישיהו.

ואם נאמר דלא מצד ירושה הוא רק מצד תקנת חז"ל שיהדר גם ליורשיו אבל לא שייך בנה ירושה אמי שפיר דברי תוס' ב"מ (דף ל"ה) דנצרה לבעל לוקח הוא משום דלא יהדר ליה אבל אם יורש הוא הוי מהדרינן ליה ולא שייך לומר אין הבעל יורש פראוי כינו דלא מדין ירושה אמי עלה רק מצד דכה הנה תקנת חז"ל שיהדר ליורשיו.

ועיין ש"ף (ס"ק י"ט) ובתנאים וקצוה"ח ובדברי משפט (סי' רע"ח) בנה: עיין אורים (סוף סי' ק"ג) הביא דעת הרמב"ן ב"ב סוגיא דפוטט ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא בעל חוב דראובן ולא מצא לו נכסים וטרף השדה מן ש' ואחר כך נתעשר ראובן יכול שמעון לכוף לראובן לפדות השדה מבעל חוב שלו דשומ' הדרא ויחזיר שדה לו וכתב האורים ולא משמע כן מסתימת הפוסקים וכן תוס' שם לא ס"ל הך דינא ולי קשה על הרמב"ן מש"ס ב"ק וב"מ וכתובות דאמר אב"י ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בעל חוב דראובן וטרף ממנו דראובן משתעי דינ' בהדיה ולא מצי אמר לאו בעל דברים דידי את דאי מפקת מינ' עלי דידי הדר ואיכא דאמרו שלא באחריות נמי דא"ל ל"נ לי דתהוי לשמעון תרעומות עלי ודעת הרמב"ן דאם יש לו ממון יכול הלוקח לכוף להמוכר שיפדה השדה בעד דמים דשומא הדרא ולהחזיר לו למה לן לטעמא דתרעומות הא הוי בע"ד שלא באחריות כמו באחריות דעלי דידיה הדר כן נמי שלא באחריות אם יהי' לו ממון כוף אותו דתיהדר ליה ואף דעתה אין לו נכסים דאם לא כן אין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש ב"ח וע"ש ב"מ ה"א מס' פתובות מ"מ חשוב בע"ד מטעם פשיהיה לו דמים יתחייב לפדות כמו דהוי בע"ד מטעם דעלי דידיה הדר פשמכר באחריות אף דעכשיו אין לו ועי' רמ"א (סי' רכ"ו) דבגמ' מתנה שלא באחריו ובא בע"ח וטרף ממנו דל"ש תרעומות אין הנותן חשוב בע"ד ולד' הרמב"ן קשה לחלק בין מוכר שלא באחריות לנותן שלא באחריות אם נאמר במוכר שלא באחריות דמ"מ יכול לכוף להלנה פשיהיה מעות שיסלק לבעל חוב ויפדה הקרקע מטעם דשומא הדרא כן נמי לדידיה מהראוי לדון כן גם בגמ' שלא באחריות דהא מ"מ טרף ממנו במה שפכר זכה בעד חובו דנותן ודחוק לומר דבשביל זה לא יהי' בע"ד כינו

דעכשין אין לו מה שאין פון פשמוכר באחריו' אף דעכשין אין לו מ"מ נעשה בע"ח מיד ועליה הדר דמ"מ פיון דרמא עליו החיוב פשיהיה לו שיפדה השדה הוי כבע"ד וגם הא ברמב"ן פתובות כ' דנ"מ בין אם המוכר דן עמו או הלוקח לענין אפוקי אם פון איירי אף דיש לו נכסים פעת.

ודחק לומר דס"ל לרמב"ן פיון דאיירי באפוקי לא אמרינן ביה שומא הדרא ועיין ריטב"א ב"מ פ' המפקיד דגבי לנה אפילו שניא אפוקי הדרא ליה דהא הוי מצי מעיקרא לסלוקי מהאי ארעא ולהלוקח לא הדרא עיין שם ואם פון באפוקי דלא שניא דינא דרמב"ן לכה נקיט הטע' משום תרעומות ומ"מ מדברי הרמ"א (סי' רכ"ו) מוכח להדיא דלא פדעת הרמב"ן בדין זה וגם הרמב"ן בעצמו שם כ' אף שלהלוקח תקנו דשומא הדרא מ"מ אפשר שאין הלוקח שלא באחריות יכול לכופו למוכר לסלקו פיון שפבר נפרע דלאו בעל דברים דידי' הוא וזה נראה עיקר וצ"ע בדברי הגאונים ז"ל עכ"ל ותמהני שהאורים העתיק דברי הרמב"ן פאלו בהחלט פון דעתו דהא אדרב' סיים שפרא עיקר דלאו בע"ד דידיה הוא וא"י לכוף למוכר לסלקו וקצת היה מקום לומר דתליא במחלוקת הפוסקים אם הא דשומא הדרא צריף הקנאה בהחזרה דלהסוכרים דצריף הקנאה בהחזרה ודאי אין סברא לומר דהלוקח שלא באחריות יכול ללנה שיפדה הקרקע מהמלנה שיקנה לו בהחזרה דלאו בעל דברים דידיה עוד שפבר נסתלק אבל אם נאמר דאין צריף הקנאה בהחזר' דהוי פעל תנאי אם יפדה יחזיר לו הקרקע כמו שהביא התומ' (ס"ק ח"י) משם הש"מ הי' מקום להסתפק אם יכול לכוף הלוקח להמוכר שיפדה די"ל אף דפורע חובו של חבירו פטור ובפרט היכא דמה"ד מחויב לפורע ולכה המוכר שלא באחריות ובא בעל חוב דמוכר וטרף מהלוקח פטור מלשלם מ"מ הא מצינו אף בגרמא פשיש בינד הגורם לסלק ההיזק כופין אותו הב"ד לסלק ההיזק וכיון דיש בינד המוכר לסלק ההיזק דהא יש בינדו לפדות הקרקע לסלק לבעל חובו את אשר חייב לו לשלם ולהחזיר להעמיד הקרקע בינד הלוקח יש לומר דכופין אותו ע"ז לסלק הדיקו דלוקח שבידו לסלק.

אולם באמת דעת הרמב"ן דצריף הקנאה בהחזרה פמבואר בתומים שם ואעפ"כ מסתפק לי' אם כופין וי"ל גם פון מה"ט דעכ"פ פיון דיכול להעמיד לו בהחזרה מה שעל ידי גרמתו שלא סילק לבעל חוב חייב לסלקו ומ"מ פתב די"ל פיון שפבר נפרע לאו בע"ד דידיה הוא: ויש להעיר בדברי הרמב"ן ב"ב שם דהוכיח דלוקח גם פון שומ' הדרא מדאמרינן שמו מינה דאיתתא ואינסבא בעל לוקח הוי ולא מהדרינן ליה משמע דאי אינסבא ושמו מינה מהדרינן ואע"ג דהוא לוקח וקשה הא הרמב"ן סו"פ יש גוחלין כ' מ"ט לא מהדרינן ליה משום דלוקח הוא הא השתא מפסיד ויורש עדיף ליה וכתב התם פיון דכבר שמו מינה מקמי דתנסוב לאו פסידא הוא ואדרבא איכא למיחש לתקנת בעל חוב עכ"ל מבואר מדבריו דהטעם דלא מחשיב פסידא דיכול לומר יורש אני משום דשמומינה מקמי דתנסוב ובזה לא חששו לטובתו דבעל לומר דטבא עבדי ליה ועיין בתומים דכתב דאפשר להסביר דהוי כמו שטר מברחת ונכסים שאינו ידועים לבעל דקיי"ל דאין הבעל יורש דלא אדעתא דהכי אינסבא ואף זו כי"ב עיין שם אם פון זה הוא דוק' בשמו מינה קודם דאינסבא אבל אם שמו מינה אחר דאינסבא אין צריף לטעם דלוקח הוא דאף אם נאמר דלוקח לא אמרינן שומא הדרא בפעל דטבא ליה עבדי ליה

הַדְרָא וְכַמְדוּמְנֵי שְׂרָאִיתֵי זֶה זְמַן רַב בְּגִלְיוֹן הַרְמַבְּ"ן שֶׁל אַאמ"ו ו"ל שְׁהַעִיר בְּזֶה ע"ד הַרְמַבְּ"ן וְאֵינְנוּ תַחַת יָדֵי בְּכָאן: וְאִם אֲגַבְיָהּ אִיהוּ בְּחֻבּוֹ פְּלִיגָא בֵּיהּ רַב אַחָא וְרַבִּינָא חַד אָמַר הַדְרָא וְחַד אָמַר לֹא הַדְרָא וְכַתְּבֵהּ הַרִי"ף וְקִי"ל כֹּל הֵיכָא דְפְּלִיגָא ר"א וְרַבִּינָא הִלְכָה כְּדַבְרֵי הַמֵּיְקֵל הִלְכָה לֹא הַדְרָא וְכֵן פָּתַח הָרָא"ש וְסִיגִים וְלֹא מְפָקִינוּ מִיַּד הַמְּוֹחֲזָק וְכ"כ כֹּל הַפּוֹסְקִים וְרָאִיתִי בְּהַגְהוֹת מְרָדְכֵי ר"פ הַמְּפָקִיד דְּכַתְּבֵהּ וְ"ל קִי"ל כֹּל הֵיכָא דְפְּלִיגָא ר"א וְרַבִּינָא כּו' וְתַמָּה הָרַב ר"י או"ז מָה שֶׁכ' דְּהַאֲלַפְסֵי פָּסַק דְּבָבְלָא תִּיקוּ סָפֵק מְמוֹנָא לְקוּלָא חוֹלְקִין וְהָכָא קְאָמַר דְּלֹא הַדְרָא עכ"ל וְלֹא אָבִין קוֹנְשִׁיתוּ הָא פִּינוּ דְּמִן הַדִּין אִין צָרִיף לְהַחְזִיר רַק מְצַד תַּקְנַת חֲכָמִים מְצַד הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב וְכ"מ דְּהוּי סָפֵק בְּתַקְנָה אֲזִלִּינוּ בְּתַר דִּין הַתּוֹרָה בְּפִרְט לְהַחְזִיק וְעֵינֵינוּ מָה שֶׁכ' לְעֵיל דִּינֵי הַלְוָאָה (ס' מ"ו וְס' ע"ב) וְכָאן י"ל דְּעָדִיף מְסָפֵק בְּמַצְרָנוֹת דְּשָׁם אִם נֹאמַר דְּהַמְצָרֵן שְׁלִיחוּתָיָהּ דְּהַלּוּקְתָּ עֲבִיד מְעוּלָם לֹא הוּי מְוֹחֲזָק וְכָאן לְכ"ע זְכָה הַבְּעַל חוֹב בְּקַרְקַע וּבְכָרְט אִם נֹאמַר דְּצָרִיף הַקְּנָאָה בְּהַחְזָרָה וְדָאִי מוֹקְמִינוּ בְּזֶה עַל דִּין תּוֹרָה וְאִין מוֹצִיאִין מִיַּד הַבְּעַל חוֹב: וְהִנֵּה מְדַבְרֵי הַמְּרָדְכֵי הַנּוֹ' נִרְאָה דְּכָל הֵיכָא דְפְּלִיגָא רַב אַחָא וְרַבִּינָא הִלְכָה כְּדַבְרֵי הַמֵּיְקֵל אִינוּ בְּבִירוֹר גְּמוּר כְּדַבְרֵי הַמֵּיְקֵל רַק מִסְפָּ' דְּלֹא נֹודַע מִי מְהֵם סוֹבֵר לְהַקְּל וְמִי לְהַחְמִיר אֲזִלִּינוּ לְהַקְּל מְטַעַם דְּהַמְמַע"ה וְלְהַסוֹבְרִים דְּבִסְפִיקָא דְּדִינָא מְהֵנִי תְּפִיט' אִם תּוֹפְסֵי הַאֵינוּ מְוֹחֲזָק אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְכָאן לִיכָא נ"מ פִּינוּ דְּהוּא בְּקַרְקַע דְּלֹא מְהֵנִי תְּפִיטָה.

אוּלָם בַּמ"א י"ל דְּהוּי מְסָפֵק לְקוּל' וְאִם תְּפִיט א"מ מִיָּדוֹ. וְכֵן נִרְאָה קְצַת מְדַבְרֵי תוֹס' ב"מ (דף צ"ה) בְּפִשְׁעָה בְּבַעְלִים דְּפְּלִיגָא גַם כֵּן ר"א וְרַבִּינָא וְכ' תוֹס' שְׁם דְּפִטוֹר דְּהַלְכָה כְּדַבְרֵי הַמֵּיְקֵל אַע"ג דְּהוּי חוּמְרָא לְגַבֵּי מְפָקִיד מ"מ חֲשִׁיב קוּלָא לְפִטוֹר הַמְּוֹחֲזָק כְּדַאמְרִינוּ סָפֵק מְמוֹנָא לְקוּלָא.

וְאִם נֹאמַר דְּמְהֵנִי תְּפִיטָה יֵשׁ לִינִישָׁב מָה שְׁהַקְּשָׁה רַבִּינוּ הַגְּדוֹל רַע"א ו"ל בְּש"ס יְבָמוֹת (דף מ"א ע"ב) דְּפְּלִיגָא שְׁמָה ר"א וְרַבִּינָא בְּנִפְלָה לְפָנֵי יָבָם קָטָן אִם אִית לָהּ מְזוֹנוֹת מְבַעַל וְקְאָמַר בְּש"ס וְהַלְכָתָא לִית לָהּ מְשַׁמְיָא קְנִסְיָה וְלָמָּה צָרִיף הַש"ס לֹאמַר וְהַלְכָתָא הָא יְדוּעַ דְּהַלְכָה כְּדַבְרֵי הַמֵּיְקֵל וְלָמָּה שֶׁכ' נ"מ טוּבָא אִם מְטַעַם דְּסָפֵק מְמוֹנָא לְקוּלָא אִינוּ חֲזִיב בְּמְזוֹנוֹת אוּ מְטַעַם וְדָאִי הֵן לְעֵנֵן תְּפִיטָה וְאַף אִם לֹא מְהֵנִי תְּפִיטָה יֵשׁ לְמַצוּא נ"מ בֵּין מְטַעַם וְדָאִי דְּפִטוֹר אוּ מְטַעַם סָפֵק אוּלָם מְלִשׁוֹן הַפּוֹסְקִים שְׁם בְּהַךְ דְּפִשְׁעָה בְּבַעְלִים וְש"ע (ס' רצ"א) לֹא מְשַׁמַּע דְּהוּא מְטַעַם ס' וְצ"ע בְּזֶה: וְאִם הַמְּלִנָה סָתַר וּבְנָה וְלֹא הַשְׁבִּיחַ הַקְּרַקַע בְּכָף יֵשׁ מְחַלְוֹקַת הַפּוֹסְקִים אִם מְשַׁלֵּם הוּצְאוֹתָיו וּפְסַק בְּש"ע דְּאִינוּ נוֹטֵל וְהַסְמ"ע חוֹלֵק וְעֵינֵינוּ בְּאַחְרוּנֵי מָה שְׁצִיָּדוֹ בְּסִבְרוֹת שׁוֹנוֹת וְרָאִיתִי בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"א שְׁשׁוֹן (ס' קי"ז וְס' רכ"ד) דְּחַקֵּר בְּמִי שְׁמַכֵּר לְחַבְרִי חָצַר וְהַלּוּקְתָּ בְּנָה כְּרָצוֹנוֹ וְאַחַר כָּף נִתְּבַטַּל הַמְּקַח אִם דִּינוֹ שָׁוָה לְשׁוּמְא הַדְרָא אוּ לֹא דְּאֲפִשֶׁר בְּשׁוּמְא כְּבָר הַגְּבָהוּ לוֹ ב"ד וּבְמִקְחָא טְעוֹת מְעִיקְרָא לָאוּ מְקַח הוּא א"ד לְהִיפָּךְ בְּמִקְחָא טְעוֹת לֹא יָדַע זֶה שְׁהִיָּה שׁוּם טְעוֹת אֲבָל בְּשׁוּמְא כְּבָר יָדַע שְׁפִשְׁיָהּ לְהַלְוָה מְעוֹת שְׁהַשׁוּמְא חוֹזְרָת וְכ' מ"מ מְחַנּוֹר אֲצִלוּ שְׁדִינָם שָׁוָה עכ"ל וְנִרְשָׁם אֲצִלֵּי דְּהָא מְבַנְיָר בְּטוּש"ע (ס' רל"ב) בְּאִם מְכַר וְנִמְצָא מוּם בְּמִקְחָא אִם הַמוֹכֵר יָדַע מְהֵמוּם וְיֹודַע דְּהַלּוּקְתָּ יוֹלִיף סְחוּרְתוֹ לַמ"א דְּחִיב הַמוֹכֵר לְשַׁלֵּם לְהַלּוּקְתָּ הוּצְאוֹתָיו מְצַד דִּינָא דְּגֵרְמִי וְאִם לֹא יָדַע הַמוֹכֵר מְהֵמוּם אוּ שְׁלֹא יָדַע שְׁיֹולִיף לְמִקּוֹם פְּלוּנֵי פִטוֹר אִם כֵּן ה"נ אִם יָדַע הַמוֹכֵר מְהֵמוּם וְיָדַע שְׁיִבְנָה חֲזִיב מְדִינ' דְּגֵרְמִי לְשַׁלֵּם הוּצְאוֹתָיו וּבְלֹא יָדַע פִּטוֹר וְלֹא דְּמִי לְשׁוּמְא הַדְרָא דְּהוּי קַנְיָן גְּמוּר וְהוּי שְׁלוֹ

ממש לכה יש פוסקים דמתקוב לשלם לו כל יציאותיו ויש פוסקים דפטור פיון דינדע דיצטרף להחזיר אפסיד אנפשיה.

עתה ראיתי בנתיבות משפט שעל ר"י ז"ל (דף ט"ו) שמשיג גם פן על המר"א ששון פיון דבטול המקח כ"ע לא פליגא דאינו נוטל פלוס פיון דאין פאן מקח מעיקרא והביא ראיה מאם לא הפיר בה ולקחה דאם ההוצאה יתירה על השבח נוטל שיעור שבח בלבד מהנגזל וההוצא' שהיא יתירה מפסיד ולא שקיל לא מגזלן ולא מנגזל והה"ד בכל ענין שבטל המקר עכ"ד.

ובאמת יש להבין אם תיקן הוא החצר פפי רצונו וערב לו אף אם על פי שומת ב"ד אינו שנה יותר מאש' הנה קודם התיקון אם יודע המוכר שפן יעשה וע"ז קנה החצר למה לא יתחייב המוכר לשלם פמו שם (סי' רל"ב) דחייב לשלם הוצאותיו.

אולם פבר פתבתי לעיל דיני דינינים (סי' כ"א) דאף דדעת הטוש"ע פן הוא והוא שיטת הרמ"ה דהוי פאלו עשה והוציא הוצאות בשליחותו מ"מ דעת הר"י וראב"ד ורמב"ן ורשב"א לא כן הוא עיין שם באנרף: אם שמו לקטן דעת הריטב"א דאינו חוזר והש"ף כ' דזה לטעמו דצריף הקנאה בהחזרה וקטן לאו בר הקנאה הוא ולא הדרא עד דיגדל אבל להסוכרים דאין צריף קנין חדש אף בקטן חוזר.

ולכאורה יש לדון למה שכ' התנאים משם הש"מ דהוי פעל תנאי אם יפדה יחזיר לו הקרקע ולדעת הראב"ד ברשב"א קידושין (דף כ"ג) קטן לאו בר תנאי הוא דהוי פשלא בפניו ועיין מה שפתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גיטין (סי' כ') ובספרי הקטן (ח"ר סי' כ"א אות י"א) דיני יו"ט מדברי רבינו ר' נחם דכ' דקטן לאו בר תנאי הוא והמתנה קיימת שיש לקטן זכיה וכתבתי סמוכין מדברי הראב"ד דקטן פשלא בפניו דמי וכאן הוי הגביה מב"ד פשלא ע"ד תנאי אולם י"ל דע"י ב"ד עדיף טפי והגבייה הנה ע"ד שאם יפדה הלנה יהנה מסולק.

ובתנאים כ' פיון דמדמים הף דהטוב והישר הנאמר בשומא דהדרא להישר והטוב הנאמר בדינא דבר מצרא ואם פן פיון דפסקינן (סי' קע"ה) דמוכר ליתום קטן לית ביה משום דינא דבר מצרא פלל וכ' הריב"ש הטעם דל"ש ביתום קטן עשית הישר והטוב ואם פן הה"ד פאן.

וכ' דלכן לדינא צ"ע ולדבריו נאמר פמו דשם אף פשיגדל אינו חייב ליתן לכן המיצר פן גמי פאן אף פשיגדל הקטן אינו חייב להחזיר אף י"ל שם לא נוכל לומר דהקנין הי' בשליחותו דכן המיצר פיון דבשעת הקנין לא בר עשית הישר והטוב הוא וקטן לאו בר קבולי תקנתא דרבנן הוא פמו שכ' רש"י נדה (דף מ"ה) וכינן דע"כ אז בשעת הקנין לא נוכל לומר דנעשה בשליחותיה דהמצרן שוב פבר זכה הוא ושוב ליפא שום זכות להמצרן אף פשיגדל אבל בשומא דהדרא אפ"ל פשיגדל ובר עשית הישר והטוב הוא חייב להחזיר וצ"ע ועיין מ"ש בדינים דשומא הדרא בהגהותי בס' ד"ח דיני פתובה (סי' כ"א): ובהא דפליגי הרש"ל והרמ"א אם שמו בכתובה קרקע אם אמרינן שומא הדרא והב"ח כ' דבדונגיא גם הרש"ל מודה דהדרא וכ' הכנה"ג בח"ב במהד"ב שחילוק זה מוכרח פן

היכי דלא תקשי לרש"ל ו"ל תשובת הרשב"א ח"ג סי' שפ"ה) שכ' בפשוט דשומא הדרא בכתובה עכ"ד.

ותמהני הא שם הי' העובדא דשמו הב"ד קרקע שהיה לראובן במשפנתא אצל שמעון ומתו שניהם ולא למנת שמעון הגבו ב"ד המשפונה בכתובה ואלמנת ראובן בקשה שטר שפתחזיר השומא ועל זה דן הרשב"א דאין צריך שטר דכ"ז דבעל הקרקע רוצה לפרוע לה מעותיה כפי שומת ב"ד תחזיר ע"כ לפי ששומא הדרא לעולם עיין שם ובזה גם הרש"ל ו"ל מודה דהדרא פינון דהקרקע לא היה ביד בעלה רק במשפונה וכמו דאם היה הב"ד מגבין לבעלה הקרקע בעד החוב היה שומא הדרא לעולם פן נמי לא נוכל תת פח להאשה בעד הפתובה יותר מכפי שהיה לבעלה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו ולא יותר כמבואר בש"ס לא עדיף את מגבירא דאמית מניה אבל אם שמו לה בעד הפתובה קרקע של בעלה שהיה שלו לחלוטין מזה לא דיבר הרשב"א שם ועיין נתיבות משפט שעל ר"י דחולק על הב"ח דלדעת רש"ל דאשה עיקר שעבודה על הקרקע אף בנדוניא נאמר פו דאדעתא דארעא נחית ועיין תשב"ץ (ח"א סי' י') דמשם מבואר דשומא הדרא אף בגביתה בעד פתובה.

ולדברי הב"ח ליכא סתירה לדברי רש"ל. ועיין תשובת רשב"ש (סי' ד') דדן גם בכתובה דשומא הדרא לעולם ומדבריו שם יש ללמוד היכא דקיי"ל דשומא הדרא אין לכוף ללנה או ליורשיהו שיתנו לו מעות עכשיו או שיסתלק ממנו בעש"ג אלא קניה הקרקע כמות שהיא עיין שם וכן מסתבר שאינו מחוייב לבטל תקנתא דחז"ל.

ובס' ש"מ הוליד חנשות דאם בשע' הגובינא אומר המלוה בפני ב"ד שגובה הקרקע שלא יסלקנו אף דהלנה אינו מרוצה לזה מ"מ פינון דהמלוה אדעתא דארעא נחית לא מסלקינו ליה והביא ראיה מהא דתלוהו וזבין זבינא זבינא ולא מציינו דתחזיר לו הקרקע משום הישר והטוב אלא נדאי פינון דאדעתא דארעא נחית לא מסלקינו ואין זה ראיה פלל דשם אגב אונסא וזווי גמר ומקנה לחלוטין ולא נעשה על פי ב"ד ולא נתקן בזה הישר והטוב לעשות והוי פאלו זבנא וכל מו"מ אף שהוא באונס פינון דאגב אונסא וזווי גמר ומקני נסתלק לגמרי מהקרקע אבל מה שהב"ד מגבהו לבעל חוב בע"כ דהלנה תקנו חכז"ל לעשות הישר והטוב דשומא הדרא לעולם ולא פל כמנייה דהמלוה לומר אדעתא דארעא נחית ולבטל תקנת חז"ל וכן הוא סתימת כל הפוסקים וכמבואר להדיא בדברי הרשב"ש הנז' ואין למדין ממה דלא תקנו היכא דלא נעשה על פי ב"ד בע"כ דלנה למה דתקנו בהנעשה על פי ב"ד דשומא הדרא לעולם דלא פל כמינ' לעקור תקנת חז"ל בעל פרוחו דלנה: סי' ח היכא דיש שני בעלי חובות לגבות ממטלטלין אם יש דין קדימה לאחד מהם אם אינו מספיק לשניה' העלה הסמ"ע (סי' ק"ד) דאין דין קדימה פלל במטלטלין והביא חבילות פוסקים בתנאים שכן דעתם ובדברי תשובת רשב"א שבמיוחסת שהביא הסמ"ע מפרש בדוחק גדול וכבר כתבתי בזה בדיני הלואה (סי' ב') והבאתי דברי תשובת רשב"א (ח"ד סי' קנ"ב) דאם המטלטלין הם אצל הלנה סמכה דעתיה ונכנסין בשעבודן מטעם דעשה לו טובה ושללא יקראהו לנה רשע רק אם מכרן אינו גובה מלקוחות דלית ליה קלא ומיתומים נפקע השעבוד דשוב ליכא סמיכת דעת דלא קבלו הנאה ממנו ונפקע



השעבוד וכ' שם להדיא דלגבי הל'ה סמכה דעתו וכיון דשעבוד' דאוריית' קדם המוקדם עינין שם באנרף וכבר כתבתי לעיל בזה כו"כ הערות.

ובקצוה"ח כ' להוכיח מדעת תוס' ר"פ מי שהיו נשוי דיש דין קדימה במטלטלין דכתבו הא דמבואר בערכין הי' בידו ה' סלעים ואמר ערפי עלי וחסור ואמר ערפי עלי ונתן ד' לשני' ואחד לראשונה יצא ידי שתיקה מ"ט בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה בעידנא דיהיב לשניה משעבד לראשונה בעידנא דיהיב לראשונה תו לית ליה נתן ארבעה לראשונה ואחת לשני' ידי שניה יצא ידי הראשונה לא יצא פוליהו משעבדן לראשונה וכ' תוס' פתובות דאירי במטלטלין ויקשה אמאי בנתן ד' לראשונ' ואחת לשני' ידי הראשונה לא יצא פיון דליכא דין קדימה במטלטלין משועבד לשניה' פהדדי הי' לן למימר ידי שניהם יצא וכן העיר בזה בס' ב"מ (סי' צ"ו ס"ע) וכ' דלכך הרמב"ם דחולק על ד' רמב"ן מוכרח לומר (פ"ג) מערכין דהקדש אינו כבעל חוב ולקיים הדין בקרקע מפני חלוקה שניה עינין שם אולם דעת הרא"ה והר"ן פתובות שם דאין דין קדימה במטלטלין ובמלוגה על פה א"כ יקשה מהו דערכין דאנו קיי"ל מלוגה הפתובה בתורה לאו פכתובה בשטר ולא שיקף דין קדימה בהו דערכין אף בקרקע פיון דהוי מלוגה על פה והניח הקצוה"ח זאת בקושיא וביותר יקשה בזה ע"ד הרא"ה שם שכ' לתרץ הו דערכין במטלטלין דאין דין קדימה א"נ התם הוא במלוגה על פה דאין בה דין קדימה כלל אם כן יקשה מחלוקה דנתן ד' לראשונ' ואחד לשניה ידי ראשונה לא יצא הא פיון דאין דין קדימה במטלטלין ומה שיש לו משועבד לשניהם פהדדי: ונראה לינישב דהא כבר פירשו תוס' שם אף דעשיר והעני גותן ערף עשיר הוא דוקא פשהעריכו הפהו בעודו עשיר ונתחייב בערף עשיר וכשלא הספיק ליתן עד שהעני חייב לתת כפי חיובו אבל אם לא הוערף והעני גותן ערף עני וכאן לא העריכו על ערף הראשון והפהו העריכו תחילה על השניה וחסור והעריכו על הראשון ונתן ע"פ הפהו א' על הראשון וכיון דלא הוי בידו רק סלע אחד יצא ידי שתיקה אם כן זה דוקא כשלא העריכו הפהו על הראשונה דעדיין לא נגמר חיובו אף דמשעבד הכל על הראשון שיערכו הפהו ושימן פאשר תשיג ידו כדקאמר בעידנא דיהיב לשניה משעבד לראשונה מ"מ לא חל עדיין החיוב עליו לגמרי ולכן אינו חייב ליתן על השניה רק כפי שתשיג ידו ואם העריכו ונתן אף סלע יצא מה שאין כן פשהעריכו על הראשונה מתחילה אף דיש לו חיוב להעריף את עצמו גם על השניה מ"מ אם נתן ד' לראשונה לא יצא דחל עליו החיוב לתת פאשר תשיג ידו דאז פשנדור ואמר ערפי עלי הא חל החיוב להעריף א"ע וליתן כל הה' סלעים וכשאמר שוב ערפי עלי לא אמרינו דנתחייב עתה ליתן פחות שבערכין דהיינו סלע פיון דבעת שנדור לא הי' לו רק החיוב עליו כשישיג יצא דחל עליו הפהו להעריכו לפי הפהו להעריכו כפי אשר תשיג ידו אבל עתה לא נתחייב דכבר חל עליו החיוב להעריכו וליתן כל הה' סלעים בעד ערף הראשון ולכך אם העריכו על הראשונה צריף ליתן כל הה' פיון דלא חל עדיין חיוב של ערף השני רק אם העריכו ונתן סלע על השניה יצא דקיים חיובו עכ"פ אבל הראשונ' לא יצא דחל עליו החיוב לתת פאשר תשיג ידו בזמן שהעריכו ואז עדיין לא חל החיוב לתת בעד ערף השני דכל הנדר לא היה רק כשיהיה לו וכשלא נתן כפי ערף שהיה צריף ליתן בעד הראשונה לכך לא יצא וכשנתן אחד אחר כך בעד השניה יצא דעכ"פ סילק חיובו אבל בשני בע"ח דרמיה עליו החיוב בשנה לתרנוייהו לצאת ידי חובתו לקיים מצות פריעת

בעל חוב דכשקבל בהלואה הבטיח לשלם לתרניניהו בזמנו ותייב לקיים הו שלף יהיה צדק לקח אין דין קדימה במטלטלין וז"ב להמעניין ברש"י ותוס' שם [וענין שם ברש"י ד"ה נתן ארבעה לראשונה דכ' ואם חזר והעשיר נותן את כל הערף דנתינה קמיינתא לאו פלום הוא משמע קצת דלא סגי אם מוסיף עוד אחד לתשלום חמשה אז רק צריף שייתן בב"א חמשה והנינו דדבר הצריף שיעור צריף שישלים השיעור בב"א ואינו יוצא לחצאין וכמו שפיתבו תוס' חגיגה (דף ו') אולם הרמב"ם כ' לפיכך ישאר עליו שאר ערף ראשון עד שיעשיר וישלים מבואר דאין צריף רק השלמה בצירוף מה שנתן וענין במהרי"ט אלגזי ו"ל (פ"ח) דבכורות ובמה שכ' בח"ר דיני פדה"ב (סי' ח') ואכ"מ בזה: וי"ל גם כן דזה פוננת הרמב"ם שכ' בחלקה הראשונה בנתן ד לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיקה שהערכין לא פחובות הו שאעפ"י שפ"ל מה שבידו משועבד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה שצריף לדחוק דאיירי בקרקע וכן כ' הרדב"ז ו"ל בספר יקר תפארת להקשות דהא אין דין קדימה במטלטלין אלא ודאי דאיירי בקרקע ובספר בית מאיר פ"ב דהוא דחוק מאד לבאר ערכין אף בקרקע והיא לדעתו ראיה לדעת הרמב"ן.

ולמה שכ' יש לומר דכוננת הרמב"ם היה בזה דכאן פיון דלא נגמר החיוב של הנודר רק כפי שיערוף אותו הפהו ואם העשיר והעני קודם שהעריכו הפהו נותן ערף עני וכמו שכ' תוס' והרדב"ז שם גם כן בכוננת הרמב"ם אם כן ערף השני פיון דכבר נשתעבדו הנכסים ככל מה שהיה לו שיעריכו הפהו כפי אשר תשיג ידו היה ס"ד אם העריכו הפהו מקודם על ערף השני אף ממטלטלין לא יהיה מה שגבה גבה פיון דכוננת הנודר היה להעריכו אחר כף כשיעריכו על הראשונה והוי כמו בע"ח שלא התחייב רק אחר שיערע החוב הראשון דבזה ודאי מה שגבה לא גבה פיון דעדיין לא נתחייב לשלם לקח כ' שהערכין אינו פחובות דמה שגבה גבה וכ"ז שלא העריכו הפהו על ערף הראשון אף דנשתעבד הפל לו וערף השני היה צריף להיות אחר ערף הראשון דכף היה נדרו והוי פחוב שלא נתחייב עדיין לשלם קמ"ל דמ"מ פיון שהעריכו על השניה קודם מה שגבה גבה והנינו הקדש מאוחר מה שגבה גבה דכיון שהעריכו וסלק קודם שהעריכו על הראשונה דיצא ומ"ש הקצוה"ח ליישב שיט' הסמ"ע דבמטלטלין ליכא דין קדימ' למה שכ' תוס' דהך דערכין איירי במטלטלין דמה"ת גם במטלטלין איכא דין קדימה אם ש"ד רק דחכמים עקרוה לשעבוד מטלטלין ולגבי הקדש אין להם פח לעקור שעבוד הקדש לא אבין הא גם הקדש לא יוכל לגבות ממטלטלין שמכר וכן מיתומים פמבואר מש"ס ערכין (דף ד') דמוקי המתנייתין פשעמד בדין דאם לא פן מע"פ אינו גובה ודחוק לומר דהוא דוקא אם שעבודא לאו דאוריית' וכן מבואר מפמה מקומות דאף לענין הקדש מפקיע מידי שעבוד וענין בראב"ד בהשגות (פ"א הכ"א) מערכין דכ' והשתא דקיי"ל מע"פ גובה מן היורשים דש"ד לא אצטרכינן להעמידה בדין וענין ש"ף לעיל (סי' ל"ט) דכ' אף אי של"ד פיון דמלנה על פה גובה מן היורשים.

וי"ל למה דכ' אחרונים הא דצריף ר"פ לומר הטעם משום נעילת דלת הוא משום דאי לאו מטעם נעילת דלת היינו אומרים פיון דיש בידו למפור ואינו גובה מלקוחות ליכא תו סמיכ' דעת ולא יגבה אף מן היורשים לקח קאמר משום נעילת דלת אוקמי אדאורייתא אם כן י"ל לענין הקדש דליכא נעילת דלת אינו גובה דהוי כמקבל מתנה ויש לדחות

דמ"מ פִּינוֹן דְּמַלְנוּהַ עַל פֶּה גּוֹבָה בְּהַקְדָּשׁ לֹא אִיכְפַת לָן בְּסִמְכַת דַּעַת וּמ"מ מִשְׁמַע מִכְּמָה דְּוִכְחֵי דְּהַקְדָּשׁ וְהַדְּיוּט שְׁוִין בְּזוּהַ.

וַיֵּשׁ לְהַבִּין בְּדַבְרֵי תוּס' פְּתוּבוֹת שְׁם דְּכְתָבוּ דְּאִם נִימָא דְּבְּמַטְלָטְלִין גַּם פֶּן מַה שְׁגָבָה לֹא גָבָה הָא דְּעַרְכִּין מַה שְׁגָבָה גָבָה מִשּׁוּם דְּהוּא מְלֻנָּה עַל פֶּה וּמְלֻנָּה הַכְּתוּבָּ בְּתוֹרָה לֹא פְּכַתוּבָה בְּשֵׁטֶר הָא עַל פְּרָקָה צ"ל דר"ת סוֹבֵר דְּמַה"ת מְטַלְטְלִין מְשַׁתְּעַבְדִּי פִּינוֹן דְּשִׁינְיָהּ בּוּ דִּין קְדִימָה רַק נֶגְדַּ לְקוֹחוֹת נִפְקַע הַשְּׁעָבוּד וְלֹא נֶגְדַּ בְּעַל חוּב מְאַחֲרָ דְּלֹא נְחִית הַבְּעַל חוּב עַל דַּעַת זֶה כְּמוֹ שְׂכ' תוּס' שְׁם אִם פֶּן בְּמְלֻנָּה עַל פֶּה נְמִי אַף דְּלֹא כ' בְּשֵׁטֶר נְמִי חִייל הַשְּׁעָבוּד דְּמַה יוֹסִיף תַּת כַּח הַשְּׁטֶר בְּמַטְלָטְלִין פִּינוֹן דְּלֹא שְׁעָבַד בְּפִירוּשׁ הַמְטַלְטְלִין וְכְמוֹ בְּשֵׁטֶר דְּנֶגְדַּ בַּע"ח מְאַחֲרָ אֲמַרִּינוּ דְּמוֹקְמִינוּ עַל דְּאוֹרֵייתָא כְּמוֹ כֵּן בְּמְלֻנָּה עַל פֶּה נְמִי נִימָא פֶּן וצ"ל דְּהִינּוּ דר"א בַּר אֶהֱבָה סוֹבֵר שְׁעָבוּדָא לֹא דְּאוֹרֵייתָא לְכַּף לִיכָּא דִּין קְדִימָה וְהַכְּרִיחוּ הַתוּס' גַּם פֶּן לוֹמַר דְּמְלֻנָּה הַכְּתוּבָה בְּתוֹרָה לֹא פְּכַתוּבָה בְּשֵׁטֶר.

ובקצוה"ח (ס"ק ג') כ' מדבְּרֵי תוּס' אֵלוּ דְּסָבְרוּ דְּמְלֻנָּה עַל פֶּה לִית בֵּיהּ דִּין קְדִימָה וְלָמָּה שְׂכ' לֹא מוֹכַח דְּעַל פְּרָחוּ מְוַכְרַח לוֹמַר דְּהוּא רַק אִם שְׁעָבוּדָא לֹא דְּאוֹרֵייתָא: אַף זֹאת צָרִיף לְהַבִּין בְּדַבְרֵי תוּס' מַה הַקְּשׁוּ מְעַרְכִּין הָא אַף אִם נֹאמַר דְּגַם בְּמַטְלָטְלִין שִׁינְיָהּ דִּין קְדִימָה וּמַה שְׁגָבָה לֹא גָבָה מ"מ הִינּוּ דְּוִקָּא בְּגַבְהַ שְׁלֵמ"ד הַלְּנוּ דְּאִינוּ דוֹמָה לְלוֹקַח דְּנְחִית לְקַנּוֹת מַה שְׁאִין פֶּן בְּעַל חוּב לֹא נְחִית אַדְעַת זֶה וְכְמוֹ שְׂכ' תוּס' שְׁם וְהִינּוּ אִם גָּבָה שְׁלֵא מַדְעַת הַלְּנוּ וְתַפְס לְמִשְׁכּוֹן אֲבָל שְׁם בְּעַרְכִּין דְּנִתְּנוּ הַנְּעַרְף מַדְעַת הַפְּהִן בְּעַד עַרְף הַשְּׁנִי הָנִי כְּמוֹ דְּהַגְּבָהוּ הַלְּנוּ מְעַצְמוּ לְמַלְנוּהַ אִם פֶּן דוֹמָה לְלוֹקַח אוּ מְקַבֵּל מִתְּנָה שְׁקוּנָה הַגּוּף דְּאִין בְּעַל חוּב מְמַנּוּ וְכִי גָרַע בְּעַל חוּב מְמַקְבֵּל מִתְּנָה אַחַר שְׁאִינוּ יְכוּל לְטָרוּף מְמַנּוּ וְצָרִיף לוֹמַר פִּינוֹן דְּנִתְּנוּ עַל פִּי דַּעַת כְּהֵן הָנִי רַק כְּאֵלוּ גָבָה מְעַצְמוּ: וְרֵאִיתִי בַּפְּנֵי פְּתוּבוֹת ר"פ מִי שְׁהִיָּה נְשׁוּי וּבַק"א שְׁם (ס' רכ"ט) שְׂכ' דְּאִף שְׁהַסְמ"ע וְהַד"מ כְּתָבוּ שְׁפַל הַפּוֹסְקֵי חוֹלְקִין עַל רַמְבַּ"ן דְּאִין דִּין קְדִימָה בְּמַטְלָטְלִין הַרְבֵּה מְגֹדוּלִים קְדִימָה בְּהַף שִׁיטָה כְּמִדְּוֹמָה שְׁלֵא רֵאִיתִי בְּכָל גְּדוּלֵי הַקְּדִימָה מִי שְׁפַתְב לְהַדְּיָא בְּהַיְפָה זוּלַת מַה שְׁנִרְאָה מְלִשׁוֹן הַרַמְבַּ"ם (פ"ז) מְאִישׁוֹת וְאֶפְשָׁר דְּאִיירִי מִיְתָמִי וְהַעֲלָה לְסַפִּיקָא דְּדִינָא וְתַמְהַנִּי הָא מְבֹאֵר בְּר"ן וְהַרְאָה וְהַרִיטְב"א לְהַיְפָה וּבְדַבְרֵי רַמְבַּ"ם הַלְּכוֹת מְלָנָה (פ"ב ה"ד) כְּתַב לְהַדְּיָא דְּאִין דִּין קְדִימָה בְּמַטְלָטְלִין וּמְחַלְקִין בִּינֵיהֶן וּמַה"ט נִדְּחָקוּ בַּח"מ וּבְרַדְבָּ"ז ז"ל בְּסִפְרָ יְקַר תְּפֹאֲרַת בְּדַבְרֵי רַמְבַּ"ם דְּאִיירִי בְּקַרְקַע [וַיֵּשׁ לְהַבִּין בְּדַבְרֵי רַדְבָּ"ז בְּתִשׁוּבָה (ח"ב ס' תשס"ב) שְׁפַתְב עַל מְלָנָה עַל פֶּה קוֹדְמַת וּמְלָנָה בְּשֵׁטֶר מְאַחֲרַת.

ואין שְׁם אֵלָא מְטַלְטְלִין וְדַאי דְּמְלָנָה עַל פֶּה קוֹדְמַת דְּשְׁעָבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא וְנִשְׁתַּעְבְּדוּ הַמְטַלְטְלִין גַּם לְמַע"פ וְהַרִי קְדִימָה הָא מְבֹאֵר בְּרַמְבַּ"ם לְהַיְפָה וּמַה"ט מְדַחִיק עַצְמוּ בְּדַבְרֵי בְּהַלְכוֹת עַרְכִּין וְכִיצַד כְּתַב פֶּן בְּלִשׁוֹן וְדַאי בְּלֹא מַת הַלְּנוּ מְלָנָה עַל פֶּה קוֹדְמַת וצ"ע] וְעוֹד הַבִּיא בְּתוּמִים כְּמַה גְּדוּלֵי הַרַאשׁוּנִים דְּסָבְרוּ דְּאִין בּוּ דִּין קְדִימָה.

ואף דְּאִם נִידוֹן בְּזוּהַ כְּמוֹ שְׂכ' הַפְּנִי לְסַפִּיקָא דְּדִינָא מ"מ זֶה הוּא דְּוִקָּא לְמֵאן דְּסוֹבֵר שְׁעָבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא אֲבָל אִם שְׁעָבוּדָא לֹא דְּאוֹרֵייתָא וְדַאי אִין בּוּ דִּין קְדִימָה. וְאִם פֶּן לְמָה דְּהַעֲלָה הַשְּׁ"ף (ס' ל"ט) לְסַפִּיקָא דְּדִינָא אִם שְׁעָבוּדָא דְּאוֹרֵייתָא אוּ לֹא אַף אִם נִידוֹן לְסַפִּיק' דְּדִינָא אִם יֵשׁ דִּין קְדִימָה בְּמַטְלָטְלִין אִין לְדוֹן בּוּ כְּמוֹ שְׂכ' רַמְ"א (ס' קל"ט) הִינּוּ פִּינוֹן דְּאִין שְׁנִיָּהּ מוֹחֲזָקִין וְיִחְלָקוּ שְׁיַקַּח הַמּוֹקְדָּם ג' חֲלָקִים וְהַמְאַחֲרָ רְבִיעִית דְּהָנִי סְפַק

ספיקא חדא דלמא הלכה דשעבודא לאו דאורייתא ואז לכ"ע אין בו דין קדימה ואף אם נאמר שעבודא דאורייתא דלמא הלכה פפוסקים דמ"מ במטלטלין אין בו דין קדימה וכשאין אחד מהן מוחזק אזלינו בטר ס"ס לכו בודאי הדין ברור כמו שכ' הסמ"ע וכמו שהעלה התנאים: ואם כ' לשעבד קרקע ומטלטלין דגלי דעתו דסמך דעתו עליהן דעת התנאים דיש בו דין קדימה ובנתבות כ' דבעינן אגב כמו לגבות מיורשים בעינן שיכתוב בתי ובמותי ועיין מה שפתבתי בזה דיני הלואה (סי' ב') ויש לעיין פיון דהיום הוא תקנת השוק שלא יגבה ממטלטלין שמכר במבואר (סי' ס') אם פן שוב ליפא סמיכת דעת פיון שיכול למכרו ולקמה יגבה מיורשין ויהיה בהן דין קדימה הא ליפא סמיכת דעת דכשמכרו אינו גובה מטעם תקנת השוק וראיתי בפנ"י פתובות (דף פ"ו) ובק"א שם (סי' רט"ו) דעמד על זה להמבואר מדברי תוס' שם כל דאינו גובה מלקוחות אין בו דין קדימה אם פן מה מועיל קנין אגב פיון דאינו גובה לדין מלקוחות מטעם תקנת השוק וביותר קשה דאם פתב בהדיא לשעבד קרקע ומטלטלין דיש בו דין קדימה ולכ"ע אם כ' באגב ואמאי פיון דיש תקנת השוק ואינו גובה אם מכרו ליפא סמיכת דעת.

וצריך לומר דעד כאן לא פתבו תוס' שם רק פיון דחזינו דאינו גובה מלקוחות הרי דלא תקנו חז"ל שיהי' משועבד מטלטלין רק מצד מצוה ולכך שניה' שונים וכן בדאקני שהביא תוס' שם דאף דמינן' אפילו מגלימא דעל פתפיה מ"מ לא שייך בגויה דין קדימה פיון דאם מכר אינו גובה וטורף מלוקח מזה נראה דלאו מצד שעבוד הוא רק מצד מצוה לכך לא שייך במקום דליפא שעבוד דין קדימה אבל בכ' לו מטלטלין אגב מקרקע או אף דמשעבד לו בפירוש מקרקע ומטלטלין דאז משועב' לו מן הדין אף כשמכר רק מצד תקנת השוק הנה התקנה שלא יגבה מלוקח ומ"מ כשהוא ביד הלנה יש בו דין קדימה פיון דבא בכת השעבוד דהא יש פמה אופנים דלא שייך תקנת השוק ואף במקום דשייך תקנה"ש אז הפקיע שעבודו כשיצא מרשותו ללוקח ולא נגד בעל חוב כשיעבד בפירוש דאז יש לו דין קרקע כמו במלנה על פה בקרקע דיש דין קדימה ובמטלטלין הפקיע מיד השעבוד דלא עד"ז הלנהו ולא סמכה דעתו כ"ז שלא גילה דעתו: הגם דיש דין קדימה אם פתב בשטר מטלטלי ומקרקע אף במטלטלין מ"מ אם תפס המאןחר אין מוציאין מידו ויש לחקור אם יש לראובן שטר אחד על מנה וכתב בו מטלטלין ומקרק' ולשמעון שני שטרות כ"א על מנה ואחד מאןחר על של ראובן ואחד מוקדם ואין ללנה רק מנה מקרקע ומנה מטלטלין ותפס שמעון המטלטלין ובשטרו לא פתב קרקע ומטלטלין וטוען דמנה המטלטלין לקח עבור חובו שבשטר המאןחר לשל ראובן דאף בשטרו של ראובן יש קרקע ומטלטלין מ"מ תפיסה מהני והקרקע טוען שיגבה עבור השטר השני המוקדם לשל ראובן וראובן טוען שמה שתפס המטלטלין יקח עבור המוקדם ויקח ממילא הוא הקרקע דנגד שטר השני של שמעון שטרו הוא מוקדם ולכאורה הנה נראה דשמעון יכול לטעון פן לטובתו דדומה להמבואר (סי' פ"ג) באם הלנה משלם למלנה על חוב שיש לו ערב ד יכול המלנה לתפוס הדמים שנתן לו הלנה על חוב אחר שחייב לו הלנה שאין לו עליו ערב וה"נ יכול לתפוס המטלטלין על חוב המאןחר.

אולם ראיתי בתשובת מהרי"ט (ח"ב סי' ח') שדן על גידון כי"ב ומסיק שם לדינא באם מת והניח בעל חוב וכתובה דהדין דינתן לבע"ח ואם תפסה האשה דאין מוציאין מידה וכתב ברם צריכין אנו למילף אם האשה תפסה היא אומרת בעד עיקר ותוספת הם בידי

ונדוּגְנִי אֲנִי תוֹבְעַת וְהַבְעֵל חוֹב אוֹמֵר כְּבָר יֵשׁ בְּיָדְךָ שִׁיעוֹר נְדוּגְנִיא וְעַל עֵיקַר וְתוֹסְפוֹת אֲנִי קוֹדֵם וְרֹצֵה לְדַמּוֹת לְהֵךְ דְּסִי' (פ"ג) וְכ' וְז"ל וְנִרְאָה דְנִהִי דְלִגְבֵי לֵוָה יָפָה פָחוּ שֶׁל מַלְוָה לְהַחְזִיק עַל חוֹב שֶׁהוּא רוֹצֵה לְפִי שִׁישׁ בְּיַד הַמַּלְוָה לְמַשְׁכְּנוֹ בְּכָל עֲגוּן שֶׁאִם בָּא לִב"ד שִׁיתְפֹּסוּ לוֹ בְּעַד חוֹבוֹ תוֹפְסִין לוֹ לְכַתְחִילָה וְאַפִּילוּ עָרַב עוֹמֵד וְצוּחַ שִׁיתְפֹּס בְּעַד חוֹבוֹ וְאַפִּילוּ הַחֲזִיב בְּעֲצָמוֹ אוֹמֵר כֵּן אֵין שׁוֹמְעִין לָהֶן וְהֵינּוּ דִיְהִיב טַעְמוֹ הֲר"ן וְז"ל מִשׁוּם דְּעַבְד לֵוָה לֹאִישׁ מַלְוָה אֲבָל לִגְבֵי בַעַל חוֹב אַחֵר שֶׁאִם הָיוּ הַב"ד מְגַבִּין לָהֶם הָיוּ מְקַדְמִין לְבַעַל חוֹב לֹא כָּל הַיָּמָן' לוֹמֵר בְּעַד תוֹסְפֹת תְּפֹסְתִי כָּל שְׂלֵא הָיָה שֶׁם פֶּרְעוֹן גְּמוּר דְּמֵאן שֶׁם לָךְ עַכ"ל הַצָּרִיף לְעַנְיָנִינוּ.

וְאִם כֵּן הֲ"נ בְּנִידוֹן דִּידֵן דְּכִנּוּתִיהָ אִם הָיוּ בָּאִין לִב"ד הָיוּ נוֹתְנִין הַכֹּל לְמִי שִׁישׁ לוֹ בְּשִׁטְר מְטַלְטְלִין וּמְקַרְקַע שׁוֹב לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה שֶׁל הַשְּׂנִי רַק עַל חוֹב הָאֲחֵר הַמְּקוֹדֵם וְהַקְּרָקַע גּוֹבָה הָאֲחֵר: אוֹלָם א"ל דְּזָה דְּנֻקָּא אִם תְּפֹסָה מְטַלְטְלִין דְּצָרִיף שׁוּמָא וְכִמוֹ שְׁסִיִּים שֶׁם הַמְרִי"ט וְכִינּוֹן שֶׁעֵיקַר הַדִּין הֵינּוּ מִשׁוּם דְּבַבְעַל חוֹב שִׁינְךָ נְעִילַת דְּלַת וּבְאִשָּׁה לֹא שִׁינְךָ כְּשֶׁאֲנִי מְגַבִּין שֶׁבִּידָה לְנַצ"ב שֶׁלָּהּ אֵין כְּאֵן נְעִילַת דְּלַת וּמִשְׁמַע כִּינּוֹן דְּעַל הַפְּתוּבָה צָרִיף שׁוּמָא אֵין בְּיַד הַב"ד לְהַגְבוֹתָהּ אֲבָל אִם תְּפֹסָה מְעוֹת דְּאִינוּ צָרִיף עוֹד שׁוּמָא וְהָיוּ כְּאֵלוֹ כְּבָר גְּבַתָּה יְכוּלָה לְתַפְּסֵי הַמְּעוֹת עַל הַפְּתוּבָה וְאִם כֵּן הֲכָא נְמִי בְּנִידוֹן דִּידֵן אִם תְּפֹס שִׁמְעוֹן מְעוֹת יְכוּל לֹמֵר שֶׁתְּפֹס עַל חוֹב הַמְּאֹחֵר.

אִךְ יֵשׁ לְהַבִּין אִם נֹאמֵר דְּעֵיקַר טַעְמוֹ דְּמַהֲרִי"ט הוּא מִשׁוּם דְּהַב"ד אֵינּוּ יְכוּלִין לְהַגְבוֹת לָהּ הַמְטַלְטְלִין בְּשׁוּמָא עַל הַפְּתוּבָה מִשׁוּם נְעִילַת דְּלַת מ"מ תוֹכַל לֹמֵר דְּתַחְזִיק בְּמַה שֶׁתְּפֹסָה הַמְטַלְטְלִין עַל הַפְּתוּבָה בִּידָה וּמַה יִּרְוִיחַ הַבְּעַל חוֹב בְּזָה.

אוֹלָם י"ל לְמַה שֶׁכ' הַקְּצוּה"ח (ס"ק ח') דְּדוּקָא בְּקַרְקַע צָרִיף שׁוּמָא דְּבָלָא שׁוּמָא אֵינוֹ כְּלוּם אֲבָל בְּמְטַלְטְלִין אִף בְּלֹא שׁוּמָא וְהַחֲלִט' מְכִי תְּפֹס אֵת הַמְטַלְטְלִין קוֹנָה אוֹתָם לְמַשְׁכּוֹן עֵינִן שֶׁם בְּנוֹעַם דְּבָרֵינוּ וּלְפִי"ז זֶה אֲתִי שֶׁפִּיר בְּבָא לְגַבּוֹת מִן הַלֵּוָה דִּישׁ שֶׁעַבּוּד הַגּוֹף וּבַעַל חוֹב קוֹנָה מִשְׁכּוֹן בְּזָה אִף בְּלֹא שׁוּמָא מְהַנִּי תְּפִיסָה לְהַחְזִיק בְּמַשְׁכּוֹן וְהַב"ד יִגְבְּהוּ אַחֵר כִּף מַה שֶׁאֵין כֵּן בְּבָא לְגַבּוֹת מִיתוּמִים דְּכִשְׁמַת פְּקַע הַשְּׁעַבּוּד הַגּוֹף בְּזָה לֹא שִׁינְךָ שֶׁקוֹנָה לְמַשְׁכּוֹן וְהָיוּ כְּמוֹנָח בְּיַד אַחֲרִים וְלֹא אֵלֶם יוֹתֵר מִחֲבִירוֹ שֶׁכְּבָר נִשְׁתַּעַבְדוּ בְּחִי הַלֵּוָה וְדוּמָה לְקַרְקַע דְּכ"ז שְׂלֵא גְבָה בְּשׁוּמָא וְהַחֲלִטָה אֵין לוֹ כִּינּוֹן וְל"א מַה שֶׁגְּבָה גְבָה.

וּלְפִי זֶה בְּנִידוֹן דְּמַהֲרִי"ט שֶׁפִּיר דֵּן דְּאִף שֶׁתְּפֹסָה מְטַלְטְלִין כִּינּוֹן דְּלֹא בָּא לָהּ בְּשׁוּמָא וְהַחֲלִטָה אִם הַב"ד מְגַבִּין לָהּ בְּעַד הַפְּתוּבָה אִיכָּא נְעִילַת דְּלַת כִּינּוֹן דְּלֹא זְכָתָה אִף לְמַשְׁכּוֹן בְּלֹא שׁוּמָא וְהַחֲלִטָה דְּמִנָּה אֵין כְּאֵן מִשְׁכּוֹן אֵין כְּאֵן וְהָיוּ כְּמוֹנָח בְּיַד ב"ד וְצָרִיכִין לְהַגְבוֹת' עַל הַנְּדוּגְנִי מַה שֶׁאֵין כֵּן בְּחִי הַלֵּוָה כְּשֶׁתְּפֹס עַל חוֹב הַמְּאֹחֵר וְיֵשׁ כִּינּוֹן מִשְׁכּוֹן אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְאִם כֵּן בְּנִידוֹן דִּידֵן אִם תְּפֹס שִׁמְעוֹן מְטַלְטְלִין גַּם כֵּן יְכוּל לֹמֵר שֶׁתְּפֹס עַל חוֹב הַמְּאֹחֵר וְצ"ע: וְרִאִיתִי בְּש"מ שֶׁחֲקַר בְּהָא דְּכ' בְּש"ע (ס"ג) דְּבַמַּה שֶׁאֵין כִּינּוֹן דִּין קוֹדֵם דְּאִם קוֹדֵם הַמְּאֹחֵר וְגְבָה אִם הַמְּקוֹדֵם יְתִפֵּס מִיָּד הַמְּאֹחֵר מוֹצִיא מִמֶּנּוּ כִּינּוֹן דְּכָבֵר תְּפֹס הַמְּאֹחֵר לְמַשְׁכּוֹן וְכ' דְּלִדְעַת הַר"י הַלְוִי דְּבַעַל חוֹב אֵינוֹ קוֹנָה מִשְׁכּוֹן אֲלֵא אוֹ בְּמַשְׁכְּנָם בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אוֹ בְּגוֹבִינָא דְּב"ד אֲבָל שְׂלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה מְנָה אֵין כְּאֵן מִשְׁכּוֹן אֵין כְּאֵן

דְּמִשְׁכָּה לְשַׁעְבֻדָּא לָא מְהֵנִי אִם כּוֹן הֵכָא אִינוּ מוֹעִיל אֱלָא מִצַּד תְּפִיסָתוֹ יְכוֹל הָאֲחֵר לְתַפְּסֵי מִמֶּנּוּ.

וּכְבֵר כְּתַבְתִּי לְעִיל בְּדִינֵי הַלְוָאָה (סי' ע') דְּבַתּוֹפְס מִשְׁכוֹן פִּינּוֹן דְּנִפְקַע שְׁעֻבּוּדוֹ רַק עַל מִשְׁכוֹן זֶה וְיֵשׁ פְּאֵן הַנָּאֵת מְחִילַת מְלוֹה מְהֵנִי אִף שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה עֵינּוֹן שְׁם בְּדַבְרֵי וְאִם כּוֹן אִם תְּפִיס הַמְּאֻחָר כְּבֵר קָנָה לְמִשְׁכוֹן וְלֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּהַחֲזָרָה אוֹ דִּישׁ לוֹ בּוֹ קִנְיָן אוֹ מִטַּעַם דְּאִינוּ חֵיב לְהַחֲזִיר עַד שְׁיִקְבַּל מְעוֹתָיו וְכִמוֹ שְׂכִי שְׁם.

וּמָה שְׂכִי בִש"מ לְהוֹכִיחַ מְהָא דְּמִבְּנָאָר בֵּאֵה"ע (סי' ק"ב) דְּבַע"ח קוֹדֵם לְכַתּוּבָה וְאִם תְּפִיסָה הָאֲשֶׁה מוֹצִיאִין מִיָּדָה כְּשֵׁלֵא בְּגוֹבֵינָא דְּב"ד הָא כָּל הַטַּעַם דְּמִגְבִּינּוֹן לְבַעַל חוֹב פִּינּוֹן דְּאִם תְּפִיס הַבַּעַל חוֹב זָכָה בּוֹ מִן הַדִּין מִגְבִּינּוֹן לוֹ הַב"ד וְאִם נֶאֱמַר דְּלֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּהַחֲזָרָה אִם כּוֹן אִם תְּפִיסָה הָאֲשֶׁה יִקְשָׁה וְכִי בְּשִׁבְלִי טַעֲמָא דִּיוֹתֵר מִמָּה שְׁאִישׁ כּוֹ' גּוֹזְלִין אוֹתָהּ אֱלָא וְדֵאִי דְּמְהֵנִי תְּפִיס' בְּהַחֲזָר' כְּשֵׁתְּפִיס שְׁלֵא בְּב"ד וְלִכְפֵּי מוֹצִיאִין מִיָּדָה גַּם כּוֹן.

וְאִינוּ רְאִיָּה דְּדוֹקָא עַל תַּחַל' דִּין דְּאֲמִימֵר קִשְׁיָא לִיָּה לְהַר"ן פִּינּוֹן דְּהַדִּין נוֹתֵן שְׁיַחֲלוֹקוּ הָאִיפֵי גּוֹזְלִין אֵת הָאֲשֶׁה וְנוֹתְנִין לְבַעַל חוֹב לְכֵפֵי כ' פִּינּוֹן דְּאִם קָדֵם וְגָבָה מָה שְׁגָבָה גָבָה מִן הַדִּין אָנוּ מִגְבִּינּוֹן לְבַעַל חוֹב מִשּׁוּם טַעֲמָא דִּיוֹתֵר מָה שְׁאִישׁ וְלֹאֲחֵר גְּבִינָתוֹ זָכָה בְּהֵן מִן הַדִּין וְהֵינּוּ מִשּׁוּם הֵךְ טַעַמ' הַדִּין לְתַת לְבַעַל חוֹב פִּינּוֹן דְּאִם גָּבָה מְהֵנִי מְסַלְקִין לְאֲשֶׁה מִשְׁעֻבּוּד' דְּהֵךְ מִטְּלִטְלִין וְכִינּוֹן דְּנִסְתַּלְקָה שׁוּב לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה דְּמִיד נִקְבַּע הַדִּין שְׁתַּסְתַּלַּק מִהֵנָּה מִטְּלִטְלִין אִם לֹא יֵשׁ רַק פְּדֵי חוֹב לְבַד רַק אִם לֹא יָדְעוּ הַב"ד מִבַּע"ח וְהִגְבּוּ לְהָאֲשֶׁה קָם דִּינָא וְאִין מוֹצִיאִין מִיָּדָה אִם נִתְּנָדַע אַחֵר כְּפֵי מִבַּעַל חוֹב וּבְלֹא גְבִינָת ב"ד מְסַלְקִינוּ לָהּ לְגַמְרֵי מִהֵנָּה נֶגְדַּ הַבַּע"ח פִּינּוֹן דְּאִם יָבֵא לִיד הַבַּעַל חוֹב זָכָה בְּהֵן מִן הַדִּין וְכִינּוֹן דְּנִסְתַּלְקָה שׁוּב לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָתָהּ וּמוֹצִיאִין מִיָּדָה דְּאִין לָהּ חֵלֶק בְּמָה שְׁיֵשׁ לְבַעַל חוֹב וְלֹא הוּי כְּגוֹזַל פִּינּוֹן דְּמִטַּעַם דִּיוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ כּוֹ' פְּסָקִינוּן לְהַגְבּוֹת לְבַעַל חוֹב נִפְקַע שְׁעֻבּוּדָה מְזָה מָה שְׁאִין כּוֹן הֵיכָא דְּהַדִּין הוּא מִתְּחִילָה אִם בְּאִין לְב"ד לְחֵלֶק בִּינֵיהֶם וְלֹא אִסְתַּלַּק כ"א מִשְׁעֻבּוּדוֹ וְאִם תְּפִיס אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ פִּינּוֹן דְּהַכֵּל מִשְׁוֹעֲבָד לְכָל אֶחָד י"ל דְּשׁוּב לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּהַחֲזָרָה וּבְכַתּוּבָה נֶגְדַּ הַבַּעַל חוֹב מְסַתְּפֵק שְׁם בְּסַפֵּר הַפְּלָאָה בֵּאֵה"ע דִּי"ל אִף בְּתַפְּסָה מְעוֹת מוֹצִיאִין מִיָּדָה אוֹלָם נִרְאָה שְׁם מְדַבְּרֵי בְּתַפְּסָה לְאַח"מ אֲבָל בְּגְרוּשָׁה שְׁתַּפְּסָה מַחֲיִים י"ל דְּאִין מוֹצִיאִין עֵינּוֹן שְׁם בְּדַבְּרֵי וְלִמָּה שְׂכִי פִינּוֹן דְּאִם בְּאוֹ לְב"ד מִגְבִּינּוֹן הַכֵּל לְבַעַל חוֹב הַפְּקִיעוּ שְׁעֻבּוּדָה דְּאֲשֶׁה מְזָה לְגַמְרֵי מִטַּעַם דִּיוֹתֵר מָה שְׁאִישׁ רוֹצֵה וְהוּי כְּנִפְסָק הַדִּין וִי"ל דְּשׁוּב ל"מ תְּפִיסָתָהּ כָּלִל: הֵיכָא דִּישׁ מִטְּלִטְלִין אֲצַל הַלְוָה כְּפִי חוֹב אֶחָד וְיֵשׁ מְאֻחָר וּמוֹקֵד' וְאַחֵר הַלְוָאֵת הַמְּוִקְדִים קָנָה הַלְוָה קָרַע וּמְכַר דִּין זֶה נִלְמַד מִמְתְּנִיתִין דְּכַתּוּבּוֹת (דף פ"ד) מִי שְׁמַת וְהִנִּיחַ אֲשֶׁה וּבַעַל חוֹב כּוֹ' יִנְתְּנוּ לְכוֹשֵׁל שְׁבָהּ וּפִירְשׁוּ בִש"ס לְכוֹשֵׁל שְׁבָרְאָיָה וּפִירְשׁוּ לְמִי שְׁשִׁטְרוּ מְאֻחָר פִּינּוֹן דְּהַמְּאֻחָר לֹא יִגְבָּה מְלַקּוּחוֹת וְהַמְּוִקְדִים יְכוֹל לְגַבּוֹת מְלַקּוּחוֹת נוֹתְנִים לְהַמְּאֻחָר הַמְּטְלִטְלִין וְהַמְּוִקְדִים גּוֹבָה מִן הַלְקוּחוֹת וְעֵינּוֹן שְׁם בְּרֵאשׁוֹנִים מִירוּשְׁלָמִי דְּקַתְּנֵי מְלוֹה בְּשִׁטְר וּמְלוֹה עַל פָּה יִנְתְּנוּ לְמְלוֹה עַל פָּה אֲכֹן אִם יֵשׁ קָרַע בְּנֵי חוֹרִין בְּכַה"ג וְקָרַע אֲצַל לְקוּחוֹת נֶגְדַּ בַּע"ח הַמְּוִקְדִים מְבֻנָּאָר שְׁם בְּרִיטְב"א דְּאִין מִגְבִּינּוֹן לְהַמְּאֻחָר כִּי יִפְסִיד הַמְּוִקְדִים דֵּא"י לִילֵךְ אֶל הַלְקוּחוֹת דִּיאֲמְרוּ הַנְּחַנּוּ לָהּ מְקוֹם לְגַבּוֹת.

וְצָרִיךְ לְהִבִּין הָא גַם בְּמִטְלָטְלִין יְכוּלִין הַלְקוּחוֹת לומר הַנְחָנוּ לָךְ מְקוֹם לְגִבּוֹת וְאָף דד' מְהַרְשֵׁ"א ז"ל ב"ק (דף ק"ט) דָּאָף אַם יֵשׁ מִטְלָטְלִין אֲצֵל הַלְוָה לֹא יְכוּל לִוְקַח הַקְּרָקַע לומר הַנְחָנוּ לָךְ מְקוֹם לְגִבּוֹת כְּבָר פְּתַב הַתְּנֻמִּים (סי' קי"א ס"ק ג') דְדָבָר זֶה לֹא מְצִינוּ בַּפּוֹסְקִים לְרַבֵּינוּ מְהַרְשֵׁ"א חֲבָר בְּזֵה וְכֵן מְבִנְיָא לְהַדְיָא בְּתַשׁוּבַת רַשְׁבַּ"א דָּאִין חִילוּק בֵּין הַנִּיחַ קְרָקַע אוֹ מִטְלָטְלִין וְעֵינֵין כְּנֵה"ג (סי' ק"ד הַגָּהַת ב"י ס"ק ט"ו) וְאִי מַה דְּמַגְבִּין לְזֵה הָיִי פְּאִשְׁתַּדָּף גַם בְּקְרָקַע נִימָא פֿון.

וְנ' דָּהָא בַש"מ שֵׁם הַקְּשָׁה לְמָה חָשׂוּ חֲכָמִים לְפָסִידָא דְהָנִי וְלֹא חָשׂוּ לְפָסִידָא דְלְקוּחוֹת שְׁהַמְּוֹקְדָם יִטְרוּן מְהֵם וְכ' פִּינֵן שְׁהַמְּעוֹת מְוֹנַח בְּיַד ב"ד וְיֵשׁ לְהֵם לְחַלְקוֹן אִין לְהֵם לְהַשְׁגִּיחַ אֲלָא עַל אֵלוּ שְׁלַפְנִיָּהֶם וְאִין לַב"ד לְהַפְסִיד בְּיַדִּים וְלְלַקּוּחוֹת אִין הַב"ד מְפָסִידִין אֲלָא גְרָמָא בְּעֵלְמָא הוּא וְיִקְשָׁה גַם פֿון א"כ מַה לָּנוּ לְחַלֵּק בֵּין קְרָקַע לְמִטְלָטְלִין וְצָרִיךְ לומר בְּשֵׁלְמָא בְּמִטְלָטְלִין דָּאִין בְּהוּ דִין קְדִימָה וְאִם מְכָרְן אִינוּ גּוֹבָה וְלֹא נִשְׁתַּעְבְּדוּ כַּשֵּׁה"ב"ד מַגְבִּין לְאַחַד הָיִי פֿאלוּ מְכָרְן אֲבָל בְּקְרָקַע דָּאָף אַם מְכָרְן לְאַחַר נִשְׁאָר בְּשַׁעְבּוּדוֹ וְבַעַל חוֹב מְאֹחֵר שְׁקָדָם וְגָבָה מַה שְׁגָבָה לֹא גָבָה וְאִם פֿון אִם יִתְנוּ הַב"ד לְהַמְּאֹחֵר אִין הַמְּוֹקְדָם יְכוּל לְטְרוּן מְלַקּוּחוֹת דִּיאִמְרוּ הַלְקוּחוֹת הַנְחָנוּ לָךְ מְקוֹם לְגִבּוֹת לָךְ וְגָבָה חוֹבָךְ מִן הַמְּאֹחֵר' אַם פֿון הַפּוֹכִי מִטְרַתָּא לְמָה לִי לְכָךְ לִיתָא לְהָאִי דִּינָא בְּקְרָקַע מַה שְׁאִין פֿון בְּמִטְלָטְלִין כְּשִׁקָדָם וְגָבָה אִינוּ יְכוּל לְגִבּוֹת מִמֶּנּוּ וְיִהְיֶה פְּאִישְׁתַּדָּף לְכָךְ מַגְבִּינוּ לְהַמְּאֹחֵר וְלֹא מְשַׁגִּיחִין עַל פָּסִידָא דְלְקוּחוֹת וְדוּמָה לַמ"ש הַר"ן פ' הַפּוֹתֵב בְּהָא דָּאִי לִיכָא אֲלָא חַד אַרְעָא לְבַעַל חוֹב יְהִיבִינוּ וְלֹא כְּתוּבַת אִשָּׁה וְכ' הַר"ן הַטַּעַם פִּינֵן דְּמַהְנִי תְּפִיסָה וְאִם קָדָם וְגָבָה מַה שְׁגָבָה גָבָה מַגְבִּין הַב"ד לְבַעַל חוֹב תְּחִילָה מִשּׁוּם טַעְמָא דִּיוֹתֵר מִמַּה שְׁאִישׁ רוּצָה לִישָׂא וְלִאחַר גְּבִייתוֹ זָכָה בְּהוּ מִן הַדִּין וְה"נ פִּינֵן דָּאִם הִיָּה הַמְּאֹחֵר תּוֹפֵס לְפָנֵינוּ הִי' זוֹכָה מִן הַדִּין מַגְבִּין הַב"ד לְכַתְּחִילָה לוֹ פִּינֵן דָּאחַר פֿון יִזְכָּה מִן הַדִּין וְלְלַקּוּחוֹת אִין ב"ד מְפָסִידִין אֲלָא גְרָמָא בְּעֵלְמָא הוּא לְכָךְ אִין לְהוּ לְהַשְׁגִּיחַ אֲלָא עַל אֵלוּ שְׁלַפְנִיָּהֶם.

אַמְנָם בְּאַמַּת אַפ"ל אַם הַלְקוּחוֹת הֵם בְּפָנֵי הַב"ד וּמוֹחִין בְּיַדִּים שְׁלֹא לְהַגְבּוֹת הַמִּטְלָטְלִין פֿוֹלֵן לְהַמְּאֹחֵר הַדִּין הוּא דִּיחְלוּקוֹ וְצ"ע: סי' ט אַם מְכָר הַלְוָה בְּעַצְמוֹ קְרָקַע לְפָרוּעַ לְבַע"ח הַמְּוֹקְדָם בְּעַל חוֹב מְאֹחֵר טוּרָף מְלוֹקַח כְּמִבְּנָאָר (סי' ק"ד ס"ט) וְדִין זֶה מְתָשׁוּ' הַרְשֵׁב"א שִׁבְב"י.

וְנִרְאָה אַם מוֹכֵר לוֹ לְהַלְוֵק' שְׁהוּא יִשְׁלַם לְהַמְּוֹקְדָם בְּזֵה הָיִי כְּבָא מִפְּחַ הַבְּעַל חוֹב וְזָכָה בְּשַׁעְבּוּדוֹ וְאִין הַמְּאֹחֵר יְכוּל לְטְרוּן מִמֶּנּוּ כְּמוֹ אַם הַב"ד מְכָרוּ לְהַגְבּוֹת לְהַמְּוֹקְדָם דָּאִין הַמְּאֹחֵר יְכוּל לְטְרוּן מְלוֹקַח דְּהָיִי כְּבָא מִפְּחַ בַּע"ח הַמְּוֹקְדָם וְכַחוּ כְּמוֹ בְּעַל חוֹב הַמְּוֹקְדָם כְּמִבְּנָאָר בְּרַשְׁבַּ"א וּבַש"ע וְהָא דַּכ' הַרְשֵׁב"א אֲבָל אַם יִמְכּוֹר הַלְוָה בְּעַצְמוֹ פְּדִי לְהַגְבּוֹת לְשִׁמְעוֹן דְּהַמְּוֹקְדָם גּוֹבָה הֵינּוּ אַם הַלְוָה מוֹכֵר אָף שְׁהַעֲדִים מוֹדִיעִים שְׁמַכֵּר פְּדִי לְהַגְבּוֹת וְהוֹדִיעוּ לְהַלּוֹקַח מ"מ פִּינֵן שְׁהוּא מְכָר וְיְכוּל לְעַשׂוֹת בְּהַדְמִים פְּרָצוּנוֹ לֹא הָיִי פֿאלוּ זְכוּת בְּעַל חוֹב הַמְּוֹקְדָם קִיָּים עַל הַקְּרָקַע אֲבָל אַם מוֹכֵר לוֹ שְׁהַלּוֹקַח יִשְׁלַם לְהַבְּעַל חוֹב הָיִי פֿאלוּ מְכָרוּ בַב"ד דְּזְכוּת שְׁמַעוֹן קִיָּים עַל הַקְּרָקַע וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת הַרִ"ף (סי' צ"ה) דְּדָן בְּשִׁמְעוֹן שְׁהִיָּה לוֹ מְעוֹת בְּשִׁטְר אֲצֵל רְאוּבֵן וְרְאוּבֵן מְכָר מְחֻצִית קְרָקַע שְׁהִיָּה לוֹ מְמוּשְׁפָן אֲצֵל לוי לְחַמּוֹתוֹ שְׁתַּפְּדָה אוֹתוֹ מְלוֹי וְכַתְּבָה בְּשִׁטְר הַלְקִיחָה שְׁנַיִם בְּדָמִים שְׁלַקְחָה בְּהֵם וְשִׁמְעוֹן רוּצָה לְטְרוּן עַל חוֹבוֹ וְכ' רוֹאִין אַם שְׁטֵר חוֹב שֶׁל שְׁמַעוֹן

קודם לשטרו של לוי יכול לטרון מלוי ואם שטרו של לוי קודם לשטרו של שמעון אין לו ליטול ממנו עינין שם וקשה הא מ"מ הנה ראוי שיתרון שמעון אף אם שטר המשפנתא של לוי הי' קודם פיון דראובן בעצמו מכר לתמותו שלא עפ"י ב"ד ונמחל שעבודו של לוי ונגד שטר המכר שמכר לה שט"ח של שמעון קודם וכן ראיתי בספר מ"ש שכ' דמדברי הרי"ף נראה אפילו בלנה עצמו שמכר כל דהוי לפרוע חוב המוקדם ש"ד והניח בצ"ע ולמה שכ' אתי שפיר ואין פאן חולק על דינו של הרשב"א ז"ל דשם מכר בפירו' לתמותו שתפדה אותו מלוי ובכה"ג זכתה בזכותו וכחו של לוי והיכא דהגבה הלנה הקרקע למוקדם בחובו פתב הב"י (סי' ק"ג) משם רבינו ירוחם ז"ל דבעל חוב מאןחר א"י לומר משעת המכר נמחל שעבודו והרי הוא כמו שלקחת במעות ושטר שלי מוקדם ממקחה ואתרוף אותה פי לגבי זה שעבודו קיים כאלו גבה אותה בב"ד.

ובספר ש"מ פתב לפקפק בזה פיון דקרע שטר הראשון וכ' לו שטר קנין מזמן שני מחל לו שיעבוד הראשון לגמרי ורצה לדמות להא דב"ב (דף קל"ב) בכ' כל נכסיו לאשתו ויצא שטר חוב מוקדם למתנה דקיי"ל דאיכא אומדנא דמחלה לשעבוד הפתופה מנכסים אלו ואף דכאן הוא מכר בפרעון חובו מ"מ פיון שנתן לו בפירוש הקרקע בפרעון חובו וקרע השטר חוב איכא אומדנא דמוכח טובא שמחל לו שעבוד הראשון לגמרי וכ' דאלו הר"י איירי שלא כ' לו שטר קנין כלל רק שטר גוביינא שנתן לו הקרקע בעד חוב אכל פשכתב לו שטר קנין בסתם מזמן שני אף הר"י מודה שמחל לו שעבוד הראשון לגמרי.

ולא נראה מסברא לחלק בזה כלל דאין לנו לדון מעצמנו האומדנות ולדמות דהא גם בה"ב בנתן כל נכסיו לאשתו ויצא שטר חוב מוקדם למתנה דקיי"ל תקרע פתופתה ותעמוד על מתנתה ונמצאת קרחה מכאן ומכאן מבואר בב"ש (סי' ק"ז) דדוגינא לא הפסידה ואף דכאן כ' לו שטר קנין בסתם ולא נזכרו החוב בשטר מכר ונקרע השטר לא נוכל לדון באומדנא הזאת להוציא ממון ולומר דנמחל שעבודו.

ומצאתי בתשובת מבי"ט (ח"א סי' קי"א) דנשאל בדין פנה במכר לו בדמי החוב וכ' לו שטר מכירה ונקרע השטר ובא בעל חוב לטרון ממנו והאריף הרבה בזה והעלה דלא אבד זכותו כלל ולבסוף הביא דברי רבינו ירוחם עינין שם בדבריו ולא עלה ע"ד לחלק בין אם הגבהו בחובו לבין אם פתב שטר מכר בסתם מזמן שני ונקרע השטר ועינין שם דכ' לדינא כן.

ומה שכ' הש"מ דלפי פי' הש"ף (סי' קע"ה ס"ק ט') לדברי ריב"ש דאף בבעל חוב שפא לטרון מלוקח קרקע שאינו שנה כל חובו אין הלוקח יכול לסלקו בדמי שיווי הקרקע דיכול לומר לדידי שנה כל חובי מ"מ אם הבעל חוב קנה הקרקע מן הלנה בדמי חובו המצרו יכול לסלק בדמי שיווי החוב ואינו יכול לומר לדידי שנה כל חובי דהא כפר נפרע מחובו פשקנ' הקרקע בחובו הרי דבטל השטר הראשון לגמרי פיון שפכר נפרע ואינו אלא פקונה קרקע לבד ושמין רק שיווי החוב לבד ודלא כר"י.

אינו ראי' כלל דיש לחלק דכאן יפסיד לגמרי אם יטרון ממנו בעל חוב המוקדם לשטר מכר אמרינו דעדיין זכותו קיים שהנה לו חוב מוקדם ממנו אמרינו דהוי כאלו הב"ד הגבוהו בחוב דאין המאןח' יכול לטרון ממנו ושעבודו מחובו נשאר על הקרקע כן נמי אם הגבהו בעצמו ומהיכי תיתי נאמר דנמחל שעבודו אכל לגבי מצרו כפר נמחל השעבוד



פינון שהגביהו בעד חובו שמיין רק שיווי החוב פינון דלא יפסיד בזה כלל ואמרינו דקנה הקרקע בשליחותייהו דהמצרן מטעם הישר והטוב ודמי למחליף קרקע במטלטלין כמו שכ' הש"ף שם ועיין שם בנתיבות (ס"ק י') וכינון שפכר קבל השדה וקרקע השטר חוב ואין לו שעבוד כלל על חובו וזה הוא רק בלית ליה פסידא להבעל חוב מה שאין פו נגד בעל חוב מאןחר ממנו אם נאמר דנפקע השעבוד רק שפא מפח שטר מכר יפסיד לגמרי מחזקינו דנשאר פחו מהחוב המוקדם על הקרקע שקנה ועיין במה שכ' אאזמ"ו ו"ל בדברי משפט (סי' פ"ה ס"ק ב') בדברי רבינו ירוחם הנו': סי' י בתשובת רשד"ם חאה"ע (סי' קפ"ד) דן במי שמת והניח מטלטלין ותייב למשפיר שכירת הבית ולאשה בכתובה ודן אף דיש לאשה בכתובה מטאגמ"קאעפ"כ אין נזקקין לטרון ממטלטלין המשועבדים מפני תקנת השוק והמשפיר קודם בתפיסה דחצר וביתו של אדם קונה לו והוא קדם בתפיסה יותר מן האשה ואעפ"י שלא אמר תזכה לי חצרי מהני והביא ראיה ממקדכי (פ"א דב"מ) ולזכות בהשעבוד א"צ ד"א מקנה לכ"ע זכותה לו חצרו ומתשובת הרא"ש (כלל צ"ב) דחצר המושפך הני חצר השותפים והני כב' שהגביהו מציאה הרי דהחצר זוכה לו ע"כ שורש דבריו.

והנה דין זה אם בעל חוב מאןחר קדם וגבה ולהמוקדם נשתעבדו מטלטלין אגב מקרקע אם גם בזה נתקן תקנת השוק זה מחלוקה ישנה שהיה בין הב"י והמבי"ט ו"ל כמבואר (סי' ס') והש"ף הכריע נגד הרב ב"י והאחרונים החזיקו בדעת הב"י דהוי פלא שכית ולא שיניף בזה תקנת השוק וכבר כתבתי בזה לעיל דיני הלואה (סי' מ"ו): אף אם לא הוי בכתובה שעבוד מטאגמ"ק צ"ע דינו דינימא דחצר המשפיר ינפה לו להשוכר בכה"ג אף דבש"ע פסקינון פדעת הרמב"ם דחצר דמשפיר זוכה לו מציאה כמבואר (סי' שי"ג) פבר כ' שם הש"ף אף דאינו משתמר לדעתו מ"מ מיקרי חצר המשפיר לדעת המשפיר פינון שהוא משומר והוא חצרו וכוננתו דהשוכר הוי כשלוחו ועיין תוס' גיטין (דף ע"ט ע"ב) בהא דזבל בתורי דאתו לו מעלמא דשוכר הוי כמו שומר ושלוחו של משפיר וזה אתי שפיר אם השוכר חי הוי כשלוחו אבל אם מת אף דהחצר הוא משומר לגבי אחרים ומ"מ אינו כשלוחו ובפרט אם אשתו נשארת בהבית בנדאי אינה משתמרת בשליחותו דהמשפיר.

ואף אם אחרים יושבים גם פו בהבית ומשתמר לדעת יש לדון דלא נוכל לומר דמשתמרת בשליחותו דהמשפיר דהוי במקום שחב לאחרים אף אם נאמר דלגבי חצר מהני אף בחב לאחרים כאשר יבואר א"ה לקמן מ"מ לענין דמשתמר בשליחותו יש לומר דלא מהני במקום דחב לאחרים.

ועוד אף דחצר דמשפיר קונה מציאה היינו מעלמא או מאחר אבל למשפיר משוכר אינו קונה דכל קונה בעינו הוצאה מרשות לרשות וכינון דהוא שכורה לשוכר עדיין לא יצא מרשות השוכר וכשהו ברשות מוכר והשפיר מקומן יצא מרשות מוכר לרשות לוקח פינון שהקרקע יצא מרשותו לקנין פירות וכו' מבואר במחנה אפרים דיני קנין חצר (סי' ג') [ועיין נתיבות בפתיחה לסי' (ר')] דלדבריו אין החצר קונה למשפיר רק במציאה דהשוכר לאו אדעתא דהכי אגר' נקרא החצר חצרו של משפיר פינון שלא שוכרו השוכר לזה אבל לשאר תפצים ששוכרו השוכר חצרו של שוכר הוא ואין השוכר יכול להקנות

על ידי חצרו למשפיר ולדבריו רק למציאה דלאו אדעתא דהכי אגרי' נקרא חצרו דמשפיר י"ל דאף מאחרים אינו יכול לקנות בחצרו להמשפיר ודלא כמח"א שם] אם פן בנידן דמרשד"ם הוי פאלו קונה על ידי חצרו מן השוכר ולא הוי הוצאה מרשות לרשות היינו מרשו' הירוש' שזכה בדירת הבית שמושפיר למורישו להמשפיר.

ובלא"ה יש להבין למה שכ' הש"ף שם דלמה שכ' הריטב"א דהיכא דאינו מושפיר דק דקריסת רגל אין החצר קונה לו א"ל בזה דברי הרמב"ם בכך דמשמע דהרמב"ם איירי שיהא שכורה לכל דבר.

ובלבד שם משמע באמת דרמב"ם איירי בכה"ג. ואם הוא מושפיר לכל דבר קשה דמ"מ פינון דאינו רשות למשפיר להניח שם חפציו לא הוי פידו וכל מה דחצר הוי פידו הוא כמו שכ' הנ"י (פ"א) דב"מ דכל מה שיש לו מניח שם וזה לא שינוי לגבי משפיר דאף דהגוף שלו מ"מ אין לו רשות להניח חפציו שם ואמאי ינפה במציאה ואף למה שכ' הנתיות דלא השפירו אדעת' דמציאה קשה הא מ"מ אינו החצר פידו דאין לו רשות להני' חפציו שם: גם צ"ע לדינא אף כי הש"ף הסכים לדעת רמב"ם מ"מ יש גדולי פוסקים החולקים על הרמב"ם הראב"ד והרא"ש והטור.

שוב ראיתי בספר תשובת מאור הגולה רע"א ז"ל (סי' קל"ג) דהתנפח בדין פנה עם הגאון בעל בית מאיר ז"ל ולא הביא דכבר עמד על דין זה במהרשד"ם ובעל ב"מ כ' להעיר להקפ"ד י"ל דהוי לגבי אלמנה כתפיסה פינון דמונחים בחצרה ויש לה זכות דירה מתנאי ב"ד והיא פשוט וכו' דהריב"ש מיירי בחפצים המונחים בבית בחזרים של"ה משוועדים לדירת אשה והגר"ע ז"ל כ' דדירת אלמנ' גרע לא מפעי לשיטת ר"ת ב"ב (דף נ"א) דדוקא שוכר דיכול להורי' זכותו לירשו הוי חצרו ואף להחולקים דוקא בנ"מ שלשה דאם הבעל סלק עצמו מפירות הוי חצרה משום דבלא"ה ידה גם פן על גוף הקרקע ואף אם לא סילק מ"מ עכ"פ לא מיקרי חצרה להוציא הדבר מרשות בעלה על ידי זה אבל בדירת אלמנה דאין לה שום זכות ליתן זכותה לאחר לא להשפיר ולא להוריש רק לה בעצמה יש זכות מתנאי ב"ד י"ל דלא מקרי חצרה ואין לה זכות רק להניחה לדור בתוכה ולא לענין דבר אחר שיהיה לה פירות החצר לזכות בנפילת מציאה לתוכה עכ"ד.

והמענין ברמב"ן שם שכ' לחלוק על ר"ת וכו' דאם פן שאל לעצמו סתם לא תקנו לו ראה דאף היכא דאין לו זכות ליתן לאחר לא להשפיר ולא להוריש מקרי חצרו לזכו'. ולא עוד אלא גם לשיטת ר"ת י"ל דדוקא בנ"מ דאם מתה בחיו נעשה לוקח למכרע מטעם תקנ' אושא וגם לקנות מבעל ל"ה הוצאה מרשותו פינון דיש לו זכות אבל לקנות מעלמא י"ל דמודה פינון דיש לו פירות לשמש קונה.

אם פן בנידון דאלמנה להיות תפיסה בקנין פינון דליכא נ"מ ליתומים י"ל דהוי קנין מעליא לזכות בהמטלטלין בחצרה שיושבת בו ואף דיש ביז הירשים ליתן לה מדור אחר מ"מ כל זמן שלא נתנו לה הוי הבית ברשותה כמו ברשות הירשים והוי פחצר של שניהם וענין ספר הפלאה אה"ע (סי' צ"ג ס"ק כ"ז) ואי דמ"מ ל"ה הוצאה מרשות לרשות אם פן עכ"פ לגבי משפיר גם פן ל"ה פהוצאה מרשות לרשות ודברי מהרשד"ם צ"ע להוציא מרשות אלמנה.

עוד פתב שם הגר"ע ז"ל לפלפל אם מהני תפיסה על ידי חצור דהוי במקום שחב לאחריים ולא שיניף מגו דזכה לנפשיה ומדברי הרשד"ם נראה דס"ל פסברת הגאון בעל בית מאיר ז"ל דלא שיניף בחצור תלבע"ח במקום שחב לאחריים ועיין במ"ש בנתיבו' (סי' ק"ה ס"ק א') פנראה גם כן דעתו פן: סי' יא דעת הרבנינו ר'נוחם ז"ל בלנה וכו' דאקני ולנה מאחר ולא כ' דאקני יחלקו וכבעל חוב הטורף מלוקח היכא דלית ליה ללוקח דאקני דעתו דטורף הבעל חוב פל השבח ועמד על זה הש"ך (סי' ק"ד ס"ק ט"ו) ולכאורה יש לומר דעוד הקשה התנאים על הר"י דהא הוא סובר דגם בדאקני אמרינו אחריות טעות סופר אם פן איירי דכ' בפירוש דלית ליה דאקני אם פן מחל השני שעבוד דאקני ובלוקח י"ל דלא קנה בשטר כלל וי"ל למה שכ' הש"ך (סי' קט"ז) דלא אמרינו שעבודא דאורייתא רק בהלן מעות דעבד לנה לאיש מלנה אבל באחריו דמכר ל"א ש"ד אם פן אתי שפיר דברי ר"י דהוא סובר דמיניה דידיה משועבד דאקני מטעם ש"ד ומיניה דידיה אין חילוק בין הנה לו הקרקע בשעת הלואה או קנה אחר כף וכמו שכ' התנאים וכן הסכים הנתיבות (סי' קי"ב) דמיניה דידיה גובה מדאקני מטעם שעבוד דבעת שקנה והי' חייב נשעבד.

אף זה דוקא בהלואה דשיניף ש"ד אבל בחיוב אחריות ממכר לדעת הש"ך דל"א ש"ד שפיר לראשון משעבד דיש לו דאקני אף לפי זה יש להבין אם פן מיני' דידי' אף דלית ליה דאקני נמי נימא לקמא משעבד הואיל דלנה משועב' מדאורייתא ולנה שלא לנה לא משעבד ויש ליישב: ויש קצת ראיה לדעת הקצוה"ח דלא חל השעבוד מן התורה על הקרקע שקנה אחר כף מהא דמבנאר ירושלמי ס"פ מי שהי' נשוי פישר מן השני חזקה שהראשון בא וטורף פישר מן הראשון אמר ר' פנחס אתא עובדא קומי ר' ירמיה אמר פישר פישר היינו אם נתפטר עם הראשון אין המאחר יכול לחזור על הלנה א"ר יוסי ולא כתב דאקני לא אתיא אלא ביורש אר"ח אפילו בבעל חוב אתיא היא בההיא דלא כתב פל דאקני או שאמר לו לא יהיה לך פרעון אלא מזה ופירש הפ"מ דשני' אפותקי לראשון לכה אין השני יכול לטרוף מזה שלא נשעבד לו מעולם ואינו מוכן מ"מ אם פישר עם הראשון שעשה לו אפותקי אמאי אין השני יכול לטרוף וכי גרע מדאקני אם כ' לו וגם בכה"ג בעשא אפותקי ופרע לראשון אף אם מכר אחר כף ולא כתב לשני דאקני מ"מ משועבד משעה הראשונה גם להשני דכי לא יכול אדם לשעבד קרקע אף לכמה וכמה בני אדם.

ובק"ע מפרש דעשאו להשני אפותקי וכיון שטרפו בעל חוב הראשון כבר אבד זכותו של השני ועכשיו שקנה פשדה של אחר דמי. ובפשיטות משמע דאיירי מיניה דידיה שבה לגבות ולא מלוקח ואם פן מה לי דלא כתב דאקני הא מיניה דידי' גובה ואם נאמר דאף מיניה דידיה אינו גובה רק מטעם מצוה ולא מטעם שעבוד דנכסי דבר נש שהיה לו בשעת הלואה אינו ערבין בי' וכמו שכ' הקצוה"ח ולא מה שקנה אחר כף יש נ"מ טובא בגונוי דלא נחתינו לנכסיו מטעם מצוה פגון בנשתטה הלנה וכדומה אבל אם נאמר דמיניה דידי' הוא מטעם שעבוד מה קאמר דלא כתב להשני דאקני הא מ"מ מיניה דידי' נשעבד א"ו דלא נכסו הנכסי שקנה אחר כף בגדר ערבאין רק מטעם מצוה.

גם משמע קצת מדברי הירושלמי הנז' דדאקני גם פן אחריות ט"ס מדכתב בלא כתב לו פל דאקני דבסתמא אחריות ט"ס ובש"ך כ' להכריע פשאמר דאקני מהני אף בלא כתב

ואמרין ט"ס ומתרגין בזה הוכח' המ"מ מש"ס ב"ב וליחוש דלמא דאקני אמר ליה ומירושלמי הנז' משמע קצת דבעינו שייכתוב להדיא דאקני: סי' יב יש מחלוקת הפוסקים אם כופין מדינ' דגמ' ליתומים לפרוע חובות אביהן פשיטו מטלטלין ודעת רשב"א דמצנה וכופין וכ"כ הבעה"ת (שער ס"א) דכן משמע דעת ר"ח שאם סרב שמפין אותו עד שתצא נפשו שמדמה אותו למלנהו"כ הבעה"ת אם איתא מאי איפא בין אפוקו ובין נתמי אי בתרנייהו כופין ועוד פי הגאונים הוצרכו לעשות תקנה להכריח ליתומים הא מוכרחים ועומדין משום מצנה דרמיה עליהו אלא ודאי דלא פניפין להו כ"א בתקנתא דבתראי ועיין תומים ובקצוה"ח הכריח פזאת מרמב"ם דאף אם רצו הב"ד לכוף אין כופין דאם לא פן למה שבח מה שפותרין במערב לגבות פחיי ובמותי וגובה בשביל התנאי יותר משל התקנה דאם לא ידע הלנה בתקנה אין פח בתקנה לחייב בהן יתומים ואמאי הא אם רצו כופין עיין שם: ונראה דאינו ראיה דהא מבואר ב"י (ק"ז) משם תשובת רשב"א דדוקא פשיהו גדולים דהו"ל בני מיעבד מצנה ושאיין לאחרים עליהן חוב דכי הנה להו חוב מצד עצמן מצנה עליה טפי לפרוע חובות עצמן מלפרוע חובות אביהן וכן נמי פשישגן פאן ולכופן בחובות הגוף אבל אם אינם פאן אין יורדין לנכסי' היינו דכתובות (פ"ד) יתנו ליורשי' ולא אמרינן מצנה על היתומי' וכן (דף צ"ב) אנו מטלטלין שבק דהם בתדא מהני תלת אנפי דאמרו אינהו הא בגדולים ואיתננייהו הקא וליפא עליהו חוב מחמת עצמן מפקינן מינייהו פשויעי עכ"ל.

ועיין תשובת הרשב"א (ח"ג סי' מ"ד ומ"ה וח"ד סי' קנ"ב) שם מבאר באורו דחוב של עצמן קודם ועיין שם עוד דסובר אם של"ד לא נחתין לנכסיו מטעם עד שאת כופהו בגופו כופהו בממונא ועיין עוד בח"ג (סי' נ"ו) אם פן מיושב נמי דצריה לתקנת הגאונים דאחר תקנת הגאונים דמטלטלין משמעבדי נראה לכאורה דאם יש חוב עצמן וחוב אביהן דאין בידם לדחות לגמרי חוב של אביהן פיון דמשמעבד מטלטלין דיתמי ואפשר אף דבא רק בכח התקנה יש לו דין קדימה לגמרי ואף לדברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) דהיא דיש למאןחר בשטר שעבוד מטאג"ק יש לו קדימה נגד בעל חוב מוקדם שלא יש לו מטאגמ"ק דזה פא רק בכח התקנה לא אתיא תקנת הגאונים ומפקא ממלנה בשטר דנשתעבדו מדינא אם פן ה"נ נימא אף לאחר תקנות הגאונים מ"מ חוב עצמו יהיה קדם דמה"ד חייב לפרוע וכל נכסיו משמעבדין לו מ"מ י"ל דדוקא היכא דשני הבעה"ח הם של המוריש דלא שייך בזה תקנה דנעילת דלת דאם פן נועל הדלת לבעל חוב האחר לכן נקטינן למיזל בתר הדין ושלא להפקיע שעבוד דבעל חוב האחר אבל נגד בעל חוב של היורש עצמו י"ל אחר התקנה בע"ח של המוריש קודם אף דהוא רק מצד התקנה אלא מטעם נע"ד ולא שייך לומר אתה נועל דלת בפני בעל חוב של היורש דאין אדם מלנה על זה שביא לו ירושה ממ"א וע' בתשובת מהר"ם אלשיך (סי' י"ד) ועיין נו"ב תנינא אה"ע (סי' ל"א) שחקר אם יש בע"ח וכתובת אשה לגבות ממטלטלין ויש לכתובה מטאג"ק וגובה מדינא ממטלטלין ולבעל חוב ליפא רק מעלת נע"ד אין פח נעילת דלת לדחות דין הש"ס נגד תקנת הגאונים עיין שם די"ל שייחלוקו.

ותימא שלא הביא דברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) ואולי סובר דדוקא לגבי שני בעלי חובות דליפא מעלת נעילת דלת בזה עדיף דינא דש"ס מתקנת הגאונים מה שאין פן בעל חוב נגד כתובה דיש מעלת נעילת דלת י"ל דשקולין הו ויחלוקו וא"כ פמו כן

י"ל באם יש חובות עצמן דגובין מה"ד ויש גם פן לבעל חוב המוריש מעלת נע"ד דחולקין וצ"ע: וקצת י"ל דתליא בטעמא דתקנת הגאונים המבואר בריב"ש (סי' שצ"ב) או מפני שראו מפני תיקון העולם לכופן במצוה ואף בשאר יורשים שאינן בנים לא פלוג או שעשה נכסי רוב העולם מטלטלין וסחורה והמלנה סומך עליהם כמו על קרקעות דומיא דאמרו בש"ס גמלים של ערבאי דאשה גובה מהם פורנא עיין שם ואם נאמר פטעם הראשון אם פן לא העדיפו להשתעבד מטלטלין רק לכופן במצוה בכפייה בגביית מטלטלים בב"ד.

אם פן אף השתא נמי פיון דרק מטעם מצוה אתינו עליהן י"ל דחוב עצמן קדם מה שאין פן לטעם השני דמטעם סמיכת דעת דמלנה אתי עליה חוב מורישן קדם פנ"ל. וראיתי בדברי משפט למ"ו זקני ו"ל (סי' ק"ז) שהוכיח מדברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) הנז' דסובר דרק מטעם מצוה הי' התקנה דאם לא פן אף דלא שעבד לו אגב קרקע מ"מ משתעבד לו מדינא עיין שם ואינו מוכרח דמ"מ פיון דרק בתקנות הגאונים הוא שגיגה עדיף זה שיש לו בפירוש שעבוד מטאג"ק ודברי רשב"א שבב"י (סי' ק"ז) עד לזה דתקנת הגאונים עדיפא שגיגה מטעם שעבוד ולא מטע' מצוה לבד.

וכן נראה דעיקר מטעם שעבוד מהא דמבואר אה"ע (סי' ק"ב) במת והניח בעל חוב וכתובת אשה ונתנו לבע"ח אף דליכא רק מטלטלין מנ"ל זה בשלמא מקרקע מבואר בש"ס דינתן לבעל חוב מטעם דכ' הרמב"ם דזה נתן דמים או מטעם שכ' הר"ן פ' הכותב משום נעילת דלת מגבינו ואחר כך הוי פתופס מעצמו ולא הוי כמפסדינו להאשה וזה הפל בקרקע דמשועבד לתרנוייהו אבל מטלטלין אם נימא דרק מטעם מצוה כופין ליורשים יתנה הברירה בידי היורשים לתת למי שירצו אלא ודאי דעכשיו מטלטלין בתורת שעבוד גובה בעל חוב ואין הברירה בידי היורשין דהדר דינא כמו לגבי קרקע וממילא חוב אביהן קדם.

ובס' מח"א דיני זכיה מהפקר כ' (סוף סי' ה') ונ"ל ועוד דמלבד זה מספקא לי דע"כ לא תקנו אלא בבע"ח דאדעתא דהכי סמך דמטלטלי בזה"ז הוי פגמלי דערבאי אבל בנד"ד שנתחייב הגר לזה שלא מחמת חוב נראה דלא שייך להאי טעמא עכ"ל ולא אבין הא זה מחלוקה קדומה אם נזקין גובין ממטלטלי דיתמי אחר תקנת הגאונים דדע' הרי"ף ב"ק דגובין ודעת רבינו אפרים דלא שכיח ולא תקנו הגאונים והרא"ש פתב דבדורות הללו מטלטלין כמקרקע לכל מילי שעבוד מדינא דש"ס אף בלא תקנה דהוי פגמלי דערבאי.

ובש"ף (סי' תי"ט) כ' לדון דדוקא היכא דסמך דעתו מתחילה מועיל פיון דעיק' מו"מ הי' במטלטלין וזה לא שייך בניזקין ומ"מ פתב דדעת רוב הפוסקים פרי"ף ורמב"ם וש"ע שם דאף ניזקין גובין ממטלטלי דיתמי ואם פן כמו כן שטר חיוב לא גרע אף דלא סמך דעתו מ"מ לא פלוג עבדו התקנה: ובגבית פתב לתרץ קושיות התומים דאף דמצוה על היתומים לפרוע היינו לכוף ולשלם ואין בידי הב"ד לגבותו למלנה שיהיה שלו עד שיאמר רוצה אני עיין שם ואינו נראה דהא חזינו אף אם שעבדא לאו דאורייתא מ"מ נחתינו לנכסי מטעם כופין על המצוה ועד שאמה כופהו בגוף כופהו בממון כמבואר רמב"ן סוף ב"ב וריב"א קדושין (דף י"ג) דהב"ד יורדין לנכסיו ומקיימין מצותו והיינו פיון דמוטל על קרקפתי דגברי לקיים המצוה יש בכתב ב"ד להפקיר הנכסים וזוכה זה ממילא בכת

הפקר ב"ד כמו כן הנה בכת לתקן שיכופ ליתומים לקיים המצוה המונח עליהם ועד שאתה כופהו בגוף כופהו בממונה ועיין מה שכ' בזה בחלק ראשון בקונטרס התשובה (סי' ג') ואם כן שפיר הקשה התנאים בתפיסה לאח"מ דמוציאין ממנו מדינא דגמרא למה ינדקו ב"ד להוציא לבטל מ"ע ולמיספי ליתמי איסורא דכינון דאם הב"ד רצו לכופ יש בכחם אם פן בכגון זה שינה לומר עביד אינש דינא לנפשיה.

וצריה לומר על פירוש כמו שכ' הרשב"א דשם איירי בחד מהנה ג' אנפין דלא רמיא המצוה על היתומים אף כל זה לדעת רמב"ן וריטב"א ור"ן דמשום מצוה נחתינו לנכסיו אבל כנראה מד' רשב"א דאם של"ד כופין רק בשוטים ולא נחתינו לנכסיו וכמו שכתבנו להקדיא בדברי הראב"ד שבבעה"ת (שס"א) וכן נראה מדברי רשב"א בטור (סי' רע"ח) ולדידהו א"ש תירוצו של התיבות דכל זמן דלא מגבי ליה נשאר בחיובו וגזל בידו ולכך לא מהני תפיסה רק מחיים: וראיתי בספר בית מאיר (סי' ק"ב) שכ' לדון באם מת והניח יורשים ושני בעלי חובות ואין פאן פדי פרעון שתי החובות רק לאחד ולאחד יש שטר ולהשני אין לו רק מלנה על פה ואינו יכול לגבות מיתומים רק בעדים ותו"ז אולם הראשון יודע מחובו והודה שידע שאביהם חייב לו חולק עמו דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וכ' והוא חדוש המציאות דהיכא דהלנה הניח הרבה נפסד המלנה והיכא דהניח מעט נשפר.

ולדעתי השפילה יש לפקפק בזה טובא. לא מבעי בהניח רק מטלטלין דלא משמעדי מדינא דגמרא מיתמי יש לומר להטעם שכתב הריב"ש בתקנות הגאונים דמשמעדי היינו פיון דבלא"ה מן הדין מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן כשירשו והתקינו שיהיו הב"ד כופין על זה.

ואף בירשים אחרים לא חלקו בזה אם פן דוקא היכא דיבענו מן חוב ברור אז איכא מצוה ותקנו הגאונים שיכופו אותן אף לשלם ממטלטלין אבל אם אין החוב ידוע להם ולא לב"ד אמיתת הדבר אינם חייבין לשלם פיון דליכא שום מצוה ושוב אין הודאת בעל חוב אחר שהודה שידע מהחוב שחייב אביהן לבעל חוב השני מחייבו לשלם דהא אינו נאמן על שום דבר לחייבם לשלם דא"נ אף אם הוא פשר להעד דלא הוי אלא עד א' ואם כן אף אם כלפי שמיא גליא דחייב לו מ"מ פיון שאינו ידוע לב"ד וליתומים ליכא שום חיוב עליהם ואף סרף מצוה אין פאן מה"ת יפסיד הראשון מחלקו דאף דהודה ונאמן לחייב את עצמו עיקר הודאתו הוא רק שגם חובו על המוריש הוא אמת אבל מ"מ פיון דליכא שום מצוה על היתומים לשלם בכה"ג לא תקנו הגאונים שמשלטיין דיתמי ששמעדי וראשון פיון דיש מצוה וכופין יש שעבוד למה יפסיד בהודאתו כלום ואף לטעם השני שכ' הריב"ש הואיל דעכשיו משום נעילת דלת דעיקר המו"מ הוא במטלטלין תקנו שישמעדי היינו אם יוכל לברר שחייב לו אבל אם אין בידו לברר לא תקנו נגד בעל חוב זה שידע שכלפי שמים ידוע דגם לו הנה חייב והראשון יודע זאת שייפסיד הוא גם אינו עושה שום גזל ודומה למה שכ' הר"ן בטעם הדבר דאם יש בעל חוב וכתובת אשה לבעל חוב יתבינו ולא לכתובה משום דיותר מה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא וכי בשביל זה נגזול להאשה וכתב פיון דתפיסה מהני אין פאן גזל פיון דאחר שבה לידו זוכה מן הדין ומשום טעמא דיותר מה שאיש רוצה לישא מגבינו לכתחילה

לבעל חוב וה"נ פִּינֵן דְּלִזָּה יֵשׁ שְׁעָבוּד בְּרוּר וּלְהִשְׁנִי אֵינּוּ יָדוּעַ לֹא לְיִתּוּמִים וְלֹא לַב"ד  
רק הוא הוֹדָה מ"מ פִּינֵן דָּאָם יִגְבְּהוּ הַב"ד לֹא יִהְיֶה גִזְלֵי בְּיָדוֹ הַדְּעַת נֹתֵן שֶׁהַב"ד יִגְבְּהוּ  
אֲףִי דְאָדָם נֶאֱמָן עַל עֲצָמוֹ מִהֶפְסֵק דְּכִי הוּא זֶה וְהַב"ד כּוֹפִין לְקַיָּים דְּבְרֵיו הֵינּוּ בָּאֵם הוֹדָה  
שֶׁהוּא חֵיב אֲבָל פֶּאֶן הוֹדָאתוֹ עַל חֵיבוֹ שֶׁל הַיּוֹרְשִׁים וְע"ז א"נ וּמִמִּילָא נִשְׁמַע עֲבָד הַפֶּל  
לְרֵאשׁוֹן וְלָמָּה יִפְסִידוּ בַב"ד.

וְעוֹד הָא עַכ"פּ מִצְּוָה מְדַרְבְּנָן עַל הַיִּתּוּמִים לְפָרֹעַ חוֹבַת אַבִּיהֶן אֲףִי אִם לֹא יִרְשׁוּ כָּלֵל וְכָאֵן  
אִם לֹא יִגְבְּהוּ הֶרֶאשׁוֹן כָּלֵל חוֹבוֹ לֹא יִהְיֶה שׁוּם מִצְּוָה עַל הַיִּתּוּמִים לְפָרֹעַ לוֹ אֲשֶׁר יִלְקַח  
הַבַּע"ח הַשְּׁנִי פִּינֵן שֶׁהֵם אֵינָם יוֹדְעִים מִשׁוּם חוֹב.

וְאִם כֵּן יִפְסִיד הוּא בְּהוֹדָאתוֹ שֶׁהַמּוֹרִישׁ הֵיךְ חֵיב גַּם לָזֶה וְכִי הוֹדָאתוֹ הֵיךְ לְהַפְסִיד זְכוּתוֹ  
הוֹדָאתוֹ הוּא רַק שֶׁהַמּוֹרִישׁ חֵיב גַּם לְהִשְׁנִי אֲבָל פִּינֵן שְׂאֵינּוּ נֶאֱמָן וְאֵינּוּ גּוֹבְהַ מִן הַדִּין  
יְכוּל לֹאמַר לְהִשְׁנִי לֹא כָּל פְּמִינָףּ לְהַפְסֵי דִינֵי זְכוּתֵי שְׂאֵם הַב"ד דִּיגְבּוּ גַם לָףּ הַחֲצִי לֹא יִהְיֶה  
לִי שׁוּם זְכוּת לְחַבְּוֹעַ עַל הַיִּתּוּמִים וְלָמָּה יִפְסִיד לוֹ הַב"ד לְהַגְבּוֹת לוֹ הַחֲצִי וּמַה"ט אֲףִי  
בְּקַרְקַע צ"ע אִם הַחֵיב עַל הֶרֶאשׁוֹן שְׂיֹדְעַ מַחֲבוֹ שֶׁל הַשְּׁנִי שְׂיִפְסִידוּ לוֹ הַב"ד בְּהוֹדָאתוֹ  
זְכוּתוֹ שְׂיִפְסִיד זְכוּת הַמִּצְּוָה שְׂיֵשׁ לוֹ חֵיב עַל הַיִּתּוּמִים בְּהוֹדָאתוֹ פִּינֵן שֶׁלֹּא הוֹדָה עַל חֵיבוֹ  
וְלָכֵן צ"ע בְּדִין זֶה: וְלְכַאוּרָה י"ל דְּנֶאֱמָן לְגַבֵּי חֲבִירוֹ אִם אֵין פֶּאֶן רַק כְּנֶגֶד חוֹב אֶחָד אֲףִי  
לְחֵיב הַיּוֹרְשִׁים לְשַׁלֵּם דְּהָא מִצִּינוּ בְּש"ס גִּיטִין (דָּף נ"ה) בְּעַד א' אֲףִי אִם אֵינּוּ נֶאֱמָן נֶגֶד  
חֲזָקָה מ"מ כְּשִׂיפְסִיד לְעַצְמוֹ בְּעֵדוּתוֹ נֶאֱמָן אֲףִי לְגַבֵּי חֲבִירוֹ דְּמַתּוּףּ שְׂנֶאֱמָן לְהַפְסִיד לְעַצְמוֹ  
שְׂכָרוֹ נֶאֱמָן לְפִסְוֹל הַס"ת וְאִם כֵּן פֶּאֶן נְמִי פִּינֵן דַּע"פּ מִפְּסִיד לְעַצְמוֹ בְּהוֹדָאתוֹ שֶׁהַשְּׁנִי  
יִקַּח מִיָּד הַחֲצִי וְלוֹ אִם יִהְיֶה נֶאֱמָן לֹא נִשְׂאָר רַק חֲצִי חוֹבוֹ וְהַחֲצִי הָאֲחֵר לֹא יִהְיֶה לוֹ מְקוֹם  
לְגַבּוֹת רַק יִשְׂאָר מִצְּוָה עַל הַיִּתּוּמִים לְפָרֹעַ אֲףִי אִם לֹא יִרְשׁוּ כָּלֵל וּמַתּוּףּ שְׂנֶאֱמָן לְהַפְסִיד  
לְעַצְמוֹ יִהְיֶה נֶאֱמָן גַּם לְגַבֵּי יִתּוּמִים.

אוּלָּם בְּרִיטְב"א שְׁם ור"ן בְּחִידוּשָׁיו כְּתִבּוּ דְדוֹקָא בְּאִיסוּר אֶמְרִינוּ מַתּוּףּ לְפִי שְׂהַדְבָר חוֹזֵר  
דְּעַד אֶחָד נֶאֱמָן בְּאִיסוּרֵין אֲבָל בְּמַמוֹנָא וְדַאי דְלָא מְהִימֵן מִשׁוּם מַתּוּףּ שֶׁהַאוּמֵר לְחֲבִירוֹ  
אֵנִי וְאִתָּה חֵיבִים לְפִלוֹנֵי מְנָה אֲףִי שְׂנֶאֱמָן ע"ע א"נ עַל חֲבִירוֹ וּבְרִיטְב"א כ' וְזֶה מְבוֹאָר.

אֲףִי בַבְּעַה"ת (שְׁעַר נ"א ח"ב) כ' בְּמַלְוָה דְּהַאוּמֵר שְׂטֵר אֶמְנָה דַּא"נ בְּמְקוֹם דְּחָב לְאַחֲרִים  
דִּישׁ מוֹרִים אִם הַשְּׂטֵר הוּא עַל יוֹתֵר מִמָּה שְׂחָב לְאַחֲרִים וּמִפְּסִיד בְּהוֹדָאתוֹ גַּם לְעַצְמוֹ  
דְּנֶאֱמָן מִטַּעַם מַתּוּףּ וְכ' הַבְּעַה"ת דְּהַיָּא סְבָרָא לִיתָא דְּכִינּוּ דְּחִיִּישִׁינוּ לְקִנוּנְיָא מְהִימֵן גַּבֵּי  
דִּידִיָּה וְלֹא מְהִימֵן גַּבֵּי חֲבִירוֹ דְּדַלְמָא עֲבִיד קִנוּנְיָא וְל"ד לְהָףּ דְּגִיטִין דְּשָׁם לִיכָּא חֲשִׁישׁ  
קִנוּנְיָא וְכָבֵר כ' בְּהַגְהוֹתִי בַד"ח דִּינֵי כְּתוּבָה (ס' כ"ה) וּלְעֵיל בְּדִינֵי עֵדוּת (ס' נ"ג) דַּמַּה"ט  
כ' הַרְמַב"ם (פ"ב) מְהַלְוָה הַדִּין דַּא"נ בְּאוּמֵי שְׂטֵר אֶמְנָה בְּמְקוֹם שְׂחָב לְאַחֲרִים מִטַּעַם  
דְּשְׂמָא קִנוּנְיָא עוֹשֶׂה עֵינֵן שְׁם וְאִם כֵּן י"ל דְּכָאֵן בְּנִידוֹן זֶה דַּאֵינּוּ מִפְּסִיד לְאַחֲרִים רַק דְּבָר  
מוֹעֵט שְׂיִשְׂאָרוֹ הַיִּתּוּמִים בְּחֵיבוֹבָם מִטַּעַם מִצְּוָה י"ל דְּשִׁינֵי סְבָרַת מַתּוּףּ וּמ"מ צ"ע אִם לֹא  
נְחוּשׁ בְּזֶה לְקִנוּנְיָא וְלִדְיָנָא צ"ע בְּפָרַע בְּמַטְלָטְלִין מְהָףּ טַעְמִים שְׂפַתְבְּתִי לְמַעְלָה לְדוֹן בְּזֶה  
שֶׁהַב"ד דָּוֹן בִּינְיָהֶם דִּין יִחְלֹקוּ: וְהִכָּא דְּהַנִּיחַ אַבִּיהֶם מַטְלָטְלִין אִם יְכוּל הַבַּע"ח לֹאמַר  
לְיִתּוּמֵי אֵי אֶפְשִׁי בְּתַקְנַת חֲכָמִים שְׂתִיקְנוּ דְּאֶגְבֵּה מְמַטְלָטְלֵי דִּינְתִּי וְאַטְרוּףּ מְלִקּוּחוֹת  
קַרְקַע שְׂמַכְר אַבִּיהֶם לְכַאוּרָה י"ל דְּיְכוּל לֹאמַר אֵי אֶפְשִׁי וּבִש"ע אַה"ע (ס' קי"ג ס"ב)  
בְּנַכְסִים מְעוֹנְעִים דְּהַבְּנוֹת יְזוּנוּ וְאַחֲרַת תַּקְנַת הַגְּאוּנִים יֵד שְׂנִיָּהֶם שְׁוִין וְאִם הַנִּיחַ קַרְקַע שְׂהוּ

מועטים ועל ידי המטלטלין יהיו מרובים יירשו הבנים כתוב בח"מ וב"ש שם דתקנת הגאונים הנה לטובת הבנות ומכ"ש היכא דאיכא טובת הבנים לכה"א לומר א"א בתקנת הגאונים.

ולפי זה בבע"ח דהתקנה הנה רק לטובתו ולא מצינו שהנה לטובת הלוקח אם כן י"ל דיכול לומר אי אפשי בתקנת הגאונים: וכן יש לומר הא דפריה הש"ס ב"ב מי אמר רבה הכי והא אמר רבה גבה קרקע י"ל ומה פריה דלמא אף אם של"ד מ"מ פנין דעכ"פ מדרבנן זכה אביהו בשעבודו הוי מוחזק ולמה לא יטול פ"ש הבכור וי"ל פנין דאף בלא שעבודו עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע וכן ע"ע אם כן יכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואין אנחנו רוצים בשעבוד נכסי רק מטעם מצוה דפריעת בעל חוב אנו גובין ולא יטול מזה הבכור פ"ש.

ועיין רמ"ה ב"ב שם דכ' וז"ל ומדקאמר רבה גבה קרקע יש לו אלמא ש"ד דאי לא דאורייתא ולא זכי ביה בעל חוב אלא מעידנא דגביה הו"ל ראוי ואין הבכור נוטל בראוי ונהי דתקיננו ליה רבנן שעבודו לבעל חוב שלא תנעול דלת בפני לויין אבל לזכיה ליה לבכור מאי דלא זכי ליה רחמנא לא תקיננו דהא לא שייכא בהאי תקנתא עכ"ל ולכאורה אמאי הא אולי קנה אביהו דבר בקנין המועיל מדרבנן וזכי ביה ודאי ל"ה ראוי רק מוחזק לענין בכור הכי נאמר פנין דבכור לא שייך בהאי תקנתא לא יטול פי שנים זה ודאי אינו דמ"מ פנין דמדרבנן זכה בי' אביהו הוי מצוי ולא הוי ראוי ומ"ש שיעבוד ולמ"ש י"ל דיתר הירשים יכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים ומחלו השעבוד ולא אתו לגבות מטעם שעבוד רק מטעם מצוה.

אולם י"ל דכוננת הרמ"ה כמו שכ' בש"מ שפסוף חידושי הרמ"ה משם הרא"ם דאי שעבודא לא דאורייתא מעידנא דגבה ליה בעל חוב לקרקע הוא דזכו לי' בהאי קרקע אבל מקמי הכי לא דהא של"ד דהשתא הוא דזכו ביה אינהו ואביהו לא זכ' ביה מחיים דהא של"ד עיין שם ומשמע דס"ל דהא אי שעבודא לא דאורייתא הטעם הוא דאין קנין לחצאין ולא מצינו שיחול שעבוד מה"ת על הנכסים וחו"ל לא עשאו שאינו זוכה כזוכה לענין זה דמה דלא אפטר שיחול שום קנין מן התורה לא רצו לעשות כזוכה רק מטעם הפקר ב"ד תקנו שיכול לגבות פאלו הנה חל ע"ז שעבוד אבל קנין לא חל רק משעת גביה ואילך לא מעיקרא ואף דדנין דין קדימה בזה מ"מ לא זכה בו מחיים רק מהשתא ואי של"ד הוי ראוי: גם י"ל להמבואר במרדכי כתובות (פי"ג) דל"א אי אפשי אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק ונהו דאיני גזונת ואיני עושה שהיא מוחזקת במעשה דיה עיין שם ועיין בש"מ ב"ק (דף ח') ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ט' וי') אם כן י"ל ה"נ אף דהלוקח ל"ה בכלל התקנה מ"מ פנין דהבע"ח בא להוציא ולהפסיד ללוקח אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת הגאונים וע' ס' הפלאה (סי' ק'): סי' יג יש לחקור היכא דאביהם חייב רק לצאת ידי שמים אם גם כן שייך מצוה על היתומים לפרוע די"ל דוקא היכא דאביהם חייב מן הדין והיינו כופין אותו לשלם אז כשמת וירשיו יורשים ממונו המצוה מוטלת עליהם לפרוע חובות מורשיהו מה שאין כן היכא דאביהו לא הי' חייב מן הדין רק בדיני שמים אין לו כפרה עד שישלם בזה י"ל דוקא אם משלם בעצמו בחיו אבל כשמת אין על היורשים חיוב אף מצד מצוה ומצינו בריבית דכ' וחי אחיה עמך



לדידיה אזהיר רחמנא לבריה לא אזהיר ומזה למדו הראשונים דלא נחתינו לנכסיו אף ברבית קצוצה דיוצאה בדיינים מ"מ לאו תורת שעבוד עליו רק מצד מצנה חייב לנתק הלאו ולא מצינו דבנו יהיה מחויב עכ"פ מצד מצנה להחזיר וע"כ פיון דהוא בעצמו לא קיים המצנה ולא מינתק הלאו בזה במה שפניו מחזירים אם פן אף בדיני שמים לקיים מצות כבוד אב י"ל דאינו חייב וכמו כן היכא דאביהו אינו חייב בדיני אדם רק בד"ש כמו ארבעה דברים המבוארים ריש פרק הכונס י"ל דרק אם חי חייב לשלם בד"ש ולא מכפר ליה עד דמשלם ועיין רש"י גיטין (דף נ"ג) וחייב בד"ש פרעניות לרשעים לשלם שנתפנין להפסיד את ישראל.

אבל פשמת במה שמשלמים בנ"ל דלא מיפפר ליה וממילא אינם חייבים. או די"ל דרק ברבית פיון דנתן מדעתו רק התורה חייבו להחזיר בזה לבריה לא אזהיר מה שאין פן לשלם מה שהפסיד לחבירו י"ל דגם בנ"ל חייבין מצד מצות כבוד אב לשלם: ואם נאמר דפטורין יש ליישב קושית אאזמ"ו ו"ל בספר דברי משפט (סי' שפ"ה) בהא דאמר אב"י גיטין (דף ל') המטמא ומדמע ומת לא קנסו בנו אחריו הא אב"י סובר שעבודא לאו דאורייתא ולדידיה מלנה על פה אינו גובה מירששים אלא פשעמד בדין כמבואר סוף ב"ב ואם עמד בדין קנסו אף לבנו אחריו כמבואר בפ"ה שם.

וראיתי שפן הקשה גם פן בספר שער המלך הלכות מלנה עיין שם ולמה שכ' אתי שפיר דאם קנסו בנו אחריו ונעשה חוב גמור אף דלא עמד בדין ואינו גובה מירששים מ"מ מצנה עליהן לפרוע חוב אביהן אבל אם לא קנסו בנו אחריו אז אמרי' דכיון דלא קנסו נשאר על הדין ומד"ת פטור אביהן בדיני אדם דהוי הניזק שאינו ניכר רק מטעם קנס חייבהו חז"ל לשלם למינתן לנכסיו אבל לא נגד בנו וממילא נשאר על ד"ת ואינו חייב רק בד"ש ובזה אף מצנה ליכא על בנ"ל כמו"ש: וראיתי בס' חק"ל (סי' ע') שרצה לומר דדוקא בהלואה שעשה חסד עמו להלות בזה יש מצנה על היתומי' מה שאין פן במזיק וגזלן והוכיח פן מדברי בעה"ת מובא בטור (סי' ק"ח) ביתומים במת לנה בחיי מלנה ואחר כך מת מלנה דאינו גובה אף מן הערב הואיל דחוזר על הירששים ואף בלא הניח להן אביהן מאומה הואיל דמצנה עליהן לפרוע חוב אביהן הואיל דעשה חסד עם אביהן אבל מלקוחות יכולין לטרוף דאדעתא דארעא נחית ועביד אינש דזבין ארעא ליומיה ואין מצנה על היתומי' אם פן במזיק ובגזלן גם פן דלא עשו חסד עם אביהן ליכא מצנה עליהן לפרוע ולעומת זה הביא דברי הש"מ ב"ק (דף י"ד) משם הרב המאירי דגם במזיק יש מצנה ודברי ריטב"א קידושין (דף"ג) דגם במלנה הפתובה בתורה איתיה וכן מדברי מרדכי באגודה ב"ב (דקנ"ט).

ולדעתי העני' ודאי לא ניתן להאמר דהיכא דלא עשה חסד עם אביהן לא יהיה מצנה אף בהניח להן מטלטלין דעיקר המצנה הוא מצד כבוד האב כפי שלא יקרא לנה רשע ולא ישלם וכמו שפיתבו הראשונים אם פן ודאי גזלן ומזיק נקרא יותר רשע ממה שכלנה ואינו משלם והסוברים דאף בלא ירשו כלל ג"כ מצנה איכא הוא מטעם זה ורק דלא פניפינו להו לקיים מצות כבוד אב בשללהו.

ועיין תשובת הרשב"א (ח"ד סוף סי' קנ"ב) ודאי כמו כן במזיק וגזלן שמת וחל עליו החיוב תשלומין בחייו גם יורשיו חייבין לשלם ממטלטלין שהניח לדד"ג מטעם מצנה

ואם לא הניח מאומה מ"מ בְּנֵי חַיִּיבֵין לְשֵׁלֶם מְטַעַם מְצֻנָת כְּבוֹד אֲבֵי דְלָא יְהִי נִקְרָא רְשָׁע  
רק אם בעל חוב טורף מן לקוחות אחר מיתת אביהו דלא נתחייב כלל אביהו בחיי אף  
דנתברר חיובו למפרע מזמן שמכר הואיל דקבל אחריות או אחריות ט"ס מ"מ פִּינּוּ  
דבחייו לא נתברר עדיין חיובו סובר הבעה"ת דליכא מצנה ובפירוש אף דגם פן לא נתברר  
חיובו עד לאחר מיתה מ"מ פִּינּוּ דְעֵשָׂה עִמּוֹ חֶסֶד מְצֻנָה עֲלִיהּ לְפָרוּעַ מַה שְּׂאִין פִּן  
בְּלִקְוֹחוֹת דְעֵבֵד אֵינֵשׁ דְּזָבִין אַרְעָא לְיוֹמָא אֵף דְקָבֵל עֲלֵיו אַחֲרִיּוֹת סְבָרָא הוּא דְלָא חָל עֲלֵיו  
החיוב רק פשהוא בחיים מה שאין פן אם טרף הבעל חוב לאחר מיתה לא חל החיוב  
ולכא מצנה על היתומים רק פשהניח נכסים טורף מטעם שעבוד אכל ודאי אם חל החיוב  
מן הדין על אביהו לשלם אף דלא עשה עם אביהו חסד מצנה עליהם מטעם כבוד אב  
כמו במלוג דעשה עמו חסד.

ומה שכ' עוד נשם דדעת בעה"ת פדעת רבינו אפרים בטור (סי' תי"ט) דתקנת הגאונים  
לגבות מטלטלי ליתיה בנזקין דל"ש ומינה גם פן להך דינא דמצנה על היתומים ליתיה  
וכבר חלקו עליו רוב הפוסקים וס"ל דבכל מין חוב ומינה נמי לדין מצנה דדמי ליה ולא  
אדע דעת ר' אפרים הוא רק מטעם דבלא שכיח לא תקנו הגאונים אכל דבר שהוא מצנה  
אף אם מדרבנן מ"מ השוו חז"ל מידותיהם דלעולם יש מצנה וגם מדברי הטור בעצמו  
שהביא דברי בעה"ת אף דלא ס"ל פדעת ר' אפרים משמע דלאו מטעם זה אתי עלה אלא  
נדאי דעיקר הטעם הואיל דלא נתברר חיובו בחיי אביהו אכל בנתברר החיוב בחיים  
כ"ע מודים דאם הניח מטלטלין דיש מצנה בכל מיני חוב ולהסוברים דאף בלא הניח יש  
מצנה מדרבנן בכל גונוי ס"ל דיש מצנה מטעם כבוד אב.

אולם היכא דלא נתחייב רק לציד"ש בזה צ"ע אם יש מצנה: ויש להביא ראיה דבכל  
חיובי דאביהו אם ירשו חייבין עכ"פ משום מצנות כבוד אב לשלם מירושלמי ריש חגיגה  
דמיתיה הפתניתין האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו היורשין עולתה שמואל אמר  
במפרשת ר' יוחנן אמר אפילו אינה מופרשת מה אנו קיימין אם בפירשו קרקע בהדא  
אמר שמואל במפרשת אם בפירשו מטלטלין בהדא ר"י אמר אפילו אינה מופרשת מה  
נפק מן ביניהון ירשו קרקע ע"ד דשמואל ליתבע אין תובעין ולמשכון אין ממשכנין ע"ד  
דר"י אף למשכון ממשכנין ירשו מטלטלין ע"ד דר"י לתבוע תובעין ולמשכון אין  
ממשכנין ע"ד דשטוחל אף לתבוע אין תובעין והק"ע גרס בפירשו קרקע ע"ד דשמואל  
לתבוע תובעין אכל אין ממשכנין וכן נראה מדקתני ע"ד דר"י אף למשכון ממשכנין  
משמע מדקתני אף דלתבוע מודה שמואל וע"כ הא דפריף אם בפירשו קרקע בהדא אמר  
שמואל במפרשת היינו אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולא נשתעבדו הנכסים  
וכמבואר בש"ס דילן קידושין (דף י"ג) ע"כ הקושיא הנה הא לא קתני במתניתין חיוב  
רק יבואו היורשין עולתה וכפירשו קרקע עכ"פ מצנה על היתומים לפרוע חובת מורשין  
ולמה אמר שמואל דוקא במפרשת ור"י דקאמר אפילו אינה מופרשת אי בפירשו  
מטלטלין בהדא אמר ר"י היינו דסובר הירושלמי דמצנה הוא רק למ"ד של"ד ובירשו  
קרקע.

ועיין רש"ב"ם ב"ב (דף קנ"ז) דכ' דבמלוג ע"פ ליכא מצנה וסותר לד"ע (שבדף קע"ד)  
וצריך לומר דסובר דלרב ושמואל דמלוג על פה אינו גובה אף מן הקרקע ליכא מצנה

כָּלֵל בְּמִלְוֹה עַל פֶּה וְלִדְיָדוֹן דְּגוּבָה דִּש"ד אוּ מְשׁוּם נ"ד גַּם בְּמִלְוֹה עַל פֶּה אֵיפֹא מְצֻנָה אָבֵל  
רַק מְקַרְקַע.

וּמְסִיק הִירוּשְׁלַמִי דְבִירְשׁוֹ קַרְקַע לְתַפְנוּעַ תּוֹבְעִין רַק אֵין מְמַשְׁכְּנִין וּע"ד דר"י אַף מְמַשְׁכְּנִין  
דִּש"ד וּבִירְשׁוֹ מְטַלְטְלִין ע"ד דר"י תּוֹבְעִין וּע"ד דְּשִׁמוּאֵל אַף אֵין תּוֹבְעִין וְסוֹבֵר  
דְּבִמְטַלְטְלִין אַף מְצֻנָה לֵיפֹא עכ"פ מְבֹנָאָר דְּלִידְיָדוֹן דְּקִי"ל כר"י אַף בְּמִלְוֹה הַפְּתוּבָה  
בְּתוֹרָה דְּאָף דְּלֹא עָשָׂה חֶסֶד עִם אֲבִיהֶן מ"מ מְצֻנָה אֵיפֹא עַל הִיתּוּמִים לְפָרוּעַ.

וּמ"מ קָשָׁה לְדַעַת רִשְׁבֵּ"א דס"ל בִּירְשׁוֹ מְטַלְטְלִין מְצֻנָה עַל הִיתּוּמִים לְפָרוּעַ וְכוּפִין אוֹתָם  
וְאָף בְּלֹא יִרְשׁוּ כְּלוּם מְצֻנָה אֵיפֹא וְאֵין כּוּפִין אִם כֵּן לְעַנְנֵן לְתַפְנוּעַ תּוֹבְעִין אַף בְּלֹא יִרְשׁוּ  
כְּלוּם וּבִירְשׁוֹ מְטַלְטְלִין לְמָה סָבַר ר' יוֹחָנָן לְמַשְׁכְּנֵן אֵין מְמַשְׁכְּנִין כִּינּוֹן דְּכוּפִין אוֹתָן.

וּמוּכַח קִצָּת מְזָה כְּהִכְרַעוֹת הַתּוֹמִים (סי' ק"ז ס"ק א') דְּאֵין לִב"ד לְכוּף כָּלֵל וְדִלֹא כְּמוֹ  
שֶׁכ' הַנְּתִיבוֹת שָׁם דַּע"י הַמְצֻנָה יֵשׁ חֵיוָבָא דְּגוּפָא וְיֵשׁ לִב"ד לְכוּף עַד שְׂיֵאמַר רוּצָה אָנִי  
אִם כֵּן לְמָה אֵין מְמַשְׁכְּנִין עַד שְׂיֵאמַר רוּצָה אָנִי וְצ"ע לְדַבְרֵי רִשְׁבֵּ"א וְאוּלַי י"ל דְּאָף  
דְּסָבְרוּ דְּמְצֻנָה גַּם כֵּן אַף בְּלֹא הַנִּיחַ אֲבִיהֶן כָּלֵל מ"מ בְּחֵיוָב קָרְבָן דְּלֹא נִקְרָא לְוָה רִשְׁעַ  
וְלֹא גִזְלוֹן לֵיפֹא מְצֻנָה עֲלִיהֶן לְפָרוּעַ כְּשִׁלֵּא יִרְשׁוּ כָּלֵל וְאָף כְּשִׁירְשׁוֹ מְטַלְטְלִין מ"מ אֵין  
כּוּפִין בְּזָה: וְעֵינֵין בַּחֲק"ל (סי' ע"א) שֶׁכ' לְכַאוּרָה הָיָה נִרְאָה בְּרוּר דְּאִם תְּפַסּ מִהִירְשִׁים  
מְשֻׁלְּהֵם דְּמוּצִיאֵין מִיָּדוֹ אִף מְדַבְרֵי רִשְׁבֵּ"א שְׂפִירְשׁ מַה שֶׁכ' כְּתוּבוֹת (דף צ"א) הֵנִי קִמְאַי  
מְצֻנָה עֲבִידְתּוֹ דְּאֵיירִי בְּלֹא יִרְשׁוּ וְאֵי לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה אֲמַאי אֵין אוֹמְרִים אֵי טְרִירָף נְמִי  
קְבִילְנָא דִּיחֲזִיר הַזּוּזִים שְׁקִבֵּל אֵלֹא וְדַאי דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה וְהִבִּיא דְּבִרֵי הַמַּל"מ (פכ"א)  
מְמִלְוֹה דְּכ' דְּלַדְעַת רִשְׁבֵּ"א בְּתַפְס מְצֻד מְצֻנָה מְפָקִינוּ מִיְנִיָּה וּמַמָּה שֶׁכ' בְּהָךְ דְּקִטְיָנָא מוּכַח  
לְהַפָּךְ וְלֹא אֲבִין כָּלֵל דְּבִרְיוֹ וְדַאי גַּם לְדַעַת הַרִשְׁבֵּ"א לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה מְנַכְסֵי יְתוּמִים וְהָךְ  
דְּקִטְיָנָא אֵיירִי בְּלֹא הַנִּיחַ מְטַלְטְלִין וְלִכְךָ מְצֻנָה בְּלִבְד אֵיפֹא בְּלֹא כְּפִי וְכִמוֹ שֶׁכ' הַרִשְׁבֵּ"א  
לְהִדְיָא בְּתַשׁוּבָה וְאֲבִי אָמַר הֵנִי קִמְאַי מְצֻנָה עֲבִידְתּוֹ הוּאֵיל דְּלֹא אָמְרוּ הֵנִי חֲמִשִּׁין זוּזֵי  
דְּמִי אֶרְעָא קִטְיָנָא סוֹבֵר כִּינּוֹן דְּנִתְנוּ בְּסִתְּמָם תְּלִינֵן דְּמִשׁוּם מְצֻנוֹת כִּיבוּד אָב פְּרָעוּ וְלֹא נִסְתַּלַּק  
הַשְׁעָבוּד עַל הַקִּטְיָנָא עַל חֲמִשִּׁין אַחֲרִים הוּאֵיל דְּנִתְנוּ לְסִלְקוֹ מִן הַשְׁעָבוּד אָבֵל וְדַאי תְּפִיסָה  
שְׁלֹא מְדַעַת הִיתּוּמִים ל"מ מְנַכְסֵי שְׁלֵהֶן ל"ע וְעֵינֵין מ"ש לְעֵיל דִּינֵי טו"נ (סי' ז) וְעֵינֵין  
כְּנַה"ג (סי' ק"ז סק"א) שֶׁכ' שְׁמִסּוֹפֶק אִם יָכוֹל הַמְּוַחֲזָק לְתַפְנוּס בְּדָבָר שְׂאֵין לוֹ חֵיוָב אֵלֹא  
מְשׁוּם מְצֻנָה עֵינֵין שָׁם וְעֵינֵין מַה שֶׁכ' לְעֵיל דִּינֵי תְּפִיסָה (סי' מ"ז) וּבְנִדְאֵי הֵנִי כְּגִזְלוֹן כִּינּוֹן  
דְּלֹא רְמִיא שׁוּם חֵיוָב וְהַב"ד אֵין כּוּפִין מוּצִיאֵין מִיָּדוֹ וְעֵימ"ש בַּח"ר בְּקִנְיָנוֹת הַתְּשׁוּבוֹ'  
(סי' ג'): וּבְדַבְרֵי הִירוּשְׁלַמִי חֲגִיגָה הֵנּוּ מְבֹנָאָר דְּהַפְּרִישׁ חֲגִיגָתוֹ וּמַת אִם הִירְשִׁים יָבִיאוּ  
אוֹתָהּ תְּלִיא בְּפִלוֹגְתָא דְּשִׁמוּאֵל וְר' יוֹחָנָן וְעֵינֵין שָׁם בַּפ"מ וּפְרִירוּשׁוֹ אֵינּוּ מוּבָן כָּלֵל כִּינּוֹן  
דְּפִרִישׁ אִם מְמַשְׁכְּנֵן אוֹתָן מַה תְּלִי זָה בְּזָה וְע"כ צָרִיף לְפָרֵשׁ כְּמוֹ שְׂפִירְשׁ שָׁם הַק"ע דְּאִם  
כּוּפִין הִירְשִׁים לְהִבִּיא עוֹלָת חוֹבַת אֲבִיהֶן כ"כ מְקַרְיָבִין בִּיו"ט אֲפִילוּ מַת עֵינֵין שָׁם  
וּבְרַמְב"ם (פ"א ה"י) מְחִיגָה כ' גַּם כֵּן בְּהַפְּרִישׁ עוֹלָת רֵאֲיִיתוֹ וּמַת הִירְשִׁין חֲיִיבִין  
לְהִבִּיאָהּ וּבַכ"מ וּבַלח"מ שָׁם כִּינּוֹן דְּגַבֵּי עוֹלָת חוֹבָה חֲיִיבִים הִירְשִׁים אַע"ג דְּלֹא הַפְּרִישָׁהּ  
מַחֲיִים דְּכָבֵר נִשְׁתַּעְבְּדוּ הַנְּכַסִּים לְמָה צָרִיף כָּאֵן הַפְּרִישָׁהּ מַחֲיִים וְע"כ שָׁם בַּק"ע וְלַדְעַתִּי  
י"ל כִּינּוֹן דְּטָמֵא פְטוּר דְּכָל שְׂאֵינּוּ בְּבִיאָהּ אֵינּוּ בְּהַבָּאָהּ וּמְבֹנָאָר מִתּוֹס' חֲגִיגָה (דף ע')

אם פן פֿשמת אינו ראוי בביאה נפקע חיוב הבאה לכן דוקא אם הפריש חייבין היורשים להביא אבל אם לא הפריש מחיים פטורין ואכ"מ בזה: סי' יד ה"ר"ן פ' מי שהיה נשוי הביא משם הרשב"א דכ' יש מי שאומר מי שמכר לשנים ולאחד פירש בשטר בה' בניסן ולשני פתב בניסן סתם דאין בעל חוב יכול לטרוף מא' מהם דכל אחד יכול לדחותו אצל השני ולומר הנחתי לך מקום לגבות והרשב"א חולק דאם פן כל אחד יערים ויעשה פן ויפסיד לבעל חוב אלא מהאי דכ' ניסן סתמא גבה והטעם משום דשדות שניהם משועבדים לבעל חוב אלא שהתקינו להם חכמים שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ח אם פן עליו לברר שהוא משועבד במקום ב"ח ועליו הראיה הלכה זה שהוא סתם ידו על התחונה עכ"ד.

והנה בפשטות נראה דעיקר הטעם הוא הואיל דהלוקח לא אתי עלה אלא בכח תקנה ועליו לברר שזכה בכח התקנה היינו שהניח מקום לגבות. וכן נראה סברת הבעה"ת (ש"ד) דהבע"ח נדאי ולא אתי ספק להפקיע מידי נדאי דאין נפרעין במקום ב"ח ליתא אלא תקנתא ובס' לא תקון ועל זה הביא שהרמב"ן השיב לו דבכל מקום המוציא מתבירו עליו הראיה ויקשה שהרשב"א נדאי לא יחלוק על סברת רמב"ן דמ"מ שייך הממע"ה.

ומלבד זה קשה הא תינח אם היה הברדל בין השדות בזה בא הלוקח רק מצד התקנה דאין נפרעין במקום שיש ב"ח אפילו הן זיבוריות אבל אם היה כל השדות שוות באין הברדל בזה לא היינו צריכין לתקון עולם דבלא"ה אינו יכול לטרוף מן הלוקח דשייך לומר מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכשם שהברירה בידי הלנה לסלק באיזה שדה בינונית שרוצה פן זכה הלוקח בזכות זה לסלקי בהשדה שהשאר בידי המוכר וכן מבואר להדיא בש"ס גיטין (דף נ') אב"ע בכולן שוין ועיי"ש בפנ"י ועיי"מ ש בזה אאזמ"ו ו"ל בד"מ (סי' ק"ב) באורו.

אם פן פינן דבזה לא אתי הלוקח מכח תקנה רק מדינא אמא לא נימא הממע"ה וראיתי לאאמ"ו ו"ל בס' דברי חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) דעמד על זה וכן תמה בזה רבינו הגדול רע"א זללה"ה בדו"ח מס' פתובות: והנה פנונתי בזה בעזה"י לדעת אאמ"ו ו"ל דמתחילה רצה לומר דאזלינן פתר עת הגוביינא ואם פן במכר בינונית ונשאר אצל הלנה בינונית ואחר כך מכר הלנה שדה השניה לאחר בזה פינן שהרחיק הלנה השעבוד א"י הלוקח הראשון לדחות אותו שילף דוק' אצל הלוקח השני מדינא פינן דאף אם היה אז אצל הלנה לא הי' יכול לדחותו ודומה להא דמבואר ב"ק (דף ח') בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ומכר הבינונית ללוי דרמז"ג ורמז"ג ואין שמעון יכול לדחותו שילף אצל לוי וכ' שם הרא"ש הטעם דיכול לומר אתה הרחקת שעבודו וה"נ דכנותי' אולם א"א ו"ל חזר מזה דשם קנה הוא כל שדותיו אבל בהניח בינונית והי' הדין על הבינונית שביד הלנה אף אם מכרן אחר כך אינו יכול לגבות מן הלוקח הראשון אף מדינא בלבד התקנה דתקון עולם והביא ראיה מש"ס דגיטין הנז' דהא שם ל"ש התקנה דבמתנה לא עבדו רבנן תקנתא יאמר גם פן פינן דלא נשאר אצל הלנה אין אני רוצה להטריח א"ע ללכת אל השני עיין שם.

ולענ"ד נראה דמשם יש ליישב ולומר דהא שם פבר מת הלנה והשאר כל נכסיו רק נתן במתנה לראשון ואחר כך לשני והב"ד מקיימין למתנתו בזה רואין אנחנו פאלו פאון פולם

יחד לגבות הבעל חוב עם המקבלי מתנה ואם היו באין ביחד אז מה שנשאר אחר טריפת הבעל חוב הנה נוטל הראשון ולא הי' נשאר להשני לכן גם בטרם שבא הבעל חוב מגבינו להמקבל מתנה הראשון חלקו ומשיירין הבינונית השני בעד הבע"ח דהא אם הי' בא הבעל חוב ביחד עם מקבלי מתנה היינו נותנים לכ"א שדה אחד לכן פשלא נודע אז מבעל חוב מגבינו גם פן פאלו הנה אז הבעל חוב פדי שבאם יבא הבעל חוב יגבה מהשני רק כ"ז שלא ידענו מן הבעל חוב מורידין הב"ד להמקבל השני בהשדה לא להרחיק שעבודו של הבעל חוב רק פיון שלא ידענו מן הבעל חוב וכשבא אחר פה הבעל חוב טורף מן השני ולא מן הראשון פיון דהשאר לפניו אצל היורשין ומה שלקח המקבל מתנה השני הנה בשביל שלא נודע אז מן הבעל חוב מה שאין פן היכא שקנה שדה מן הלנה ונשאר בינונית אצלו וחסר ומכר והרחיק שעבודו אצל אחר בזה לא שייך מה מכר פיון שאף אם הי' נשאר הראשונה אצל המוכר הלנה לא הי' יכול לדחות אותו אל בינונית שמכר ללוי ורק מכח תקנתא דאין נפרעין במקום שיש בני חורין אתי עלה הלוקח הראשון לכך פשיש לו שטר בניסן סתמא וזמנו אינו מבורר לא יכול לדחות את הבע"ח משעבודו: ובזה יש לומר פנונה בדברי האלפסי ב"ק וכתובות פשהביא דברי רבא בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ומכר שדה אחת ללוי ובא בעל חוב דראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה כו'.

ובינונית נמי לא אמרן אלא דלא שבק בינונית דכונתה גבי שמעון אבל שבק בינונית דכונתה גבי שמעון מצי אמר ליה הנחתי ובלש"ס לא קתני הך שני תיבת גבי שמעון רק סתם דלא שייך בינונית דכונתה רק בתלוקה אבל שבק בינוני דכונתה נקט הש"ס גם פן גבי שמעון והרי"ף דייק שני פעמים גבי שמעון להורות דהוא דוקא אם נשאר הבינונית גבי שמעון הנכנס תחת שעבודו ולא מכר שוב הבינונית ליהודה אז יכול לוי לדחות להבעל חוב שילף אל שמעון דמה מכר כו' וכיון דאם הנה בעת הגובינא והטרופה של הבעל חוב שדה הזאת שרצה לטרוף מלוי אצל שמעון הי' שמעון יכול לדחותו אצל בינונית השני פן גם לוי יכול לדחותו אבל אם הרחיק שמעון השעבוד של בינונית ומכר ליהודה אז אם הנה השדה שעתה הוא בינד לוי אצל שמעון לא הי' יכול לדחותו שילף אצל יהודה פיון שהוא נכנס תחת הבעלים והרחיק שעבודו פן נמי גם עכשיו גובה מן לוי ואינו יכול לדחות אותו שילף אצל יהודה רק שנשאר אצל שמעון אז יכול לדחות אצלו מטעם מה מכר וז"פ: ברם בעיקר הקושיא על הרשב"א הנז' י"ל בפשיטות דעד פאן ל"א מה מכר רק אם מסלק לו בדבר אחר אז פמו שהמוכ' הנה יכול לסלק שעבודו משדה הזאת פן גם הלוקח יכול לסלקי אבל בנידון דרשב"א פיון דא"י לטרוף מן הלוקח שיש לו זמן בשטר דנה יכול כ"כ לסלקו מכח מה מכר ועיקר הדבר הנולד הוא בין שני הלוקחות מי שזכה מקודם בזכות זה דמה מכר לכך טורף מן זה שלא יש לו זמן מבורר בהשטר ואף דסברא הזאת מן הריעות' דלא יש לו זמן משמע דמועיל דוקא לאוקמי ארעא פשאין אחד מהו מוחזק בהשדה פמו בעובדא דש"ס כתובות (דף צ"ד) הנהו תרי שטרי וכמו דמשמע מרמב"ם (פ"ב) ממכירה דאירי היכא דאין שום אחד מהו מוחזק מ"מ הכא לגבי לטרוף מלוקח פיון דשד' אחת ודאי משעבוד יכול לטרוף מן זה שיש לו זמן שאינו מבורר.

ולכאורה י"ל עוד ביותר סברת הרשב"א. דהנה היכא דיש ללוקח זמן שאינו מבונר ולהמלנה יש שטר בזמן מבונר העלה הנתיבות (סי' קי"ט) דהיכא דאין הלוקח מונחזק נותנין לזה שיש לו שטר שעבוד בזמן מבונר אמנם אם הלוקח חוזק בקרקע אין הבעל חוב יכול להוציא דהממע"ה ע"ש.

בנתיבות ותימא שלא הביא דברי הדרישה שם דכ' להדיא דין זה דהלוקח צריך לברר זמנו ומשמע מדבריו דאף אם הלוקח הוא מונחזק ג"כ טורף. ואמ"ו ו"ל בחדושינו לח"מ שפסוק ספר דברי משפט שם העלה גם כן די"ל דאף אם הלוקח מונחזק גם כן מוציא הבעל חוב שיש לו זמן מבונר.

והביא שם דברי הרא"ה וש"מ פתובות שכ' להדיא כן באין שום אחד מונחזק על הלוקח לברר דקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה וביאור דבריו אף דעל גוף הקרקע אין אנו דנין רק על תשלומי החוב מ"מ לא אמרינן דהלוקח הוי מונחזק פינו דאם הלנה בעצמו הנה בא לדון עם הלוקח והלוקח טוען שמכרו מתחלת ניסן ופירות השדה מנחמים בסמטא או ביד אחר היינו מוקמינן הקרקע בחזקת בעלים והנה המוכר נאמן כן גם כן המלנה טוען כל זכות שיש להלנה המוכר יש לי ולפי זה אף אם הלוקח הוא מונחזק גם כן מוציאין מידו ליתן להמלנה ועיינו שם בנזעם דבריו לסלק ראית הנתיבות מתוס' גיטין (דף י"ז).

ואני דנתי לפניו ע"ד גם אם היינו באין לדון על הפירות אם הנה הלוקח מונחזק בפירות למה לא יהיה נאמן בטענות ברי נגד החמר"ק דקרקע אשר איתרעאי וכבר יצאה מרשותו דמוכר ואדרבא חזקה דהשתא דכ"נ וכאן הנה מסייע ליה ללוקח שלקחה בתחילת חודש ואף אם דנין על הקרקע חמר"ק עדיף ובכ"מ הפירות נגררין בתר הקרקע מ"מ הלוקח מונחזק אף נוכל להוציא מידו פינו דעכשיו הוא מונחזק ועיינו תוס' ב"ב (דף ל"ג ע"ב) ד"ה ואי טען ובמ"ש בדיני תפיסה בד"ח (סי' ג') ובפרט לענין שעבודו דבעל חוב פינו דהלוקח הוא מונחזק ברי שקנה בתחילת חודש והבעל חוב טוען שמא חשיב הלוקח מונחזק ובפרט להסוברים דבו"ש מהני נגד חמר"ק כמו שכ' הראב"ד בש"מ ב"מ (דף ק') דלא פטור (סי' רכ"ג) ואף די"ל קרקע עדיף היינו אם אנו דנין על גוף הקרקע אבל נד"ד פינו דהקרקע קנויה בבירור ללוקח ואין בו ס' רק על שעבודו דבעל חוב יש ס' אם הנה חל על הקרקע או לא ועיקר הס' אם הקרקע נעשה ערב לו מפת שהלנה להלנה או לא דכבר יצא מן רשות הלנה אז בזה י"ל לכ"ע בו"ש ברי עדיף בצירוף חזקת כנוכ"ה וגם חזקת מר"ק דהלנה אינו יכול להועיל להמלנה ועוד יש לדבר בזה טובא אף דמדברי הדרישה נראה כדעת אמ"ו ו"ל דמוציאין אף מן הלוקח דאין לו זמן מבונר מ"מ צ"ע.

ועיינו מ"ש בזה לעיל דיני הלנאה (סי' י"ז) לברר בדין זה: אף מ"מ זה דוקא היכא דיש ספק אם בא שדה הזאת של הלוקח להיות ערב ושעבוד דמלנה אבל אם גם בזה יש בירור שפא לידי ערב ושעבוד דהלנאתו הנה קודם שקנה הלוקח רק הלוקח שיש בשטרו ניסן סתמא טוען שקנה בטרום שקנה הלוקח השני והניח מקום לגבות מפת מה מכר ושהנה בידו לסלקו בהבינונית שקנה הלוקח השני אבל מ"מ מודה שהשדה שפידו נשתעבד למלנה רק שלדבריו נעשה השדה ערב שני דכל מלנה זכה בשעבודו של כל שדותיו של הלנה וכולהון אחראין וערבאין ובעת שמכר הלנה והניח בידו בינונות

דְּכוּנוֹתֶיהָ הָיָה כְּמִבְרַר נִכְסָיו שְׁמָה שְׁנֵשְׂאָר אֲצֵלוֹ נַעֲשֶׂה עֶרֶב הָרֵאשׁוֹן וּמָה שְׁמֹכֵר לְלוֹקֵחַ עֶרֶב שְׁנֵי כֵיּוֹן דָּאָם נִשְׁתַּדֵּף הַשְּׂדֵה שְׁנֵשְׂאָר בְּיָדוֹ חוֹזֵר עַל הַלוֹקֵחַ הַיְיָנוּ הַעֶרֶב הַשְּׁנֵי אֲבָל מ"מ נִשְׂאָר הַשְּׂדֵה בְּשִׁיעָבוֹדוֹ הָרֵאשׁוֹן רַק הַסֶּפֶק אִם נִשְׁתַּנֶּה וְנַעֲשֶׂה בְּיָרוּר בֵּין הַשְּׂדוֹת שְׂזָה שְׁלֵקֵחַ הָנִי עֶרֶב שְׁנֵי וְהַנְּשֵׂאָר בְּיָד הַלְוָה וּמְכָרוֹ אַחֵר כִּף זֶה הַעֶרֶב הָרֵאשׁוֹן אוֹ דְלִמָּא לְהִיפֹף זֶה שְׁיֵשׁ לוֹ זְמַן מְבֹרָר הִנֵּה הָרֵאשׁוֹן וְזָכָה בְּבִירוּר הַשְּׂדוֹת וְכֵיּוֹן דְּבִין כִּף וּבִין כִּף עַכ"פ שְׁנֵי הַשְּׂדוֹת מְשֻׁנְעָבְדִין לְהַמְלִיחָה וְהַס' עַל בְּיָרוּר הַשְּׂדוֹת בְּזֶה מְלַבֵּד חֲזָקַת מַר"ק אֲמַרִינּוּ שְׁיֵשׁ לוֹ לְמַלְוָה חֲזָקָה עַל הַשְּׂדֵה הַזֹּאת שְׁנֵשְׂאָר בְּשִׁיעָבוֹדוֹ דְּמַעֲיָקְרָא כֵיּוֹן דְּגַם הַיּוֹם אַף אִם לוֹ יִהְיֶה שְׂזָה שְׁקָנָה בְּנִיסָן סְתָמָא הִי הָרֵאשׁוֹן מ"מ בְּעִיקָר שְׁעָבוֹד עֶרְבוּת נִשְׂאָר וְהַס' דְלִמָּא הִנֵּה אַחֲרוֹן אֲבָל בֵּין כִּף נִשְׂאָר בְּשִׁיעָבוֹדוֹ לְכִף כְּתַב הַרְשָׁב"א כֵיּוֹן דְּעַכ"פ שְׂדוֹת שְׁנֵי הֵן מְשֻׁנְעָבְדִין רַק שְׂבָא לְזָכוֹת בְּתַקְנַת חֲכָמִים וְטוֹעֵן בְּכָרִי שְׂהִיָּה הָרֵאשׁוֹן עָלָיו לְבָרַר שְׁהוּא מְשֻׁנְעָבְדַּ בְּמָקוֹם בְּנֵי חוֹרִין וְנִגְדַּ זְכוּת דְּמָה מְכָר גַּם כֵּן עָלָיו לְבָרַר כֵּיּוֹן דְּשְׂדוֹת שְׁנֵי הֵן מְשֻׁנְעָבְדִין רַק שְׂבָא בְּכַח וְזָכוֹת חֲדָשׁ וְהוֹאִיל דְּיֵשׁ לוֹ רִיעוּתָא זְמַן שְׂאִינוּ מְבֹרָר וְגַם חַמַר"ק צָרִיף לְבָרַר וְעֵינּוּ עוֹד בַּמ"ש לְעֵיל דִּינֵי הַלְוָאָה שְׁמ: ס' טו יוֹרְשִׁים שְׁמֹכְרוּ בְּנִכְסֵי אַבִּיהֶם מְבֹאָר בַּש"ע (ס' ק"א) דְּיֵשׁ לְהוֹ דִּין מְשֻׁנְעָבְדִים וְאִין בַּעַל חוֹב טוֹרָף מֵהֶם כְּשֵׁי שׁ ב"ח דְּאַבִּיהֶם.

וְעֵינּוּ קַצוּה"ח (ס' ק"ז) דְּהַעֲלָה דְּעַל כְּרַחֵף הוּא מְטַעַם מַה מְכָר דְּהָא גַּם עַל הַיּוֹרְשִׁין אִינוּ בָּא אֲלָא מִפְּחַ טִירְפָּא בָּא הַבַּעַל חוֹב וּכְמוֹ בַּב' לְקוֹחוֹת שְׁקָנוּ זֶה מִזֶּה דְּאִין בּוֹ הַף תַּקְנָה דְּאִין נִפְרָעִין כְּמִבְּוֹאָר בְּרַש"י יִכְתְּבוּת (דף צ"ב) וְעַל כְּרַחֵף הַטַּעַם כֵּיּוֹן דְּאִינוּ גּוֹבָה מִיְתוּמָי לְעוֹלָם רַק זִיבוּרִית אִם כֵּן מִהַנְּשֵׂאָר בְּיָדוֹ לְעוֹלָם הַלוֹקֵחַ מֵהֵן יְכוֹל לְדַחוּת אַף בְּלֵא תַקְנָה רַק מְטַעַם מַה מְכָר וְהַקְשָׁה לְכִי זֶה מֵהָא דְּמְבֹאָר (סוף ס' רע"ה) דְּגַר שְׁמַת וּבְזָזוֹ יִשְׂרָאֵל נִכְסָיו וְיֵצֵא עָלָיו בַּעַל חוֹב הָאֲחֲרוֹן אַחֲרוֹן נִפְסַד וְהָא הֵתָם אִינְהוּ לָאוּ בַּעֲלֵי חוֹבוֹת נִינְהוּ רַק מְדִין טִירְפָּא בָּא עָלֵיהֶם וּמֵאִי שְׂבָא רֵאשׁוֹן מְשֻׁנְעָבְדִין וְהַיְיָט בַּצ"ע: וְלִי קְשָׁה גַּם בְּיּוֹרְשִׁים אַף אִם נֶאֱמַר דְּבָאָם יִרְצוּ הַיּוֹרְשִׁים יְכוֹלִין לְסַלְקוֹ גַּם בְּבִינּוּנִית וְאִם כֵּן גַּם אִם הַיְיָחוּ הַלְקוֹחוֹת בִּינּוּנִי אֲצֵל הַיּוֹרְשִׁין יְכוֹלִין לְסַלְקַ לְבַעַל חוֹב מְטַעַם מַה מְכָר וְגַם צָרִיף לומר דְּלֵא אֲזַלִּינּוּ בְּתַר סְתָמָא דְּהַיּוֹרְשִׁין וְדָאִי הִיוּ מְסַלְקִין אוֹתוֹ בְּזִיבוּרִית וְאִם כֵּן יֵשׁ הַשְּׁעָבוֹד אֲצֵל הַלוֹקֵחַ וְעֵינּוּ מַה שְׁכ' אַמ"ו ו'ל בַּד"ח דִּינֵי גַב"ח (ס' כ') לְהַשְׁיֵג עַל הַקַּצוּה"ח מְטַעַם זֶה.

אוּלָם אַף אִם נִינִיחַ דְּלֵא אֲזַלִּינּוּ בְּתַר סְתָמָא רַק כָּל מַה שְׁהִי בְּיָד הַיּוֹרְשִׁים לְעֲשׂוֹת וּלְסַלְקַ זָכָה הַלוֹקֵחַ מ"מ אִם מְכָר בִּינּוּנִית וְנִשְׂאָר אֲצֵל הַיְיָתוּמִים עֵידִיּוֹת דְּגַם אִם הִנֵּה הַבִּינּוּנִית בְּיָד הַיְיָתוּמִים לֹא הִיוּ יְכוֹלִין לְסַלְקַ לְבַעַל חוֹב מְשֻׁנְעָבוֹדוֹ וּלְהַגְבוּתוֹ עֵידִיּוֹת וְכֵן מְבֹאָר מְדַבְרֵי תוֹס' ב"ק (דף ח') וּבְמִהְר"ם שִׁיף שְׁמ וְעֵינּוּ סֶפֶר שְׁעַר מְשָׁפֵט (ס' ק"ט) שְׁהוֹכִיחַ כֵּן בְּאֲנָרָף אִם כֵּן גַּם הַיּוֹרְשִׁים לֹא הִיוּ יְכוֹלִין לְסַלְקַ לְבַעַל חוֹב עִם עֵידִיּוֹת בְּצִיר פּוֹרְתָא וְכֵיּוֹן דְּהִיכָא דְּבָא מִפְּחַ טִירְפָּא לֹא נִתְקַן הַתַּקְנָה דְּאִין נִפְרָעִין בְּזֶה הִי מִהֲרָאוּי שְׁהַבַּעַל חוֹב יִגְבֶּה מְבִינּוּנִית שְׁקָנָה מִן הַיְיָתוּמִים.

אֲלָא וְדָאִי עַל כְּרַחֵף צָרִיף לומר דְּגַם בְּיּוֹרְשִׁים נַעֲשֶׂה גַּם כֵּן הַתַּקְנָה וְהַטַּעַם דְּיֵשׁ לוֹ לְבַעַל חוֹב עָלֵיהֶן שְׁעָבוֹד הַגּוֹף כֵּיּוֹן דְּיִרְשׁוּ וּמִצְנָה דְּאוֹרִיִּיתָא עָלֵיהֶן לְפָרְוֵעַ חוֹבוֹת אַבִּיהֶן וְהַמָּה בְּאִי פָחוּ דְּמִוִּרְשִׁים וְכֵן כ' הַנְּתִיבוֹת וּלְכִף לָאוּ מִפְּחַ טִירְפָּא בָּא עָלֵיהֶן וְאִף דְּעַל כְּרַחֵף

צָרִיף לומר כמו שְׁהַעֲלָה הקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק כ"ג) דגם שְׁעָבוּד נְכָסֵי דְכָל נְכָסִים אַחֲרָאִין וְעָרְבָאִין אֲשֶׁר זָכָה הַבַּעַל חוֹב מִכֶּחָ אֲבִיָּהּ גַם כֵּן לֹא נִפְקַע כְּדַמוּכָח מִהָא דְטוֹרְף בַּעַל חוֹב מִמֵּי שְׁזָכָה בְּנְכָסֵי הַגֵּר דְשֵׁם לִיכָא שׁוּם שְׁעָבוּד הַגּוֹף עַל הַזֹּכָה וַיִּקְשֶׁה פִּינּוּ דְפָקַע הַשְׁעָבוּד הַגּוֹף מִן הַלְוָה הַמַּת נִפְקַע מִמֵּילָא הַשְׁעָבוּד נְכָסֵי גַם כֵּן צָרִיף לומר פִּינּוּ דְלֹא נִפְקַע בְּסִיבַת הַמְלִיָּה נַעֲשִׂין הַנְּכָסֵי עָרְבָאִין גַם עַל זֶה וַיְכַמוּ שׁכ' הַקְצוה"ח וְכֵן הוֹכִיחַ אַמ"ו ז"ל בַּד"ח דִּינֵי הַפְּקָר (סי' א') וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִמֶּה דְנִזְנְקִין לְנְכָסֵי יְתוּמִים קְטָנִים אִם מַת תו"ז וְכַדוּמ' הָא קְטָנֵי לֹא קָנִי מְצָנָה נִינְהוּ וְלֹא חָל שׁוּם שְׁעָבוּד עָלֵיהֶן נִימָא פִּינּוּ דְלֹא יֵשׁ שְׁעָבוּד הַגּוֹף נִפְקַע הַשְׁעָבוּד נְכָסֵי וְכֵן אִם לֹא יִרְשׁוּ פְלוּם וְהַמְלִין מְכַר בְּחִיּוֹ נְכָסֵי לְלוֹקַח דְבָא בַּעַל חוֹב וְטוֹרְף מִן הַלְקוּחוֹת נִימָא פִּינּוּ דְלִיכָא שְׁעָבוּד הַגּוֹף פְּלִל נִפְקַע הַשְׁעָבוּד נְכָסֵי אֲלֵא וְדֹא עַל פְּרָחֵף צָרִיף לומר דְהִיכָא דְלֹא פָקַע הַשְׁעָבוּד הַגּוֹף בְּסִיבַת הַמְלִיָּה נִשְׂאָר הַשְׁעָבוּד נְכָסֵי וְאִם כֵּן אִף בְּמְכָרוּ הַיּוֹרְשִׁים קָרַקַע וְנִשְׂאָר אֲצֵלָם גַם כֵּן יֹאמַר הַבַּעַל חוֹב שְׂאִינוּ טוֹרְף מִכֶּחָ גְּבִיָּהּ מְצַד הַשְׁעָבוּד הַגּוֹף דִּיתוּמִים רַק מִכֶּחָ שְׁעָבוּד נְכָסֵי דְזָכָה בְּחֵי אֲבִיָּהּ עַל קָרַקַע הַזֹּאת וְלֹא יִהְיֶה בִּיד הַלּוֹקַח לומר הַנְּחִתִּי.

אֲלֵא וְדֹא יוֹרְשִׁים הַבָּאִי בְּכַח מוֹרִישִׁיהֶן זְכוּ לְהִיּוֹת בְּמִקּוּמָן וְגַם כֵּדִי שְׂיִקְנֶה מִהֶן נְכָסֵי מוֹרִישִׁיהֶן וְלֹא יִפְחָדוּ מִבַּעַל חוֹב דְאֲבִיָּהֶן אֲמַרִּינוּ דְהַלְקוּחוֹת יְכוּלִין לומר הַנְּחִתִּי מִקּוּם לְגַבּוֹת כְּשֶׁנִּשְׂאָר נְכָסֵי הַלְוָה אֲצֵל הַיּוֹרְשִׁין.

וּבְזָכָה בְּנְכָסֵי הַגֵּר י"ל הַטַּעַם דְהָא דְהֵדִין הוּא בְּרֵאוּבֵן שְׂמֵכַר כֹּל שְׂדוּתֵי לְשִׁמְעוֹן וְשִׁמְעוֹן מְכַר שְׂדָה אַחַת לְלוֹי דְרָצָה מְזָה גוֹבָה רָצָה מְזָה גוֹבָה אִם לֹא הִנִּיחַ בִּינוּנִית דְכָוּוּתֵי אֲצֵל שְׁמַעוֹן מְשׁוּם דְלִגְבֵי לּוֹקַח שְׁנֵי לֹא עָבְדוּ רַבְּנָן תַּקְנִיתָא וְשִׁמְעוֹן זֶה נְכָס תַּחַת הַבַּעַלִּים וְכֹל עוֹד שְׂיִמְצָא מִשָּׁל רֵאוּבֵן אֲצֵלוּ גוֹבָה פִּינּוּ דְלִקַּח כֹּל הַשְּׂדוּת וְעֵינֵן ש"מ כְּתוּבוֹת שֵׁם הַיֵּטֵב וְאִם טוֹב לוֹ לְבַעַל חוֹב לְגַבּוֹת בִּינוּנִית אִין לוֹי יְכוּל לְדַחֲוֹתוּ דְלֹא זָכָה בְּתַקְנֵה הַזֹּאת לְגַבֵּיהוּ פִּינּוּ דָאִם הִי הַבִּינוּנִי אֲצֵל שְׁמַעוֹן הִיָּה גוֹבָה טוֹרְף מִמֶּנּוּ.

אוּלָם שְׁמַעוֹן קָאִי בְּמִקּוּם רֵאוּבֵן וְאִף רֵאוּבֵן לֹא הִי בְּכַחוּ לְבָרַר אֵינָה מִן הַשְּׂדוּת שְׂיִהְיֶה בְּשְׁעָבוּדוֹ לְהַבַּעַל חוֹב וְלִסְלָקוּ מִיָּתֵר הַשְּׂדוּת כֵּן נָמִי שְׁמַעוֹן וְאִם נִשְׂאָר בִּינוּנִית אֲצֵל שְׁמַעוֹן גַם כֵּן אֵינּוּ יְכוּל לְטָרוֹף מְלוֹי כִּי זָכָה בְּזָכוֹת זֶה לְבָרַר שְׁעָבוּד בִּינוּנִית הַנִּשְׂאָר אֲצֵל שְׁמַעוֹן כְּמוֹ לָנָה בְּעַצְמוֹ יְכוּל לְבָרַר וְלְהַגְבּוֹת אֵינָה בִּינוּנִית שְׂרוּצָה וּבְגֵר נָמִי אִם הִיָּה כֹּל הַשְּׂדוּת בִּינוּנִית כְּשֶׁזָכָה הִרְאִישׁוֹן זָכָה בְּזָכוֹת זֶה לְבָרַר הַשְׁעָבוּד דְבַעַל חוֹב שְׂיַחֲוֹל עַל שְׂדוֹת אַחֲרוֹת וּבְמִקּוּמוֹ דְגַר קָאִי כְּמוֹ דְהַגֵּר הִיָּה יְכוּל לְבָרַר וְלִמְפּוֹר בִּינוּנִית אַחַת וְלִסְלָקוּ מִשְׁעָבוּדוֹ עַל שְׂדָה הַזֹּאת דְהָא אִף דְכָל נְכָסֵי אַחֲרָאִין וְעָרְבָאִין הֵוִי ב' שְׂדוֹת כְּמוֹ שְׁנֵי עָרְבָאִין וּבִיד הַלְוָה שְׁגוּף הַשְּׂדָה שְׁלוֹ לְבָרַר בְּכָל עַת אֵינָה שְׂדָה יִהְיֶה עָרֵב הִרְאִישׁוֹן וְאֵינָה עָרֵב הַשְּׁנֵי.

כֵּן הַזֹּכָה בְּנְכָסֵי בָּא בְּמִקּוּמוֹ וּבְכַחוּ לְבָרַר לוֹ שְׂדָה שְׂזוּכָה בּוֹ יִהְיֶה עָרֵב שְׁנֵי וְהַנִּשְׂאָר שְׂיִד כֹּל אָדָם שׁוּה בּוֹ לְזָכוֹת בְּהַגּוּף זֶה יִהְיֶה עָרֵב רֵאוּבֵן וְדוּמָה מִשָּׁל לְלוֹקַח רֵאוּבֵן שְׂקָנָה מְלוֹקַח שְׁנֵי דְזָכָה בְּזָכוֹת שְׂהִיָּה בִּיד לּוֹקַח רֵאוּבֵן לְבָרַר בֵּין הַשְּׂדוּת כֵּן נָמִי בְּזוּכָה בְּנְכָסֵי הַגֵּר זָכָה לְבָרַר שְׂהַשְּׂדָה שְׂזוּכָה בּוֹ הִרְאִישׁוֹן יִהְיֶה עָרֵב שְׁנֵי לְכֵן הָאֲחֲרוֹן נִפְסַד וְאִין לוֹ גוֹבִין מִשְׁלִפְנֵי: אוּלָם זֶה אֲמִי שְׁפִיר בְּשְׂדוֹת שְׁוֹת אֲבָל אִם זָכָה הִרְאִישׁוֹן בְּשְׂדָה בִּינוּנִית



ולא נשאר דכונותי רק זיבורית בנה באמת הנה נראה דגובה מן הראשון כיון דלא שנייך תקנתא דאין נפרעין במקו' ב"ח.

אף המעיין בתוספתא פתובות סוף פרק מי שהי נשוי משמע דאף אם הראשון זכה בבינונית והשני בזיבורית ג"כ אינו גובה אלא מן האחרון ונ"ל התוספתא גר שמת ובזוזו ישראל את נכסיו ויצתה עליו פתובת אשה ובעל חוב גובין מן האחרון שפקו אין להו גובין משלפניו ומדנקט פתובת אשה ובעל חוב משמע שפא להורות אף אם האחרון הוא זיבורית גם כן אינו גובין אלא מן האחרון.

אולם ממה דלא הביא הש"ס גיטין (דף נ') דבעי ר"א בר אמי במתנה האיד תקנתא הוא דעביד רבנו משום פסיקא דלקוחות אבל מתנה דליכא פסיקא לא א"ד מתנה נמי אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יתיב ליה מתנה והלכך כי פסיקא דלקוחות דמי ורצה הש"ס שם למיפשט מברייתא דשכ"מ שאמר תנו כו' ומתריץ ולבסוף מסיק ואב"ע דשוו כולהו להדדי והיינו בשדות שוות אינו גובה מן האחרון דלא צריך לתקנתא רק דהב"ד מבררין אינה שדה יהי ערב ראשון ואינה הב' וע"ש בפנ"י ובמ"ש במ"א ויבואר לקמן אינה ולדין לדעת הרי"ף והרמב"ם איפשטי איבעי דגם במתנה עבדו תקנתא ובריטב"א שם העלה דבעיין לא איפשט עיין שם וכן בתשובת מהר"ם בר פרוץ הקצרות (סי' ק"ל) כ' דלא איפשט ואמאי לא הבי' הש"ס למיפשט מתוספתא הנז' דכמו בזוכה מנכסי הגר האחרון נפסד ומשמע אף אם האחרון הוא זיבורית וקמא בינונית וע"כ דמצד תקנה אמינו עלה וחזינו דאף דלית להו פסיקא עבדו רבנו תקנתא ומכ"ש במקבל מתנה דינש מקום פסיקא דאי לאו דאית לי הנאה מיני מה דלא שנייך בזוכה מן ההפקר ואף אם נדחק דהתוספתא איירי גם כן בשווי ומטעם שכתבתי דבהניח בינונית יכול לברר מ"מ לתרוץ הראשון דש"ס דמתריץ דאיירי בבע"ח הי' יכול להקשות מן התוספתא הנז' ובהכרח צריך לומר דבהפקר הוא ענין אחר דכיון דיז פל אדם שוויין בו וכל א' יכול לזכות אין עיקר סמיכת דעת הלנה על הנכסים רק על הלנה והנכסים ממילא נכנסין לערבאין ונשארו בשיעבודן והזוכה הראשון ביזו לברר אינה שיהיה ערב השני ועיין רשב"א גיטין שם דכתב הא דמדינ' גובה מלקוחות בינונית אף דאין נפרעין מן הערב תחילה וכתב דגבי נכסי דלנה עיקר אסמכתיה עליוהו ולנה נמי בעידן מלנה גמר ומשעבד לכה אי לאו תקנתא גבי לקוחות הו"א כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הנת אע"ג דשייר לנה זיבורית גבי מבינוני עיין שם וזה היכא דתמיד לא יכול להפקיע שעבודו מן השדה מה שאין כן בנר ודחוק וצ"ע: וקצת י"ל למה שכ' רשב"א גיטין שם דהא דאין נפרעין מנכסי תומים רק מזיבוריות לא קאי רק על גיטין דמד"ת דינו בעידידות צריך תקנה אבל בעל חוב לא צריך פלל לתקנ' כיון דינו מד"ת בזיבורית רק משום נ"ד תיקנו שיגבה בינונית וזה דוקא מני' דידי' אבל לגבות מיתומים לא תקנו דלא שנייך נעילת דלת דלא מסיק מלנה אדעתיה דמת לנה לכן הניחו על דינו בזיבורית אף לגבות מיתומים גדולים עיין שם ולפי זה אתי שפיר כיון דלא מסיק אדעתיה דמת לכה אף בנכסי גר אוקמי אדאוריית' שיהיה דינו בזיבורית וממילא ביז הזוכה הראשון לברר שיעבודו של הבעל חוב לכה אף אם לא הניח רק זיבורית אינו גובה רק מן האחרון.

וּבְזוֹה מְדוּקָדֵק מְאֹד דְּבָרֵי תוֹסֵפֶתָא דְנִקְט בְּעַל חוּב וּכְתוּבָת אִשָּׁה וּשְׂבִק נְזִיקִין כְּמוֹ דְקִתְנֵי בְּפִרְיִיתָא ב"ק לְגַבֵּי לֹקֶחַ מְכַר לֵג' ב"א וְכֵאֵן שְׂבִק נְזִיקִין פִּינּוּ דְדִינוּ מִד"ת בְּעִידוּת בְּזוֹה אִף דְלַגְבֵּי לְקוּחוֹת וּמְקַבֵּל מִתְנָה תִּיקְנוּ שְׁלֵא יִפְרַע בְּמִקּוּם ב"ח אִף מִזִּיבוּרֵי מ"מ בְּזוֹכָה מִן הֶהָפְקֵר לֹא תִיקְנוּ.

וְרֵאִיתִי בִּס' דְּבָרֵי מִשְׁפֵּט מֵאֲזַמ"ו ו'ל (ס' קל"ב) שְׁעָמַד ע"ד הֶרְשֵׁב"א גִּישִׁין הַנּוּ' מִדְּבָרֵי הֶרְשֵׁב"א בְּעֶצְמוֹ שֵׁם שְׁהִקְשָׁה לִפ"מ דס"ד דְּבִמְתְנָה לֹא עֵבְדֵי רַבָּנָן תִּקְנִיתָא וְאִמְאֵי הָא נְכֹסֵי דב"נ אֵינוֹן עֲרַבִין וְקִי"ל אֵין נִפְרָעִין מִן הָעֵרַב תְּחִילָה וְכִינּוּ דִישׁ ב"ח אֶצֶל לְוָה אִמְאֵי גוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי דְמִתְנָה וְלָמָּה לִי תִקְנִיתָא וְתִירֵץ פִּינּוּ דְתִקְנִיתָא חֲכָמִים הִיָּה דְבַעַל חוּב יִגְבָּה מִבִּינוּנִית אִם לֹא הָיָה תִקְנָה דְתִיקְנוֹן עוֹלָם הִי גוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אִף דִישׁ ב"ח אֶצֶל הַלְוָה וּא"ד לְעֵרַב דְשִׁאֲנֵי נְכֹסֵי דב"נ פִּינּוּ דְעִיקָר סְמִיכַת דַּעַת דְמַלְוָה הִיָּה עַל נְכֹסֵי דְלוֹהָ וְהִי עִיקָר סְמִיכַת דַּעַתוֹ עַל בִּינוּנִית יֵאֵמַר הַמַּלְוָה לְלוֹקֶחַ שְׁיַעֲבֹד דִּידֵי גִבָּה הוּא רַק מְשׁוּם פְּסִידָא דְלְקוּחוֹת תִּקְנוּ חֲכָמִים דְאֵין נִפְרָעִין מִמְשַׁעְבְּדֵי בְּמִקּוּם דִישׁ ב"ח וְאִם כֵּן לְגַבּוֹת מִיתוּמִים גְּדוֹלִים אִף דְלֹא אִסִּיק דַּעַתוֹ דְמַלְוָה דִּימּוֹת הַלְוָה פִּינּוּ דְסוּף סוּף בְּחִי הַלְוָה הִיָּה שְׁעִבּוּדָא דְמַלְוָה עַל בִּינוּנִית יִגְבָּה מִבִּינוּנִית כְּמוֹ דְהִיָּה גוּבָה מְלוֹקֶחַ אִם לֹא מִצַּד תִּיקְנוֹן עוֹלָם.

וְהַעֲלֵה בְּזוֹה דְדוּקָא יוֹרְשֵׁי דִיכוֹלִין לְסַלֵּק בְּמַטְלָטְלִין דְלוֹהוֹן כְּמוֹ שְׂכ' הַסֵּמ"ע (ס' ק"ז ס"ק י"ג) וְעַל פְּרָחָה דְעֵדִיף מְלוֹקֶחַ דְלוֹקֶחַ אִף בְּכֹסֶף אֵינוֹ יְכוֹל לְסַלֵּק שְׁעִבּוּדָא דְבַעַל חוּב מְקַרְקַע שְׁקָנָה רַק מְשִׁעֵם דִּיאֵמַר לְדִידֵי שְׁוָה וְיִתוּמִים יְכוֹלִין לְסַלֵּק חוּב דְאִבִּיהֶם מְשִׁעֵם דְהֵם פְּרָעֵי דְאִבִּיהֶם וְאִכְּפֵא שְׁעִבּוּד הַגּוֹף עֲלִיהֶן לְשִׁלְמָה חוּב דְאִבִּיהֶם וְלִכְּפֵא אִף בְּמַטְלָטְלִין יְכוֹלִין לְסַלֵּק מַה שְׁאֵין כֵּן לְלוֹקֶחַ.

וְלִכְּפֵא נְמִי יְכוֹלִין יְתוּמֵי לְסַלֵּק בְּזוּבוּרִית פִּינּוּ דְהֵם חֲיִיבִין לְשִׁלְמָה חוּבַת אִבִּיהֶן וּבְזוֹה לֹא הָיָה תִקְנָה בְּבִינוּנִית אֵלוֹ דְבָרֵיו ו'ל. וְלִפִּי זֶה נְכֹסֵי הַגֵּר הַזּוֹכִין בְּקַרְקַע שְׁל גֵּר הַמַּת פִּינּוּ דְלוֹהוֹן פְּרָעֵי דְהַמַּת הֵן רַק כְּמוֹ לֹקֶחַ וְאֵין שׁוּם שְׁעִבּוּד הַגּוֹף עֲלִיהֶן מִן הַדִּין הִיָּה שְׁיִגְבָּה מִבִּינוּנִית פִּינּוּ דַּעַל זֶה שְׁעִבּוּדָא דְמַלְוָה הוּא וְסְמִיכַת דַּעַתוֹ וְהַדְרָא הַקְּנוּשִׁיא לְדוּקָתָא מִתוֹסֵפֶתָא הַנּוּ': אִף לַעֲנ"ד אִם נֵאֵמַר כֵּן יִקְשָׁה מִיתוּמִים גַּם כֵּן פִּינּוּ דְעִיקָר שְׁעִבּוּדָא דְמַלְוָה הִי עַל בִּינוּנִית יִגְבָּה מִיתוּמִים גְּדוֹלִים גַּם כֵּן בִּינוּנִית וְאִף דִישׁ גַּם עֲלִיהֶן שְׁיַעֲבֹד הַגּוֹף יֵאֵמַר הַמַּלְוָה אֲנִי מוּחַל שְׁעִבּוּד הַגּוֹף שְׁלָכְם אֲשֶׁר אַתֶּם נִשְׁתַּעֲבְדוּ מִחַמַּת הַיְרֻשָׁה דְאִבִּיכֶן וְאֲנִי רוּצָה רַק בְּשְׁעִבּוּדֵי מַה שְׁנִשְׁתַּעֲבְדוּ לִי בְּחִי אִבִּיכֶן וְאִף בְּמִיתַת הַלְוָה דְפָקַע שְׁעִבּוּד הַגּוֹף מ"מ עַל זֶה נִשְׁאָר הַשְׁעִבּוּד נְכֹסֵי דַע"ד זֶה נַעֲשֶׂה עֲרַבָאִין כ"ז דְלֹא נִפְקַע הַשְׁעִבּוּד הַגּוֹף מִכַּח הַמַּלְוָה וְכְמוֹ שְׂכ' הַקְּצוּה"ח (ס' ס"ו) וְכֵאֵשֶׁר הוֹכַחְתִּי לַעֲלִיל מְהֵא דְגוּבָה מִנְכֹסֵי הַגֵּר מִמִּי שְׁזָכָה בְּהֵן אִף בְּלֹא נַעֲשׂוּ פְרָעֵי דְהַגֵּר וְעַל פְּרָחָה אִף דְנִפְקַ' הַשְׁעִבּוּד הַגּוֹף דְהַלְוָה מ"מ שְׁיַעֲבֹד נְכֹסֵי כְּדָקָאֵי קָאֵי א"כ בִּיתוּמֵי נְמִי נִימָא כֵּן אִף דְנִתּוּסָף שְׁעִבּוּד הַגּוֹף מְשִׁעֵם פְּרָעֵי דְאִבִּיהֶן לְפָרוּעַ חוּבוֹת אִבִּיהֶן מִנְכֹסֵים דִּירְשׁוּ מ"מ יֵאֵמַר הַמַּלְוָה אֲנִי מוּחַל זֹאת וְאֲנִי רוּצָה בְּשְׁעִבּוּדֵי דְבִינוּנִית מַה שְׁנִשְׁתַּעֲבְדוּ לִי בְּחִי אִבִּיכֶן מִכַּח אִבִּיכֶן וְעַל זֶה הִי סְמִיכַת דַּעַתִּי.

וְמַה שְׂכ' הַסֵּמ"ע דִּיתוּמִים יְכוֹלִין לְסַלֵּק לְבַעַל חוּב מִמַּטְלָטְלִין שְׁלֵהֶן בְּאַמַּת דַּעַת הַב"י אֵינוֹ כֵּן כְּמוֹ שְׂכ' הַקְּצוּה"ח (ס' ק"ז) וְהַסְפִּים ע"י בְּנִתִּיבוֹת וְאִף דְלֹא רָאוּ דְבָרֵי הַסֵּמ"ע

בְּדְרִישָׁה מֵאִין הוֹכִיחַ זֹאת וּבִאֲמַת שְׁם הוֹכִיחַ זֶה מִדְּבָרֵי הַטּוֹר וְלֹא ס"ל כְּהַדְּחוֹת שֶׁכִּי  
הַקְּצוּהָ"ח וְכֵן בִּאֲמַת נִרְאָה מִדְּבָרֵי הַבְּעָה"ת דִּיכּוֹלִין לְסַלְקוֹ בְּמַטְלְטְלִין הִיָּינוּ דִּירְשׁוּ זְכוּת  
זֶה שְׁהִיָּה לְאַבְיָהוֹן לְסַלְקֵי הַשְּׁעָבוֹד מִן מַטְלְטְלִין כֵּן נִמְי הֵמָּה יְכוֹלִין לְסַלְקֵי וְעַדִּיפֹן מְלוֹקַח.

אָבֵל מ"מ אִם אֵינֶם מְסַלְקִין בְּמַטְלְטְלֵי דְכָל מְיָלֵי מֵיטֵב הוּא רַק בְּקַרְקַע אֲמַאי יִתְנַסֵּף פֶּחַ  
יְתוּמִים לְסַלְקֵי בְּזַבּוּרֵי אֵף דְּאֵלֶם פֶּחַ הַבְּעַל חוֹב שְׁגַם הֵם נִשְׁתַּעֲבָדוּ מ"מ יֵאמֵר הַמְּלָנָה דֵּל  
אַתֶּם וְשַׁעֲבוּדֵיכֶם אֲנִי רוֹצֶה רַק בְּשַׁעֲבוֹד אֲבִיכֶם א"ו עֵיקַר הַטַּעַם מַה דְּאֵינוּ גּוֹבֶה רַק  
מִזִּבּוּרֵי תֵּיבָה הוּא כְּמוֹ שֶׁכִּי הַרְשָׁבָ"א שֵׁם וְהַרִיטְבָ"א מְשׁוּם דְּלֹא מְסִיק אֲדַעְתִּי דְּמֵאִית וְכִינּוּ  
דְּכֵן אִם נִאֲמַר דְּהֵיכָא דְּמִית וְנִפְלֵי נְכֻסִים קָמֵי יְתָמֵי שְׂלֵא יִפְרַע אֲלֵא מִזִּבּוּרֵי דְּדֵינוּ לִיפָּא  
נְעִילַת דְּלַת דְּמֵאֵן דְּמֵלָנָה לֹא נַחֲתֵי דְּמִית לָנָה וְיִפְלוּ נְכֻסֵי קָמֵי יְתָמֵי עֵינֵן שְׁם וְהִיָּינוּ פִּינוּ  
דְּמִדְּאוּרֵי תֵּיבָה בְּזַבּוּרֵי רַק מְשׁוּם נ"ד תִּיקְנוּ בְּבִינוּנֵי לֹא הִצְרִיכוּ חֲכָמִים לְהֵאֲלִים פֶּחוּ  
דְּמֵלָנָה רַק בְּמָה שְׁשֵׁינֵי נ"ד וְלֹא יוֹתֵר וְכִינּוּ כְּשֵׁיפְרַע מִיְתוּמִים בְּזַבּוּרֵי לֹא יִהְיֶה בְּשִׁבִיל  
זֶה נ"ד לֹא סָמַךְ דְּעַתּוֹ עַל בִּינוּנֵי רַק כ"ז שְׁיִגְבֶּה מֵהַלְוָה בְּחֵינּוּ.

אָבֵל מְלוֹקַח אִם לֹא מְפָנֵי תִיקוֹן עוֹלָם הִיָּה שְׁשֵׁינֵי בִּאֲמַת נ"ד אִם נֹאמֵר כְּשֵׁימְפָּוֵר בִּינוּנֵי  
לֹא יִגְבֶּה מִן הַלּוֹקַח מַה הוֹעִילוּ חֲכָמֵי לְכָף וְדָאֵי עֵיקַר סְמִיכַת דְּעַת דְּמֵלָנָה עַל בִּינוּנֵי  
וּמְסִיק אֲדַעְתּוֹ שְׁיִמְפָּוֵר וְהִי נ"ד אִם לֹא חֲזָרוּ וְתִיקְנוּ מְפָנֵי תִיקוֹן עוֹלָם שְׂלֵא יִטְרוּן בְּמִקּוּם  
ב"ח וּבְמִקּוּם דְּלֹא שְׁשֵׁינֵי תִיקוֹן עוֹלָם אֲמָרִינוּ דְּעֵיקַר סְמִיכַ דְּעַת דְּמֵלָנָה עַל בִּינוּנֵי וּלְפִי  
זֶה גַם בְּנְכֻסֵי הַגֵּר מִי שְׁזוֹכָה בְּהֵן אֵין הַבְּעַל חוֹב טוֹרָף רַק מִזִּבּוּרֵי וְכְמוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל.

וְכֵן אֵף בְּלוֹקַח אִם בָּא בְּעַל חוֹב לְטְרוּף אַחַר מִיתַת הַלָּנָה וְנִשְׁאָר זִבּוּרֵי אֲצֵל יְתוּמִים  
שְׁהוּ בְּנֵי חוֹרִין בְּזָה גַם כֵּן לֹא צָרִיךְ לְתִיקוֹן הָעוֹלָם דְּכִינּוּ דְּלֹא אֲסִיק אֲדַעְתָּא דְּמֵלָנָה דְּיָמוּת  
לָנָה וְאִם הִיָּה נִשְׁאָר אֲצֵל הַיְתוּמִים אֵף מְגֻדוּלִים אֵינוּ גּוֹבֶה רַק מִזִּבּוּרֵי דְּרַק הַגּוֹבֶה בְּחִי  
הַלָּנָה תִיקְנוּ בְּבִינוּנֵי וְלֹא לְאַחַ מ"מ מְמִילֵא לֹא יְכוֹל לֹמַר הַבְּעַל חוֹב לְלוֹקַח שַׁעֲבוּדֵי גְבָר  
הוּא וצ"ע: וְאִם קָנָה הַלּוֹקַח כָּל הַנְּכֻסִים בְּבַת אַחַת וּמַת הַלָּנָה אֵינוּ יְכוֹל הַלּוֹקַח לֹמַר פִּינוּ  
דְּלֹא אֲסִיק אֲדַעְתָּה עַל אַחַר מִיתָה לֹא זְכִית שְׁיִהְיֶה עֵיקַר הַשְּׁעָבוֹד בִּינוּנֵי וְיֵאמֵר דְּלֹא  
יִגְבֶּה רַק מִזִּבּוּרֵי דְּבָזָה לֹא תִיקְנוּ שְׁיִהְיֶה אַחַר מִיתָה בְּבִינוּנֵי וְאִתְּמַל עַל דִּינָא דִּי"ל  
פִּינוּ דְּנְכֻסֵי הַלּוֹקַח בְּשַׁעֲבוּדָא דְּמֵלָנָה נְכֻסֵי בְּמִקּוּם הַלָּנָה וְגּוֹבֶה מִן בִּינוּנֵי וְגַם אֵינוּ יְכוֹל  
הַלּוֹקַח לֹמַר מַה אֲפֻסְיָתָהּ בְּמָה שְׁקִנִּיתִי דָּאִם לֹא הֵייתִי קוֹנָה הִיָּה נִשְׁאָר בְּיַד יוֹרְשֵׁי וּל"ה  
גּוֹבֶה רַק מִזִּבּוּרֵי זֶה אֵינוּ פִּינוּ דְּמ"מ יְכוֹל לֹמַר שַׁעֲבוּדֵי גְבָר הוּא גּוֹבֶה כְּמוֹ דְּגּוֹבֶה  
מְלוֹקַח בְּמִקּוּם דִּישׁ נְכֻסִים בְּיַד יְתוּמֵי קְטָנִים כְּמִבְּנֹאֵר (ס' קי"א) וְעֵינֵן מַה שְׁפַתְבְּתִי  
בְּסַפְרֵי חֲלָק רֵאשׁוֹן קוֹנְטֵרס הַתְּשׁוּבוֹת (ס' י"ב אוֹת ג') לְהַשִּׁיג מִזָּה עַל חִידוּשֵׁי מְהָר"י  
מְטָרָאֲנִי כְּתוּבוֹת (דף צ"ו): וּלְמ"ש יֵשׁ לְעֵינֵן בְּלִשׁוֹן הַש"ע (סוף ס' ער"ה) שֶׁכִּי גַר שְׂמַת  
וּבְזָבוּ יִשְׂרָאֵל נְכֻסֵי וְהִיָּה עָלָיו חוֹבוֹת כָּל מְלָנָה שְׁנִגְבִּית מִיּוֹרְשֵׁים וּמֵהַלְקוּחוֹת נְגִבִית גַם  
מֵאֵלוּ שְׁזָכוּ בָּהֶם כו' הֵיוּ רַבִּים אַחֲרוֹן נְפֻסָא אֵין לוֹ גּוֹבִין מְשַׁלְּפִנּוּ וְכַתְּבֵי סָתֵם הִי עָלָיו  
חוֹבוֹת מְשַׁמַּע כָּל חוֹבוֹת הַכָּל שְׁוִין לְיּוֹרְשֵׁים וְלְקוּחוֹת.

הָא יֵשׁ נְזָקִין דְּגּוֹבֶה מִן עֵינֵי דְּיָמוּת מִן הַתּוֹרָה וּבִיתוּמִים עֲבָדוּ תִקְנָתָא וְכֵן בְּלוֹקַח אֵף דְּקַנֵּי  
עֵינֵי עֲבָדוּ תִקְנָתָא דְּאֵין נְפָרְעִין בְּמִקּוּם בְּנֵי חוֹרִין וּבְזָה אֵף דְּלֹא שְׁשֵׁינֵי תִקְנָתָא מ"מ פִּינוּ  
דְּבַעַל חוֹב מְדִינָא בְּזַבּוּרֵי וְשְׁיָמוּת לָנָה לֹא אֲסִיק אֲדַעְתִּי מְמִילֵא יְכוֹל לְבָרֵר וּלְהַנִּיחַ  
זִבּוּרֵי אָבֵל נְזָקִין דְּמַד"ת בְּעֵינֵי דְּיָמוּת וְתִקְנָתָא לֹא שְׁשֵׁינֵי בְּזָה דְּרַק בְּמִתְנָה אֵי לֹא דְּעַבִּיד

ליה נִיחַח נִפְשִׁיָהּ מֵהַ שְׂאִין פֶּן בְּזוּכָה מִן הַהֶפְקֵר אִם כֵּן בְּזֶה יְכוּל לְטָרוֹף מִמִּי שְׂיִישׁ אֲצִלוֹ עֵינֵי דְיוֹת וְהַעֲד לָזֶה דְּבִתּוֹסְפֵתָא לֹא נִקְט נִיזְקִין רַק בְּעַל חוּב וּכְתוּבַת אִשָּׁה וְאוּלֵי גַם כְּוֹנֵת הַמְחַבֵּר רַק עַל חוּבוֹת דְּהִלְוָה וְלֹא נִיזְקִין: ס' טז לֹקֵחַ הַמוֹחֵל לְהַבְעֵל חוּב הַבָּא לְטָרוֹף מִמֶּנּוּ בְּשִׁבִיל חוּב הַמוֹכֵר שְׂבוּעַת הַבָּא לְגִבּוֹת מְנַכְסִים מְשׁוּעָבְדִין דְּלֹא יִפְרַע אֲלֵא בְּשִׁבוּעָה נִרְאָה דְּאִינוּ יְכוּל לְחַזֵּר שׁוּב עַל הַמוֹכֵר מִכֵּחַ אַחֲרֵי כֵּן פִּינּוֹן דְּאַפְסִיד אֲנַפְשִׁיָהּ בְּמָה שְׂמַחֵל הַשְּׂבוּעָה וְיְכוּל הַמוֹכֵר לֹמַר בְּרִי לִי שְׂפָרְעֵתִי וּמִי יִימַר דְּהִיָּה מְשִׁתְּבַע בְּשִׁקָּר וְאַף דִּי"ל פִּינּוֹן דְּמַה"ד גּוֹבָה הַבְּעַל חוּב מְלוֹקֵחַ בְּלֹא שְׂבוּעָה מְטַעַם חֻזְקַת שְׁטֵר רַק חו"ל עֲשֵׂאוּ תִּקְנָה לְטוֹבַת הַלּוֹקֵחַ וְיְכוּל לֹמַר אִי אֲפָשִׁי בְּתִקְנַת חֻזְמִים זֶה אִינוּ דְּכָבֵר פְּתַב הַמְרָדְכִי כְּתוּבַת דְּבְמִקּוּם דְּחָב לְאַחֲרִים מְלַבֵּד הַתּוֹבֵעַ שְׁלוֹ אִינוּ יְכוּל אִי אֲפָשִׁי בְּתִקְנַת חֻזְמִים וְעֵינִין ש"מ ב"ק (דף ח') בְּהָא דְּאַמְרִינּוּן שֶׁם פְּשִׁיטָא מְכַר לְלוֹקֵחַ בִּינּוּנִית וְזִיבּוּרִית דְּהַקְשָׁה לְאַבְיִי דְּלִית לִיהּ מַה מְכַר אֲמַאי לֹא יֹאמַר הֲרֵאשׁוֹן ל"נ לִי בְּתִקְנַת חֻזְמִים וְכַתְּבַת דְּבְמִקּוּם דְּחָב לְאַחֲרִים מְלַבֵּד הַתּוֹבֵעַ שְׁלוֹ א"י לֹמַר אִי אֲפָשִׁי וְכֵן כ' בנ"י שֶׁם וְעֵינִין מַהֲרִי"ט חֲחוּ"מ (ס' ח') בְּזֶה.

וה"נ דְּכּוֹנְתִיָּהּ. וְגַם לְמַה שֶׁכ' הַמַּהֲרִי"ט שֶׁם דל"א סְבָרָא זֶה דְּלֹא נִיחָא לִי רַק הִיכָא דְּנַעֲשֵׂה רַק לְטוֹבַתּוֹ אֲבָל אִם נַעֲשֵׂה גַם לְטוֹבַת חֲבֵירוֹ א"י לֹמַר ל"נ לִי וְעֵינִין ש"מ ב"ק (דף ז') דְּאִין הַבְּעַל חוּב יְכוּל לֹמַר הֵב לִי זִיבּוּרִית טְפִי פְּנֻרְתָא מְטַעַם דְּלֹא נִיחָא לִי בְּתִקְנַתָּא דְּהוּי לְהוֹצִיא וְגַם פִּינּוֹן דְּמַשׁוּם נַעֲלִית דְּלִת נִתְקַן לְגִבּוֹת מְבִינּוּנִית הוּי לְטוֹבַת דְּלָהּ שְׁלֹא תִנְעוּל דְּלִת בְּפִנּוֹן כֵּן נְמִי י"ל בְּתִקְנָה דְּהַבָּא לְגִבּוֹת מְנַכְסִים מְשׁוּעָבְדִין דְּלֹא יִגְבֶּה אֲלֵא בְּשִׁבוּעָה נִתְקַן אִף לְטוֹבַת הַמוֹכֵר.

ולא יְכוּל לֹמַר לֹא נִיחָא לִי בְּתִקְנַתָּא וְגַם דְּהוּי לְהוֹצִיא מִן הַמוֹכֵר. וּבִיּוֹתֵר י"ל פִּינּוֹן דְּהַמוֹכֵר יִדַּע שְׂהַבָּא לְטָרוֹף לֹא יִפְרַע אֲלֵא בְּשִׁבוּעָה לְכַף פְּרַע וְסַמָּה א"ע דָּאִם יִתְבַּע הַבְּעַל חוּב אוֹתוֹ יִטְעוֹן אֲשֶׁתְּבַע לִי דְּלֹא פְּרַעֲתִיָּהּ וּמִן הַלּוֹקֵחַ גַּם כֵּן לֹא יִגְבֶּה אֲלֵא בְּשִׁבוּעָה וְסַמָּה א"ע דְּלֹא יִשְׂבַע בְּשִׁקָּר וּלְכַף קַבֵּל עָלָיו אַחֲרֵי כֵּן הַמְּכַר נִגְדַת בְּעַל חוּב וְע"ד שְׂיִמְחֵחֵל הַלּוֹקֵחַ הַשְּׂבוּעָה לֹא קַבֵּל עָלָיו אַחֲרֵי כֵּן.

אִף יִקְשָׁה עַל זֶה מִתּוֹס' כְּתוּבוֹת (דף צ"ב) דכ' שֶׁם הַנ"מ בְּרֵאוּבֵן דְּמְכַר שְׁדָה לְשִׁמְעוֹן בְּאַחֲרֵי כֵּן וּבְעַל חוּב אֲתִי לְמַטְרָף דְּרֵאוּבֵן יְכוּל לְדוֹן עִמּוֹ מְטַעַם דְּמִפְקַת מִינְיָ עֲלִי דִּידִי הִדַּר דַּנ"מ אִם מְחַל לוֹ הַלּוֹקֵחַ הַשְּׂבוּעָה וְיִקְשָׁה אִם כֵּן אִיף יִהְיֶה עָלָיו: וְרֵאִיתִי בְּהַפְלָאָה שֶׁם שְׁעָמַד עַל זֶה וְיִצְא לְדוֹן דְּהַלּוֹקֵחַ יְכוּל לֹמַר אִי אֲפָשִׁי בְּתִקְנַתָּא וְלַעֲנֵד כַּמ"ש וּמַד' תּוֹס' אִינוּ רֵאָה פְּלֵל דְּהָא תּוֹס' שֶׁם וּב"ק כְּתוּבוֹת דַּנ"מ לְרֵאָה אַחֲרֵי כֵּן דָּאִם הַלּוֹקֵחַ אוֹמַר אִין לִי רֵאָה [וְהֵינּוּ שְׁטוּעֵן בְּבִירוֹר שְׁהִי אֲצֵל הַפְּרַעוֹן וְלֹא נִמְצָא עֲדִים דְּפָסֵל לְכָל הַעֲדִים נִגְדוּ דָּאִם לֹא כֵּן לֹקֵחַ הוּי כְּמוֹ יוֹרֵשׁ דְּמִבְּנָאָר בְּש"ס פ' ז"ב פִּינּוֹן דל"י בְּמִילְתָּא דְּאַבּוֹ יְכוּל לְהִבְיָאֵם אֲלֵא וְדָאִי דְּאִיִּירִי כַּנּו' וּכ"כ בְּש"מ ב"ק שֶׁם] וּבְזֶה וְדָאִי יִקְשָׁה פִּינּוֹן יְכוּל לְחַזֵּר עַל הַמוֹכֵר פִּינּוֹן דִּישׁ עֲדִים עַל הַפְּרַעוֹן וְאִיהוּ דְּאַפְסִיד אֲנַפְשִׁיָּהּ לְפָסוּל לְהַעֲדִים וְע"כ צְרִיף לֹמַר כְּמוֹ שֶׁכ' בְּש"מ כְּתוּבוֹת שֶׁם הָא דְּאִמַר דְּמִפְקַת מִינְיָ עָלִי דִּידִי הִדַּר לֹא שְׁזָה יִפְסִיד בְּוִיתוֹרוֹ שְׁל זֶה דְּאִיהוּ לֹא יִשְׁלַם כְּלוּם אֲלֵא אִם כֵּן זָכָה בּוֹ מַה"ד אֲלֵא פִּינּוֹן שְׂצָרִיף לְדוֹן עִמּוֹ אִם זָכָה בּוֹ מְחַמַּת וְוִיתוֹרוֹ זֶה יְכוּל הוּא לְדוֹן עִם הַבְּעַל חוּב עֵינִין שֶׁם וְה"נ הַטַּעַם בְּמַחֵל לוֹ הַשְּׂבוּעָה לֹא דִּיהִדַּר עָלָיו לְשִׁלְמָה רַק פִּינּוֹן שְׂיִהָה צְרִיף לְדוֹן עִם

הלוקח הני בעל דין ויכול לדון נגד הבעל חוב אבל מ"מ י"ל דאין הב"ד מחייבין ליה להמוכ' לשלם דלא על זה קבל אחריותו.

והדבר מוכרח שכן פוננת תוס' דאי ס"ד דראובן יהיה חייב בדין לשלם ללוקח אם פן אפי' משתעי דינא בהדי שמעון אינו יכול לטרוף ממנו בשבועה פיון דעליה דראובן יהדר הני פפרע שלא בפניו לגבי ראובן וכיצד יהיה ביד הב"ד להוריד לבעל חוב לנכסי דלוקח פיון דעליה דראובן יהדר דומה למה שכ' תוס' פתובות שם דא"ל דנ"מ דעדים המקיימין השטר דבעלי חוב קרובים לראובן ורחוקים לשמעון דאם פן אף אם שמעון משתעי דינא לא מקבלין העדות פיון דנוגע לראובן וה"דכנותי' אלא נדאי דמדין יהי' ראובן פטור מתשלומין פיון דאפסיד אנפשי' במה שמחל לו השבועה רק דקמ"ל דעכ"פ יכול לדון ולאישתעי דינא עמו מטעם דלא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא.

וכן באם הלוקח אומר אין לי ראיה להביא אם היה יכול לחזור על ראובן לא הי' צריך ראובן לאישתעי דינא עם הבעל חוב דהב"ד לא הווי מגבין לי' פיון דיש עדי פרעון וראובן לא פסלם א"ו דאינו יכול לחזור וכיון דאינו נוגע לראובן אם ישתעי דינא עם הלוקח היה טורף ממנו אף דאינו בא רק מטעם ערב דנכסי דבר נש ערבין ביה וכיון דאינו יכול לגבות מן הלנה הואיל דיש עדי פרעון אמאי גובה מן הערב צריך לומר דהני כמו אם הלנה פופר והערב מודה דמבואר (סי' קכ"ט) דחייב הערב לשלם והא דמבואר ש"ס בכורות (דף מ"ח) גבי יוסף בן שמעון שקנה מיוב"ש דאינו טורף פבר עמד ע"ז בב"ח שם ועיין שם בד"מ לאאזמ"ו הגאון הצדיק ז"ל ל' ישוב נכון לזה ומ"מ שמעון אף דחייב לשלם יכול ראובן לאישתעי דינא או מטעם אחריות דאינו רוצה למיקם עמו בדינא ודיינא או ללישנא בתרא מטעם דלא ניחא לי' דלהני לי' פרעומות ואף דבאמת פיון שאפסיד אנפשיה במה דאמר אין לי ראי' להביא לא שייך פל פה פרעומות מ"מ חשיב בשביל עולה כ"ד לבע"ד פיון דתובע שעבוד הגוף דראובן גם פן.

ועיין מה שכתב אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ק"ל ס"ק א') והנלענ"ד פתבתי: סי' יז הא דראובן המוכר יכול לאישתעי דינא עם הבעל חוב אף אם מכר שלא באחריות מטעם דל"נ לי' שיהי' ללוקח פרעומות נראה דגם יורשי ראובן יכולין לאישתעי דינא עמו והווי בע"ד ל"מ אם הי' אחריות אביהו אף דלא ירשו מאביהו מ"מ מצוה דרבנן עליהו לשלם אלא אף אם מכר שלא באחריות מ"מ הווי בע"ד דלא ניחא להו שיהיה ללוקח פרעומות על אביהו וכן נראה מדברי הרא"ה בש"מ פתובות (דק"ט) שכ' בהא דקאמר שם בחד דאתי מפת ד' דאמר אי ציימת כו' דלא משום אימתא הוא דמפחיד להו אלא משום דינא הוא דאי דזבני מיני' באחריו קמאי בעל דיניה דמפיק מיניה עליה הדר ושלם באחריות נמי בע"ד נינהו ודינא הוא דמשתעי דינא גביה וכדאמרינן לעיל והוא הדין ליורשי מוכר כו' עיין שם הרי דגם יורשים יכולין לאישתעי דינא מטעם פרעומות.

וכן מבואר מדברי בעל המאירי המוכר ש"מ ב"ק (דף ח') אשר יוכא לקמן. ובס' שע"מ (סי' ק"ז) הקשה על הא דכ' שם בטוש"ע משם הבעה"ת דיורשים שמכרו קרקע של אביהו וכו' בעל חוב לטרוף דאין ביד היורשים לסלק לו ללוקח בקרקע שלהו אף בעדידות והביא ראיה מדקאמר ש"ס ב"ק (דף ח') בנתמי ושמע מינה אפי' רצו אין מסלקין אותו בשלהו ומה ראיה הא התם אביהו מכר ולא הניח פלום ואינו חייבין לשלם

חוב אביהן וגם תרעומות ליפא מה שאין פן אם הם מכרו לאחר מות אביהן הווי הן בע"ד דידין' וא"ל דמפקית עלי' דידי הדר וי"ל דיכול היורש לסלק אף בקרקע דידיה עינין שם ולא קשה פלל דאם באנו לומר דיכולין לסלק מטעם דהוי בע"ד מחשבי בע"ד אף על חוב אביהן אף אם לא ירשו פלל באחריות מטעם מצוה כנז' ואף שלא באחריות מ"מ לא ניקחא להו בתרעומות על אביהן אלא ודאי דהבעל חוב יכול לומר מה איכפת לי באחריות אביכן או תרעומות אני רוצה בשעבודי וכמו כן אף אם מכרו הו גם פן אינו יכולין לסלקו עם קרקע שלהן שאינו בשעבודו וז"פ: עוד כ' שם לדון אם היורש יכול לסלק במעות שלו ורצה לדמות להא דמבנאר סי' רכ"ו) במתנה שלא באחריות דלא מחשב לבעל דין ואין הנותן יכול לסלק לבעל חוב היכא שעשאו אפותקי במעות עינין שם.

ותמוהין דבריו איה ראה דין זה שם בטור כתב הנ"מ דראובן ישמע' דינא לסלקו בזווי אף באפותקי ולנ"מ זה ע"כ הפירוש בגמרא היינו דאף דלוקח אין בינו לסלק והמוכר אין לו מעות רק דמקבל מלוקח והי' ס"ד דלא טוב עושה לסלקו מהקרקע שעשאו אפותקי קמ"ל דרשאי לעשות או משום אחריות רוצה להטיב עם הלוקח דעכ"פ ישאר הקרקע בינו או מטעם תרעומות אבל ודאי אף במקום דלא שייך תרעומות כמו במתנה שלא באחריות אם הנותן מסלקו במעות ודאי פרעון בעל פרחו שמה פרעון וכיון דהמלנה בא רק בכת חובו מי יאמר דהלנה שהלנה לא יהי יכול לסלקו אמתה.

ודברי הרמ"א שם לא קאי על אפותקי רק נ"מ טובא אחרניא: וראיתי בש"מ ב"ק שם שכ' וז"ל ומכאן אני אומר בערב שנשא אחר מיתת הלנה ואין ליתומים נכסים לפרעו שגובה מן הערב בבינונית כמו שיתבאר מס' גיטין שיכול הערב ליתן זיבורית ליתומים לפרעו ממנה עכ"ל וקשה מאי ראי' מהא דהמוכ' או אף יורשי המוכר יהיו יכולין לסלקו היינו במעות דזה גם בידי היורשין לסלקו דפרעון בע"כ שמי' פרעון אבל ליתן קרקע ליתומים שהם יסלקו להבע"ח שלא מן הערב יכול הבע"ח לומר שיעבודי אני רוצה ושלכם איננו משמעבד לי כמבנאר בבעה"ת משם הרמב"ן דאף ום אם ירשו קרקעו' א"י לסלק עם קרקע שלהן.

ומכ"ש אם קנו קרקע מן הערב והיא זיבורית יאמר הבע"ח לאו בע"ד דידי אתון לסלק אותי מן שיעבודי. ואף להי"א בבעה"ת שם דיכול לסלק היינו בשדות שוויין ולא לגרוע דינא דבעל חוב ומטעם תיקון עולם אתו עלה אבל בערב לא יש שום סברא דיהיה בידי היורשים לסלק לבעל חוב אם לא ירשו וגם ראיי' הרמב"ן מש"ס דב"ק דמוקי בניתמי אלמ' דאינם יכולין לסלק לבעל חוב עם זיבורית שקנו ומכ"ש בערב ואף די"ל דהנהו הסוברים דיכולין לסלק לבעל חוב עם קרקע שלהם היינו דמוקי בש"ס ביתומים קטנים וכמו שכתב הרשב"א שם בחידושי' אבל ביתומים גדולים נאמר דיכולין לסלק לבעל חוב מ"מ לסלק השעבוד לנגד ערב אין מי שסובר פן דיהיה בידי היתומים לסלק עם קרקע שלהן שלא ירשו ודברי המאירי צ"ע: סי' חי קי"ל עשה שורו אפותקי ומכרו אין בעל חוב גובה וכ' הסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק י"ב) משם תשוב' רשב"א דהוא הדין אם נתן במתנה אין בעל חוב גובה ממנו ובתנמי' הביא דברי תוס' פתובות (דף מ"ט) דדוקא מכרו אבל נתנו במתנ' בעל חוב גובה ממנו וכתב דראייתם מהא דכ' רש"י דהקדש מפקיע מידי שעבוד עשה שורו אפותקי והקדישו קדושת הגוף וע"כ איירי בלא שיעבד לו

מטא"ק דאי שיעבד מה צורך לאפותקי הול"ל סתם דישעבד לו מטא"ק והיה בתוכו בהמות והקדישן אלא ודאי דלא שיעבד ואעפ"כ דוקא קדושת הגוף ולא קדושת דמים וכי גרע ממתנה אלא ודאי דגם ממקבל מתנה גובה והר"ן ותוס' נדרים דכולם פתבו באפותקי ש"מ דס"ל לחלק בין מתנה למכר.

ואינו ראיה חדא די"ל באמת דשיעבד מטאגמ"ק ורש"י נקט רבותא אף דעשה אפותקי מפנרש דהי"ס"ד לומר דעדיף משיעבוד ואינו יכול להפקיע וכמו שכ' התנמי' באמת לעיל מיני' (ס"ק ד') לפרש דברי רמב"ם דאם מכר ממכר עולם אינו מכורה דהו"ל פמוכר דבר שאינו שלו פי גוף השדה הוי פקנויה לבעל חוב רק תנאי שיכול לסלקו ואין המכר חל עיין שם ושם דבריו נפלאים הא לרבא דס"ל מפאן ולהבא גובה אף באפותקי מפנרש סובר מפאן ולהבא גובה ול"מ אקדיש מלנה כ"ז דמחוסר גובינא הרי דבעי שיגבה ונקנה לו מעת גובינא לא למפרע ומה"ט מפקיע מידי שיעבוד פמבואר תוס' ורשב"א גיטין (דף מ"א) אם פן על פרח דלא הוי פמוכר על תנאי ואף במקום דאינו יכול לסלק בזוזי גם פן מפקיע אם מהני מכירה פמבואר תוס' שם וגם פן מפאן ולהבא גובה מכ"ש במקו' ד יכול לסלק בזוזי והקדש מפקיע מידי שעבוד על פרח דלא הוי פמכר על תנאי ולא הוי פמוכר דבר שאינו שלו דאי דמר לאו דמר.

אולם מ"מ רבותא הוא דאף בעשה אפותקי מ"מ מפקיע ואף דינסיד הלנה לגמרי חובו דאמר ליה לא יהיה לה פרעון אלא מזו ורק מטעם מזיק שיעבודו יתחייב מהשתא לשלם פמו בעשה עבדו אפותקי ושחררו אבל החוב נפקע לגמרי והיה ס"ד דלא יפקיע מידי שעבוד קמ"ל דבכל אנפי מפקיע אבל לעולם י"ל דשיעבד לו מטאגמ"ק ולא הוצרך לפרש זאת דאם לא שיעבד לו מטאגמ"ק ואז אף אם מכר מפקיע וליכא סמיכת דעת ואף ממקבל מתנה גובה מכ"ש מהקדש אי לאו דקדושת הגוף פיון דחל שעה א' תו לא פקע ועוד אף אם נאמר דאף בלא שעבד אג"ק גם פן גובה מקדושת דמים מ"מ י"ל דשאני הקדש ממקבל מתנה דמתנה דומה למכר דאי לאו דעבד לי גיח נפשי' לא הוי יהיב ליה מתנה אבל גבי הקדש ליכא למימר הכי וכן מבואר סברא זו ברמב"ן יבמות (דף מ"ו) משם יש אומרים אולם סיים דלאו מילתא הוא דלא פלוג רבנן והעלה שם דגם ממקבל מתנה והקדש דמים לא גבי רק באקני לי מטאגמ"ק.

וכן מבואר מדברי בעה"ת שמ"ג ותוס' ב"ב (דף מ"ד) דהקדש מפקיע אפי' אקני ליה מטאגמ"ק ואעפ"כ קדושת הגוף מפקיע ולא קדושת דמים: ולכאורה יש להביא ראיה דגובה ממקבל מתנה מהא דקתני בבב"ת ב"ק (דל"ג) שחטו ונתנו במתנה מה שעשה עשוי ופריה בשלמא נתנו במתנה לרדיא אלא שחטו לימי ולשתלם מבשריה ומתרץ ל"ב אלא לפחת שחיטה ואמר ר"ה בריה דר"י זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור.

ומאי צריך לפרושי הכי הא י"ל דכיון דשחטו הוי פמטלטלי אחרים דתו ליה קלא כ"ז שהשור חי אית ליה קלא דתורא נגחנא הוא אבל בשחטו הוי פמו עשה שורו אפותקי דאין בעל חוב גובה מפנו דמים.

ואשמועינן הברייתא רבותא דאף ממקבל מתנה אינו גובה. וראיתי בפנ"י שם דעמד על זה ומדחיק עצמו לפירוש זה למה נקט נתנו במתנה ולא הרגיש דנה תלך במחלוקת הפוסקים הנז' ויהי' מזה הוכחה דבאמת גובה ממקבל מתנה: ברם שלא להרבות מחלוקת

י"ל דהיכא דיתחייב הלנה עכ"פ לשלם מטעם מזיק שעבודו ויהיה מקום להמלוה לגבות בזה השווו חז"ל מידותיהם פנין דחשו לפסידא דלקוחות ואינו גובה מלוקח הואיל דלית ליה קלא כמו כן אינו גובה ממקבל מתנה אבל אם נאמר המזיק שיעבודו ש"ח פטור לשלם בזה די לתקנה שמלוקח לא יגבה אף דיפסיד על ידי זה לגמרי מה שאין פן ממקבל מתנה שפיר גובה ולמה יחושו חז"ל לתקנה מקבלי מתנה יותר מתקנת המלוה שיפסיד לגמרי אם לא יגבה ממקבל מתנה וי"ל דבזה גם הרמב"ן ורשב"א מודים דגובה ממקבל מתנה.

ואתי שפיר סוגית הש"ס הנז' דשם ס"ל המזיק שיעבודו ש"ח פטור. ונמתק בזה סוגית הש"ס שם דקאמר זאת אומרת המזיק שש"ח פטור ופריה פשיטא ומתרג' מ"ד התם הוא דאמר ליה לא חסרתיה ול"מ דא"ל זיקא בעלמא הוא דשקלי מינה אבל בעלמא ליחייב קמ"ל ויש להבין אם פן מנ"ל לר"ה דלא שני לן ביניהו ועיין שם בש"מ דכ' דר"ה מסב'ר דנפשי' אמר זאת ולמה שכ' י"ל דר"ה הוכיח דאף בחפר בה בורות גם פן פטור ומה דמפרש רב שיזבי הברייתא לענין פחת שחיטה ולמה לא בפשיטות דשחטו ונתנו במתנה פנין דכבר לית לי' קלא לכה מה שעשה עשוי ואינו גובה כמו אלו מוכרו דאינו גובה ואשמעינן רבותא דאף מן מקבל מתנה אינו גובה אלא ודאי דסובר המזיק שיעבודו ש"ח פטור ואם פן בשור תם דאינו גובה אלא מגופו ולא נשאר שום חיוב על הבעלים ואם מצד מזיק יהי' פטור בזה לא יעשו חז"ל תקנה שלא לגבות ממקבל מתנה במקום פסיד' דבעל חוב ולכה צריה לאוקמי לענין פחת שחיטה: גם י"ל אף אם נאמר דאף לדין דמזיק שעבודו חייב מ"מ גובה ממקבל מתנה הטעם הוא משום דעכ"פ יפסיד הבעל חוב דנפקע שעבודו מזמן הראשון ונעשה חיוב חדש מצד מזיק וזה דוקא באפותקי מפורש דאם לא יגבה יפסיד ויהי' בעל חוב מאןחר אבל באפותקי סתם דמ"מ נשאר שעבודו הקדום רק דלא יגבה ממקבל מתנה בזה מודו תוס' דאינו גובה.

אולם ממה דהוכיחו תוס' מדנקט רבא מוכרו משמע דאף באפותקי סתם גם פן גובה ממקבל מתנה דאין זה סברא להעדיף אפותקי מפורש ועדיין צ"ע בזה: סי' יט אם עשה עבדו אפותקי ומת הלנה ושחררו היורשים מסתפק התנאים אף דינד בן פיז אב מ"מ הואיל דלא מצוי היורש לסלק לבעל חוב בזווי באפותקי מפורש אין פאן שיור וברשותו דמלוה קאי בכל אופן והניח בצ"ע ולכאורה נראה כדבריו מדברי תוס' גיטין (דף מ"א) דהקשו בהה' איצטלא דפרסי' אמיתנא אמאי קנייה מיתנא הא א"י לסלקה בזווי דהדין עמה ומודה רבא דלמפרע גובה ותירצו דמ"מ פנין דמשמשין באיצטל' לעשות בו כל חפצם ואם מכרוהו לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזווי אמרינן מפאן ולהבא גובה ובודאי עיקר פוננתם דחשוב כשלהן בשביל אם מכרוהו לא טרפה מלקוחות דבשביל שמשמשין לחוד לא מגרע זכותה דאשה דהא שור תם אף דיש לו למזיק רשות להשתמש ומ"מ פנין דאינו יכול לסלקו בזווי מודה רבא דלמפרע גובה ואין מפקיע מידי שיעבוד כמו שכ' תוס' שם אלא ודאי עיק' הטעם הואיל דאם מכרוהו לא טרפה מלקוחות בזה מפקיע מידי שעבוד ובמקום דטורף מלקוחות ואינו יכול לסלק בזווי לא המוכר ולא הלוקח אמרינן למפרע גובה ואם פן מבואר דאינו ביז היורשי' להפקיע האפותקי בשחררו היכא דאם מכרוהו טורף מלקוחות ובעשה עבדו אפותקי ומכרו גובה מלקוחות דאית ליה קלא ושחרר דאדון מהני הואיל דיכול לסלקו בזווי מה שאין פן היורשים



אולם דעת רוב ראשונים לא כן הוא דעל פְּרָחָה תוס' סוכרים פֶּאן פְּדַעַת רמב"ם דְּהָא דְּלָא מְהַנִּי מְכִירָה בְּנִכְסֵי צֵאן בְּרִזְל דְּאִשָּׁה הוּא רַק בְּקָרְקַע וְלֹא בְּמַטְלָטְלִין כְּמִבְנוֹאֵר בְּדִבְרֵיו (פְּרָק ל' הַלְכוֹת מְכִירָה) וְאֵה"ע (ס' צ') אֲבָל הֶרְמֵב"ן וְרִשְׁב"א וְר"ן וְיִתְר רֵאשׁוֹנֵי וְהָרָא"ש חוֹלְקִים עָלָיו וְסִבְרוּ דְּהַמְכַנְסֵת שׁוּם לְבַעֲלָהּ סוּגְיָא דִּיבְמוֹת (דף ס"ו) הוּא גַם בְּמַטְלָטְלִין ל"מ מְכִירָה וּבְכָל זֹאת מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׁיַעְבּוּד וְכְמִבְנוֹאֵר שְׁם בְּש"ס הַטַּעַם מְשׁוּם דְּמַחְנוֹסֵר גְּבוּיָנָא וְכָל זְמַן דְּלָא גְּבַתָּה בְּרִשׁוּתָּהּ קֵאִי: אָף מ"מ י"ל ל"מ ש' רִש"י שְׁם הַטַּעַם דְּכָל פְּמָה דְּלָא גְּבַתִּינָהּ לָאוּ בְּרִשׁוּתָּהּ קְוִימִי אֲלֵא שְׁיַעְבּוּדָא בְּעֵלְמָא דְּהָא אִם נֶאֱנָסוּ אוּ אֲבָדוּ חֵיבֵיב בְּאַחְרֵיּוֹתָן אֲתִי הַקְדָּשׁ דְּאֶקְדָּשׁוּ יִתְמִי וּמְפָקַע לָהּ לְשַׁעְבּוּדֵיהוּ וְיִהְיֵי דְּמִי וְכ"כ הָרִי"ף וְהָרָא"ש שְׁם טַעַם זֶה דְּמַחְנוֹסֵר גְּבוּיָנָא הוּאִיל דְּאִם אֲבָדוּ חֵיבֵיבִין מְזָה נִרְאָה דְּהִיכָא דְּלָא הָוִי פְּלֵל בְּאַחְרֵיּוֹתָן שְׁל הִיתוּמִים לָא הָוִי בְּרִשׁוּתָּהּ דִּיתוּמִים וְאִין בְּכַח הַקְדָּשׁ לְהַפְקִיעַ מִיַּדִּי שְׁיַעְבּוּד וּלְפִי זֶה בְּאֶפּוֹתְקִי מְפּוֹרָשׁ דְּאִם שְׁטָפָה נְהָר אִינוּ גּוֹבָה מְשַׁאֵר נְכִסִּים וְאִין בְּאַחְרֵיּוֹת עוֹד לְשׁוּם דְּבָר וְגַם אִין בְּיָדָם לְסַלֵּק בְּזוּזֵי אִין בְּיָדָם לְהַפְקִיעַ מִיַּדִּי שְׁעָבּוּד.

ולפי זה דוק! אם נשאר נכסי ליתמי שתוכל האשה לגבות חובה הנצ"ב ממ"א אז קניה מיתנא פיון דנשאר האי צטלא עוד על אחריות יתומים ולית לה לאשה על האי צטלא רק שעבוד אבל אם ל"ה נשאר נכסים מאביהם פלל ואין לגבות ממ"א ולסלקה בזוזי אין בידם ואין פאן שום אחריות עוד על היתומים בזה מודה רבא דלמפרע גובה ואין בידם לאסור עליה.

ואולי לזה כ' שם רש"י ויהבי דמי ומה בעי רש"י לזה מה נ"מ לן בזה אם יהבי דמי או לא ולמה שכ' אתי שפיר דרש"י בא לברר דרק פיון דעדיין באחריותם עכ"פ לכה לא הוי רק שיעבוד ול"א בזה למפרע גובה אבל אם לא ירשו כלום דשוב ליפא באחריותם פלל בזה אף לרבא למפרע גובה הואיל דאינו יכול למכרו ולסלקה בזוזי.

ולפי זה אפשר לומר במת והניח עבדי צ"ב באלמנה לכהן גדול לא יאכלו בתרומה מיד שמת אם ליפא נכסים אחרים ובתוס' שם ד"ה גזירה כתבו דבעבדי צ"ב לא שייך למיגזר אפי' למ"ד הדין עמה דכ"ז שלא גבתה בב"ד אוכלין מכוחו ואחר שגבתה ושמו לה ב"ד הרי פאלו קנתה עבדים לאחר מיתת בעלה הרי דהוי פאלו קנתה אחר כך ול"א בזה למפרע גובה היינו דוקא אם נשאר נכסי בעלה וקאי באחריותו אבל אם לא נשאר עוד שום דבר ליפא חייב אחריות בזה אמרינו למפרע גובה אולם י"ל דמ"מ לגבי נכסי צ"ב אף דלא נשאר כלום מ"מ אם מת העבד נשאר חוב על בעלה עכ"פ הואיל דכ"ז שלא גבתה הרי הו באחריות לאו דיידה הוי ולית לה רק שעבוד על הנכסי צ"ב ויכולין להפקיע משעבודה פמוכן.

אולם באפותקי מפורש דלא נשאר שום שעבוד וחייב רק על האפותקי וכיון דאין היורשים יכולין להפקיע ולסלק בזוזי כמו דלא מהני מקר אף קדושת הגוף אינו מפקיע מיד שיעבוד.

ולפי דעת רוב הפוסקים (סי' קט"ו) דאפילו לא מסיק רק שיעור ארעא לבד נוטל כל השבח פי קרקעו השבית דאפותקי גופה של קרקע יש לו כמו שכ' הרי"ף בתשובה (סי' ר"ד) וע"כ אעפ"כ יכול להפקיע משיעבוד הואיל דיכול לסלקו בזוזי ושבח דיוקרא גמי

של הלנה הוא מה שאין פן פשמת ואין ביד היתומים לסלקו בזווי וגם שבח דיןקרא למלנה הוא שוב אין ביד היורשים להפקיעו ולשחררו: והנה מדברי תוס' הנז' מוכח לכאורה גם פן דסברו דבאפותקי גובה מהקדש דמים וכדעת תוס' פתובות שהבאתי לעיל דדוקא מכרו אינו גובה אבל ממקבל מתנה גובה דאם לא פן למה צריך בש"ס יבמות גבי איצטלא לומר רבא לטעמיה הא אף אם קדושת הגוף לא יפקיע מן השעבוד מ"מ לא גרע מאם מכרו אלא ודאי כמו דממקבל מתנה והקדש דמים גובה.

וראיתי בבית מאיר בצלעות הבית (סי' ו') דכ' דגם דעת הטור פדעת רמב"ם ותוס' דמהני מכירה בנכסי צ"ב וגם דעת הטור דאף מקדושת דמים אינו גובה מהקדש ממטלטלין ולכך כ' באה"ע (סי' פ"ח) הדין של איצטלא והוסיף לכתוב דין הקדש ולמה פתב דין שאינו נוהג בזמנינו והיש"ש הרגיש בזה אלא ודאי דאף בקדושת דמים מפקיע במטלטלין וכ' דהא דקאמר רבא לטעמיה הוא משום דרבא אמר קניה מיתנא משמעו נמי בכל צד אפי' אין לאשה שוב ממה לגבות ואפי' יש לה שיעבוד מטאגמ"ק בכל אופן קני' מיתנא לכן פתר דמשני מי לא מודה רבא דברשותו קנינא ור"ל למכירה אם מכרו ממכרו קניי' והיא צריכה לעול דמים מניתי דרבא לטעמיה דמשום זה קני' מיתנא לגמרי ואפילו לית להו זווי לסלק אינו יכול לטרוף מן קדושת המת הואיל וחייל שוב לא פקע ואפי' הנה לה שעבוד מטאגמ"ק בכל ענין אבל ודאי היכא דרוצים לתת לה הדמים בזה אין צריך לטעמיה דרבא דאף קדושת דמים נמי מפקיע עכ"ד: ואני לא אבין ממנ"פ אם נחזיק פדעת תוס' דמכירה מהני היינו על פרוק מבעי טיקון עולם כמו בפעשה שורו אפותקי ומכרו דאין בעל חוב גובה ובזה אף דלא נשאר ממה לסלק לבעל חוב ומפסיד הבעל חוב מ"מ אינו יכול לגבות ולא איכפת ליה ללוקח ואם נשתעבד במטלטלין אמ"ק דאית לי' קלא בזה נשאר האפותקי על חזקתו וא"י לסלק לו הלוקח והיתומים בזווי ובנדאי מה שכ' תוס' ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזווי אמרינן מפאן ולהבא גובה ודאי אין הפוננה דוקא אם נשאר מקום לסלק ואם אין ממה לסלק יהנה הדין דטרפה מלקוחות זה דבר חדש שלא שמענו דחז"ל יעשו תקנה כדי דהיורשים לא יהיו יכולי' לסלק' בזווי ומשום שבח בית אביה יכולה לומר פלי אני נוטל ואם ימכרו יהנה מהני מכירה ויהנה עדיף כח הלוקח מכח המוכר ובאפותקי הוא להיפך הבעלים יכולים לסלק בזווי ולא הלוקח זה נגד הסבר' ואיה ראה תקנה הזאת לגבי נצ"ב דהיורשים לא יהנה בידם לסלק ואם אין ממה לסלק תהנה טורפת מלוקח ממנ"פ אם נאמר הואיל דלית ליה קלא אינו טורפת מלוקח כמו בפעשה שורו אפותקי ומכרו ממילא לא איכפת ליה ללוקח אם ימצא לה ממה לסלק בדמים אולא ימצא וממילא אם פתב לה מטאגמ"ק פשטרפה מלקוחות א"י לסלקה בדמים דהוי פאפותקי לענין זה וכמו באם עשה שורו אפותקי מטאגמ"ק דגובה ואין הלוקח יכול לסלקה בדמים ובזה שוב אמרינן למפרע גובה ואף קדושת הגוף אינו מפקיע מידי שעבוד פקושת תוס' וע"כ דלית לה מטאגמ"ק איירי והואיל דלית ליה קלא אם מכרוה אינה טורפת מלקוחות ואם פן שוב למה צריך רבא לטעמיה וכבר הקשו כזאת בגד"ת (שמ"ג ח"ג) בשיטת ר"ה.

ובאמת דעת התוס' גיטין שם פנראה דמקדושת דמים גובה אף בלית לי' מטאגמ"ק כמו שהוכיח במישור במח"א דיני גב"ח מדהקשו למה לא קאמר רבא נמי מכר כמו עשה שורו אפותקי ומכרו דאין בעל חוב גובה ממנו אם פן מוכח דהא דהקדש מפקיע איירי

אף בלא שיעבד לו אגב קרקע דאי באגב הא בכה"ג במקר אינו מפקיע מידי שיעבוד ואפ"ה ס"ל דהא דקאמר רבא הקדש מפקיע הוא דוקא קדושת הגוף ולא קדושת דמים הרי דס"ל בפירוש דמהקדש גובה ממטלטלין אם פן צריף הש"ס יבמות לומר רבא לטעמי' רק הב"מ דחק א"ע פדי להעמיד גם דעת הטור פדעת רמב"ם דבנצ"ב מהני מכירה במטלטלין והטור דסובר להדיא דכח הקדש דמים לא קיל ממפר לכן דחיק לי' לחדש פירוש רחוק אולם באמת מהיכי פיתי נאמר דהטור חולק על הרא"ש ורמב"ן ורשב"א וכהסכמת אחרונים שכ' בריב"ש מובא בב"ש דאף במטלטלין לא מהני מכירה והא דכ' הטור (סי' פ"ח) דין הקדש לא קשה כלל דודאי גם היום נ"מ בקדושת הגוף דמפקיע פגון ע"ז כמו שכ' תוס' והא דלא מפרש רבא גם פן ע"ז פבר כ' רמב"ן יבמות (דף מ"ז) דהיינו הקדש ובכלל הקדש הוא והטור סמך א"ע (דבסי' קי"ז) בח"מ פ"א דוקא קדושת הגוף וכדומה: סי' ד' אם עשה עבדו אפותקי ושיחררו דעת רוב ראשונים דקיי"ל פרשב"ג דרבו פותב לו שטר על דמיו דמזיק שיעבודו ש"ח חייב ויש להסתפק אם הונל העבד ובשעת השחרור לא הי' שנה פדי כל החוב אם חייב לשלם פדי כל חובו או לא דכיון דאם מת העבד אינו חייב כלום רק מטעם מזיק אתי עלה המלנה ומה"ט מבואר ברמב"ם ובטור דטורף מזמן זה השטר שכותב לו עכשיו דשטר הראשון פבר נפרע אם פן אינו חייב רק כמו שהזיק.

אולם מלשון רמב"ם (פ' ח"י) ממלנה דכתב והרי בעל חוב גובה חובו מן הלנה משמע קצת דגובה כל חובו. וביותר משמע פן מלשון פירוש משניות לרמב"ם גיטין דכ' שם לת"ק דעבד פותב שטר לרבו שני כ' וכותב שטר עליו בשויו ולא במה שיש לו עליו מן החוב אם הנה החוב יותר מדמיו וזה מה שאמר פותב שטר על דמיו.

ובדברי רשב"ג דאמר אינו פותב אלא משחרר כ' שהמשחרר הוא שיכתוב החוב עליו לפי שהוא הזיק שיעבודו ש"ח עכ"ל. ונראה דמדייק דכשהעבד פותב אמר רק על דמיו בשויו וכאשר הדין דהמזיק חייב אמר החוב עליו ומשמע פדי כל החוב [ובבעה"ת (שמ"ג) כ' והעבד פותב שטר על דמיו בכדי החוב שהנה לנה עליו וזה ודאי קשה אמאי יתחייב לשלם יותר משויו].

וצ"ל דס"ל פנין דתקנו חז"ל פדי שלא יוציא לעז עליו ויאמר עבדי אתה שיפייס אותו בחיובו צריף לסלק כל חובו ויותר נראה דט"ס הוא בבעה"ת וצ"ל בכדי החוב שהי' לנה עליו היינו נמי פדי שויו ושלא לעשות מחלוקת בין הפירוש משניות לבעה"ת] ויש להבין במה יתחייב מזיק זה לשלם יותר ממזיק דעלמא דאינו משלם רק כפי שהי' שנה בשעה שהזיק ואף אם נתתיקר הפלי אחר פן אינו חייב רק פשעת ההיזק ואמאי יתחייב פאן לכתוב שטר בכדי כל החוב וצ"ע: ומכאן מבואר דאף דלא השלים הלנה התנאי והפסידו האפותקי מ"מ לא נתבטל שם אפותקי מההלנאה הואיל דבידיים הזיקו דמ"מ מה דהזיק הני כמו מזיק אחר וחובו נפקע ונעשה חיוב חדש מצד מזיק וגובה מן העדית ול"א אדעתא דהכי לא הלנה לו ותמהני מאד על הגאון בעל נתה"מ שכ' (סי' שי"ב) שאם אינו רוצה ליתן גוף האפותקי או שהלנה קלקל בעצמו ודאי דגם שאר נכסיו משועבדין עיין שם בדבריו ולפנינו מבואר בש"ס וכל הפוסקים דאף אם הלנה בעצמו קלקל הני כמו אלו אחר קלקל או נאבד ונגנב דחוב הראשון נפקע ורק מצד מזיק חייב מחדש לשלם

אם מזיק שיעבודו חייב ואם פטור אז גם אם הלנה בעצמו קלל ג"כ פטור ועימ"ש לעיל דיני הלנה (סי' ס"ג אות ל"ב) בזה: ואי לא דמסתפינא הייתי אומר בנדעת הראב"ד דפוסק דמזיק שיעבודו דפטור וא"ד לשורף שטרותיו דבדחבירו עביד דקאי רק על אפותקי סתם דנשאר שיעבוד וחיוב הגוף של החוב רק דהפסידו במה שהזיק שיעבודו מקרקע הזאת או מן העבד הזה ובזה פליגו רבנן ורשב"ג אם מזיק שיעבודו כה"ג חייב ומתניתין איירי באפותקי סתם כמו שנתראה מדברי רש"י במתניתין רק תוס' ור"ן הוכיחו דע"כ איירי באפותקי מפורש דאי לא הכי אמאי פטור הרי עדיין חייב לו חובו ועיין שם ברשב"ג דלא אמרו מזיק שיעבודו חייב אלא בשמזיקו לגמרי שאין לו שיעבוד אחר ובפנ"י שם פתב ליישב דברי רש"י דאף שצריך לפרוע חובו אפתי נ"מ דאי מזיק שיעבודו חייב צריך ליתן מעידיות ואי מדין בעל חוב הוי בבינונית ודכרי סתומים הא מ"מ פיון דחייב לשלם חובו למה צריך עבד לכתוב לו שטר מה ירויח בזה יותר ממה שיכתוב לו רבו אי דנשא חייבו הראשון היעלה עה"ד דהעבד צריך לכתוב לו לגבות מעידיית פדיון מזיק אף דלא עבד מידי ומה"ד פטור וגם באפותקי סתם דנשאר חייבו הראשון למה יוציא לעזו עליו.

אולם י"ל אף דהרשב"ג א"כ דדוקא פשמזיקו לגמרי חייב לא כשסילק שיעבוד אחד מ"מ מצינו דהרא"ה חולק על זה מוכא בריטב"א מפות (דף ד') וז"ל מכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במוכר שט"ח לחבירו והצריך לו זמן שזה בכלל מה שאמרו וחרז ומחלו מחול כו' חייב לשלם מה שהפסיד באריכו' זמן שאומדין כמה הנה נותן וכן אם מחל לו זכות ערבות או שיעבוד שום קרקע שמין כמה יפחתו דמי החוב מפני כן אם בא למכרו ומשלם לו עכ"ל הרי להדיא דאף באם נשאר חייבו של החוב בשלימות בחיוב הגוף ונקסי רק שסילק ממנו שיעבוד קרקע אחת ונפחת על ידי זה דמי החוב חייב לשלם מטעם מזיק מכ"ש בגונוי דמתניתין דעשא אפותקי סתם ואין לו ממ"א לגבות כמו דנראה דנקט וכותב לו המשחרר אם פן נדאי נפחת דמי החוב וזה חייב המשחרר לשלם לרשב"ג להשלים ההפסד כמה שנפחת לו החוב ולת"ק דמזיק שיעבודו פטור מפני תיקון העולם שלא יוציא לעז על בניו פיון דאין לו עכשיו ממקום אחר לגבות וזה הנה לו לאפותקי כופין לרבו שני לשחררו וכותב עבד שטר על דמיו היינו דמי ההיזק וכמו שפירש הרמב"ם דדמיו אין הפירוש פל החוב רק כפי שויו פן נמי לפירש"י דאיירי באפותקי סתם הפירוש על דמיו כפי מה שהנה לו היזק על ידי שחררו דנפחת דמי החוב ובכה"ג פוסק הראב"ד כת"ק דבכה"ג מזיק שיעבודו פטור הואיל דלאו בדחבירו עביד פיון דל"ה אפותקי מפורש ונשאר בחייבו אכל באפותקי מפור' י"ל דגם הראב"ד מודה פיון דאין לו ממקום אחר לגבות חובו חייב.

ומנושב מה דהקשו על דברי הראב"ד שכ' הטור (סי' ק"ד) דירוש שהפסיד נכסי אביו דירוש חייב לשלם לבעל חוב של אביו דהוי מזיק שיעבודו של חבירו. ולמה שכ' אתי שפיר דשם פיון דאין לו עוד ממ"א ותקנה לגבות בזה הוי כאלו בדחבירו עביד מה שאין כן באפותקי סתם.

וכן בשור תם ב"ק (דף ל"ג) דנראה שם גם הראב"ד מודה דחייב כמו שכ' שם בש"מ הוא גם פן מה"ט (ובכ"ס' ק"ד ס"א) מבואר עוד יותר דאף בעל חוב מאוחר שגבה ומכר

לנכרי ואין המוקדם יכול להוציא ממנו דחיב המאחר לשלם מטעם גרמי ושמ לא אינרי באפותקי ואעפ"כ חייב מטעם מזיק משום דאין לו ממה לגבות ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני גב"ח (סי' י"ב) ובזה י"ל דגם הראב"ד מודה דחייב דעשה בדחבירו מה שאין כן בלנה עצמו שהזיק דעשה בדנפשו דהגוף שלו הוא וגם רשאי למפנר דכחל לסלק בזווי לכה פטור באפותקי סתם אבל באפותקי מפנרש דקנה גופא י"ל דגם הראב"ד מודה דחייב פנין דלא נשאר עוד שום מקום לגבות: ולפי"ז י"ל באמת לדעת רש"י וראב"ד אף אם עשה אפותקי מפנרש נשאר חוב הראשון דאף דאם נשתדף ונפסד אפותקי נפקע החוב מ"מ כ"ז שהעפכה מן הלנה דהוא הפסיד האפותקי ולא השלים התנאי חייב לשלם או מטעם דכ' הנתיבות הנז' או מטעם דהוי אומדנא דמוכח דלא ע"ד זה הלנה לו שפסיד האפותקי וצ"ע: סי' כ' אהגם דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד מ"מ מטעם דלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון פודה בדבר מועט ודמי הפדיון יוסיף על החוב ויגבנו מן הלנה.

כמבואר ש"ס ערכין (דף כ"ג) וטור ורמ"א (סי' קי"ז) ולמד מזה הרא"ש פתובות פ' הכותב דכ"כ צריך הלנה לשלם שחר השליח כשאינו כאן וכן פסק היש"ש ב"ק מובא בקצוה"ח (סי' י"ד) והקצוה"ח הקשה בזה הא זה שהקדיש נכסיו הזיק שיעבודו כמו יתומים שמכרו שיעבודו של בעל חוב דחייבים לשלם מש"ה דין הוא שיתחייב לשלם דמי הפדיון אבל במה דלנה לא פשע שהלה מביתו אף דלטובתו מ"מ אמאי יתחייב לשלם וכ' דהרא"ש לשיטתו בדוחף מטבע לים אם מצוי בר אמוראי למשקלני לא הוי רק גרמא פנין דלא הזיק גוף הדבר ופטור מההוצאה ה"נ פנין דמצוי לפדותו אינו חייב מצד מזיק ואפ"ה חייב להוסיף על פרחה הטעם משום דהוא טובתו אם כן ה"ד בשולח אחריו שליח אבל להסוברים דחייב בדוחף מדד"ג אינו ראיה עיין שם עוד.

ולענ"ד לא הוי מזיק במה שהקדישו רק גורם דגורם ושאני דוחף מטבע דעשה מעשה בידו בממונו של חבירו אבל כאן אף אם חפר בורות ומערות בגוף הקרקע גם כן לא הוי רק גורם וממילא אם צנה לחשו"ק לחפנר פטור לדעת בעה"ת המובא בפ"ה (סי' שפ"ו) בשורף שטרות על ידי גורם דפטור דגורם אינו חייב לשלם והכא נמי על ידי דבורו שהקדיש גרם למלנה שיצטרף לפדות מהקדש בדבר מועט אבל גוף השיעבוד עדיין קיים עליו אף בזמן שהוא של הקדש דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד ולא עשה שום דבר רק שגרם לו בדבורו שיפדה ומצד גורם ראוי שיהיה פטור ואעפ"כ חייב הלנה על פרחה משום דהוא לטובתו ועיין קצוה"ח (סי' כ"ה) דאף לדעת רא"ש דהיכא דקם דינא הוי מזיק ממש דדיבור הוי מזיק הא דמוכר שטר חוב וחסר ומחלו לא הוי רק גורם פנין דאין ללוקח בגוף החוב רק שיעבוד ומזיק שיעבוד הוי רק גרמי עיין שם אם כן אם לא הזיק ממש רק גרם לו דמי פדיון הוי רק גורם דגורם ואף לדעת רמב"ן דגורם דגורם חייב י"ל בכה"ג פטור.

ומה שכ' עוד לנה שצריך לפרנע בשומת ב"ד אם כן פי הקדיש צריך הלנה להשלים איני יודע לכונן דבריו הא הקרקע שנה פדי החוב רק דמי פדיון חסר וזה לא נכנסת שומא דהוי באמת רק מלנה על פה ואינו גובה רק מבני חורין כמו שכ' בדרישה כאן: גם בלא"ה דעת הרא"ש אף אם מכרו יתומים קרקע שירשו מאביהם לעפ"ם ואלם ואין הבעל חוב

יכול לגבות אינן חייבין לשלם דלא הווי מזיק שיעבודו ש"ח דלא קלקלו גוף הקרקע כמבואר בטור (סי' קי"ז) אם פן מכ"ש כשהקדיש קדושת דמים דיכול לגבות ושיעבודו קיים רק מטעם שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון צריך לפדות בדבר מועט לא יתחייב מצד גרמי.

ברם אם הקדיש קדושת הגוף י"ל דגם הרא"ש מודה דחייב לשלם מצד מזיק דהא בשחרר עבד שהווי אפוקי מבואר דחייב ועל פירוש צריך לומר דזה חשוב קלקול גוף השיעבוד דנשפטה הגוף לגמרי ועיין רש"י א"ג גיטין (דף נ"ג) דהוי היזק נזכר מה"ט דהוציא מרשותו וכן בקדושת הגוף דנפקע השיעבוד לגמרי הוי כמו חפר בה בורות ונדקא כשמצדו לגוי או אלם השיעבודו נשאר רק דמצד אלמות אינו יכול לגבות ואף במלוה על פה כשמצדו נשאר רק דאינו רוצה לגבו' זה לא הוי רק גרמא ופטור לדעת הרא"ש אבל בקדושת הגוף דנפקע לגמרי השיעבוד הגוף מודה הרא"ש דחייב לשלם: וראיתי בס"מ (סי' צ"ג) דהביא ראיה דהיכא דלא קלקל בגוף הקרקע לא הוי מזיק מב"ק (די"ג) נכסי המינוחדי פ"ט לנכסי הפקר אמר רבינא למעוטי נגח ואחר כך הפקיר וכו' פסקינן בח"מ (סי' ת"ו) והיכי תנו נכסים המינוחדים למעט המזיק מתשלומין הא מזיק שיעבודא חייב וצ"ע על החולקים ע"כ דבריו ודבריו מוקשים הא בכה"ג דהוציא מרשותו' לגמרי ונפקע השיעבוד גם הרא"ש מודה דחייב דהוי יותר מקלקול.

אולם לא קשה כלל דהא דעת כמה מראשונים שם בש"מ דזה דוקא במועד וכמו דמשמע שם מרש"י ותוס' דבתם הואיל דינוחלט השור והקדישו אינו מוקדש רק מדר' אבהו כמבואר (דף ל"ג) ומכרו אינו מכור לגמרי לר"ע דינוחלט השור וממילא אין בידו להפקירו ועיין בבאר הגולה (סי' ת"ו) שם שהעלה ג"כ פן אם פן לא שייך פאן מזיק שיעבודו דכל נכסיו משועבדים רק גרם שלא יוכל לבא לידי גמר דין כמה שהפקיר ולא עשה בשל חבירו כלל דאינו גובה מגופ' רק מן העליה ואף דגם שור זה נשפעה לא הוי רק גורם שלא יבא לידי גבייה ובזה כ"ע מודים דלא הוי מזיק.

ואף לדעת ראב"ד בש"מ שם דאף בתם אע"ג דלא קיי"ל כר"י לענין קטלא דשור לענין תשלומין מיהא אם הפקירו או הקדישו קודם העמדה בדין פטור דכתיב ומכרו את השור החי וקצו את כספו אלמא בדאית ליה בעלים בשעת תשלומין איירי.

מ"מ בתם דקנס הוא ואינו חייב עד שעת העמדה בדין ולאחר העמדה בדין חל החיוב למפרע אם פן לא גרם רק שלא יחול החיוב ולא הוי רק גרמא. וראיתי בא"מ אה"ע שם שהרגיש בזה דא"ח עד שעת העמדה בדין והוי כמו עשאהו טמון בא"ש.

אולם לרוב ראשונים קאי שם במועד לא הוי רק גרמא בכה"ג כנז' ובלא"ה ל"ק דאף אם יהיה חייב לשלם בחיוב חדש מצד מזיק שיעבודו מ"מ אתי שפיר דקתני במתניתין נכסים המינוחדים פ"ט אם הפקיר דפטור מצד חיוב הנגיחה אבל מצד מזיק אם נתפגין לגרם היזק חייב חייב חדש ונ"מ אם לא ידע דנגח וכדומה דהפקיר באונס ודעת רמב"ן דבגרמי לא מרבינן אונס כרצון.

ולדעת ראב"ד דאף בתם אם הקדיש קודם העמדה בדין פטור הא דקתני (בדף ל"ג) הקדישו מוקדש מדברי אבהו הרי דבתם מהני העמדה בדין אף אחר שהקדיש. ובגליון

משניות מרבינו עק"א ו"ל עמד במס' ב"ק (אות מ"ה) על דברי רא"ש מש"ס ב"ק הנז' ותמהני שלא הביא דברי הבה"ג והראשונים דבתם לא בעי בפעלים בשעת העמדה בדין.

אולם ע"ד הר"ב"ד קשה ואולי דעת הר"ב"ד דנ"קא בקדושת הגוף דפקע שם בפעלים לגמרי דלית לי' פדיון אכל קדושת דמים דאית לי' פדיון והדין הוא הקדש שנה מנה שחילל על ש"פ מחולל וכתבו תוס' מנחות (דף ע"א) דנ"קא בפעלים יכולים לפדות על ש"פ ולא אחרים הרי דיש עוד לפעלים זכות בהקדש דמים יותר מאחרים הוי ממילא פיש לו בפעלים בשעת העמדה בדין אולם בהא דרבי יהודא ב"ק (דף מ"ד) לעגנו קטלא בנגח ואחר כה הקדש דחשיב לית לי' בפעלים איירי גם כן רק בקדושת דמים כמבואר שם בש"מ דפסול להקרבה הרי דל"ח בפעלים אף בקדושת דמים כמו כן לעגנו תשלומין לדעת הר"ב"ד בתם ל"ח בפעלים.

אף י"ל פיון דיליף מדכתיב ונצו את כספו י"ל דנ"קא אם יש עוד צורך בו לפעלים דשנה יותר מחצי נזק של שור הנזק אכל אם אינו שנה יותר כגון בשור שנה מנה שנגח שור שנה מאתי' בזה ל"ב בפעלים הראשונים בשעת העמדה בדין: נחזור לעניינינו דנדאי היקא דהפקיע לגמרי מרשות בפעלים מוד' הרא"ש דחשיב מצד מזיק ובתומים (סי' ק"ז ס"ק ז') העלה בדעת הרא"ש דנ"קא במכר לגוי או לאלם דשעבודו קיים רק אריה דרביע עלה אכל במע"פ שאין למלנה זכות על הלוקח בדיני ישראל דומה למשחרר עבד.

ועדיין קשה אם נאמר דהיכ' דהפקיע השיעבוד לגמרי חשיב מזיק גמי במכרו לנכרי יתחייב ודומ' לשורף שטרותיו של חבירו דשם נדאי מה"ד נשאר החיוב על הלנה שהי' חייב למלנה לשלם רק הואיל דאנו לא ידענו מה פתוב ביה לא יכול לברר הדברים בפני ב"ד ולהוציא בדיינים אכל כל חיובו שהי' לו פתוב בשטר נשאר בתוקפו וככל זאת חייב השורף לשלם מדד"ג הואיל דסלק ממנו ראיותיו וגרם לו שלא יכול להוציא בדייני' מכ"ש זה שפכר לנכרי דסלק ממנו זכותו שהי' לו לטרון ולגבות ועכשיו אינו יכול.

ובאבני מלוואים שם פשוט לי' בדעת הרא"ש דאף במע"פ שפכרו היורשי' ואינו יכול לטרון מן הדין גם כן פטור וכ' הטעם דעדיין נשאר השיעבוד אף כשהוא ביד הלוקח רק חז"ל הפקיעו הטירפא וממילא יכול הלוקח לחפור בהשדה פיון שלא יבא לידי גוביינא אכל זה לא הוי מזיק דעדיין השיעבוד בשלימות רק מלוקח ליכא טירפא.

ודבריו אינם מובנים לי כלל הא זורק מטבע ש"ח לי' אף בצולוין דנראה לכל ולא הפקיעו מרשותו ובכ"ז אם אין בר אמוראה יכול למשקל חייב ואינו יכול לומר הא מנח קמך פיון דאינו יכול למשקל והוי כמו זוטו של ים דרחמנא שריא ואפקרה והפקיעו מרשות בפעלים כן נמי בזה אף דנשאר שיעבודו קיים מ"מ פיון דאינו יכול לטרון ולגבות שיעבודו ונשלל ממנו זכות זה למה ל"ה מזיק ומי גרע משורף שטרותיו אף דהנזיר אינו שנה פלוס מ"מ פיון דסלק ממנו ראיותיו חייב לשלם אף דשיעבודו נשאר קיים ק"ו כאן דמה"ד אינו יכול לגבות.

ואף דכתב הרא"ש דבשלהם עשו ומכרו מ"מ אינו מוכן פיון דקלקלו זכותו למה לא יתחייבו. וצריך לומר דס"ל פיון דמותר למכור דשלהם הוא ועיק' סמיכת דעת המלנה לא הוי נ"קא על זה ואם רוצים לסלק בדיני' יכולים לכן לא הוי מזיקין במכירתם מה

שָׂאִין כֵּן בְּשִׁחְרוּר הוֹאִיל דְּהוּי אֶפְתָּחִי מִפְּנֵי וְעִיקָר סְמִיכַת דַּעַת הַמְּלִנָּה הִיא עַל זֶה וְאִסּוּר לֹא לְמַפְנֵי אֶף אִם דַּעַתוֹ לְסַלֵּק בְּמַעוֹת כִּינּוּן דְּעִיקָר סְמִיכַת דַּעַת הַמְּלִנָּה הִיא עַל זֶה לְכַף חֵיב.

מֵה שָׂאִין כֵּן בִּיתוּמִים דְּמָכְרוּ דְּבִדְדִיהוּ עֲבָדֵי וְאִינֵם עוֹשִׂים אִסּוּר בְּזֶה אִם רוֹצִים לְסַלֵּק בְּמִמּוֹן לְכַף אִינֵם חֵיבִים פְּלִל. וְאִינוּ דוּמָה לְבַעַל חוֹב מְאֹחָר שְׂקָדָם וּמְכַר לְגוּי כְּמוֹ שֶׁכִּי הַבֵּ"ח לְחַלֵּק בֵּין יוֹרֵשׁ דְּבִדְדִין עֲבִיד וּבִיתוּמִים הַכְרִיחַ לְחַלֵּק בְּזֶה מְדַעַת רַמְבַּ"ן דְּסוּבָר בִּיתוּמִים שְׂמָכְרוּ בְּנִכְסִים מוֹעֲטִים דְּלֹא מְקָרוּ מְזִיקֵי שְׂעֵבּוּדָא וּבְבַעַל חוֹב מְאֹחָר שְׂמָכְר חֵיב מִטַּעַם מְזִיק וְע"כ צָרִיךְ לְחַלֵּק כְּפִי: וְיֵשׁ לְחַקוֹר קֶצֶת אֶף לְדַעַת רַמְבַּ"ן וְרֵא"ש דִּיתוּמִים בְּדִידְהוּ עֲבָדוּ מ"מ וְדָאִי אִסּוּרָא עֲבָדוּ כְּמִבְּנָאֵר מ"ס סוּטָה אִיזְהוּ רְשָׁע עָרוּם זֶה הַמְּשִׂיא עֲצָה לְמַפְנֵי בְּנִכְסִים מוֹעֲטִים.

אִם כֵּן אִם מְכַר אֶפְטָרוֹפֶס שֶׁל הִיתוּמִים אֶף דְּאִינוּ חֵיב מִטַּעַם מְזִיק מִשּׁוּם דְּבִדְדִיהוּ עֲבָד כְּמוֹ אִם מְכָרוּ הִיתוּמִים מ"מ י"ל כִּינּוּן דְּאִסּוּרָא עֲבִיד אִם שְׂיִיף בִּי לֹא מְכָר אֶשְׁלַד"ע לְהַסוּבָרִים דְּבַטְלַת הַמַּעֲשֶׂה וְאֶף דְּלַעֲנִין תּוֹפֵס לְבַעַל חוֹב בְּמָקוֹם שֶׁחָב לְאַחֲרִים דְּל"ק עֲדִיף אֶפְטָרוֹפֶס כְּמִבְּנָאֵר (סִי' ק"ה) מ"מ לְעִנּוּן דְּבַר עֲבִירָה י"ל דְּשְׂיִיף בִּי דְּבַרֵי רַב וְדְבַרֵי תַלְמִיד דְּבַרֵי מִי שׁוֹמְעִין.

וְלַדַּעַת כְּמָה גְדוּלִים אֶף בְּעִבְרָה דְּרַבָּנָן אֶמְרִינָן גַּם כֵּן אֶשְׁלַד"ע וּבְפָרֵט בְּגֵרָמֵי לְהַזִּיק חֲבִירוֹ אֶף דְּפָטוּר מְדִינַי אֲדָם מ"מ ב"ד ש"ח חֵיב וְכַנְרָאָה עוֹשֶׂה עֲבִירָה דְּאוֹרֵייתָא כְּמוֹ שֶׁכִּי וְהֶאֱרַכְתִּי בְּזֶה דִּינֵי עֵדוּת (סִי' ל"ד).

אֶף בְּתוֹשֵׁבַת הַמִּינְחָסֶת לְרַמְבַּ"ן (סִי' מ"ט) מְבֹנָאֵר אִם אֶפְטָרוֹפֶס מְכַר קַרְקַע שֶׁל יְתוּמִים שְׂיִרְשׁוּ מְאֻבִּיהֶם וְלֹא נִשְׂאָר לְמִזְנוֹת הָאֵלְמָנָה דְּמַעוֹת הַלְלוּ לֹא נִשְׁתַּעֲבָדוּ עֵינֵי שֶׁם הָרִי מְבֹנָאֵר דְּפָשִׁיטָא לִיהַ דְּהַמְכִירָה מְהִי כְּמוֹ אִם הִיא מְכָרוּ הִיתוּמִים בְּעֲצָמָם וְיֵשׁ לְהַבִּין מ"ט לֹא אֶמְרִינָן בְּזֶה אֶשְׁלַד"ע וְיִתְבַּטְלַת הַמַּעֲשֶׂה הַמְכִירָה וְגַם אֶף דְּמִינוּ אוֹתוֹ הַב"ד לְאֶפְטָרוֹפֶס נִימָא דְּעַל דְּבַר עֲבִירָה לֹא נִתְּנוּ לֹא כֹחַ וְאִין זֶה זְכוּת יְתוּמִים.

וְאוֹלִיכֵינּוּ דִּיתְמִי לֹא בְּנֵי מְעַבְדֵי מְצוּנָה נִינְהוּ וְלִגְבִייהוּ לֹא אִיכְפַת לְהוּ בְּהַאִסּוּר וְעִיקָר הַעֲבִירָה הוּא עַל הָאֶפְטָרוֹפֶס לֹא שְׂיִיף בְּזֶה לֹא מְכָר אֶשְׁלַד"ע כְּמוֹ שְׂפָתְבוּ בְּזֶה הַנּו"ב מֵהַד"ת וְהַקְצוּה"ח (סִי' ק"ה) לְהוֹכִיחַ מְדַבְרֵי תוֹס' גִּיטִין דְּהִיכָא דְּאִין הַעֲבִירָה עַל הַמְּשַׁלַּח לֹא אֶמְרִינָן בְּזֶה אֶשְׁלַד"ע וְעִדְדִין יֵשׁ לְהַתְּבַנּוּן בְּזֶה וְאִכ"מ: סִי' כב אִם מְכָרוּ הִיתוּמִים נִכְסֵי אֻבִיָּהֶם וְאִין הַבַּעַל חוֹב יְכוּל לְטָרוּף מְבֹנָאֵר ש"ע (ק"ז) דַּעַת ר"ה גְּאוֹן דְּגוֹבָה מִן הַדְּמִים וְדַעַת הָרֵא"ש וְנִרְאָה דְּנִקָּא אִם כְּבָר קָבְלוּ הַדְּמִים מִן הַלּוֹקַח וְנִכּוּ בְּהֶם דְּכָבֵר נִגְמַר הַמְּקַח וְגַם הַהִיזָק אֲבָל אִם עִדְדִין לֹא גָבּוּ הַמַּעוֹת אֶף דְּנִגְמַר הַמְּקַח מ"מ אִם עִינִל וְנִפְקִי אִזְוִי תְלוּי הַמְּקַח בְּנִתְיַת הַדְּמִים אִם כֵּן לֹא נִגְמַר עִדְדִין הַהִיזָק וּמְבֹנָאֵר (סִי' שפ"ו) דְּאֶף בְּגֵרָמָא דְּפָטוּר מ"מ מְשַׁמְתִּין לִי עַד דְּמִסְלַק הַהִיזָק וְלִכְתָּחִילָהּ וְדָאִי הַב"ד מוֹחִין בְּיָדוֹ.

וְעִינֵי רַמ"ה ב"ב ר"פ מִי שְׂמַת שֶׁכִּי בְּהָא דִּיתוּמִים שְׂקָדְמוּ וּמְכָרוּ בְּנִכְסִים מוֹעֲטִין דְּנִקָּא מְשַׁמֵּי דִּידְעֵי בְּהוּ ב"ד אֲבָל אִי יְדַעֵי בְּהוּ ב"ד מְשַׁמֵּי מְכִירָה מְחִיבֵי לְמַמְנַעִנְהוּ עַד דְּמַפְקִינָן מִנִּינְהוּ חוֹלְקָא דְּבָנוֹת וְאִי לֹא צִיִּית מְשַׁמְתִּין לְהוּ עִינֵי שֶׁם דַּעַתוֹ כְּרַבִּינוּ הֵאֵן גְּאוֹן וְהוֹסִיף



עוד דיוקא מְכָרוּ מְהַי אַבְל מִתְנָה לָא רַק מְכָרוּ דְאֶפְשָׁר דְמַהְדְּרִי לְהוּ זוּזֵי לַב"ד דְאִי לָא תִימָא הֵכִי רַק דְאִינוּ גּוֹבָה מְהַדְּמִים מָה הוּעִילוּ חֲכָמִים בְּתַקְנָתָם עֵינָן שָׁם.

וְאִם כֵּן אַף לְדַעַת הָרָא"ש דְאִינוּ גּוֹבָה מְהַדְּמִי מ"מ כ"ז שְׁלֵא בָּא לִיד הִיתּוּמִים וְנִשְׁאָר בְּיַד הַלּוֹקֵס אִין מְנִיחִין הַב"ד לְגַמְרוּר הַהִיזְק בִּינּוּ דְעַדִּין יְכוּל הַמְקַח לְהַתְבַּטֵּל וְנִחְשָׁב עַדִּין כְּזִכּוּת אַבִּיהֶם בְּהַקְרָקַע וְגַם לָא נִגְמַר הַהִיזְק מְסַלְקִינּוּ הַגְרָמָא לַכ"ע שְׁלֵא יִקְבְּלוּ הַדְּמִי מְקַח וְיִגְרְמוּ הִיזְק בְּזָה לְהַבְנוֹת אוּ לְבַע"ח: וְרֵאִיתִי בְּתוּמִים דְהוֹכִיחַ כֵּן דְהַבַּע"ח יְכוּל לְעַפְבּ אִם עַדִּין הַמְעוֹת בְּיַד הַלּוֹקֵס מַד' ר"ן פ' מַש"נ דְמִפְרָשׁ דַּב' יְרוּשְׁלָמִי בְּאַלְמָנָה דְמוֹכְרַת לְמִזוּנֹת וּכְתָבָה סֵתָם אִם בָּא מְלוּנָה בְּעַדִּים תֵּאמַר לְמִזוּנֹת וּמְלוּנָה בְּשִׁטְר תֵּאמַר לְכַתְּוָבָה וּדְכָרִיו נִפְלְאִי וְאִינָם מוּבְנִים כָּלֵל דְשָׁם ל"ש כָּלֵל לְתַת שָׁם מְזִיק לְאִשָּׁה דְהַקְרָקַע קֵינִים וְיְכוּל לְטָרוּף וְגַם הָא מְשׁוּעָבֵד לָהּ לְכַתְּוָבָה וּמְצִאתִי בַס' ב"מ (ס' ק"ג) דְהַשְׁיִיג עָלָיו וְגַם חוֹלֵק עַל גּוּף הַדִּין זָה וְלַעֲנ"ד אַף דְאִינוּ רֵאִיָּה מ"מ הַדִּין דִּין אָמַת כ"ז שְׁלֵא בָּא לִיד הִיתּוּמִים לָא נִגְמַר הַהִיזְק וְאִין הַב"ד מְנִיחִין לְגְרוּם וְאֶפְשָׁר אַף אִם כְּבָר זָקְפוּ בְּמְלוּנָה לְהַמְבֹא' בַב"ח (ס' צ"ו) דִּישׁ דִּין קְדִימָה לְבַעַל חוּב הַבָּא לְגַבּוֹת מִן סְחוּרְתוֹ שְׁמַכְר עֵינָן שָׁם אִם כֵּן נִשְׁאָר עַכ"פ זְכוּתָם שֶׁל הִיתּוּמִים וְשִׁיעָבוּדָם עַל הַקְרָקַע שְׁמַכְר דָּאִם לָא יִשְׁלָמוּ יִקְדִּימוּ לְגַבּוֹת יְכוּל הַבַּע"ח לְטָרוּף דְעַדִּין לָא נִגְמַר הַהִיזְק וְצ"ע: וְהִנֵּה דְכָרִי הָר"ן כְּתוּבֹת הַנּוֹ צְרִיכִים בְּיָאוּר כְּאִשְׁרַע עֲמָדוֹ עַל זָה הָאֶחָרוֹנִים חֲדָא לְמָה כְּתַב דָּאִם תְּמַכְרוּר לְמִזוּנֹת יְבוֹא בַעַל חוּב וְיִטְרוּף מִן הַדְּמִים הָא הַדְּמִים הָווּ כְּמַטְלָטְלִין כְּמוֹ דְכַתְּוָב' אִינָה גּוֹבָה כ"כ לָא יִגְבָּה הַבַּעַל חוּב.

וְעוֹד לְמָה לָא כְּתַב דְיְבוֹא בַעַל הַחוּב וְיִטְרוּף מְהַלּוֹקֵס הַקְרָקַע וְעַל כְּרַחֲוֵי דָאִם יִטְרוּף הַקְרָקַע תְּבֵא הָאִשָּׁה וְתִטְרוּף מְבַעַל חוּב בְּעַד הַכְּתוּבָה שְׁמוֹקְדָמַת לְמְלוּנָה בְּשִׁטְר וְאִף דְמְלוֹקֵס לָא מְצִי טְרַפָּה דְאַחֲרִיּוֹת דְנִפְשָׁה קַבִּילַת עָלָה מ"מ מִן הַבַּעַל חוּב תִּטְרוּף כְּדִין לְכַד נִקְט הָר"ן דְיִטְרוּף מְהַדְּמִים וְק' מִמֵּנ"פ אִם הָוִי כְּקָרַקַע הוּאִיל דְבָא מְמַכְרִית הַקְרָקַע לְמָה יִקְדִּים הַבַּע"ח וְאִם הָוִי כְּמַטְלָטְלִין כְּמוֹ שֶׁכ' הָר"ן לְהַדְּיָא אַף בַּעַל חוּב לָא יִגְבָּה.

וּבַס' אַבְנֵי מְלוֹאִים (ס' ק"ג) כְּתַב בִּינּוּ דְדִינָא הוּא דְלוֹקֵס מְצִי לְסְלוּקֵי בְּזוּזֵי כְּשֶׁהַלּוֹקֵס מְסַלְקוּ בְּזוּזֵי תוֹ לָא מְצִי הָאִשָּׁה לְחַזוֹר עַל הַבַּעַל חוּב לְטָרוּף בְּכַתְּוָבָה מְפָנִי שְׁלֵא קַבֵּל אֱלָא דְמִים וְעַל הַלּוֹקֵס לָא תוּכַל לְבֹא דְאַחֲרִיּוֹת דְנִפְשָׁה קַיְבֵלָה עֵינָן שָׁם וְיִישׁ לְגַמְגָּם עוֹבָא בְּזָה הָא בִּינּוּ דְהַדְּמִים הָווּ כְּמַטְלָטְלִין וְאִין כְּכַח הַבַּעַל חוּב לְבֹא מְכַח טִירְפָּא לְמָה לָא תַחְזוֹר הָאִשָּׁה עַל הַלּוֹקֵס וְאִף דְאַחֲרִיּוֹת דְנִפְשָׁה קַיְבֵלָה עָלָה מ"מ תוּכַל לומר אֵת אֶפְסוּדַת אַנְפְּשָׁה בְּמָה שְׁסַלְקַת לְהַבַּעַל חוּב בְּזוּזֵי דָאִם הִי טוּרָה הַקְרָקַע הִיִּיתִי חוֹזֵר עָלָיו וְאַתָּה הִיִּיתִי חוֹזֵר עָלֵי וְהִי חוֹזֵר חֲלִילָה וְהִנֵּה הַבַּעַל חוּב מִתְפָּשֵׁר עָמִי וּבְזָה שְׁסַלְקַת שִׁיעָבוּדִי מְכַל וְכַל שְׁנַתָּת לוֹ הַמְמוֹן אֲנִי חוֹזֵר עַל שְׁעָבוּדִי כִי אֶפְסַדְתִּי אַנְפְּשָׁה.

וְרַבִּינוּ עֲקִיבָא אֵיגַר ז"ל בְּתַשׁוּבוֹתָיו (ס' קפ"ה) כְּתַב בְּכּוֹנוֹת הָר"ן דְסוּבֵר כְּרַה"ג דְהַבָּא מְכַח הַקְרָקַע הָוִי כְּאִלוּ יִרְשׁוּ הַמְעוֹת וְאִם יִמְצָא בַעַל חוּב שְׁיִהְיֶה לוֹ שְׁעָבוּד מְטַלְטְלִין אַגְבּ מְקַרְקַע וְהַנִּיחַ קְרָקַע וּמְכָרוּ הִיתּוּמִים לְדַעַת רַה"ג גּוֹבָה הַבַּעַל חוּב מְדָמִים אַף לְדִינָא דְגַמְרָא דְהָוִי כְּאִלוּ יִרְשׁוּ אוֹתָם וְזָה כְּוֹנוֹת הָר"ן דְיְבֵא מְלוּנָה בְּשִׁטְר שְׁיִישׁ לוֹ שְׁעָבוּד מְטַאג"ק וְהַמְעוֹת מְשׁוּעָבֵד לוֹ וְלָא לְכַתְּוָבָה וְאִינָה יְכוּלָה לְחַזוֹר וְלְטָרוּף לָא מְבַע"ח וְלָא מְלוֹקֵס עֵינָן שָׁם.

וגם בזה יש לדון דכבר הוכיח במישור בספר אבני מלואים דאף לרה"ג אם החליפו היתומים קרקע בקרקע מדינא דגמרא אין הבעל חוב גובה ואף דהי' בא מחמת השיעבוד מ"מ הי' ראוי דאל"כ יקשה מש"ס בכורות (דף מ"ח) אף דאחין שחלקו פלקוחות מ"מ הוי פהחליפו קרקע בקרקע א"ו דהוי ראוי ואין הבעל חוב גובה רק אחר תקנת הגאונים קאמר רה"ג דכמו דגובה ממטלטלין כ"כ גובה מן ראוי.

גם דוסק לומר דהר"ן יחלק על רמב"ן ורשב"א דחלקו על סברת רה"ג וסברו דלאו הני זוזי שבק אביהו כמבואר רמב"ן ב"ב שם ובתשובה מיוחסת לו (סי' מ"ט) ועיין מהרי"ט (סי' קכ"ח) וז"ל ואף רבינו האי ז"ל לא אמר שהבנות נזונות מהדמים אלא לענין יתמי דבמקום אבןהון קנימי ומתקנת' דרבנן מטלטלי דידהו משעבדי לבעל חוב ולכתובה ולמזוני וכי היכי דאם מכרו בחייו היו הבנות נזונות מדמים אף לאחר מותו נזונית אבל מודה הוא דמדינא לא חל שיעבוד בעל חוב על דמי המטלטלין והוי ליה נכסי דקנה בתר הכי ויחלקו עכ"ל שם אם פן אף אם יש לו שיעבוד מטאגמ"ק מ"מ לא עדיף מדאקני וכיצד ישתעבד פיון שקנה לאחר מותו.

ועיין בב"מ (סי' ק"ג): וקצת נראה דהא מבואר דלר"ט דסובר מי שמת והניח מלוה או פקדון בידי אחרים ינתנו לכושל והטעם פיון דלא בא לרשות יתומים עדיין גובה ממנו בעל חוב וכתובה מבואר בר"ן פ' הכותב דאף מינ' דידי' מטלטלין לא משתעבדי לכתובה מדינא דגמרא ועל פרחף ר' טרפון סובר כר"מ דמטלטלין משתעבדי.

ובתוס' שם הקשו הא מלוה הוי ראוי ואין אשה נוטלת בראוי והמענין בש"מ שם ימצא דלר"ט גובה דלר"ט מה דלא בא ליד יתומים משתעבד ובאמת פל הטעם דאין בעל חוב גובה מראוי הוא משום דלא מצינו שבעל חוב יחול שיעבודו בב"א עם היורשים דרק שיעבודו קדם גובה ולא בבא בב"א ולר"ט עדיף לטרוף ממה דלא הוי בידי יתומים פן נמי לא קפדינו במלוה דהוי ראוי.

ור"ע חולק דסובר דכבר זכו יורשים אף דלא הי' ברשותם בשעת מיתה מ"מ זכותם קדם והבע"ח בא בכח גבייה לקח ינתנו ליורשים וי"ל דוקא בממון שפא פעם אחד ליד אביהם אז סבר ר"ע דיורשים במקום מורשים קנימי וזכו בכל זכות שהיה למורישיהו אבל דבר שלא הי' מעולם בזכותו ולא בא ליד אביהם ולא ליד היורשי' מודה ר"ע דלא מקרי מטלטלי דיתמי לענין שיעבוד בעל חוב.

אם פן ודאי אם מכרו היתומים קרקע שיירשו מאביהם וקבלו המעו' פבר זכו בהם ואף אם לא גבו עדיין המעות מ"מ פבר זכו בחיובו של הלוקח. ולדעת רה"ג הוי כמטלטלין שהניח אביהם ולדעת החולקים לאו הני זוזי שבק אביהו אבל בגידון דר"ן הנז' לאחר מיתת האיש הי' הקרקע נשתעבד לבעל חוב ולכתובה.

ובכח ב"ד רשות לה למפור לצורך מזונות ונשאר הדמים בידי הלוקח להספיק לה מזונות והיורשים לא זכו בהן פלל אף לא בהחייב הדמים שהו מיוחדין למזונותיה אכל חלף הקרקע הוא עכ"פ והוי כמו לר"ט דנשאר מלו' בידי אחרים דגובה הבע"ח מזה ואשה בכתובה אינה יכול' לגבות לרבנן דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה פן בזה מודה ר"ע פיון דמעולם לא הוי עדיין שום זכיה בהדמים הללו ליורשים אם פן יבא הבעל חוב

וניתרן ונגבה מהדמים הללו אף שהם כמטלטלין ולא ש' לא תוכל לגבות דהוי מטלטלי  
ולא משתעבדי לכתובה מדינא דגמ': ואם מכרו היתומים מטלטלין כ' הסמ"ע דלכ"ע אינו  
גובה ועיין בפ"ד ותנאים (ס"ק ו') ותמהני הא מבואר בני"ר ר"פ מי שמת שכתב וכתבו  
האחרונים דאף עפ"י דהשתא נזונות ממטלטלין כו' מ"מ אם קדמו ומכרו מה שמכרו  
מכרו ולא נימא מה לי מטלטלין מה לי המעות דדוקא מטלטלין דשבק אבוננו אבל  
המעות לאו הני שבק ודומה למלנה על פה כו' הרי דאף במטלטלין בטר תקנת הגאונים  
תליא רק בסברת הרא"ש אבל לרה"ג באמת חייבין היורשים לשלם וכ"כ שם הש"ג  
להדיא דלדעת רה"ג ה"נ פיון דבע"ח גובה ממטלטלין דיתמי גבי נמי מהדמים וקאי שם  
על מטלטלין שמכרו והיה לו מלנה בשטר ולא שיעבד לו מטאג"ק הרי דאין חילוק והבדל  
לדעתם.

וכן נראה מדברי רמ"ה שם דמסכים לדברי רה"ג וכ' ומסתברא פנתיה דאי לא תימא  
הכי מה הועילו חכמים בתקנתם. וכ"כ נמי לענין בעל חוב השתא דעיקר סמיכת דעת  
הבעל חוב על המטלטלין יאכלו היתומים וליחדו שימכרו כל המטלטלין ויפטר ובפטר  
לדעת ר"ת בתוספות בכורות (דף נ"ב) דכ' תקנות הגאונים דאורייתא.

והיינו דסובר כדעת רמב"ן ורשב"א דאם שיעבודו דאורייתא אף מטלטלין משתעבדו  
רק דלא סמך דעתו עליו והשתא עיקר סמיכת דעת הוא על המטלטלין אם כן למה לא  
נאמר דתמורת מטלטלין יש לו הדין כמו אלו מכרו קרקע.

וכן למ"ש הריב"ש בתשובה טעמא דתקנות הגאונים משום דיש פח לב"ד לכוף על מצות  
עשה דמתן שטרם בצדו ואם ירשו מטלטלין חייבין מצד מצות כבוד אב לשלם לכו"י יפה  
פח התקנה לכוף לשלם אם כן אף אם מכרו ולא הני זוזי שבק אביהו מ"מ מצוה רמיה  
עליהו לשלם ואם כן למה לא נימא לדעת רה"ג וסייעתו דהוי כאלו הניח אביהו הדמים  
אף במכרו מטלטלין.

ובקצוה"ח (ס"ק ז') כתב משם כה"ג דאף אם שיעבד מטאג"ק אם מכרו י"ל דאינו חייב  
לשלם מדינא דגרמי פיון דמד"ת לא חל השיעבוד והשיג עליו דכששיעבדו באגב  
נשתעבדו גם מדרבנן ומדאורייתא והביא מתשובת רא"ש דעבדים אף דלא נקניו באגב  
משתעבדי באגב ומאד תמוהין דבריו הרא"ש לא בא אלא להוסיף דאף דלא מהני בקנין  
אגב בעבדים דניידי מ"מ מועיל שיעבוד על ידי קול אבל מה דמהני קנין אגב ודאי לא  
גרע שיעבוד מקנין ומהני מה"ד אם קנין אגב הוא מה"ת מהני גם לענין שיעבוד מן  
התורה ואם מדרבנן מהני מדרבנן ובאמת המעיין בכה"ג יראה מסקנתו דחייב מטעם  
מזיק ולא אדע מקום ספק לזה אף אם קנין אגב ל"ה רק מדרבנן מ"מ הא המזיק ממון  
שזכה מדרבנן גם כן חייב לשלם וגזל גמור מדבריהם הוא וכמו במוחל שטר חוב שמכרו  
אף דמכירה לא הוי רק מדרבנן מ"מ למאן דדאין דד"ג חייב לשלם כל דמי שויה השטר.

והטור לא אמר רק מה דהוא תקנת הגאונים וגם בזה צ"ע כמו שכ': סי' כג אם עשה  
שדהו אפותקי אין המלנה יכול לכופו ללנה לשלם לו בזווי אף אם אית ליה זוזי כן  
מבואר מדברי הראב"ד בריטב"א ב"מ (דף ס"ו) ובש"מ שם בהא דקאמר הש"ס אלא  
אפותקי דקאמר ר"פ מ"ה דא"ל לא יהא לה פרעון אלא מזו וז"ל ואע"ג דה"נ דאי הוי  
דהא קיי"ל דמצי לסלוקי בזווי אלא פיון דאיהו לא מצי למתבעיה זוזי וכבר מחל כל

שעיבודו חוץ מקרקע כמאן דנחית מעיקרא אדעתא דארעא הוא כו' וטעמא מעליא הוא דהיכי מציי לשנויי לארעא אחריתי והוא מחל לשיעבודי שאר ארעתיא ואפילו זויי לא בעי למתבעיה כו' עיין שם דמבואר להדיא אף באית ליה זויי סלוקי סליק ליה מכל חיוב ובתשלומין לבר מאפותקי הזו.

ובסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק ט') משם תשובת רשב"א באם כתב לו אפותקי מפנרש אע"פ שיעעבד לו גם פן שאר נכסיו בשטר אפ"ה דינו כשאר אפותקי מפנרש ולא יוכל לסלקו בשאר נכסים וכו' האורים שם ובתשובת רשב"א (תתקמ"ב) דגם אי שטפו נהר אינו גובה משאר נכסים וצריף לומר הא דשיעעבד לו שאר נכסים נמי לאיזה צורה חל השיעבוד הא אינו יכול לסלקו כלל בשאר נכסיו ואם נשטף הפסיד דנ"מ אם ימצא אפותקי אינו שלו וגזילה הוא ביז הלנה דנשאר חובו כמו שכ' הרמ"א (ס"א) ועל זה שיעעבד לו כל נכסיו אבל זולת זה אין פאן שיעעבוד כלל על שאר נכסים עיין שם.

ולענ"ד הרשב"א לא יחלוק על רבו הרמב"ן דסובר דאם נמצא שאינו שלו גובה משאר נכסיו כמוכא בתנאים שם אם פן לאיזה צורה שיעעבד לו כל נכסיו דבשביל זה אם ימצא שאינו שלו אף אם לא שיעעבד לו כל נכסיו גם פן חוזר עליו ברם בתשובת רשב"א שם מבואר דהמלנה יכול לכופו לפרעו במעו' אם אית לי' זויי וקאי על השאלה הנז' דשיעעבד לו כל נכסיו ובהו סובר הרשב"א דמה דשיעעבד לו כל נכסיו לטפויי אתי להוסיף לו שיעעבוד נגד שאר אפותקי דלא יכול לכוף אותו לסלק בזויי אף באית ליה כמו שכ' הראב"ד וריטב"א בפשיטות מה"ת נעשה מחלוק' בינה ובנדאי גם הרשב"א סובר פן רק בשיעעבד לו כל נכסיו בהו אמרינו דלטפויי לי' זכות אתי אם יהי' לו זויי שישלוקו בזויי ואדרבא הרשב"א סובר בנמצא שאינו שלו חוזר עליו פרמב"ן דאם לא פן נימא יד בעל השטר על התחתונה ונאמר דבשביל זה הוסיף לו שיעעבוד כל נכסים גם פן אם ימצא שא"ש וכמו שכ' האורים ואם פן למה יכוף אותו לסלקו במעות אם יש לו אלא נדאי דסובר פרמב"ן דלנה לא צריף להוסיף לו שיעעבוד ואם פן לא נשאר זכות בהוספ' השיעבוד מכל נכסיו רק אם יהיה לו זויי דיכוף אותו לסלקו בזויי אבל באם לא שיעעבד לו כל נכסיו אינו יכול לכוף אותו אף באית ליה זויי ולא נאמר דחולק בהו על הראב"ד וז"פ.

וכן משמע מדברי הש"ע (סי' פ"ח ס' י"ג) דבאפותקי אף באית ליה זויי אינו יכול לכוף אותו דאם לא פן בהודה לו חמשים אפותקי הוי הודאה ממין הטענה דאף הודאת אפותקי הוי כמודה בחמשים פיון דאם אית ליה זויי חייב לשלם וכן בתובע לו אפותקי במנה והלה מודה בחמשים בהלנאה גרידתא יהיה גם פן הודאה ממין הטענה אם יהיה הדין שיש לכוף לשלם בזויי אם יש לו אלא נדאי דסילק כל שיעעבודו מכל וא"י לבקש ממנו לסלק בזויי רק הברירה ביז הלנה: סי' כד כתב בש"ע (סי' קי"ד ס"ו) אם בעל חוב ולוקח באים להוסיף פל אחד על חבירו נותני' השנה לאותו שמוסיף יותר ועיין בדרישה שכתב אף באפותקי שאינו יכול הלוקח לסלק בזויי מ"מ אם הלוקח מעלה אותו עד דמי פל החוב אמרינו למלנה לא עשאו לה הלנה אפותקי לקבלו בפחות ממה שנותנין אחרים עיין שם.

מבואר מדבריו דאף היכא דליכא טובת הלנה יכול לעלות בדמים דלנה ליכא פאן שום טובה פנין דבין פה ובין פה לא יכול המלנה לגבות המותר מהלנה דאף אם שטפה נהר אינו גובה ממ"א באפותקי וצ"ע אמאי יכול הלוקח לומר פן דיתזור על המוכר לגבות כפי מה שנתן למלנה ובאם יקבל המלנה בעד הסף ששמו הב"ד לא יתזור למוכר רק על הסף הנז' ששמו הב"ד ולא יותר.

וצ"ל דאירי דהוול' הקרקע וקנה בעד ר' והב"ד שמו פעת על ק' והלנה עשאו אפותקי על ר' לכה בין פה ובין פה יתזור הלוקח על ר' להמוכר לכה יכול להוסיף ולסלק לבעל חוב ר' אף מ"מ ק' הלא הלוקח אינו יכול לסלק במעות לבעל חוב.

וצ"ל אף דאינו יכול לסלק מ"מ הוי פאיש אחר דיכול לעלות בדמים. אולם מדברי הריטב"א פתובות לא משמע פן דכ' להקשות על הא דמבואר פתובות (צ"א) טרפא בכמה פתבינו הלא על פרחף אירי בלית לי' למוכר נכסי דאם לא פן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וכ' ול"ל בהאי ארעא הו"ל אפותקי דאם פן לכ"ע לא מצי הלוקח לסלוקי בזוזי כדאיתי' פ"ק דב"מ ע"ש ודבריה דירישה יכול להיות אף באפותקי רק דבא לעלות בדמים ויכול לעלות כמו אחר שרוצה לעלות על שומת ב"ד ושם בב"מ אינו מבואר רק היכא דאינו מסלק בזוזי רק פגון שהמלנה בא לגבות יותר מכפי חובו והלוקח רוצה גרפא דארעא משום דאי הו"ל זוזי הוי מצי לסלוקי מכל ארעא לכה מוקי באפותקי והואיל דלית ליה מעות אם פן אינו יכול לקנות פנין דמסלק להבעל חוב בעד חובו בקרקע אם פן הבעל חוב אינו רוצה ליטול רק כפי שומת ב"ד אבל היכא דהלוקח יש לו מעות ובא בתורת עילוי למה אינו יכול לקנות הקרקע וצ"ל דהריטב"א סוב' דנקא אחר שרוצה לעלות מפפי שומת ב"ד יכול דעל זה הי' הכרזה ואולי יבא אהד וירצה ליתן הרבה [ומ"מ אין נפ"מ פי הבעל חוב לעולם יכול ליקח הקרקע בעד חובו וזה צ"ע באפותקי פי נ"ל באם א' רוצה ליתן ש' זוז והוא לא עשאו אפותקי רק על ר' הוי פעשאו קרקע שנה אלף זוז אפותקי בעד ק' דאינו גובה רק שיעור חובו ועיין ש"מ ב"מ (דף ק"י) גבי יתומים אמרו אנו השבחנו] אם פן יכול לעלות רק הבעל חוב יכול לעלות עד פדי חובו פי ליכא נפ"מ לו אבל הלוקח באם יבא בתורת עילוי ויאמר שהקרקע שנה אצלו ר' יתזור על המוכר על ר' פי יהיה פנתיקרה הקרקע אם פן יעלה תמיד יותר לבטל שומת ב"ד וזה אינו יכול.

רק היכא דיכול לסלק בזוזי יש לו רשות אבל באפותקי דאינו יכול לסלק בזוזי ואם הוא יתן ר' ע"כ בא רק בתורת שהקרקע שנה יותר מפפי שומת ב"ד אם פן יתזור על הלנה כפי ששנה וזה אינו יכול לעשות פי לעולם יתן יותר בשביל שלא יהיה לו הפסד מה שאין פן בלא עשאו אפותקי דיכול לסלקו בזוזי נותנין למי שמוסיף שוב ראיתי בספר שער משפט מ"ש בזה ויש להתבונן בדבריו: והנה מה שכ' בש"ע דהתוספת שמוסיף הלוקח צריך שיהיה פנגד פל דמי החוב כ' הסמ"ע (ס"ק ד') לחלק בין קודם הכרזה ולאחר הכרזה ובתומים העלה דלעולם א"י לסלק בלא עילוי דמים כמו שכ' תוס' והר"ן פתובות (דצ"א) והדבר צריך הבנה אמאי אינו יכול להוסיף יותר על השומת ב"ד אף שלא יסלק פל החוב ועיין ב"ח שכ' דבסע"ף (ו') אירי דהבע"ח הוסיף קצת וזה הלוקח רוצה להוסיף יותר וכשמשלק פל החוב נח לו שיהי' לו בעל חוב א' אף שיפסיד על ידי

זה מעט והדברים דחוקים לפעמים נפ"מ על סף רב באם הבע"ח מוסיף הרבה ואפ"כ לא השיג לכל חובו ואם הלוקח יוסיף עד פדי כל החוב יחזור על הלנה על הדמים שנתן.

ונ' דכוננת הרא"ש דהלא פשמכריזין הוא לטובת הלנה שמי שימתן יותר יתנו לו הב"ד השקיע והיכא שלא נמצא מי שימתן יותר נותנין לבעל חוב כמו שכ' הרא"ש רק אם נמצא אחר שימתן יותר הוא לתועלת הלנה ובעיני דוקא שאחר ימתן יותר אבל בלא זה מניחין השקיע ביד המלנה דקדם בו שיעבודו ולפי מה דכ' התוס' והר"ן להדיא דלוקח גם כן אינו יכול לסלק בדמים רק להעלות יותר כמו אחר לכך סובר הר"י והרא"ש דדוקא היכא דמסלק כל החוב דיש תועלת ללנה על ידי עילוי כל הלוקח דלא יהיה לו ב' בע"ח יכול לסלק לבעל חוב דהוי זכות ללוקח וזכין לאדם שלא בפניו אבל היכא דאינו מעלה פנגד כל החוב דאז אין הלנה מניפת פלום דבין כף יהי לו ב' בעלי חובות ומה שימתן הלוקח יחזור על הלנה אמרינו דהלוקח אינו נותן יותר לפי ששנה השקיע יותר דבאמת אם היה קונה פעת השקיע בעד מעות שלו נדאי לא היה רוצה לתת יותר מכפי שומת ב"ד רק פינו שפבר קנה ומה שימתן פעת לבעל חוב יחזור ויגבה מהמוכר חביב אצלו השקיע להחזיק תח"י השקיע לכך אין מבטלין שומת ב"ד פינו דזה אינו נותן יותר מצד שני השקיע רק לפי שחביב אצלו ואינו מפסיד מעות מפסו ממילא לבעל חוב יש לו קדימה לקבל השקיע אבל כשמסלק כל החוב יש תועלת ללנה שלא יהיה לו רק בעל חוב א' שומעין ללוקח אף שהלנה יש לופסידא על ידי זה שהלוקח יחזור עליו על כל הדמים ואם הי' טורף הבעל חוב היה לו ריוח אותו הוספה שמוסיף הבעל חוב על שומת ב"ד י"ל דבאמת בזה אין הלוקח חוזר מאותו הוספה שרצה הבעל חוב לקבל פי בזה הפסיד ללנה וע"ז לא היה אחריות ואף שפכת הריטב"א שם דגבו ונפדה באם הלוקח סילק כל האלף דחוזר על אלף זהובים היינו באם הבעל חוב לא רצה להוסיף על השומא אבל היכא דהבעל חוב הוסיף מכפי שומת ב"ד י"ל דאינו חוזר על המוכר באם החזיק תח"י השקיע הואיל דחביב אצלו והפסיד לו הוספת הבעל חוב אבל באם הבעל חוב אינו מוסיף כלל דאז כשסילק לו הלוקח יותר מכפי שומת ב"ד יחזור על המוכר הואיל דלא הפסידו במה שחביב אצלו השקיע אם כן ליכא שום תועלת ללנה אינו יכול להעלות לבטל שומת ב"ד: ולפי זה יש לומר באם הבעל חוב רוצה להעלות יותר מכפי חובו ולתת דמים אז אין הלוקח יכול להעלות יותר דבזה אינו מכונן רק להפסיד למוכר במה שחביב אצלו השקיע.

דבאם יחזיק אצלו השקיע לא ימתן למוכר כלל פינו שלא בא לידי בעל חוב אם כן אינו יכול להעלות השקיע ואף אם הבעל חוב רוצה לקבל על החו' במילואו אינו יכול הלוקח להוסיף דבזה מכונן לתועלת עצמו ועיין ס' מו"מ לרב האי גאון שער כ"ז שכ' (בסעף י"ג) דהלוקח יכול לפדות השקיע מיד הבעל חוב וכ' יש על הלוקח להוסיף על דמי השקיע ויאמר אני אוסיף ואקנונו בכך וכך דמים ואם בעל חוב אומר אני אוסיף עליו ואטלנו בדמים אלו שאומר הלוקח הדין עם הלוקח אבל אם יוסיף א' על חבירו עם אותו שיוסיף יהי השקיע ומה שאמרנו שישכיל להוסיף הלוקח ל"א אלא שגייענו לשיענו' חובו שיהיה לו על הלנה אבל שיוסיף וילך עד שיותר על החוב לא עכ"ל.

והרא"ש ביאר דבריו דהלוקח צריך להוסיף דמי פל החוב והנה מדכ' בדין י"ג ד יכול לפדות הקרקע מיד הבעל חוב משמע אף באינו פא בטענות עילוי רק פל זכות שהי' למוכר יש לו ו יכול לסלק בזוזי ולקח בשוין הדין עם הלוקח ואם פן למה יוסיף הלוקח יותר מכפי חובו לענין מה הלא בשנה די.

אף נראה דבאמת הא דכ' בדין י"ד יש על הלוקח שיוסיף הוא ביאור הדבר שכ' ברישא ד יכול לפדות היינו על ידי עילוי ומה שכ' ואם בעל חוב אומר אני אוסיף עליו הדין עם הלוקח היינו כי הלוקח יכול להעלות יותר וליכא נפ"מ לו במה שמעלה בדמים לקח' כ' דאם הבעל חוב רוצה להוסיף יותר מכפי חובו אז אינו יכול להעלות הלוקח יותר כי יהיה לו ללנה הפסד בעילוי של הלוקח: ובספר שער משפט רצה לעשות ט"ס בדברי ר"ה גאון ולהוכי' מדבריו דהלוקח יכול לעלות.

ולענ"ד פמו שכ'. ומה שכ' הוא מדבריו בשער ק"ח שכ' דאם הלוקח יש לו חימוד על הקרקע להוסיף דמים על מה ששנה כדי שלא יצא הקרקע מת"י אין לו על המוכר אלא דמי הקרקע שהי' שנה ואין לו עליו במה שהוסיף הוא פדגרסינו האי גברא כו' והוכיח מזה דאם מוסיף יותר מכפי שומת הקרקע לפרוע לבעל חוב אינו חוזר על הלנה דהוי פפורע חובו וממילא אף דאינו מוסיף נגד פל החוב שומעין לו דלא שייך לומר שנתפונן לתועלתו וכ' דעכ"פ אם פרע למלנה פל החוב שהיה לו על ב' שדות מודה ר"ה לדעת הריטב"א דחוזר לדבריו מה ראיה הביא מעונבדא דתרי אפדנא וע"כ צ"ל דראיות רה"ג הוא מדחזינן דאם קיבל המלנה השדה בעד פל החוב לא מיחשב פנתיקר ואינו חוזר על המוכר רק כפי שומת ב"ד חזינן דהאחריות היה רק מה שיעלה עפ"י שומת ב"ד לקח' אף שיש חימוד ללוקח רוצה לתת יותר מכפי שומת ב"ד אינו חוזר על המוכר רק כפי שומת ב"ד אם פן אף באם סילק הלוקח בזוזי לגבי אפדנא לא יהי' חוזר דמה שמסלק בעד אפדנא אהד יותר מכפי שומת ב"ד על זה לא קיבל אחריות ובלא זה פטור דהוי פורע חובו של חבירו.

אולם לענ"ד פנונת ר"ה שם על מה דאמר מעיקרא דבאפנתקי אינו יכול הלוקח לסלק לבעל חוב בזוזי על זה קאמר דאם יש חימוד ללוקח לקרקע והוסיף דמים לבעל חוב למען לא יצא הקרקע מתח"י והיינו לסלק שעבודו מעל הקרקע וישאר ת"י והיה סכרא לומר דכינן דקבל אחריות על עצמו אנא איקום ואשפי מהמעוררין אם פן נוכל לומר דהלוקח יש לו רשות לסלק מעל הקרקע פל עירעור וטוען אף באם יצטרך ליתן להבע"ח יותר מכפי שעבודו על הקרקע קמ"ל רבינו האי גאון ז"ל דאין לו רשות דעיקר קבלת אחריות היה רק לסלק פל עירעור מקרקע כפי שומת ב"ד מדחזינן בעונבדא דאפדנא דאף אם הבעל חוב קבל אפדנא בעד אלה לא נחשב פנתיקר ואינו חוזר על המוכר רק בת"ק אף דשנה אצלו יותר ממיל' מוכח דקבלת אחריות היה רק על פי שומת ב"ד כנלע"ד שלא לעשות מחלוקת רק פמו שכ' הרא"ש בדעת ר"ה ז"ל.

ומ"מ מה שכ' לעיל להוכיח מדברי ר"ה דבאם המלנה רוצה לעלות יותר מכפי חובו אינו יכול הלוקח לעלות נלענ"ד ברור ועיין תומים (ס"ק ו') שביאר דעת רא"ש שכ' באם המלנה רוצה לקבל בלא שומת ב"ד בעד פל חובו והלוקח רוצה שישומו הב"ד דאין שומעין לו הואיל דיש פסידא ללנה והקשה הלא בלא"ה צריך לסלק פל החוב למה שכ'

הרא"ש וביאר הנפ"מ שהלוקח רוצה לסלקו בכל החוב בעד תרתי אפדנא והבעל חוב רוצה ליקח אחד עיין שם דמבואר מדבריו גם כן דאין הלוקח יכול לעלות להפסיד ללנה.

אכן ביאור דברי רא"ש המה דחוקים להמעניין ברא"ש ועיקר קושיתו לא הבנתי דלע"ד עיקר פוננת הרא"ש דהלוקח רוצה שיקח הקרקע עפ"י שומת ב"ד והבעל חוב רוצה ליקח בעד פל החוב הי' ס"ד דהלוקח יכול לעכב פמו הלנה בכה"ג קאמר הרא"ש פיון דיש פסידא ללנה אינו יכול וכן משמע מדבריו דקאמר אבל ביורש יכולים לעכב מטעם דנפ"מ לענין שומא הדרא וביורש יכול לעכב אפילו באין היורש רוצה לסלק במעות פמו שכ' הסמ"ע (סי' ק"ט סק"ה) ובש"ף שם לדעת הרא"ש דאינו יכול הבעל חוב לומר לדידי שנה: ומדברי הרא"ש הנז' לגבי יורש דיכול לומר לשום הקרקע מטעם דשומא הדרא הקשה בס' הפלאה (סי' ק') על הח"מ וב"ש שם שהביאו דברי ר"ן לענין פתובה אם הקרקע שנה עשרה והוא רוצה לקבל בק' והיורשים רוצים לסלקה בעשרה הדין עמה והקשה הלא מבואר (בסי' ק"ט) משם הרא"ש דשומעין ליורש וי"ל למה שכ' המרש"ל מובא בש"ף (סי' ק"ג) דבכתובה לא אמרי' שומא הדרא אם כן הא דיורש יכול לסלק במעות לאשה בכתובה על פרוח מטעם דיכול היורש לומר לדידי שנה פמו לוקח דבשלמא בבעל חוב דשומא הדרא יכול גם כן בשעת טירפא לסלק מטעם זה פמו שכ' הקצוה"ח (סי' ק"ט) ועדיף מלוקח דאינו יכול לסלק רק מטעם דלוקח יאמר לדידי שנה אבל בכתובה דלא אמרינו שומא הדרא אם כן לא עדיף מלוקח ועיין קצה"ח (סי' ק"ד ס"ק ד') דמבואר מדבריו דיורש לא הוי פלנה לענין דיכול לסלק במטלטלין עיין שם וכיון דלא אמרינו גבי פתובה שומא הדרא דינא דיורש רק פלוקח וצריף לעלות בדימים ממילא שפיר כ' הח"מ וב"ש שם דהדין עמה.

ועיין מה שכ' לעיל (סי' ז'): ואם כשקנה הלוקח הקרקע הנה שנה אלה ובשעת טירפא שנה ת"ק מבואר בש"ע (סי' קט"ז) דכותבין לו טירפא באלה ויש לחקור אם נשארו ב"ח אצל הלנה והמה זיבורית דהדין הוא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בני חורי אפילו הן זיבורית אם יכול הלוקח לומר פיון דאינו רק מטעם תקנה ל"נ לי בהאי תקנה ויטרון ממנו הבעל חוב והוא יחזור על המוכר לגבות אלה אף שהוזלה הקרקע ואם נאמר כן הנה מקום ליישב קושית תוספות סוגיא דשבח קרקעות איה שניף למתני גובה הקרן מנכסים משועבדים והשבח מב"ח אין נפרעין ממשועבדין במקום שיש ב"ח ולמה שכ' משפחת שפיר שיש ב"ח זיבורית והקרקע שקנה הלוקח הוול ואומר ל"נ לי בהאי תקנה דאין נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח ומגבי לבעל חוב הקרקע שקנה ושפיר קתני גובה הקרן ממשעבדי שהן גם כן זיבורית אף דמצד התקנה יכול לומר הנחתתי לה מקום לגבות ל"נ לי בהה תקנה והשבח מב"ח אף י"ל דלא יכול לומר ל"נ לי במקום דחב לאחרים פמו שכ' במרדכי פתובות (פי"ב) ועיין במהרי"ט חאה"ע (סי' ח') דל"א סברא זאת רק היכא דהתקנה נעשה לטובת חבירו ואם כן י"ל בנדון דידן דהתקנה נתקנה רק לטובת הלוקח ויכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים או י"ל דנתקנה גם לטובת המוכר שיקנו ממנו קרקעות ולא יפחדו מטירפת הבעל חוב במקום שיש לו ב"ח וגם לטובתו נתקן התקנה הזאת ואם כן אין הלוקח יכול לומר אי אפשי בתקנה הזאת במקו' שחב למוכר וכן נראה: סי' כה א) התנאים (סי' קט"ו ס"ק א') כ' לתרץ קוש' המחברים על הסוברי דשבח ממיל' לא בעינו דאיכני מה פריף הש"ס ב"ב (קנ"ז) משבח קרקעות



דלמא איירי בשבח ממילא וכ' דהנכרח הש"ס לומר ה"מ ר"מ הוא פדי שלא יקשה ממתניתין דבכורות דקתני אין הפתובה נישלת בשבח וכולן אין נוטלין בשבח וקאמר בש"ס לאתוויי שבח ממילא אם פן רישא איירי בשבח מחמת הוצאה ודוקא פתובה אינו גובה אבל בעל חוב גובה וכ' בנתיבות הא דנ"י כ' להוכיח ממתניתין דבכורות דמיתומים גובה שבח ממילא ע"כ כ' פן משם הרנב"ר והרנב"ר י"ל דסובר פשיטת דשבח היתר על הוצאה טורף מיתומים ומקבל מתנה רק דאיקני בעי ומ"מ אין בזה ליישב קושיא הנז' דנוכל לאוקמי הרישא בשבח היתר על ההוצאה ואף דהוי דאיקני הא דאיקני קנה והוריש לכ"ע משועבד למה דקי"ל מע"פ גובה מהיורשין וכל דבריו מוקשים מ"ש בדעת הנ"י משם הרנב"ר דסובר שבח יתר על הוצאה גובה מיתומים מבואר לפנינו בחידושי ר"ן ב"מ ובש"מ משמו דהר"ן חולק בזה על הרמב"ן וסובר דיתר על ההוצאה אינו גובה מיתומי ומקבל מתנה ועל פירוש מה דכ' דאיירי בשבח ממילא במתניתין דבכורות היינו שלא מחמת הוצאה פלל ובאמת בריטב"א ב"מ הקשה זאת מדסיפא בענין לאתוויי שבח ממילא על פירוש רישא איירי מחמת הוצאה עיין שם.

ומה דכ' דקנה והוריש לכ"ע גובה צ"ע הלא לשמואל דסובר מלנה על פה אינו גובה מן היורשי ולידידה דאיקני מהיורש לא משמעבד כמבואר ב"ב (דק"ז) אם פן שפיר כ' התומים דיקשה ממתניתין דבכורות דמשמע דאיקני משמעבד ועיקר בעיית דאיקני אם משמעבד בעי שמואל.

וגם אף אליבא דידן מ"מ זה דוקא בקנה והוריש אבל במה דנפל לאחר מיתה אף מצנה ליכא כמבואר תוס' ב"ב (דקנ"ט) ומרש"א שם אם פן נוכל להוכיח ממתניתין דבכורות דדאיקני משמעבד דאם לא פן איף יגבה בעל חוב משבח יתומים הלא הוי דאיקני.

אולם בעיקר דברי התומים יש לומר דמשם ליכא הוכחה דבאמת הא דגובה מיתומים שבח מטעם פירעא דאפוהן הוא כמו שכ' התוספ' ע"כ דהוא מטעם נעילת דלת וכמו שכ' התוס' בכורות שם א"כ אין ראיה ללקוחות: ב) והנה הטעם דבעל חוב גובה שבח מלוקח כ' הנ"י ורמב"ן דהוי פאלו קנה המוכר השבח וחזר ומכר ללוקח ולכך כ' הנ"י במת המוכר והשבית הלוקח דאינו גובה השבח וצ"ל הסברא במה נקנה להמוכר השבח אף אם השבית הלוקח אדעתא דמוכר מ"מ קנין בעי ודוחק לומר דהוא משום נעילת דלת כמו שכ' הרא"ש דהנ"י לא מזכיר זה פלל וגם הריטב"א והש"מ דהקשו למה ליה ללוקח לצרה זו לא יכתוב בפטר מכירה ולא יטרוף ממנו משמע דלאו מטעם נ"ד לבד הוא רק מדינה גובה דהו"ל פאלו קנה המוכר ומכר ללוקח.

ונראה הסברא דכך הוא הענין הואיל דהשבית ע"ד המוכר ונכתב בפירוש שנתרצה הלוקח שהשבח יהיה שייך להמוכר שהבעל חוב יכול לטרוף ממנו השבח והלוקח נחית על זה בשביל שבח ממילא כמו שכ' הריטב"א או בשביל אפותקי אמרינו דהקנין שעשה הלוקח בהקרקע הי' עד זמן שנולד השבח וכשנולד השבח נפקע המכירה והדר חיייל בכסף שנתן ויכול לעשות פן כמבואר ר"ן נדרים (דף כ"ט) משם הרשב"א ור"מ מקורטב' דכנותי' במוכר לחבירו קרקע עד שיעלה לירושלם ואחר כך יקנה גם פן מהני.

ולפי זה נראה דזכה המוכר פשבא השבח לעולם בהשבית על ידו הקרקע דכיון דנפקע הקנין מהלוקח שוב הדר הקרקע למוכר [והא דשאר בעל חוב שלנה אחר המכירה של

הלוקח אינו גובה היינו משום דרק ע"ד זה נפקע המכירה שינפה רק בשבח לענו בעל חוב זה שיכול לטרוף הקרקע יטרוף גם פן השבח וכמו ש"כ בקצה"ח] ואם פן י"ל דהלוקח שוב אינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל הואיל דזוכה המוכר בהשבח על ידי תצרו וכמו ביורד לתוף תצור של תבירו והשבית דאינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל פמבואר בנ"י ב"מ דתצרו זוכה לו ובנתיבות (ס"ק ד') כ' בפשיטות דיוכל לומר עצי ואבני אני נוטל דלא שייך שינפה עם תצרו עיין שם ולע"ד אף אם נאמר דהוי רק תקנת חכמים הנה שהקנין יהיה ע"ד זה שיפקע אז הקנין וממילא זוכה המוכר בהשבח מטעם תצור ואינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ואחר כך חל הקנין מתדש ועל פתח צ"ל דכך הוא דאם לא פן רק בפשוט הי' התקנה הלא כ' הש"מ והר"ן דכל הטעם דגובה השבח הוא הואיל דכ' וצבי זבינא דנו.

ולמה לא יכול הלוקח לתזור אחר כך מנה אלא נדאי דהפוננה הוא שהקנין נעשה מיד על אופן זה. אולם אעפ"כ צ"ל דרק מטעם תקנה הוא דאם הנה מדינא אם פן הנה דוקא בקנה בכסף או על ידי שטר והוא בעולם אבל בקנה על ידי חזק' אינו מועיל על אופן זה שיפקע הקנין ויחול אחר כך פמבואר ר"ן נדרים הנז'.

וגם במתנה שקבל עליו המוכר אחריות דעל פתח לא הוי קנין כסף הנה צריף שיהיה השטר בעולם אחר כך אלא נדאי דהוא מטעם תקנת חכמים שיפקע אז הקנין ויחול אחר כך מתדש על השבח והקרקע והאחריות קבל עליו אז בשעת מכירה הראשונה שיעבד גופו ונכסיו על אחריות מכירה זו: ג) ובזה מיןשב מה דנתקשתי על הא דמבואר במחבר במתנה שקיבל עליו אחריות דינה כמו לוקח והוא לשון הרמב"ם ומשמע דשנוין ללוקח ואינו גובה רק חצי שבת.

וקשה אמאי לא יטרוף הפל הלא כל הטעם דגובה רק חצי הוא משום דהו"ל לנה ולנה ואחר כך קנה דיחלוקו דהלוקח בא מטעם אחריות שלו אם פן נגד מקבל מתנה יהיה לבעל חוב דין קדימה פמבואר ש"ס פתובות (פ"ו) לענו פתובה ובעל חוב בע"ח קדם ומבואר ברמב"ם הל' אישות וש"ע א"ע (סי' ק"ב) הטעם הואיל דבעל חוב נתן מעות ולאשה הוא רק חייב בלא מעות אם פן הנה ראוי שהבע"ח יגבה כל השבח ממקבל מתנה פינון דשנוין הו המקבל מתנה בחנם בא לידו והבעל חוב הלנה מעות ואם פן השבח יתר על ההוצאה יגבה הבעל חוב הפל ממקבל מתנה שקבל עליו המוכר אחריות וכן משבח ממילא.

ולמה שכ' אתי שפיר הואיל דמכר לו להלנה הנותן בהחזרה הקרקע והשבח ואמרין דהמקבל זכה בהשבח והדר נפקע הקנין ואחריות הוא משעת נתינה באם יבא בעל חוב ויטרוף השבח עם הקרקע על פתח צ"ל דהי' נפקע אז המכירה והוא מחויב מעות אם פן מחויב בעד השבח אף מ"מ יקשה הואיל דנפקע אינו מחויב כלל לו רק מטעם אחריות קשטרף משועבד למפרע מ"מ הוי חייב בחנם בלא נתינת מעות אם פן יהי' הבעל חוב קדם.

לכך נראה הא דכ' הרמב"ם הטעם הואיל דלא נתנה מעות לכך הבעל חוב קדם היינו דוקא בפתובה דהוא דרבנו אבל במקבל אחריות על מתנה דמהני מד"ת שנה ויפה פחו כמו בעל חוב וחולקין.

ובזה יש ליישב קושיות התנאים והפנ"י סג"ל דשבח על ש"ס דבכורות דהקשה האמר שמואל בעל חוב גובה את השבח ומשני מקולי פתובה שני פאן תפ"ל דלשמואל אינו גובה רק חצי שבח מטעם לנה ולנה ואחר כך קנה אם פו בעל חוב גובה במקום פתובה פמו פו לוקח במקום פתובה הוי פבעל חוב דיהיב דמי ולמה שכ' אתי שפיר די"ל קושיות הש"ס הנה לרשב"ג דסובר פתובה דאורייתא אם פו תגבה האשה משבח לקוחות לפירש"י דאורייתא בשבח לקוחות.

וקצת יש לעיין למה להרמב"ם הטעם דהאשה לא הפסידה תפ"ל פיון דליכא דין קדימה רק שיעבוד של שניהם חניל בשנה אם פו י"ל דלבעל חוב שמשועבד מדאורייתא עדיף דדברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין דומיא מה דמבואר ש"ס תמורה (דכ"ה) אמר על הלקט עם נשירת רובו יהיה הפקר דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ועיין מה שכ' ברש"י פיון דבהדי הדדי חניל ודאי דברי הרב שומעין וה"נ דכונתיה.

וצ"ל פל מה דתיקון רבנו פועין דאורייתא תיקון ויפה פחם פמו דין תורה וחייל בהדי הדדי והנה ראוי לומר חולקין לקף כ' הרמב"ם הטעם דהואיל דהוא נמן מעות עדיף. ואם פו במקבל מתנה שקבל עליו אחריות י"ל דנה משעבד הוא עצמו והבעל חוב הלנה לו מעותיו ושעבדו התורה אם פו יקשה דיגבה פל השבח דנאמר דברי הרב שומעין יותר מדברי התלמיד במה שמשעבד עצמו ועיין קצה"ח (סי' רנ"ב) בכה"ג וצריף לומר דחייב עצמו הוי פמו שנתן מעות ושון ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' ט"ו) בזה: ד) עיין ש"ף שכ' הטעם דאינו גובה מפירות משום דהוי ליה מטלטלין שפכר דלא משעבד לבעל חוב וכ' בתנאים דלדבריו אם כ' מטאגמ"ק גבה מפרי אם פו צריף לכתוב פרי ונ' דהנה הרשב"ם ב"ב (ד' מ"ד) כ' הטעם דנמצאת שאינו שלו חוזר דלא חל המכירה פלל מה שאין פו דבעל חוב יאכל הפרי ולמה נקט הרשב"ם פירות שאכל דוקא.

וי"ל דהרשב"ם כ' ליישב דאם כ' לו מטאגמ"ק דגובה פירות אם פו יקשה דיחזור עליו אולם הרשב"ם סובר פדעת הרמב"ן בפתובה מוכא בש"מ ב"ק (דף ל"ג) היכא דכ' לבעל חוב מטאגמ"ק ומכר המטלטלין והלוקח הזיקו או שאכלו פדעת הש"מ שם דגובה מלוקח מטעם מזיק שיעבודו ודעת הרמב"ן דהוא לא הזיק רק המוכר שפכרן לו עיין שם אם פו מהני המכירה עכ"פ לענין זה שיכול לאכול הפירות ולא יצטרף לשלם אף אם יהיה לו לבעל חוב שעבוד מטאגמ"ק לקף נקט הרשב"ם דמפירות שאכל לא יגבה וכיון דמהני עכ"פ מכירה למקצת לא שניף לא שדי אינש זויזי בכדי.

אולם לדעת הרמ"ה שם בש"מ דאף פירות שאכל חייב לשלם מטעם מזיק אם פו באמת פאם הנה לו לבעל חוב מטאגמ"ק דגובה אף מפירות שאכל אמרינן אף אליכא דשמואל אחריות ט"ס. ונשפיר הקשה הש"ס ב"מ (ט"ו) אי בבע"ח מי אית לי לבעל חוב פירות ואי דאורייתא דהנה לו מטלטלין אגמ"ק בשביל זה לא צריף למפלה דכיון דלא חניל המכירה אף לענין פירות שאכל שוב אמרינן אחריות ט"ס פמו בנמצאת שאינו שלו.

וראיתי בנתיבו' (ס"ק ו') שכ' בפשיטות לשיטת הש"ף בכ' לו מטאגמ"ק גובה פירות שהוא בעין אכל מה שאכל פכר אין צריף להחזיר דבעל חוב מכאן ולהבא גובה. ולמה שכ' אם גובה מה שהוא בעין מטעם שעבוד מטאגמ"ק יגבה גם ממה שאכל מטעם מזיק ותל' במחלוקת הרמב"ן והרמ"ה פמו שכ'.

ועיין ש"מ ב"מ שכ' בשם הרשב"א להדיא דאף בכ' לו ובפירוטיהו לא טריף בע"ח דהו"ל מטלטלין ע"ש: ה) עיין רא"ש ב"מ סוגיא דשבת שכ' קושית תוס' דמב"מ (דף ק"י) משמע דאינו גובה משבח יתומים וממס' בכורות משמע דגובה משבח יתומים וכ' תירץ התוס' דשם איירי באפויקאי דא"ל אם לא אפרע לה עד זמן פלוני תהיה השדה קנוי' מעכשיו ועבר הזמן אחר מיתת אביהם.

וצריך ביאור למה דוקא דעבר הזמן אחר מיתת אביהם אף אם עבר הזמן אחר מיתת אביהו נמי משפחת לטענת היתומים עם הבעל חוב הא שם איירי במסיק שיעור ארע' ושבתא. וגם מה שכ' אחר כף אכל אי אביהו השבים בחייו ולא הוחלט ואי בעי הוי מסלק לי' בזוזי הלכך שקיל ארע' ושבתא נמי יש להבין למה כ' בלא הוחלט הלא על פרוץ איירי במסיק שיעור ארע' ושבתא אם כן אף בהוחלט למה לא יגבה דהא הוי זוזי שבת אביהו.

ומצאתי בתשובת ב"א א"ע (סי' ע"ח) שעמד ע"ז ע"ש שהניח בצ"ע. ולענ"ד בביאור דברי הרא"ש עפ"י מ"ש במ"א ליישב שיטת רש"י דסובר בלוקח מגזלן והכסיפה ביד הגזלן והלוקח השבים דטורף הנגזל ואינו נותן אף ההוצאות והוא תמהי' מאד מה לו ללוקח במה שהיה משופח בעת שגזל מהנגזל וכי מחויב הוא לפרוע חובת הגזלן.

וברמ"א (סי' שע"ג) הביא דעת רש"י משם יש חולקין ובסמ"ע שם כ' הטעם פיון דאם נשאר בידו ל"ה צריך להוצאה זו יש לו דין הוצאה יתירה על השבח ואינו מוכן הא אם אחד קלל קרקע של חברו ובא אחר ותיקן למה לא יהיה בעל הקרקע חייב לשלם ההוצאה ועיין ש"מ ב"מ סוגיא דשבת ולכאורה י"ל בכוננת רש"י ז"ל עפ"י שיטת הריצב"ש מוכא בש"מ שם ונ"ל בעל חוב גובה את השבח אפילו כנגד הוצאה ומשום תנאי כו' וכיון דכ' לי' האי תנאה הרי הוא כאלו נעשה הלוקח שלוחו של מוכר להוציא הוצאות בקרקע ולהשביחה וגבה להו בעל חוב כו' והקשה פיון דמשום תנאו גובה למה לי' ללוקח לצרה הזאת לא יכתוב ולא יגבה.

וא"ת הך תנאי לוקח בעי לה משום נגזל הא לא אפשר דשבת נגד הוצאה מנגזל שקיל ליה פיורד לתוך שדה של חברו ועוד שאף עם תנאי זה אי אפשר שלא יפרענו הנגזל שאף אם נאמר דהלוקח הוי שליח דגזלן במה שהוציא פיון שכתב ליה עם כל זה יש לנגזל לפרוע שהרי גם אם הוציא הגזלן היה חייב לפרוע הוצאות אכל בבעל חוב שאם הוציא מהלנה הי' גובה הכל יש לנו לומר דהלוקח הוי כשלוחו עיין שם עוד בש"מ מבואר דסובר דעיקר התנאי לא שיקנה המוכר ואחר כך יקנה הלוקח כמו שכ' הנ"י רק מחמת התנאי יהיה הלוקח כשלוחו דמוכר בהוצאותיו רק על הנגזל ליתן הוצאותיו דאף דהוי כשלוחו מ"מ הא גם למוכר הגזלן היה חייב ודאקני אעפ"כ צריך למכתב דאף דהוי כשלוחו בהוצאותיו מ"מ הוי דאקני ועיין שם בש"מ באורו.

ולפי זה שפיר בהכסיפו ביד הגזלן באם היה הנגזל מוציא מידו ל"ה חייב לתת לו הוצאותיו פיון דכשגזלה הי' משופחת לכך גם כשמוציא מיד הלוקח א"ח פיון דהוא השבים בשליחותו דמוכר ועיקר מה דלוקח נוטל הוצאותיו הוא משום דגם כשהי' מוציא מיד המוכר היה צריך ליתן אכל היכא דאם היה מוציא מיד הגזלן ל"ה חייב ליתן אז פטור גם ללוקח פיון דבשליחותו דמוכר השבים: ובזה יש קצת ליישב דעת תוס' סוגיא

דְּשִׁבַּח דַּכּ' דְּאֵם עֲשָׂאוּ אֶפֹּתְקֵי דְּבַעַל חוּב גּוּבָה הַפֵּל וְאַפִּילוּ יִתֵּר עַל חוּבוּ וּבְמַסִּי פְּשִׁיעוֹר  
אַרְעָא וּשְׁבַחָא אֵינוּ נוֹתֵן לוֹ אֶף הַהוּצָאָה דְּבִשְׁבִיל דְּעֲשָׂאוּ אֶפֹּתְקֵי לֹא יִגְרַע כְּחוֹ וּבְרִיטְבָ"א  
שֵׁם הֵבִיא שְׁכֹן דַּעַת הָרֵאָב"ד דְּבִאֲפֹתְקֵי גּוּבָה כֹּל הַשְּׁבַח וְאֵינוּ נוֹטֵל הוּצָאוֹתָיו וְגַם דְּאֶקְנִי  
א"צ וְהַקְשָׁה עַל זֶה הָרִיטְבָ"א מִמֶּנּוּ"פ אִם תְּשׁוּב אֶפֹּתְקֵי פְּקַרְקַע דִּילְיָה לְמָה אֵינוּ נוֹתֵן  
הוּצָאוֹתָיו פְּדִין יוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה שֶׁל חֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת פִּינֵן דְּנוֹטֵל כֹּל הַשְּׁבַח וְגַם דְּאֶקְנִי  
אֵין צָרִיף מְנוֹכַח אֶתְהָ לּוֹמֵר דְּהוּי פְּאַרְעָא דִּילְיָ וְלָמָּה שְׂכ' פִּינֵן דְּאֶף בְּלוֹקֵם מְגַזְלֵן דְּנֹדְאֵי  
קַרְקַע דְּנִגְזֵל הַשְּׁבִיחַ מ"מ אֵינוּ נוֹטֵל הוּצָאוֹתָיו רַק הֵיכָא דְּנוֹטֵל הַגְּזֵלָן גַּם פֶּן אִם הֵיךָ טוֹרֵף  
מִמֶּנּוּ פִּינֵן דְּהַשְּׁבִיחַ בְּשְׁלִיחוֹתוֹ וְאִם פֶּן בְּאַפֹּתְקֵי אֶף דְּהוּא פְּשָׁדָה שֶׁל הַבַּעַל חוּב מ"מ  
בְּמַסִּיק בִּי שְׁפִיעוֹר כֹּל הַשְּׁבַח גַּם פֶּן אֵינוּ נוֹתֵן לוֹ הוּצָאוֹתָיו פִּינֵן דְּגַם לְלִנְהָ לֹא הֵיךָ נוֹתֵן  
כְּלוּם פִּינֵן דְּמַסִּיק בִּי פְּשִׁיעוֹר וְהַלּוֹקֵם הוּי כְּשִׁלּוּחוֹ דְּמוֹכֵר.

אֶף מִתּוֹס' שֵׁם מְבוֹאֵר דְּאֵינוּ סוֹבְרִים פְּדַעַת רַש"י בְּזֵה וְעֵינֵן נ"י דְּהֵבִי מִשֵּׁם הָרֵאָב"ד גַּם  
כֹּן דְּחוֹלֵק עַל רַש"י וַא"ל גַּם פֶּן דְּהָא הָרִי"ף הַק' מ"ש מִיּוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה חֲבִירוֹ דְּנוֹתֵן לוֹ  
יְצִיאוֹתָיו וְכ' דְּהָא אֲשַׁבַּח אֶרְעָתָא דְּמָרָא אֶרְעָא וּבִשְׁ"ף (ס' קט"ו ס"ק ו') אִם פֶּן לּוֹקֵם  
מְגַזְלֵן אֲמַאי נוֹטֵל יְצִיאוֹתָיו נִימָא גַּם פֶּן דְּאֲשַׁבַּח אֲדַעַתּוֹ דְּמוֹכֵר וְתִיגְרִץ פִּינֵן דְּגַם לְגַזְלֵן  
הֵיךָ חֲזִיב אֲמַרִּינוּ מַה מְכַר עֵינֵן שֵׁם אִם פֶּן בְּהַכְּסִיפוֹ שְׁפִיר אֵינוּ נוֹטֵל פִּינֵן דְּהַשְּׁבִיחַ אֲדַעַתּוֹ  
דְּמוֹכֵר וְלוֹ לֹא הִי חֲזִיב לְתַת הוּצָאוֹתָיו ז"א דְּהָא בְּאַמַּת דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף מְנוֹקְשִׁים דְּאִם פֶּן  
יְקַשָּׁה לְהַפּוֹסְקִים הַחוֹלְקִין עַל דַּעַת רַש"י אֲלֵא וְדֹאֵי דְּעֵיקֵר הַטַּעַם דְּבִיּוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה  
חֲבִירוֹ נְחִית אֲדַעַתָּא דְּמַאֲרֵי אֶרְעָא וְהַבַּעַל הַקַּרְקַע קָנָה לְכָף חֲזִיב לִיתֵּן לוֹ יְצִיאוֹתָיו מַה  
שְׂאִין פֶּן בְּלוֹקֵם מְגַזְלֵן אֶף דְּנְחִית אֲדַעַתָּא דְּמוֹכֵר מ"מ לֹא קָנָה הַשְּׁבַח דְּקַרְקַע נְגַזְלַת הוּא  
וְאֵינוּ שְׁלוֹ וְעֵינֵן בְּדְבָרֵי אַאמ"ו הַגָּאוֹן ז"ל בְּדְבָרֵי חֲזִיב דִּינֵי גַב"ח (ס' י"ט): לְכָף נִרְאָה  
בְּדַעַת רַש"י דְּהִנֵּה הַתּוֹס' וְהָרֵאָב"ש ב"ק (נ"ף ק"א) פְּתַבּוּ דְּהֵיכָא דְּמָמוֹנוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ נִשְׁבַּח  
שְׁלֵא ע"י מַעֲשֵׂיו א"ח לְשֵׁלֵם רַק הֵיכָא דְּגוֹפּוֹ נְהָנָה ע"י מַעֲשֵׂיו אוֹ ע"י מַעֲשֵׂי דְּאַחֲרִים אוֹ  
מָמוֹנוֹ עַל יְדֵי מַעֲשֵׂיו וְלֹא עַל יְדֵי אַחֲרִים וְעֵינֵן שֵׁם בִּיש"ש וְכ' הַשְּׁ"ף (ס' שצ"א) וְז"ל  
וּמ"מ נ"ל דְּמִיָּרֵי שְׁתַּחֲבֵב אוֹכְלִין שֶׁל אַחֲרִים אֲבָל אִם תַּחֲב אוֹכְלִין שְׁלוֹ חֲזִיב לְשֵׁלֵם לוֹ  
דְּלֵא גְרַע מִיּוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה שֶׁל חֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹתוֹ וְטַעַמָּא דִּיּוֹרֵד פִּינֵן דְּנִתְפַּנּוּן לְהַשְּׁבִיחַ  
חֲזִיב לְשֵׁלֵם לוֹ יְצִיאוֹתָיו וְעֵינֵן בְּמַחְנֵה אֲפָרִים רִישׁ דִּינֵי נ"מ וּבְנִתְיָבוֹת (ס' ק"ה ס"ק ו')  
וְעוֹד (ס' רל"ו ס"ק ז') שְׂכ' גַּם פֶּן בְּאֵם קָנָה מִן מַסִּיקִין וְלֹא טַעַן שְׁנִתְפַּנּוּן לְהַשְּׁבִיחַ דְּאֵינוּ  
חֲזִיב לְשֵׁלֵם מִשׁוּם דְּגוֹפּוֹ אֵינוּ נְהָנָה וּבִיּוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה חֲבִירוֹ אֵינוּ חֲזִיב רַק בְּכּוּוֹן  
לְהַשְּׁבִיחַ וְעֵינֵן קַצּוּה"ח (ס' שנו"ו) וּבְרֵא"ש ב"ק סוּגֵיָא דְּמַבְרִיחַ אַרִי.

וּלְפִי זֶה אֲמַאי צָרִיף לְשֵׁלֵם לְלוֹקֵם הַהוּצָאָה הָא לֹא נְהָנָה גּוֹפּוֹ דְּנִגְזֵל רַק מָמוֹנוֹ הַשְּׁבִיחַ  
וַא"ד לִיּוֹרֵד לְתוֹף שְׂדֵה חֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת דְּנִתְפַּנּוּן לְטוֹבַת חֲבִירוֹ אֲבָל בְּלוֹקֵם מְגַזְלֵן  
אִם א"י פֶּלֶל דְּגִזּוּלָה הִיא הַשְּׂדֵה וְקַסְבֵּר שְׁלוֹ הוּא וְדֹאֵי לֹא נִתְפַּנּוּן לְהַשְּׁבִיחַ שֶׁל חֲבִירוֹ  
בְּשִׁלְמָא הַגְּזֵלָן עֲצָמוֹ דִּיּוֹדַע דְּהַקַּרְקַע אֵינוּ שְׁלוֹ י"ל דְּנִתְפַּנּוּן לְהַשְּׁבִיחַ קַרְקַע דְּנִגְזֵל אֲבָל  
בְּלוֹקֵם דְּלֵא יָדַע פֶּלֶל וְדֹאֵי לֹא נִתְפַּנּוּן לְהַשְּׁבִיחַ מָמוֹנוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ וְצָרִיף לּוֹמֵר מַה מְכַר  
רֵאשׁוֹן לְשֵׁנֵי כֹּל זְכוּת שְׁהֵי לוֹ וְכִיּוֹן דְּחֲזִיב לְשֵׁלֵם לְגַזְלֵן וּבְפִרְט פִּינֵן דְּהַשְּׁבִיחַ בְּשְׁלִיחוֹתוֹ  
חֲזִיב נְמִי לְלוֹקֵם אֲבָל אִם הַכְּסִיפוֹ בְּיַד הַגְּזֵלָן דְּלֵא הוּי חֲזִיב לְתַת לוֹ הַהוּצָאָה אֲז פְּטוֹר  
מִלְשֵׁלֵם גַּם לְלוֹקֵם פִּינֵן דְּלֵא יְכוּל לּוֹמֵר לְטוֹבַתָּה נִתְפַּנְנִי אֶף מ"מ אִם הוּא דְּבָר בְּעֵין  
וְיְכוּל לְיַקַּח עֲצִים וְאַבְנִים בְּזֵה אֵין לּוֹמֵר כֹּן פִּינֵן דְּאֶף אִם לֹא נִתְפַּנּוּן לְטוֹבַת חֲבִירוֹ מ"מ

מה שהוא בעין יכול ליקח דלא הקנה אותו לגזלן ואם פן לא יתכן ליישב דעת רש"י בזה דהא פתב גם פן גדר ובזה יכול ליטול עציו ונאבניו דהוא ממונו ואי דבאמת יכול ליטול רק על הוצאותיו פטור בלא"ה לא יקשה קושית רש"י לזה י"ל פיון דכ' סתם שבת משמע פל השבת אף בענין שאינו יכול ליטול עציו והשתא דפירש"י בהכסיפו פיד הגזלן יכול להיות פל השבת.

והחולקים י"ל דסוברים דבירד לשד' של חבירו שלא ברשות דחייב לשלם הוצאותיו אינו מטעם ד יכול לומר לטובתה נתפונתי או פתרוץ השני שבתוס' ב"ק שם המוכר בש"ף או דסוברים דל"ב רק שיתפונן להשביח השדה ולא דוקא לבעלים וענין נתיבות (סי' רל"ו) הנז': ולפי זה י"ל דהרא"ש סובר דאם הגיע הזמן והחלט לבעל חוב האפותקי שוב אינו חייב להמלנה פלל פיון דאמר לי' לא יהיה לה פרעון אלא מזו וכשבא הזמן ולא סלקו במעות נקנה הקרק' בעד פל החוב מעכשיו למלנה וענין תומים (ס"ק ט"ז) בא"ל לא יהיה לה פרעון אלא מזו השבת הו"ל פשדה אחרת וענין שם שכתב דבאפותקי לא שייך דאיקני פיון דא"ל לא יהי לה פרעון אלא מזו וא"כ שפיר נקט הרא"ש דעבר הזמן אחר מיתת אביהם דאם הי' מגיע הזמן קודם מיתת אביהם ונפל המחלוקת אם אביהם השביח או היתומים אז אף אם השביח אביהם היה מחויב המלנה ההוצאה פיון דכבר הוחלט הקרקע ושוב אינו יכול לסלקו בזווי א"כ הוי פירד לתוך שד' חבירו שלא ברשו' דחייב לשלם לו ההוצא' הואיל שנתפונן להשביח קרקע חבירו מה שאין פן אם השביח הקרקע קודם שהגיע הזמן פרעון ולא הוחלט עדיין השדה ו יכול לסלקו בזווי אם פן לא נתפונן להשביח קרקע חבירו אז גובה הפל אף לא בתורת גנבינא רק מטעם דאינו מחויב לשלם כמו פירד לתוך שדה חבירו פיון דלא נתפונן להשביח לחבירו רק לעצמו פטור לכך נקט הרא"ש הואיל דלא הוחלט ואי בעי הוי מסלק ליה בזווי שקל ארע' ושבתא דאם הוחלט אז אף אם אביהם השביח אינו גובה השבת אף במסיק מטעם דא"ל לא יהיה לה פרעון אלא מזו ונסתלק על ידי גוף הקרקע מחובו והשאר מחויב לשלם ההוצאות דנתפונן להשביח לחבירו אבל בלא הוחלט הוא שלו עודנ' ולא נתפונן להשביח לחבירו רק לעצמו נוטל הקרקע בחובו והשבת הוא ממילא שלו פיון דלא נתפונן להשביח לחבירו פטור לשלם מה שנהנה ואם הירש'י השביחו אף קודם הגעת הזמן פרעון חייב לתת להם ההוצאות אף במסיק מטעם פיון דאינם יכולים לסלק במעות הוי להו פירד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ומה שכ' הרא"ש אחר כך דבלוקט גובה ארעא ושבתא באפותקי במסיק אבל בלא מסיק חייב ההוצאה אף דלא נתפונן לטובת הבעל חוב שם פיון דהשביח על דעת המוכ' שייך מה מוכר ראשון וכמו באם השביח המוכר בלא מסיק היה חייב לו ההוצאה ד יכול לסלק לו בזווי וכיון דמגיע הזמן ואינו מסלק לו לא הפסיד בשביל חסרון מעות וכמו שכ' הריטב"א ב"מ ומה שכ' הרא"ש שם דדוחק בקמה שחלקו תוס' בין תומים ללוקט באפותקי דביתומים אף במסיק חייב לשלם ההוצאות ובלוקט גובה הפל למה שכ' יש סברא טובה לחלק בדבר דביתומים הואיל דשוב אינו יכולין לסלק במעות השביחו לטובת חבירו המלנה וחייב לשלם ההוצאות אבל בלוקט דסובר דהמוכר יסלק בזווי לבעל חוב לא השביח לטובת המלנה רק לטובתו אינו מחויב לשלם ההוצאות אף אם פן יקשה גם בלא מסיק יגבה הפל ולא יתן ההוצאות הואיל דלא נתפונן לטובת חבירו לדעת הש"ף הג"ל וצ"ל הואיל דהשביח ע"ד דמוכר

שייך מה מכר ראשון לשני ואם הנה המוכר משביחו לא הנה מפסיד בשביל חסרון מעות:  
(ו) עיניו ש"ף מה שהאריך להספיק לדעת רש"י אף באפותקאינו גובה יותר מחובו.

ולכאורה יש להוכיח שיטת רש"י ז"ל דלמסקנא דמסיק דאיירי באפותקי גובה אף יתר  
מפדי חובו ממה שכ' רש"י הסבירא לשמואל דסובר דלוקח מגזלן לית ליה שבחא דמחזי  
פרבית ובבעל חוב גובה הלוקח השבח שהוא משום דמכיר' מעליא הוא פל זמן שלא  
טרפה ממנו שאם פרע המוכר מעותיו לבעל חוב הרי הוא מסולק מן הלוקח הלכך כי  
משלם יותר השתא הוא דהדר זבין מני' קרקע המכורה לו ולא מחזי פריבית עכ"ל ולמה  
לא נקט רש"י דהמכורה חל לענין גוף הקרקע רק דיש לבעל חוב שיעבוד על הקרקע  
נהרי יש רשות ללוה לסלקו בזוי ולמה נקט דיש ביד המוכר לסלק ולא נקט דהלוקח  
הי' יכול לסלק בזוי.

וגם אף שייך לומר דמחזי פריבית הלא הבעל חוב אינו גובה יותר מפדי חובו אם פן  
פורע חובו של חבירו ברצון חבירו פיון שקבל עליו אחריות ועיניו רש"י (דף ט"ו סוף  
ע"א) דא"ל פרעתי את חובה אם פן מה מחזי פריבית שייך מה שפרע לו מה שפרע  
בעדו חובו ברשיון חבירו א"ו דרש"י סובר דהמשנה איירי על פתח באפותקי וכמו שכ'  
התוס' דאם לא פן יכול לטעון הנחתי ובאפותקי גובה אף יתר מפדי חובו אם פן שפיר  
הקשה דמחזי פריבית ולא הנה יכול לתרץ דהלוקח הנה יכול לסלק בזוי פיון דאיירי  
באפותקי לכך תירץ רש"י דהמוכר הנה יכול לסלק בזוי ומוכח דשיטת רש"י אליבא  
דמסקנא דבאפותקי גובה יותר מחובו וכמו שכ' הר"ן בחידושיו בשיטתו.

וקצת יש לעיין למה שכ' רש"י פסחים (דף ל"א) הטעם דבעל חוב גובה מלוקח שהוא  
משום דכיון דהי' משועבד לראשון היינו הבעל חוב הני פאינו ברשותו ולא מהני  
המכירה. ועיניו קצוה"ח (סי' קי"ז) ביאור הדבר דכשפודה הלנה דחל המכירה דהני  
פאומר שזהו ל' לכשאפדנ' תקנ' לה דמהני המכירה עיניו שם ועל פתח הא דלוקח יכול  
לסלק לבעל חוב בזוי היינו משום מה מכר ראשון לשני ומכר לו זכותו זה ואם פן הא  
תינח היכא דמסלקו בזוי והו"ל מכירה אבל היכא דבעל חוב טורף השדה אם פן למפרע  
לא בא לידי פדייה והו"ל פמכר דבר שאינו ברשותו דלא חל המקח ומחזי פריבית ואף  
די"ל דלא מחזי פריבית דהבעל חוב מסלקו בעד החיוב שהיה לו לסלק לבעל חוב מ"מ  
לשון רש"י ב"מ שכ' דהו"ל פהדר זבין מניה דלוקח קשה על פי דבריו בפסחים ויש  
ליישב: ז) בש"מ ב"מ (ק"י) מבואר משם הראב"ד שיטה שלישית דבש"ף לא הביא רק  
דעת רש"י וסייעתו דבאפותקי אינו גובה יותר מפדי חובו ודעת התוס' וסייעתו דגובה  
יותר מפדי חובו ובש"מ שם כ' דבאפותקי וכ' לו דאקני פיון דהשבח משועבד ליה דאי  
משפתפא או מיפספא ומצטרקא הוא ושבחא להאי מלנה שקיל ליה לכולה מיהא השתא  
דלא מיפספא דמי שבחא יחב מוכר ללוקח ושבחא יתירה שקיל ליה ברווח' דארעא  
דידיה אשבחא עיניו שם והיא שיטה חדשה.

ומבואר מדבריו דלא פסבר' קצוה"ח שכ' איזה פעמים דהיכא דיש סיפק לכדי גביית חוב  
מגוף הקרקע לא נשתעבד לו השבח דכל הטעם הוא משום תקנה ולא הנה רק היכא דאין  
שיעור קרקע מספיק לכדי גביית חוב אבל היכא דיש בגוף הקרקע פדי גביית חוב לא  
משמעבד השבח פלל ונקנה ללוקח בתורת מכר נהרי לפנינו דעת הראב"ד אינו פן דכ'

להדיא דמשתעב' הואיל דאם מיכסר הקרקע [ובאמת צ"ע באפותקי אף דנכסרף איך שיניך שמשועבד בחובו וכמו שהתפלא התומים על הש"ך וגם בריטב"א סנגיא דשבח משם הראב"ד מבואר דלעולם אינו ניטל יותר מפדי חובו] ומה שהוכיח הקצוה"ח סברתו מש"ס דהקשה למ"ד דמצי לסלק בזווי לימא לי' הב לי גרוני דארעא בארע' שיעור שבח.

והקשה למ"ד דלא מצי לסלק בזווי מי ניחא הלא מסלקו בקרקע שקנה אם השבח משועבד לו גם כן. אתי שפיר למה שכ' בתומים (סי' קי"ז סק"ב) דהש"ס ב"מ לס"ד איירי גם פן באפותקי רק באפותקי סתם ד יכול לסלק בזווי ולמסקנא מסיק דאיירי באפותקי מפניש אם פן שפיר הקשה רק למ"ד דמצי לסלק בזווי אבל למ"ד דלא מצי לסלקו בזווי אף ד יכול לסלקו בקרקע שמשועבד לו מ"מ מאפותקי סתם דהיינו הגוף הקרקע אינו יכול לסלקו רק בזווי ולא בקרקע אחרת.

אולם למה שכ' הש"מ בבניאור קושית הש"ס אי הו"ל זוי דהיינו מה שמגיע לי ממך זוי קח בחובו יקשה שפיר קושית הקצוה"ח וס"ל פסברתו: ח) דעת הרש"ל דהיכא דלא הניח ב"ח רק דאקני אינו יכול לטעון הנחתי לה מקום לגבות והקצוה"ח מנישב בזה קושיא הנז' אף הקשה על המהרש"ל דמ"מ אינו מתורץ בזה קושית תוס' דאיך קתני גובה הקרן מנכסים משועבדים והשבח מב"ח יטעון הנחתי עכ"פ על השבח דכמו כן השבח הוא גם פן דאקני כמו מה שהניח לגבו' ומה לי זה או זה.

ולענ"ד נראה בסברת הרש"ל שלא יהי דבריו פהלקתא בלא טעמא דהוא משום דכל הטעם מה דהלוקח יכול לומר הנחתי לה מקום לגבות הוא משום תיקון עולם ולפי זה סוב' הרש"ל דזה דוקא אם חשש הלוקח והניח בפעול קניתו ב"ח לגבות עכ"פ אבל בלא הניח הואיל דהוא לא חשש לזה שיהיה מקום לבעל חוב לגבות פי מאין ידע שיקנה המוכר עוד שדה וכיון דלא חשש בעצמו לזה שוב טורף הפעל חוב פדינו ולפי זה י"ל דעד פאן לא קאמר רש"ל דינו רק בהניח ב"ח דאקני זיבורית והוא קנה בינוני דבזה שיניך סברא הנז' ויכול הפעל חוב לגבות פדינו מבינונית שאצל הלוקח ולא יכול לומר על הזיבורית ב"ח הנחתי פיון דלא חשש לעצמו להניח לו פדי גביה בפעול שקנה לא שיניך תו תיקון עולם בכגון זה והדרינו לדינא דבעל חוב בבינונית אבל בקנה בינונית והב"ח המה גם פן בינונית דבכה"ג מדינא אינו יכול לגבו' מלקוחות במקום שיש ב"ח בינונית כמו דמוכח מש"ס ריש פ' הניזקין להדיא דמה מוכר ראשון לשני פל זכות שהי לו וכמו שהיה ביד המוכר רשות לסלקו לבעל חוב באיזה קרקע שהיה רוצה כ"כ יש רשות ביד הלוקח וכמו שהאריך בזה אאזמ"ו הגאון ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ק"ב) אם פן בכה"ג אף שהב"ח קנה אחר מכירת הקרקע זו יכול לומר הנחתי ומודה הרש"ל בזה והמרש"ל קאי רק לתרץ קושית תוס' מהנחתי וי"ל דאיירי דהשדה שאצל הלוקח עם השבח הוא בינונית והב"ח הוא זיבורית ובכה"ג שהוא דאקני ולא הניח בפעול שקנה לא שיניך תיקון עולם והדרינו לדינא דבעל חוב בבינונית.

ולפי זה לא קשה דכנגד השבח דהוי גם פן דאקני לא יקח במקום שיש נכסים ב"ח פיון דלא שיניך תיקון עולם בכגון זה הדרינו לדינא דבעל חוב בבינונית וזה נכון לענ"ד ומה שיש להקשות על רש"ל מסוגיא דפו"ט ב"ב אי דאית לי ארעא אחריתא יש לינישב גם פן להפעיל היטב: ט) בקצוה"ח (סק"ט) הקשה על הש"ך שכ' דמלוקח לא גובה רק חצי



שִׁבַּח הַיָּתֵר עַל הַהוֹצָאָה וּמִמְקַבֵּל מִתְּנָה גּוֹבֶה כָּל הַשִּׁבַּח וְהַקְּשָׁה וְכִי עֲדִיף פֶּתַח בַּעַל חוֹב מְלוּקָח אִם לְוֶה מְשֻׁנֵּי מְשׁוֹעֵבֵד לְשִׁנְיָהֶם וּמִמְקַבֵּל מִתְּנָה יִגְבֶּה הַפֶּל עֵינָן שָׁם בְּאֶרְבֵּי שֶׁכ' כִּינּוּן דְּלֹא חֲטִייל הַשְּׁעֵבּוּד רַק כְּשִׁפָּא לְעוֹלָם רָאוּי שְׁיִהְיֶה הַפֶּל לְמִקְבֵּל מִתְּנָה דְּבַעַל חוֹב שְׁלֵא קָדַם אֵינוֹ טוֹרֵף.

וְהִנֵּה שְׁיִטַּת הַשִּׁ"ף מְבֹנָאָר בְּר"ן ב"מ בְּחִידוּשָׁיו וּבִש"מ שָׁם מְשֻׁם הֶר"ן שֶׁהִבִּיא שְׁיִטַּת הֶרְמֵב"ן כִּן דְּבִשְׁבַח יָתֵר עַל הוֹצָאָה יָפָה פֶּתַח לִוְקָח מִפֶּתַח מְקַבֵּל מִתְּנָה דְּמְלוּקָח גּוֹבֶה חֲצִי וּמִמְקַבֵּל מִתְּנָה גּוֹבֶה הַפֶּל וְהֶר"ן שָׁם בְּאַמַּת תְּפִיחָה עָלָיו דְּכָל מַה שֶׁהַשְּׁבִיט הַקְּרָקַע מִחֲמַת הַמְּקַבֵּל מִתְּנָה רָאוּי לְיִטְוֹל וְעוֹד כִּינּוּן דְּמִטְעֵם דְּאִיקְנֵי בָּא עָלָיו הַבַּעַל חוֹב אִם כִּן בְּמִקְבֵּל מִתְּנָה שְׁאִין לוֹ עַל מִי לְחַזֵּר לֹא קָנָה הַמוֹכֵר מְעוֹלָם עִי"ש דְּחוֹלֵק עַל הֶרְמֵב"ן.

וּבִיּוֹתֵר קָשָׁה עַל דַּעַת הֶרְמֵב"ן דְּסוֹתֵר דְּבָרֵי עֲצָמוֹ הַמוֹבָא בִּש"מ מִס' כְּתוּבוֹת (דף נ') בְּאַשְׁהָ שְׁמִכְרָה בְּנִכְסֵי מְלוּג בְּחִי בַּעֲלָה וְהַבַּעַל מוֹצִיא מִיַּד הַלְקוּחוֹת וְנִפְלָה לֵה אַחֵר כְּפִי יִרְוֶשָׁה מִמ"א דְּאֵינוֹ יָכוֹל הַלּוֹקָח לְגִבּוֹת הַמְּעוֹת אֶף דִּישׁ לוֹ דְּאִיקְנֵי מ"מ כִּינּוּן דְּבִשְׁעָה שֶׁהַשְּׁעֵבּוּד חָל זוֹכֶה הַבַּעַל לֹא מְצָאנוּ דְּבַעַל חוֹב יִגְבֶּה מְלוּקָח רַק הֵיכָא דְּשְׁעֵבּוּדָא דְּבַעַל חוֹב קָדַם אֲבָל לֹא הֵיכָא דְּבָאוּ בְּיַחַד ע"ש אִם כִּן וְדָאֵי קָשָׁה דְּכָאֵן נִמְי גִּימָא הֵכִי כִּינּוּן דַּעַל כְּרַחֵף הַשְּׁעֵבּוּד עַל הַשִּׁבַּח לֹא חֲטִייל רַק כְּשִׁפָּא לְעוֹלָם מִמַּה דְּאֵינוֹ נוֹטֵל מְלוּקָח רַק חֲצִי שִׁבַּח אִם כִּן לֹא יִגְבֶּה מִמְקַבֵּל מִתְּנָה כָּלֵל דְּכִינּוּן דְּמִיֵּד שְׁפָא לְעוֹלָם זָכָה בּוֹ הַמְּקַבֵּל מִתְּנָה וּבָאוּ בְּיַחַד קִנְיָן וְזִכּוּת הַבַּעַל חוֹב עִם קִנְיָן וְזִכּוּת הַמְּקַבֵּל מִתְּנָה אִם כִּן הַמְּקַבֵּל מִתְּנָה קָדַם וּבְגִידוֹן דְּרַמְבַּ"ן ש"מ הַנּוֹ' י"ל עוֹד דְּלוֹקָח אֵינוֹ גּוֹבֶה וְנִדְחָה מִפְּנֵי הַבַּעַל דְּדְּבָרֵי הֶרֶב וְדְּבָרֵי תַלְמִיד דְּבָרֵי מִי שׁוֹמְעִין כְּמוֹ שְׁכַתְּבֵתִי לְעִיל דְּהַבַּעַל בָּא בְּכַח תַּקְנֵת חַז"ל וְהַלּוֹקָח בָּא בְּכַח קְבֻלַּת אַחֲרִיּוֹת בְּמַה שְׁמִשְׁעֵבֵד לוֹ וְיֵשׁ לְחַלֵּק וּכְמוֹ שֶׁכ' לְעִיל] וצ"ל דְּשְׁיִטַּת הֶרְמֵב"ן הוּא דְּשְׁעֵבּוּדוֹ הַשְּׁבִיט וְהוּי כְּיַרְד וְהַשְּׁבִיט שֶׁעֵבּוּדוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ רַק מ"מ הוּאֵיל דְּהוּא רַק שְׁעֵבּוּד בְּעֵינָן דְּאִיקְנֵי וְשִׁנְיָהֶם שְׁוֹנִים דְּכְמוֹ דְּמִשְׁוֹעֵבֵד לוֹ כ"כ מְשׁוֹעֵבֵד הַשְּׁדָה לְלוֹקָח רַק הוּא קָדַם לְיִטְוֹל מ"מ מְכָאֵן וְלִהְבָּא זוֹכֶה בְּגוֹף הַשְּׁדָה וּבְמַה שְׁנִשְׁבַּח שְׁעֵבּוּדָם שְׁוֹנִים תְּרוּו'.

אֲבָל מִמְקַבֵּל מִתְּנָה טוֹרֵף הַפֶּל כִּינּוּן דְּטוֹרֵף גּוֹף הַשְּׁדָה אִם כִּן נִשְׁבַּח שְׁעֵבּוּדוֹ אֶף לְפִי זֶה לֹא הָיָה צָרִיף הַבַּעַל חוֹב לְהִיּוֹת לוֹ דְּאִיקְנֵי וְלֹא מְשֻׁמַּע כִּן מְשֻׁמַּע פֶּתַח מְשֻׁמַּע (י' לִוְקָח שְׁפִירֵשׁ בְּהִדְאָ שְׁאִין לוֹ אַחֲרִיּוֹת עַל הַמוֹכֵר כ' הֶרְמֵב"א דְּדִינוֹ כְּמִקְבֵּל מִתְּנָה וְהוּא מִן מ"מ דכ' כִּן וְעֵינָן סמ"ע (ס"ק כ') וּבִשְׁ"ף (ס"ק ל"ג) כְּתִב דְּהוּא חִידוּשׁ וְלֹא נִמְצָא בְּשׁוּם פּוֹסֵק זוּלַת הַמ"מ.

וּמְצָאֵתִי בְּרִיטְב"א ספ"א דב"מ דְּכַתֵּב לְהִדְאָ דְּאֶף בְּפִירוּשׁ שְׁלֵא בְּאַחֲרִיּוֹת אֵיהוּ דְּאַפְסִיד אֲנַפְשִׁי עֵינָן שָׁם בְּאַרְנוֹכָה בְּסִבְרָתוֹ אֲלִיבָא דְּכָל הַדְּעוֹת כִּינּוּן דְּמִשׁוּם תְּנָאֵי הוּי הִדְרָא מְנַהֲגָא לְדִינָא וְאֵיהוּ דְּאַפְסִיד אֲנַפְשִׁי וְאִם כִּן י"ל דְּדִין זֶה הוּי סְפִיקָא דְּדִינָא אִם חֲטִייל הַלּוֹקָח לִיתֵן הַשִּׁבַּח אֶף בְּפִירֵשׁ בְּהִדְאָ לְדַעַת הֶרִיטְב"א אוֹ כְּדַעַת הֶרְמֵב"ן שְׁבַמ"מ וְהַלּוֹקָח הוּי מְוַחֲזָק אֲכֹן לְמַה שֶׁכ' הַשִּׁ"ף (ס"ק ל"ו) דְּאֶף בְּלֹא אַפּוֹתְקֵי דִינוֹ שֶׁיִּטְוֹל הַבַּעַל חוֹב הַפֶּל בְּמִסִּיקְבִי שִׁיעוֹר אֶרְעָא וְשִׁבְחָא בְּקִרְקַע וּבִשְׁ"ף (ס"ק ל"ג) אִם כִּן הוּי הַבַּעַל חוֹב מְוַחֲזָק כִּינּוּן דְּבִין כְּפִי וּבִין כְּפִי הַקְּרָקַע הוּא שֶׁל הַבַּעַל חוֹב וְאֵינוֹ נוֹתֵן רַק הַדְּמִים אֶף אִם חֲטִייל וּע"ז הוּי הַבַּעַל חוֹב מְוַחֲזָק וְלִכְאוּרָה תַלְיָא כְּמַחְלֻקָת שְׁבִין הַשִּׁ"ע

והסמ"ע והטו"ז (סי' ק"ג) בשו"מ דהקדרא אם נופל הספק על המזון מי הוי מוחזק ויש לחלק משם כמובן ועיין מה שכ' לעיל (סי' ז') וצ"ע ועיין ש"ך (סוף ס"ק ל"ז) ואפי' תימא דהא נמי תלי בפלוגתא דלוקח דמ"ה לוקח לא מצי לסלוקי בזווי הה"ד יתומים שדבריו אינם מובנים דהא ביתומים שו"מ דהקדרא לכ"ע וכולם מודי' בזה דיכולין לסלקו בזווי כמו שכתב הרא"ש פ' מי שהי' נשוי ואולי היכא דבעל חוב אומר לדידי שנה יותר ל"א שו"מ דהקדרא ולא משמע פן: יא) הרמב"ן הביא ראיה לדעתו דשבח יתר על היציאה הוי פשבח ממילא דאם לא פן מה הקשה בגמרא על שמואל מבריייתא והא שמואל במה מוקי לה הא בלא שמואל נמי קשה אמאי נוטל הפל ואינו נותן לו רק היציאה אלא נדאי דשבח יתר על היציאה הוי פשבח ממילא ובש"ך הביא בארובה ראי' זאת וי"ל לדעת הסופרים דלא הוי פשבח ממילא דהא הקשו על הרמב"ן בהא דהביא ראיה מבריייתא והונא חב"רן מוקי לה במילא אחרת בלוקח מגזלן הא על פרוקו איירי בשבח היתר על הוצאה אם פן יכול להיות אף בבעל חוב ובש"מ מתרץ דסתם שבח משמע פל השבח ואיירי דהגזל אומר טול עצך ואבנה לך חזר על המוכר אבל בבעל חוב אינו יכול לומר טול פנין שברשות ירד וכמו שכ' הנ"י ואם פן אפשר לומר דוקא בשבח פנגד הוצאה אינו יכול הבעל חוב לומר ללוקח טול עצך פנין שברשות ירד אבל השבח יתר על הוצאה פנין דלא יפסיד פלל י"ל דיכול לומר לו טול אם פן י"ל בלא שמואל נחא דאינו נותן לו רק הוצאה דאיירי דאמר לו טול עצך ואבנה וכנגד הוצאה אינו יכול לומר לו טול פנין דירד ברשות אבל ביתר על הוצאה י"ל דיכול לומר לו טול אבל לשמואל אף הוצאה לא יטול פן י"ל בדעת הנ"י אבל הרמב"ן סובר דאף בשבח היתר על הוצאה פנין שברשות ירד אינו יכול לומר טול עצך ואבנה: יב) הש"ך (סי' שע"ג) הביא משם הפלפו בראובן שקנה משמעון חומש אחד בזקוק והוסיף והוציא בנקודות ובמסנר' והשפיעו ועמד על ג' שנתניקור ואחר כך נמצא גזול ביז המוכר וטרפו הנגזל מהלוקח דין הוא שישלם שמעון ג' זקוקים פרב דאמר שבח יש לו והקשה הש"ך דשם הוא בקרקע אבל לא במטלטלין וכבר כתב שם אאזמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בדברי משפט דעל פרוקו איירי קודם יאוש דאחר יאוש נקנה ביאוש וש"ר וקודם יאוש לא עשו תקנת השבים לדעת הרמב"ם המובא (סי' שנ"ד) וקשה לכאן' להמבואר בתשובת מהר"ם מרויטנבורג (סי' תשס"ז) דאין הנגזל נותן הוצאות רק זקוק אחד ולמה גרע מיורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות דנותן לו יציאותיו עכ"פ שהוציא עליו ולמה יגרע מטלטלין בזה ולמה יתחייב המוכר לתת פל הג' זקוקין ואף דלא מצינו רק במקרקע דאינו נגזלת ולעולם הוא ברשות בעלים ולא במטלטלין דאינו ברשות בעלים לשום דבר בנגזלת הא מ"מ הגוף הוא דבעלים וכשמוציא אחר כך הנגזל מיד הלוקח עם השבח למה לא יתחייב ליתן ההוצאה עכ"פ במה שהשביח במעשיו.

פל מה שכתבתי בסי' זה הוא מטל ילדותי הרשום אצלי וכעת לגודל טרדותי בעוה"ר לא יכולתי לחזור ולענין על הדברים והנחתו כאש' כתוב אצלי בקונטרס ואם שגיתי ה' הטוב יכפר: סי' כו ברמ"א (סי' קי"ט ס"ה) י"א דאפילו קנה עידיות באחרונה דוקא כשמת המוכר אבל אם מוכר עדיין חי דיוכל להחזיר השטר הזיבורית למוכר ויצטרכו כולם לגבות מן המוכר.

ובנתיבות כ' דאף בלא מת ל"א אי שתקי' משום דקם דינא אליבא דידן לכה על פרוקה  
ארפ פשמת שינה לומ' קם דינא. אף עדיין הקושניא עומדת למה לרי"ף ורמב"ם הטעם  
דל"נ ליה בהה פקנה דאין נפרעין ולמה לא מטעם אי שתקית ועיין רמב"ן במלקמות ד'  
שכ' דלגרעיה דינא לא אמרינו אי שתקית רק לאוקמי דינא ואם פן קשה.

ועיין בלח"מ ונראה דבש"מ ב"ק (דף ח') הק' הא פמו דניזקין גובין מעידיות פיון דהוא  
לגרעיה דינא לא אמרינו אי שתקית פמו כן לענין פתובות אשה הוי לגרעיה דינא פיון  
דלקח עידיות באחרונה פבר אשתעבד לה עידיות ואמאי יכול להפסידה מפח אי שתקית  
לכה י"ל דלדעת הרי"ף והרמב"ם דאם לא הנה יכול הלוקח לומר אי אפשי בתקנה דאין  
נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח אפילו הן זיבורית אז הוי אף לענין פתובות אשה לגרעיה  
דינא רק פיון דיכול לומר הלוקח אי אפשי אם פן מעולם לא חל השעבוד של הפתובה  
על עידיות רק פשהלוקח ירצה בתקנה אבל פשלקוח רוצה לומר אי אפשי וממילא  
המוכר יכול לסלק הפתובה בזיבורית פיון דהלוקח מניח לגבות מזיבורית שלו אשר קנה  
[ומצד החזרת השעבוד אינה יכולה לומר לגבות מהמוכר חזר דמהרש"ל אינו סובר פלל  
הסברא דהרחקת השעבוד ועוד די"ל אף לדעת הרא"ש דיכול לומר ולגבות מהמוכר  
מצד הרחקת השעבוד היינו באין הלוקח פאן בפני ב"ד אז יכול המלוה לומר אין רצוני  
להטריח א"ע ולתפוע את הלוקח אפה חייב לי ויש לה לשלם אבל פשהלוקח עומד בפני  
ב"ד ואמר שרוצה שיטרו' מפנו ואי אפשי בהתקנה י"ל שהמוכר יכול לסלק בזה פדינו.

ובזה יש ליישב מה שהקשו האחרונים למה להו להש"ס ב"ק שם ליתו פולהו וליגבו  
מעידיות דהא אחרונה היא ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר לה ל"נ לי  
בתקנתא דרבנן ולמה לא מטעם הרחקת השעבוד פיון דלדעת הסמ"ע (ס"ק ל') יכול  
לילה אף אל השני על פרוקה תליא ברצון המלוה ועיין בתנאים ולמה שכ' אף אם הנה  
הלוקח פאן ורצה לסלק לו בקרקע זו מ"מ גובה מעידיות פיון דאחרונה היא וקנה  
שעבודו מה שאין פן פאם לא הי' גובה רק מצד הרחקת השעבוד הנה יכול הלוקח לבא  
לב"ד ולסלק לו עם בינונית שלו ולומר אי אפשי בתקנתא] ואם פן ניקח דהרי"ף הביא  
הך דינא דיכול לומר לא ניקח לי בתקנתא וממילא ל"ה באי שתקית לגרעי' דינא פיון  
דמעולם לא חל השעבוד רק על עידיות דהלוקח יכול לומר אי אפשי: והנה הרשב"א  
שם פחידושיו יש שיטה אחרת דלא יכול לומר אי שתקית אם נאמר קם דינא פיון  
דמקודם הי' השעבוד של הבעל חוב רק על בינונית לכה קם דינא רק אם רוצה לגבות  
מעידיות שקנה באחרונה והבעל חוב אינו רוצה למיקם דינא דקודם לכן יכול הוא לומר  
אני אחזיר ותצטרף לגבות מזיבורית אבל פשבעל חוב רוצה פדינו דקודם לכן אינו יכול  
לומר אי שתקית דקם דינא והש"ס דהקשו אי הכי בעל חוב נמי ומתרץ פדיתמי היינו  
למ"ד ביבמות (דף ל"ז) הדר דינא לכה יכול לומר אי שתקית ואי לא אבטל דינא דקודם  
לכן אבל אליבא דידן דקיי"ל קם דינא אינו יכול לומר אי שתקית לבטל דין הראשון  
שלא יגבה מבינונית עיין שם ועד"ז נמי אתי שפיר דברי הרי"ף והרמב"ם.

אולם יש להבין דברי הרשב"א דהא בש"ס יבמות שם פשהקשה ממתינתין דמי שאבדה  
לו דרה שדהו על המחלוקות אי קם דינא הקשה הרשב"א הא בספק ויבם ל"א קם דינא  
רק פשפליג אבל פשלא פליג לא נשם לא פסקו ב"ד פלל וכ' שם לתרץ דנדאי בספק

וּנְיָבָם בְּעֵינַי פֶּסֶק דִּין אוֹ חֲלֻקָּה דָּאָם הוּא שְׁל סִפְק הֵנִי פְּפֻקְדוֹן וְהוּא בְּרִשׁוֹתוֹ וּכְפֻקְדוֹן  
בְּיַד הַיָּבָם אֲבָל שָׁם פֶּל הַקְּרָקְעוֹת הֵן שְׁל לְקוֹחוֹת רַק דְּרָף אֵית לִיה לְזָה וְכִינּוֹן דְּבִהִי ד'  
ל"ה יְכוּל לְמַיְקָם דִּינָא בְּהַדְּיָהּ הֵנִי פְּפֻקְדוֹן ב"ד פִּינּוֹן דִּהֵן מְוַחֲזָקִין וּלְכַף לֹא בְּעֵי פֶּסֶק דִּין  
עכ"ד שָׁם וּלְפִי זֶה פֶּאֶן דְּבָא הַבַּע"ח לְהוֹצִיא אֲמַאי שְׁיִיף לֹמַר בְּזָה קָם דִּינָא בְּלֹא פֶּסֶק  
ב"ד וְלָמָּה לֹא יוּכַל הַלּוֹקֵחַ לֹמַר אֵי שְׁתַּקִּית וְאָם לֹא אֲחֻזִּיר זַיְבוּרִית פִּינּוֹן שְׂבָא לְהוֹצִיא  
מִמֶּנּוּ וּבַעַל חוֹב מִפְּאֵן וְלִהְבֵּא גּוֹבָה וְעַדִּינּוֹן לֹא הֵנִי פֶּסֶק דִּין וְצָרִיף לֹמַר בְּכּוֹנוֹנַת הַרְשָׁב"א  
עַל פִּי דְּבָרֵי הַרִּיטְב"א שָׁם בִּיבְמוֹת וְנ"ל וְנ"ל שְׁאִין זֶה קְוָשִׂיא דְּגַבִּי יָבָם וְסִפְק שְׁדִינָם  
בְּנִכְסִים עַל סִפְק וּמִן הַסִּפְק הֵם חוֹלְקִין מִפְּנֵי שְׁיַד שְׁנִיָּהֶם שְׁנָה פֶּל כְּמָה דְּלֹא פִּלְגוּ עַל סִפְק  
זֶה אִין לְבוּ לֹמַר קָם דִּינָא פְּשִׁיעַמְדוּ בְּנֵי הַיָּבָם בְּמָקוֹם הַיָּבָם וְדִינּוֹ לֹמַר בְּתַר דְּפִלְגוּ אֲבָל  
בְּהַאי דְּהֵתָם הַד' הֵרָאשׁוּנִים פֶּל אֲחַד וְאֲחַד קָם בְּשִׁלּוֹ וְהוּא וְדָאי מְוַחֲזָק בְּשִׁדְהוּ וּכְאֵלוּ  
הַדִּין פְּכָר נְפֻסָּק מֵהַר סִינֵי וּמָה צָרִיף עוֹד לְדִין אַחַר הָא וְדָאי כְּמָאן דְּפִלְיָג דְּמֵי וְדָן עִם  
הַתּוֹבֵעַ דְּמֵי עכ"ל שָׁם פֶּן י"ל ה"נ שְׁיִיף קָם דִּינָא דְּהֵנִי כְּאֵלוּ הַדִּין נְפֻסָּק וְעוֹמֵד מִב"ד פִּינּוֹן  
דְּכָף נְפֻסָּק מֵהַר סִינֵי.

וְעֵינּוֹן בְּסוּף סִפְר תְּקִפּוּ פִּהֵן וּבְתַנּוּמִים וּבְקָה"ס מָה שְׁהַשִּׁיג עַל הַתַּנּוּמִים מִדְּבָרֵי הַרְשָׁב"א  
עֲצָמוּ וְעַל פִּי דְּבָרֵי הַרִּיטְב"א הַנּוֹ' אֲתֵי שְׁפִיר וְדְּבָרֵי רִשְׁב"א ב"ק הַנּוֹ' הֵם לְעַד נְאֻמָּן עַל  
זֶה וְעֵינּוֹן מָה שְׁפִתְבְּתֵי מִפְּכָר בְּזָה בְּדְּבָרֵי חַיִּים דִּינֵי תְּפִיט' ס' י'): וְקָם דִּינָא דְּאֲתֵי לִידָן  
אֲזַפִּיר מָה דְּהוּא תְּמוּהָ עַל הַטּוֹר וְרַמ"א (ס' ר"פ) דְּכַתֵּב וְאָם לִיתְנִיָּהּ לְהֵנִי נְכֻסֵי וְלֹא  
הֵבֵא מִחֻמְתָּן אִין רְאוּבֵן נוֹטֵל פְּלוּם בְּרֹאשׁ אֲלֵא חוֹלֵק עִם שְׁמַעוֹן בְּשְׁנָה וְכֵן הֵבִיא הַטּוֹר  
מִשָּׁם הַרמ"ה.

וְהַדְּבָרִים סְתוּמִין לָמָּה לֹא יִקַּח רְאוּבֵן בְּרֹאשׁ מִמָּה שְׁלֵקַח לֹוי מִמֶּנּוּ פִּינּוֹן דְּחֻלְק לֹוי עכ"פ  
נִשְׂאָר בְּיַד שְׁמַעוֹן לוֹ יְהִי דְּהִלָּף וְנִנְאָבֵד אֲצֵל לֹוי חֻלְק רְאוּבֵן מ"מ מֵאֵן פְּלִיג לְהוּ יֹאמַר  
רְאוּבֵן מִמֶּנּוּ"פ אִם אֲחִינּוּ הוּא וְאֵתָהּ יוֹרֵשׁ אוֹתוֹ יֵשׁ חֻלְקוֹ שְׁל לֹוי בְּיַדָּף בָּא וְנִחְלַק בְּשְׁנָה.

וְרֵאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת שְׂכ' דְּהוּא מִטְעָם דְּאֲמַרִּינּוֹן קָם דִּינָא כְּמוֹ גַבִּי סִפְק וּבְנֵי יָבָם. וְלֹא אֲדַע  
הֵיכָן מְצִינּוּ בְּדָבָר דְּעוֹמֵד לְהַתְּבַרֵּר קָם דִּינָא הָא לֹוי טוֹעֵן בְּרֵי דְּאֲחִיָּהֶם הוּא וְרְאוּבֵן הוֹדָה  
רַק מִטְעָם דְּשְׁמַעוֹן אָמַר א"י לֹא נִתְחַיֵּיב לִיתֵּן לוֹ דֵּהַמְמַע"ה וְעַד שְׁיִתְבַּרֵּר הַדְּבָר הֵנִי הוּא  
יֹרֵשׁ וְדָאי.

אֲבָל קָם דִּינָא לֹא שְׁיִיף בְּזָה בְּפֻרְט לְמָה שְׂכ' תה"ד טַעְמָא דְּקָם דִּינָא מִטְעָם יֹאוֹשׁ לֹא שְׁיִיף  
בְּזָהוּעְכְּשִׁין שְׂרְאוּבֵן בָּא מִכַּח מִמֶּנּוּ"פ לְמָה לֹא יִקַּח הַשְּׁתוֹת שְׁהוּא בְּגִזְל בְּיַד לֹוי אוּלָּם  
בְּתוֹס' רִי"ד ב"ב שָׁם הַקְּשָׁה בְּאֲמַת מֵאֵי שְׁנָא מֵהַד דְּסִפְק וְיָבָם דְּאֲמַרִּינּוֹן אַחַר כָּף קָם דִּינָא  
וְכ' וְנ"ל דְּהֵיכָא אֲמַרִּינּוֹן קָם דִּינָא ה"מ לְאַחְזוּקֵי בְּהַדְּיָהּ מֵאֵי דְּנִקְטוּ וְלֹא מְצִי סִפְק לְאַפּוּקֵי  
מִיְדִיָּהּ אֲבָל הֵכָא דְּאֲחִין לֹא נִקְטֵי מִיְדֵי אֲלֵא הֵן בְּאִין לִירֵשׁ אוֹתוֹ הָאֵח וְלִירֵשׁ גַּם אוֹתוֹ  
הַשְּׁדָה שְׁהִיָּה בְּשִׁל זֶה בְּחֻמְס ל"א קָם דִּינָא לְהוֹצִיא וְלִיתֵּן לָהֶם אֲלֵא מִמֶּנּוּ"פ אוֹתוֹ הַשְּׁדָה  
שְׁל זֶה הָאֵח הוּא עכ"ל וְרֵאִיתִי אוֹר הַמְּאִיר בְּדְּבָרֵי רַמ"ה ב"ב (דָּף קל"ד) אֲשֶׁר מִשָּׁם  
הַעֲתִיק הַטּוֹר דְּבָרֵי מְבֻנָּאָר שָׁם לְהַדְּיָא דְּבְּאֲמַת אִם נִשְׂאָר אֲצֵל שְׁמַעוֹן חֻלְקוֹ שְׁל לֹוי וְדָאי  
רְאוּבֵן לֹקֵחַ חֻלְקוֹ רַק אִם אִיתְנִים פּוֹלָה מְמוּנָא אֲצֵל שְׁמַעוֹן וְהֵנִי הֵד מְמוּנָא דְּהַסִּפְק בְּכֻלָּל  
בְּרִשׁוֹתֵי דְּמַרְיָה אִיתְנִים דְּלֹא הֵנִי שְׁמַעוֹן כְּגִזְלָן שְׁיִתְחַיֵּיב בְּאֹנְסִין דְּהָא אִם לֹא יְדַעֵי  
דְּאַחוּהוֹן הוּא וְאִם נִמְצָא חֻלְקוֹ שְׁל רְאוּבֵן אוֹ הֵבֵא מִחֻמְתּוֹ בְּעַזְבוֹנוֹ שְׁל לֹוי נוֹטֵל רְאוּבֵן

בְּהִתְנַחֵם וְלֹא אֶמְרִינָה פִּינּוֹן דְּלוֹי פְּכָר זָכָה בְּזֶה וְהַנְּשֹׂאָר בְּיַד שְׁמַעוֹן ל"ה שְׁמַעוֹן פְּגִזְלָן עַל זֶה וְנֶאֱבָד בְּאוֹנָס אִם כֹּן יִחְלֹקוּ בְּשֵׁנָה רַק אֶמְרִינָה פִּינּוֹן דַּעֲכ"פּ לֹא נָתַן שְׁמַעוֹן חֲלֹקוֹ לִיקָח רְאוּבֵן בְּהִתְנַחֵם אִם הוּא בְּעֵינָן אִוּ הִבָּא מִחֲמַתּוֹ וּבְאֵינוּ בְּעֵינָן וְלֹא הִבָּא מִחֲמַתּוֹ אִזּוּ חוֹלְקִין בְּשֵׁנָה אֲבָל אִם לֹא אֵיתְנִים בְּיַד שְׁמַעוֹן חֲלֹקוֹ שְׁל לֹוי וְדַאי אַף בְּלִיפֵא אַף הִבָּא מִחֲמַתּוֹ בְּעֵזְבוֹנוֹ שְׁל לֹוי מ"מ חֲזִיב לֹוי לִיתְנָה הַשְּׁתוֹת לְרְאוּבֵן מִמֵּנִי פ' אִם יִרְצֶה לְחַלֵּק עִמּוֹ וְצ"ע בְּסִתְיַמַּת הַטּוֹר וְרַמ"א וְהַדְּבָרִים מְבֹנְאָרִים יִפֶּה בְּדַבְרֵי רַמ"ה שָׁם: ס"א כֹּז פְּתַב בַּש"ע (ס"א ק"כ) אִם זָרַק הַחֹב בַּפְּנֵי הַמְּלָנָה אֶפְּלִי אֶמַר זָרֻק לִי חוֹבִי וְזָרְקוּ וְנֶאֱבָדוּ חֲזִיב עַד שְׂיֵאמַר זָרֻק לִי חוֹבִי וְהַפֶּטֶר וְהוּא מְש"ס גִּיטִין (דָּף ע"ח) וְע' סמ"ע דְּמִסְתַּמָּא זָרֻק וְשִׁמּוֹר קֶאֱמַר וְכֹן הוּא בְּרַש"י שָׁם מַה שְּׂאִין כֹּן פְּשָׁאֵמַר וְהַפֶּטֶר וְעֵינָן בְּרַא"ש ב"מ פ' הַמְּקַבֵּל דְּהוֹכִיחַ מִזֶּה דְּמַחֲזִילָה אֵין צְרִיף קִנְיָן וּבַפ"ח שָׁם וּבַמ"מ (פֶּט"ז) מְמַלְנָה וּבַמָּה שֶׁכ' לַעֲיִל דִּינֵי דִּינִים (ס"א כ' אוֹת ח') וְעֵינָן תּוֹס' רִי"ד קִידוּשִׁין (דָּף ח') וּבְכַוֵּן אִם אֶמְרָה וְאֶקְדַּשׁ אֲנִי לָהּ דְּהִיא מְקוּדָּשֶׁת דְּבְכָל לֵב קֶאֱמְרָה לִיהּ וּבַכ"מ שְׂיֵתְנָם בְּצִוּוּיָהּ פְּאֵלוּ שָׁם בְּיַדָּה דְּמִי עֵינָן שָׁם וְכִמּוֹ כֹּן פֶּאֵן אִם אֶמַר זָרֻק לִי חוֹבִי וְהַפֶּטֶר הֵנִי פְּכַרְעוֹן אַף בְּלֹא מַחֲזִילָה.

וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן פִּינּוֹן דְּאֶתְיַנּוּ עֲלֶיהָ מִטַּעַם דְּזָרֻק וְשִׁנְיָרוֹ קֶאֱמַר זֶה דְּנִקָּא אִם הִתְחִיל הַמְּלָנָה וְאֶמַר זָרֻק לִי חוֹבִי אֲבָל אִם הִלּוּ רֹצֶה לְפָרְוֵעַ חוֹבּוֹ וְלִיתְנָה בְּיַדוֹ וְאֶמַר לוֹ הַמְּלָנָה זָרֻק אִוּ הִנַּח לְפָנֵי ל"ב שְׂיֵאמַר וְהַפֶּטֶר וְכִמּוֹ שֶׁכ' הַתּוֹס' רִי"ד שָׁם דְּכְשָׁאֶמְרָה תִּנּוּם עַל גְּבִי סְלַע מִשְׁמַע שְׁפַכְעַס אֶמְרָה לוֹ וְאִם הָיָה סְלַע שְׁלֵה מִשְׁמַע שְׁבְכָל לֵב אֶמְרָה לוֹ וְכִאֲלוּ שָׁם בְּיַדָּה דְּמִי פִּינּוֹן שְׁנַתְרַצִּית בְּכָף וּבְסְלַע שְׁל שְׁנִיָּהֶם שׂוֹאֵל אִם בְּדָרְךָ פַּעַס אֶמְרָה לוֹ אִוּ בְּכָל לֵב.

וְאִם בְּכָל לֵב אֶמְרָה הֵנִי נְתִינָה מְעַלְיָא א"כ פֶּאֵן נְמִי אִם הִלּוּהּ הִתְחִיל בְּפָרְעוֹן וְאֶמַר לוֹ קַח בְּיַדָּה חוֹבָךְ מִמֵּנִי וְאֶמַר הִנַּח לְפָנֵי הֵנִי פְּרַעוֹן מְעַלְיָא וְכֹן לְמַה שֶׁכ' הַמ"מ שָׁם מְשָׁם מַהֲרַש"ךְ בְּטַעֲמָא דְּלֹא נִפְטַר כְּשֵׁלֵא אֶמַר וְהַפֶּטֶר הוּא מְשׁוּם דְּעֶבֶד לֹוֹה לְאִישׁ מְלוּהָ י"ל בַּכֶּה"ג כְּשֵׁרֹצֶה לְתַת לוֹ בְּיַדוֹ וְהַמְּלוּהָ אוֹמַר הִנַּח לְפָנֵי דְּנִפְטַר בְּזֶה מַחֻבּוֹ וְעֵינָן שָׁם בְּרִיטְב"א.

וְעֵינָן בַּטּוֹש"ע יו"ד (ס"א קס"ט ט"ג) אִם הֶעֱמִידוּ אֶצֶל עַכּוּ"ם וְאֶמַר הַנִּיחָם עַג"ק וְכֹן עֲשֵׂה וְנִסְתַּלַּק וְלִקְחֵן הַשְּׁנֵי מְשָׁם מוֹת' וּבַטּו"ז וְש"ף שָׁם הַקְּשׁוּ דְּבַש"ס קֶאֱמַר וְהַפֶּטֶר וּמִנִּינָן לְהַטּוֹר לּוֹמַר דְּנִהֲפֶטֶר לָאוּ דְּנִקָּא וּמ"ש מְפָאֵן וְאִם נִאֲמַר כְּמוֹ שֶׁכ' דְּהִיכָא דְּהִתְחִיל הִלּוּהָ לְשַׁלֵּם וְרֹצֶה לִיתְנָה לוֹ הַמְּעוֹת וְאֶמַר הִנַּח עֲדִיף אִם כֹּן אֶתִּי שְׁפִיר שָׁם פִּינּוֹן דְּהֶעֱמִידוּ אֶצֶל הַעַכּוּ"ם וְקַבֵּל הַיִּשְׁרָאֵל עֲלֵיו לְשַׁלֵּם וְדַאי לֹא אֶמַר בְּדָרְךָ פַּעַס רַק בְּרַצוֹן וּל"צ לּוֹמַר וְהַפֶּטֶר.

אַף י"ל זֶה דְּנִקָּא לְדַעַת הַתּוֹס' רִי"ד וְרִיטְב"א שָׁם דְּסוֹבְרִין דְּמִטַּעַם עָרַב נְתַחֲזִיב אַף בְּזָרֻק מְנָה לִיָּם וְאַף בְּלֹא הַגִּיעַ הַנְּאָה לְכֹן דַּעַת יֵשׁ לּוֹמַר דְּהִיכָא דְּאֶמַר בְּרַצוֹן טוֹב הִנַּח לְפָנֵי בַכֶּה"ג דְּהוּא בְּלֵב שְׁלֵם הֵנִי כְּנָתַן בְּיַדוֹ אֲבָל לְדַעַת הָרַא"ש וְסִייעָתוֹ הַמּוּבָא בְּרַמ"א (ס"א ש"פ) דְּבָלָא הַגִּיעַ הַנְּאָה לְכֹן דַּעַת לֹא מְתַחֲזִיב מִטַּעַם עָרַב כְּפֶאֵן נְמִי כ"ז שְׁלֹא אֶמַר וְהַפֶּטֶר לֹא נִפְטַר מַחֻבּוֹ: וּבְהַךְ דִּי"ד י"ל לַמ"ש הַרַש"ךְ דְּהוּא מִטַּעַם עֶבֶד לֹוֹה לְאִישׁ מְלוּהָ וְכַמְדוּמָה שְׂרַאֲיִתִּי דְּזֶה רַק יִשְׁרָאֵל נִגְדַר רַעְהוּ וְאִם כֹּן אֶתִּי שְׁפִיר שָׁם דְּלֹא בְּעֵינָן שְׂיֵאמַר וְהַפֶּטֶר גַּם י"ל דְּתַלְיָא אִם שְׁעַבּוּדָא דְּאוּרִייתָא אִוּ לָאוּ דְּאוּרִייתָא וּלְמ"ש הַרַשְׁב"ם ב"ב

ידענו דש"ד מדכתיב והאיש אשר אתה כו' יוציא אליה העבוט ושם כ' רעה ואם שעבודא לאו דאורייתא למה שכ' רש"י פתובות דמצנת פבע"ח הוא מהן שלקה יהיה צדק אם פן אין חילוק בין הבטיח לשלם לרעהו או לעפוי"ם או למעט עם פל זה פנין דליפא שעבוד נכסי' רק לקניינים דבריו י"ל אם רוצה לשלם לו ואמר הנח מיפטר פנין דליפא רק שעבוד הגוף לקניינים דבריו ולמה שכ' הרמב"ן סוף ב"ב דהוא מדכ' יוציא אליה העבוט ונדאי שם נאמר רעה.

ואף למה שפתבתי בספרי ח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') דכוננתם על קיו' זמן פרעון ולפרוע חוב הוא מלא תעשוק מ"מ י"ל דזה נאמר שיפרעו אבל לא שיהיה באחריותו עד שיבא לידו אם מוכן הוא לשלם לידו שלא יפטר עד שיבא לידו רק מטעם עבד לנה לאיש מלנה חייב עד שיבא ליד המלנה וכיון דליפא שעבוד נכסים פלל י"ל דיןצא י"ח בזה לגבי עפוי"ם אולם אף דראיתי פמזונה פן בס' ברית אברהם דלגבי עפוי"ם לאו שעבודא דאורייתא מ"מ מדברי תשובה המנוחסת לרמב"ן (סי' כ"ב) משמע דגם לגבי עפוי"ם ש"ד דדן שם בכ"י מוקדם לעפוי"ם ושטר מאוחר לישראל דמלנה על פה מוקדם קדם מטעם שעבודא דאורייתא אם פן אין לחלק בזה בין מלנה ישראל לעפוי"ם: וראיתי במהרי"ט (ח"ג סי' קי"ח) שהקשה אמאי אמרינן פאן זרוק ושומר ובפרק השואל גבי ושלחה לו ביד עבדו כו' אמרינן וכן בפעשה שמחזירה לו א"ל שלח ומתה פטור ול"א שלח בחיובך שאתה חייב להחזירה במקום השאלה וכ' לחלק בין שמירה להלואה דהלואה זוזי דלנה הוא וא"ב המלנה לכה לא נפטר חיובו של מלנה עד שיאמר והפטר ושוב הקשה מדברי הטור (סי' קכ"א) בפשולח לו חובו ברשות המלנה ונאבדו פטור וכתב הב"י שהוא מהא דקתני וכן בפעשה שמחזירה הרי דאף בהלואה שלח והפטר קאמר וכ' דשם איירי בלנה שא"ח לשלוח המעות אצל המלנה אלא פאן לנה וכאן יחזיר לו אבל כפ' הזרק חייב הוא לפרוע בתוך ידו של מלנה וכל שלא הגיע לידו מעות של הלנה הם אינו נפטר עד שיפרש זרוק והפטר.

ובסמ"ע הקשה גם פן פקושית מהרי"ט ומחלק דלא מסתבר לומר דכוננתו הנה שישלח וילך גם פן עמהן בדרך לשמור. ולכאורה נ"מ לדינא דלסברת מהרי"ט אם הנה חיובו של לנה להביא למקום המלנה אז אף שהמלנה ממציא לו שלים ואמר לו שלח לא מיפטר ובאחריותו של הלנה הוא עד שיבא ליד המלנה ולדברי הסמ"ע אף בכה"ג מיפטר דלא מסתבר שילך עמו בדרך לשמור: ועיין נתיבות שכ' קצת בדרך אחר מסברת מהרי"ט וג"כ פמה נ"מ יש בדבר דלדבריו שהוא מטעם ערב פשנתנו על פי דבריו ואף פשנתנו לחשו"ק שאינם בני דעת מה שאין פן בזרוק לים או באומר הנח במקום הפקר דאינו חייב מדין ערב ל"ה מהני עד שיאמר והפטר הנה נראה פאם צנה לו שפניח במקום המשופר גם פן מיפטר ולדברי מהרי"ט עיקר הטעם הואיל דעדיין לא זכה בהמעות.

גם לדבריו באומר פן חובי לחשו"ק פטור דהוי פמפרש שהוא מקבל ע"ע ועדיף מאתחייב לה דמהני מטעם ערב אם פן להפוסקים הסוברים דלא בעינו שיבא הנאה לאדם ואף האומר זרוק מנה לים ואחייב לה דחייב והרמ"א (סי' ש"פ) הביא ב' דעות אלו ולא הכריע א"כ הוי סד"ד ובחוב פשאומר זרוק חובי לים אינו מוציא ממון מיד הלנה א"כ אף באומר הנח במקום הפקר מהראוי שיהיה פטור ויקשה למה פאן לא מיפטר

הלנה עד שיאמר והפטר אלא ודאי כמו שכ' רש"י והסמ"ע דזרוק ושמור קאמר או כמו שכ' מהרי"ט כיון דלא נעשים של מלנה עד שיגיעו לידו ואם הקדישם לנה מוקדשים לא נפטר חיובו של מלנה באומר זרוק סתמא עד שיאמר זרוק והפטר.

ומה שהקש' הנתיבות על הסמ"ע דזרוק ושמור אם כן באונס הנה לו ליפטר ודאי גם כפונת רש"י וסמ"ע כן דזרוק ושמור היינו כיון שאינו פוטר בזה ונשאר הממון ברשות הלנה שמור אמר תשמור ממנו בכל מה שתוכל לשמור ואף אם נאבד באונס לא מיפטר מחיובו כיון דלא זכה המלנה עדיין בהם ועדיין חובו לא נפקע אולם דוקא באומר זרוק סתם אבל באומר זרוק לים אף דלא זכה המלנה בהמעות מ"מ כיון שהוציא הממון מרשותו אם אומר זרוק חובי לים תליא במחלוקת הפוסקים אם חייב מטע' ערב ולהסוברים דחייב ה"נ מיפטר מחובו וממילא כיון דהרמ"א שם לא הכריע בזה אין מוציאין מיד הלנה מה שאין כן בהנח דכול לחזור ולקח דומה למה שכ' הנ"י מובא בש"ך (סי' ש"מ) דבהפישה במקל דפטור כיון שלא יצאה מרשות' דהבעלים עיין שם והקא נמי דכנותיה אבל אם הוציא לאיבוד ע"פ כיון דנתחייב מדין ערב כאן מיפטר בזה מחובו ועיין מה שכ' לעיל דיני טו"נ (סי' י"ד).

ועיין קצוה"ח (סי' קכ"א) מה שהקשה מש"ס ב"מ (ד' ע"א) על דעת הטוש"ע באומר שישלח על ידי עפ"ם דג"כ מיפטר דמשם משמע פשאמר תן לישראל זה לא נפטר מאחריות והני פאלו המעות של עפ"ם וה"נ כיון דחו"ש ועפ"ם לאו בני שליחות נינהו לא נפטר הלנה.

ולמ"ש הסמ"ע דלא מסתבר שילך עמו ולקח נפטר אתי שפי' דבאומר שישלח עלי ידי חשו"ק ועפ"ם אף דלאו בני שליחות נינהו מ"מ כיון שפא המעות ליד אדם מיפטר מחובו מטעם ערב מה שאין כן שם בש"ס ב"מ בפשהעמידו אצל גוי י"ל דכוננתו הי' שיהיה באחריותו כמו שהי' מקודם כיון דלא אמר והפטר ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני העושה שליח (חי' א') ובש"מ ב"מ שם משם הרמב"ן כיון דלא מיפטר רק על ידי נתינתו ורק אחר הנתינה ובשעת נתינה הני של ישראל לכה הני שם ריבית עיין שם דוקא שם לענין ריבית אבל באומר שישלח על ידי עפ"ם או חשו"ק חובו שפיר מיפטר מחובו מטעם ערב ואף שבש"מ שם הק' ע"ד רמב"ן מ"מ להמענין בש"מ יש ליישב קושית קצוה"ח: ואם אמר זרוק לי חובי והפטר אף דנאבד דפטור אם פא אחר וקדם וזכה בה כתב בש"מ ב"מ (דף ע"א) משם הרשב"א דכיון דהניחם איסתלק ליה וישאל לא זכה בהו וכי הדר שקלינהו ישראל שני מן ההפקר זכה בהו והלכה פי דהיב ליה בין קרן בין רבית מדינא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה עיין שם.

וראיתי בס' תורת גיטין (דף ע"ה) שכ' למה שכ' הרשב"א שם אף דנתינה בעל פרוחו הני נתינה הוא רק לפטור הנותן מחובו אבל מ"מ המקבל לא זכי בעל פרוחו הוא הדין בפרעון בעל פרוחו הני פרעון אף דהמקבל המלנה לא זכה כ"ז שלא רצה אף דהלנה נפטר מחובו אין שום אדם יכול לזכות בהן דהמעות אינו הפקר והן של המלנה ומשועבדין הן להמלנה שהרי מקודם הנה שעבוד המלנה על כל נכסי הלנה ועל גופו ובזריקת המעות אף שהמלנה לא רצה לקבלם מ"מ הלנה נפטר משעבוד גופו ומנכסיו אבל ממעות הללו שזרק לפניו בודאי לא אזיל שעבוד המלנה מנייהו ונשארין בשעבוד המלנה דאף דלא

רצה לזכות שיהיו שלו לגמרי מ"מ לא מחל השעבוד שיש לו עליהן כמו שהיה מעיקרא השעבוד על המעות הללו והמעות נעשה עכשיו פאפותקי מפנרש ולא הוי הפקר עיין שם ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות למד) והרי לפנינו דעת הרשב"א דאף בהניח ע"ג קרקע והיפטר אף דהמלנה לא זכי בהו הלוקח זוכה מן ההפקר וכי יתיב לישראל המלנה בין קרן בין רבית מדינא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה וגם סיפא שם בישראל שאלה לעפוי"ם והעמידו אצל ישראל אחר משום חומרא הוא דאסור ומכ"ש פשוטו לוי בע"כ פיון דנפטר הלנה נעשה הפק' פיון דלא זכה בו המלנה ומהלנה נפקע המזון מרשותו.

וע"כ אף דקודם היו כל הנכסים בכלל השעבוד היינו משום דגופו נשתעבדו כל נכסים אחראין וערבאין להמלנה וכשנפקע השעבוד הגוף ממילא נפקע גם פן השעבוד נכסי ואף דגר שמת וזכו אחריו בנכסיו אף מטלטלין מ"מ גובה הבעל חוב כמבאר (סי' ער"ה) על פרחף דשם נשתעבדו הנכסים אז ונכנסו בכלל ערבאין אף דנפקע השעבוד הגוף ועד"ז נכנסו בערבות ועיין מ"ש אאמ"ו הגאון ז"ל בספרו ד"ח דיני הפקר (סי' א') ובמ"ש אני הצעיר שם אבל פאן פיון דנפקע כל השעבוד במה שהפקיעו הלנה או במה שנתנו לו בעל פרחו או במה שפטר המלנה באומר הנח והפטר כבר נפקע השעבוד גם ממעות הללו פיון דנפקע השעבוד הגוף ודחוק גדול לחלק בין אם נפקע בסיבת דבריו של המלנה שאומר הנח והפטר ובין אם נפקע על ידי פרחו בעל פרחו בסיבת הלנה והמלנה שא"ר לזכות פמוכן: ועיין לבספר דברי משפט ממר אאזמ"ו הגאון ז"ל (סי' קכ"ג) שהקשה על רשב"א שבש"מ הנז' מדברי תלמידי רשב"א שבב"י יו"ד (סי' קס"ט) וש"ך שם (ס"ק ט"ז) דמדינא אסור אם ישראל המלנה אמר לכותי הלנה תנם לישראל שני בשבילי והלנה הפותי אמר לישראל השני זכה בהם ולא מחמת שליחות אלא פיון דרוצה ליתן מסתלק וישראל שני זוכה מהפקר דהא פיון דזכה מהפקר מה דנתן לישראל הראשון מתנה הוא דיהיב ליה עיין שם בדבריו ואפשר לומר דוקא פשאמר הנח והפטר דכבר נפטר העפוי"ם בהנחתו ויצא מרשותו אף דהנכרי עשה זאת בצוונאתו של הישראל הראשון מ"מ נעשה הפקר ממש ושוב גם הקרו שנתן לישראל הראשון הוי פמתנה מה שאין פן פשנתנו לישראל השני בשביל הישראל הראשון פיון דהשני מקבלו בשביל ישראל או דסובר דיכול לזכות בשביל ישראל ול"ב שלוחו של בעל המזון ודלא פתוס' שם או אף אם יספור דאינו יכול לזכות אף אחר שנעשה הפקר מ"מ פיון דמיד העפוי"ם הלנה בא לידו בשביל ישראל נשאר שעבודו ע"ז פיון דנה פרחו חובו ובא לידו בשביל פרחו החוב מה שאין פן פשנפק' החוב בשביל שאמר הנח על גבי קרקע ואחר כף קבלו הישראל בנה שפיר כתב הרשב"א דמה דיהיב ליה אחר כף הוא מתנה מה שאין פן אם מסרו ליד השני במצות ישראל הראשון אף דהוי הפקר פיון דהעפוי"ם פבר אסתלק מ"מ נשאר שעבודו של ישראל על זה ורק גוף המעות הוי הפקר אבל הזוכה חייב לישראל ועיין שם פחות דעת (ס"ק ח') בסוף דבריו: ומדברי ריטב"א קידושין (דף ח') מוכח גם פן באומר זרוק דיכול לזכות מן ההפקר והאומר לחבירו תן על גבי סלע שהוא מקום האבד ואתחייב אני לך ונתנו ע"פ חייב והוא שלא חזר ונטלו משם דאם לא פן לא עבד פלום ובמה נשתעבד אבל אם הלה לו והניחו לאבוד במקו' שאינו משתמר ואחר כף נטלו חייב דהוי פמציאה ועיין שם דתליא בפלוגתא דרשב"א ורבנן פ' אלו מציאות אם הוי



יאוּשׁ אוּ לֹא וּבִיאֹר דְּבָרָיו בִּס' אֲבָנֵי מִלּוּאִים אֵה"ע (ס"י לְמַד ס"ק י"ב) דְּלִכְאוּרָה פִּינּוֹן דְּמָקוּם אָבוּד הוּא אֲלִיבָא דְכ"ע וְזֶה הוּצִיא עַל פִּי לְמָקוּם הָאִיבּוּד לְמַה לֹא יִתְחַיֵּב הָעָרְב וְכ' דְהָעָרְב לֹא מִתְחַיֵּב אֲלָא אִם לֹא יָבֵא לִיד הַבְּעָלִים וּבְהַלְוָאָה אִם הֵלְוָה מְשַׁלֵּם אִין הָעָרְב מְשַׁלֵּם כ"כ אִם הוּצִיא לְמָקוּם אִיבּוּד עַל פִּי אִם בָּא אַחַר כֶּף לִיד הַבְּעָלִים אִינוּ חַיֵּיב רַק כְּשֶׁנִּתְּנוּ לְמָקוּם הָרְאוּי לִיאוּשׁ דְּאִזּוּ פְּכָר יֵצֵא מְרֻשּׁוֹת הַבְּעָלִים וְכִי הָדַר וּקְנִיָּה מִהֶפְקֵר זֹכָה וְהוּלִיד מְזָה דִין חֲדָשׁ דָּגֵם בְּעָרְב אִם נִתְּיָאֵשׁ הַמְלִנָּה מְחֻב בְּמָקוּם הָרְאוּי לִיאוּשׁ וּמִהֲנֵי יאוּשׁ בְּחֻב אִם הַמְלִנָּה הוּא עֲפוּ"ם וְהָדַר פְּרַעֲיָה מִהֶפְקִירָא קָא זְכִי וְהָעָרְב חַיֵּיב לְשַׁלֵּם.

וְהַדְּבָרִים מִתְמַיְהִים לְכָל הַמְעַיִינִן. הָא הָעָרְב לֹא נִשְׁתַּעְבַּד רַק בְּאִם לֹא יִגְבֶּה חוּבוֹ מִן הֵלְוָה הֵינּוּ כְּשֶׁהֵלְוָה לֹא יִשְׁלֵם לוֹ אֲבָל בְּאִם הֵלְוָה מְשַׁלֵּם אַף כְּשֶׁלֹּא קָבַל הַמְלִנָּה עַל חוּבוֹ רַק מִן הֶהֱפָקֵר מ"מ נִפְקַע חוּבוֹ שֶׁל הָעָרְב דַּע"ז לֹא נִשְׁתַּעְבַּד מֵה שְׁאִין כֶּן בְּנִידוֹן דְּרִיטְבָ"א דְלִיפָא שׁוּם שְׁעֵבּוּד עַל אַחַר רַק פִּינּוֹן דְּהוּצִיא מְמוֹנּוֹ לְמָקוּם הָאִיבּוּד עֲפוּ"י וּמִחַיֵּיב א"ע לְשַׁלֵּם בְּעַד זֶה וְכִשְׁעָשָׂה עַל פִּי דְנִתְחַיֵּיב בְּהֵיבָה הֵנָּה כְּמוֹ דְנִתְחַיֵּיב הָעָרְב וְאִם פְּכָר הֵיבָה בְּמָקוּם הָאִיבּוּד פְּכָר נִתְחַיֵּיב לְשַׁלֵּם וְכִשְׁזָכָה זֶה בּוֹ מִהֶפְקִירָא קָא זְכָה וְנִשְׁאַר חַיֵּיב הָרְאוּשׁוֹן אֲבָל אִם נִתְחַיֵּיב בְּעַד הֵלְוָה אַף שְׁפָכָר נִתְיָאֵשׁ מִן הֵלְוָה מ"מ חוּבוֹ הֵיבָה רַק אִם הֵלְוָה לֹא יִפְרַע עַל חוּבוֹ וְאִם הֵלְוָה יִפְרַע לֹא יִתְבַּע מְמוֹנּוֹ וְכִינּוֹן דְּפוּרַע עַל הַחֻב אַף דַּא"ח פִּינּוֹן דְּכָבֵר אֲתִיָּאֵשׁ מִיְנִיָּה מ"מ אִם מִסְלַק עַל חוּבוֹ הַקָּדוּם נִפְקַע חוּבוֹ דְּעָרְב וְעוּד פִּינּוֹן דַּמ"מ עַל יְדֵי שְׁקִיבֵל הַמְלִנָּה חוּבוֹ מִן הָעֲפוּ"ם שׁוּב לֹא יְכוּל הָעָרְב לְתַבְּנֹעַ מְמוֹנּוֹ שְׁפָרַע בְּעַדוֹ נִפְטָר מִחוּבוֹ וְאִם פְּכָר פָּרַע הָעָרְב בְּעַדוֹ וְאַחַר כֶּף פּוּרַע הָעֲפוּ"ם הֵלְוָה לְהַמְלִנָּה י"ל דְּחַיֵּיב לְהַחֲזִיר לְהָעָרְב וְאִכ"מ בְּזָה.

עכ"פ בְּדִין הַנּוֹז' כְּשֶׁאוּמַר הַנּוֹחַ לִפְנֵי וְהַפְטָר פִּינּוֹן דְּכָבֵר נִפְטָר הֵלְוָה וְהַמְלִנָּה לֹא זְכָה לֹא נִשְׁאַר שְׁעֵבּוּדוֹ דְּמִלְוָה עַל מְעוֹת הַנּוֹז' וַיֵּשׁ לְדוֹן דְּהוּי כְּהֶפְקֵר וצ"ע: ס"י כח אִם שְׁלַח חוּבוֹ עַל יְדֵי שְׁלִיחַ וַיֵּשׁ הַכְּחָשָׁה בֵּין הַמְלִנָּה וְהַשְּׁלִיחַ לֹא נַעֲשָׂה בְּעַדִּי אִין הַשְּׁלִיחַ נַעֲשָׂה עַד פִּינּוֹן דְּצָרִיף לִישְׁבַע כְּמִבְּנֹאֵר בִּש"ס קִידוּשִׁין וּפּוֹסְקִים וְרִאִיתִי בְּתֻשׁוֹב' רַדְב"ז (ח"א ס"י ר"ח) דְּנִשְׁאַל עַל רְאוּבֵן שְׁשַׁלַּח לְשִׁמְעוֹן שְׁיָבְנָה לוֹ חֲנוּכָתוֹ וְאַחַר כֶּף אוּמַר שְׁלֹא בְּרֻשׁוֹת יָרַד וַיְדוֹ עַל הַתְּחַתּוּנָה וְשִׁמְעוֹן טוֹעֵן אֶתָּה שְׁלַחְתָּ לִי שְׁאָבְנָה לָךְ וְתַן לִי שְׁכָרִי וְהַשִּׁיב אִם שְׁלַח עַל יְדֵי עֲפוּ"ם אֶפִּילוֹ יֵשׁ עֲדִים שְׁשַׁלַּח אִינוּ חַיֵּיב דְּאִין שְׁלִיחוֹת לְעֲפוּ"ם וְלֹא הוּי לִיָּה לְסִמּוּךְ וּמִשׁוּם גִּילּוּי דַּעֲתָא לֹא מִפְקִינּוּ מְמוֹנָא וּמ"מ מִשְׁבִּיעִין אוֹתוֹ שְׁלֹא הֵיבָה כְּפִינּוֹתוֹ בְּשַׁעֲה שְׁשַׁלַּחוֹ לְתַת לוֹ רֻשׁוֹת לְבָנוֹת וְאִם אִין שְׁם עֲדִים שְׁשַׁלַּחוֹ אֶפִּילוֹ מִשְׁבּוּעָה זֹו פְטוּר שְׁאִין עָלְיוֹ טְעָנוֹת וְדַאי וְאִם הַשְּׁלִיחַ יִשְׂרָאֵל וְאִין שְׁם עֲדִים וְהַשְּׁלִיחַ בְּפִינּוֹ וְאוּמ' שְׁלַחְנֵי לְשִׁמְעוֹן נִשְׁבַּע שְׁבּוּעַת הַתּוֹרָה לְהַכְחִישׁ הָעַד שְׁהָרִי הַשְּׁלִיחַ אִינוּ נִגְעַע בְּדָבָר כֶּלָּל עֵינֵן שְׁם בְּדָבָרֵי דְאִם יֵשׁ ע"א מְצַטְרֵף עִם הַשְּׁלִיחַ מוּצִיאִין מְמוֹן.

וְלֹא הַבְּנֵי אִמָּאֵי ל"ה הַשְּׁלִיחַ נִגְעַע בְּדָבָרֵי לְמַה דְּמִבְּנֹאֵר בְּרִא"ש בְּתֻשׁוֹכָה (כֶּלָּל ק"ד) בְּרִאוּבֵן שְׁהֵלֵף לְאִנּוֹן וְא"ל עָשָׂה לִי כֶּף וְכֶף הַלִּילָה וְאִקְסָנוּ מִמֶּךָ לְמַחֵר וְהוּא עָשָׂה אוֹתוֹ דְּבָר וּלְמַחֵר אָמַר לוֹ טוֹל הַפְּעוּלָה שְׁאִמְרַת לְעֲשׂוֹת שְׁאִם לֹא תִטְלָנוּ תִפְסַד וְרִאוּבֵן אָמַר כְּבָר לְקַחְתִּי מֵאַחַר דְּחַיֵּיב רְאוּבֵן לְפָרוּעַ כֶּל הַהֶפְסַד מִשׁוּם דִּינָא דְגָרְמֵי מִיְדֵי דְהוּי אֵהֲלָכוּ חֲמָרִים וְלֹא מְצָאוּ דְנוֹתָן לוֹ שְׁכָרוֹ מְשַׁלֵּם שְׁעַל יְדוֹ הַפְסִיד מְלֹאכֶת הַיּוֹם וְה"נ עַל דְּבוּרוֹ

הפסיד וכן פסקינן בש"ע (סי' של"ג ס"ח) ועיין (סי' של"ו) ובמה שכ' הנתיבות שם ואם כן אם הטעוה השליח ואמר שפלוני שלחהו אליו שיבנה חורבתו או שיטע גינתו ולהד"מ ודאי חייב לשלם מלאכתו שעשה מטעם גרמי דהוא עשה הפעולה על פי דבורו של השליח ואם ענהו בו בשקר חייב לשלם מפיו ואם כן פיון דאם יאמר שלא שלחו יצטרף לשלם הוי נוגע ממש ובע"ד דאם יודה שלא שלח לו המשלח יתבע הפועל ממנו ויתחייב לשלם מצד גרמי ואם יכפור שלא צינה לו המשלח ולא הגיד לו פלל יהיה חייב עכ"פ שבועה ככל כופר הפל ואם כן הוי נוגע כמו דשליח לא נעשה עד אחר שנתקנה שבועת היסת ועיין תשובת רע"א ז"ל (סוף סי' קל"ד) ובמה שכ' לעיל דיני דינינים (סי' כ"א) ודוחק גדול לחלק בין אם אומר שיעשה מלאכה ויקנה ממנו לאם אומר פלוני שלחני אליה שפעשה לו מלאכה דלמה לא יתחייב מטעם גרמי דגרם לו להפסיד עפ"י שהשטה בו ולא יכול לומר השליח דלהשטות נתפונן ולא היה לו להאמינו ששלחו דמה"ט לא יאמין לו וכיון דסמך ע"ד ששלחהו נראה דחייב לשלם הפסידו ואם כן הוי השליח נוגע ובע"ד ולא נעשה עד ודברי רדב"ז צ"ע: גם מה שכ' אם שלחו על ידי עפוי"ם דמשום גילוי דעתא לא מפקינן ממונא ומ"מ משביעין אותו שלא היה פנונתו בשע' ששלחו לתת לו רשות לבנות יש להתבונן הא הוי טענת שפא ואיזה רגלים לדבר יש פיון שכ' קודם לכן דאפילו גילוי מילתא ליתאמדישלח גוי ולא ישראל אם כן למה יתחייב ליטבע היסת ועוד אף אם פנונתו היה לתת לו רשות אז אם אחר כך לא ניחא ליה בלב כמה יתחייב פיון דאף אם היה ניחא ליה אז בלב אם אחר כך לא ניחא ליה בשלמא כשאמר לו הבעל החורבא שיבנה כ"ז שאינו מגלה לו דעתו ואומר לו שלא יבנה הוי פעושה פעולתו עפ"י דבריו הראשונים ויחייב לשלם אבל בשולח לו דבריו על ידי עפוי"ם דלאו בר שליחות הוא אף אם אז הי' ניחא ליה אם אחר כך ל"נ ליה הוי פיון שלא ברשות פיון דדעתו של אדם משתנית: ודומה קצת למה שפכתתי במקום אחר בבבאור דברי ר"ן גיטין ר"פ התקבל שפירש המתניתין שם לפיכך אם אמר הבעל אי אפשי שתקבל אלא הולך ותן לה אם רצה לחזור יחזור היינו דס"ד דכי תנן באומר תקבל אם רצה לחזור יחזור היינו משום דחוב הוא לה אבל כשעשאתו היא שליח לקבלה סד"א שאעפ"י שאמר הבעל לשליח שאין רצונו שיקבלנו מחמת שליחות אלא שיזכה בו מיד מחמת הבעל דסגי ונימא דאם רצה לחזור לא יחזור קמ"ל שאם אמר הבעל אי אפשי שתקבלנו פלומר בשליחותה אלא הריני מזכה על ידי הולך ותן לה כמ"ד הולך פזכה אי נמי דאמר ליה הילך דלכ"ע פזכה אפ"ה אם רצה לחזור יחזור אע"ג דגלי דעתה דניחא לה וכטעמא דאמרין בירושלמי הגע עצמה שהיתה צונחת להתגרש אני אומר שפא חזרה בה עכ"ל ובגליון משניות תוספ' רבינו עק"א ז"ל עמד ע"ד הא גם ענין זכיה הוא מטעם שליחות ומה הפרש בין שליחות ממנה לבין תורת זכיה וגם מה נ"מ לו לבעל בזה בענין הגירושין פיון דבין כך ובין כך מתגרשת מיד ומה היה ס"ד לומר שפוננת הבעל שא"ר שיקבלנה בתורת שליחות דידה אלא שיזכה וגם אף דמבואר בירושלמי בצונחת להתגרש לא מהני היינו דחיישינן דחזרת מזה אבל בעשאתה שליח בפירוש שיקבל לה הגט הרי שרצונה בכך ואם קבל השליח היה מהני ולא חיישינן לחזרה כ"ז שלא שמענו דחזרה וכיון דבאותו רגע שמוסר הגט לשליח אנו דנין דנתרצית שיעשה שליח שליחותה לקבל הגט וכיון דחזינו דניחא לה להתגרש ועומד' בדעתה אם כן ממילא הוי זכות דמה לה אם

מקבל בשליחותה אם בדרך זכיה ואחר כך ראיתי שגם בספר דברי אמת התפלא בזה ע"ד ה"ר"ן: וילדעתי שפתי ה"ר"ן ז"ל ברור מללו דונדאי נ"מ רבתי לבין אם מקבל בשליחותה או אם הבעל אינו רוצה רק בתורת זכיה דאם קבל בתורת שליחותה מתגרשת מיז ואף דאס"כ פשוטעט שקבל השליח הגט צונחת שאינה מתרצת בזה לא איכפת לן פיון שפבר עשה השליח שליחותו ונד שלוחה פינה כ"ז שלא בטלו אבל אם הבעל א"ר ליתן רק בתורת זכי' אז פשוטות אחר כך לא מהני אף דיצענו אז בשעת הקבלה דזכות הוא לה פיון שפא בתורת זכיה לא מהני אף בזכות גמור פשאמר אחר כך דל"נ ליה דאף בזכות גמור פשיוצע לו יכול לבטל הזכיה ולומר שא"ר פמבואר רמב"ם ובמ"מ (פ"ד) מזכיה וכה"ג כ' ריטב"א (פ"ב) דקידושין הא דבעינו קרא דמהני שליחות אף דיצענו דזכיה מהני דנ"מ אם צונח אחר כך שא"ר אם בתורת שליחות הוא לא מצי לבטל אחר כך ובתורת זכיה יכול לבטל.

אם פן פיון שאמר הבעל אי אפשרי שתקבל לה בתורת שליחות שפבר יהיה נגמר הדבר אלא הילך היינו בתורת זכיה שיהיה עוד הברירה ביז האשה ותליא ברצונה פשיוצע לה והיה ס"ד דעכ"פ פשתרצה בקיום הגירושין אחר כך יהי מועיל בתורת זכיה קמ"ל דלא מהני ועל זה מביא ה"ר"ן ראיה מירושלמי.

ומה שהקשה מרן ז"ל דהא על אותו רגע שמוסר הגט אנו דנין דהתרצה. גם בזה דברי ה"ר"ן נכונים מאד דהא באמת פבר הקשה הב"ח אה"ע (סי' ק"מ) למה ל"ח בגט אף בעשאה שליח לקבלה דחזרה פיון דחוב הוא לה וכתב דבעינו ביטול שליחות בפני עדים וביתר ביאור דאם עשאה שליח שהוא פמותה מוקמינן על החזקה דלא ביטלה השליחות בפירוש וכ"ז שלא ביטלה בפירוש השליחות אף דבאמת אם הדרה פה ולא ניחא לה בלב קבלת הגט פיון דחוב הוא לה דברים שפלב אינם דברים כ"ז שלא בטלה השליחות הוי ידה פידו אבל בצונחת להתגרש חיישינן לשינוי דעתה דלמא השתא ל"נ לה בלב והוי חוב ועל רצון פלב לא שייך לאוקמי על החזקה דדעת בני אדם משתנה ובזכיה אף דיכולה לבטל אחר כך מ"מ בעינו דוקא שיהיה בעצם הדבר זכות ולא פדבר שהוא חוב אף דהברירה ביז הזוכה אם לקיים או לבטל מ"מ אם בעצם הדבר הוא חוב לא מהני אף אם מתרצה אחר כך פמבואר מדברי הרמב"ם שם ובגט פיון דחז"ל ירדו לסוף דעתן של נשים דחוב הוא לאשה לא מהני אף בצונחת מטעם זכי' אף דהברירה פינה לבטל אחר כך מ"מ פיון דבשעת מעשה אמרינן דלא ניחא לה ובנדאי חזרה וכיון דאמרינן דחוב הוא לה ובלב לא ניחא לה לא מהני אף אם פששמעה ניחא לה ואם עשאה שליח שהוא פינה אף אם בלב לא ניחא לה בקבלת השליח לא איכפת לן כ"ז שאינה מבטלת בהדיא השליחות ועל ביטול מוקמינן על החזקה וכיון דאמר הבעל אי אפשרי שתקבל ולא יהיה אז הברירה אם לבטל המעשה או לקיים רק בתורת זכיה שוב פיון דלא מהני בתורת שליחות אמרינן פיון דגט חוב הוא לה דלמא בשעת הזכיה לא ניחא לה בלב ואין חבין לאדם אלא בפניו וז"ב בבואור דברי ה"ר"ן: אף לפי זה יש להבין קצת בדברי הרשב"א וה"ר"ן גיטין ר"פ הזורק דכתבו אם אמרה האשה זרוק לי גטי פחצרי ותזכה לי חצרי דמגורשת אף באינה עומדת בצד החצר דחצר לא גרע משליחות ובשליח דכונתיה מגורשת בממנה שליח לקבלה וברשב"א שם פתב דגילוי דעתה לא מהני כמו שכ' הירושלמי פאם צונחת להתגרש רק אם ממנה החצר לשליח לקבלה הא נדאי החצר לא

הווי שלים רק במידי דנכות וניחא להו לבפעלים אז בשעת הנכיה אבל בדבר דל"נ לבפעלים בשעת מעשה לא מהני אם פן מה מועיל פשמיןתה לחצר' לשלים לקבלה אם בשעת מעשה מחזקינו דלא ניחא לה וכמו בצונחת להתגרש דלא מהני דאמרינו שפא חזרה בה פן נאמר בקצר בשלמ' במינתה שלים כ"ז דלא ביטלו בפירוש לנד השלים הוא פינה קבלתו ולביטול לא חיישינו ואז אף דלא ניחא לה בלב מהני גם פן פיון דכבר מסרה פחה לשלים בר דעת אבל הקצר בעצם לאו בר דעת הוא רק במידי דנכות לא גרע משליחות ואם בשעה שהגיע הגט לחצרה ל"נ לה מהיכי תימי נאמר דמהני בתורת שליחות בדבר החוב והארקתי בזה במקומו עכ"פ דברי הר"ן פ' התקבל מבוארים יפה ומסולק כל הערותיו של מרן הגאון ז"ל.

וראיתי בספר קרבן נתנאל סוף יבמות שהביא דברי תשובת פנ"י דאף אם עשאו האשה להביא לה גיטא לא מהני הנכיה וכתב דאם עשאו שלים לקבלה י"ל דמהני דבשלים להולכה איפא למימר דלא ניחא לה מידי שלים לקבלה פן ינחם היא או בעלה עד שיגיע לידה הגט אבל אם היא עשאו שלים לקבלה אית לן למימר דמהני אם זיפה לה הבעל על ידי אחר ובאשת מומר אם שלחה מתחילה לקבל הגט בזה ברור דמהני אם זיפה לה עיין שם ותמהני דהדבר מבואר בדברי הר"ן דלא מהני בשום פנים פשינפה לה אף אם עשאתו שלים לקבלה והטעם כמו שכ' ואם פן אם לא מהני זכיה אף באשת מומר משום טב למיתב ואמרנו דחוב הוא לה לא מהני אף בעשאתו שלים לקבלה ע"י זכיה כנז' [ובמקומו עמדת ע"ד הר"ן דהא קתני במתני' אי"א שתקבל אלא הולך אם רצה לחזור חזור ומבואר דרק לחזור יכול הבעל אבל אם כבר הגיע לידה מתגרשת ואמאי הא לדברי הר"ן אף באם אינו חוזר והגיע הגט לידה לא מהני פיון דהבעל לא מסר לשלים בתורת שלים לקבלה ושלים להולכה נמי לא עשאו אותו הבעל רק שיזפה בעדה וכיון דזכיה לא מהני בגט אף בכי האי גוונא אם פן לא בא הגט לידה מפח הבעל וכתבתי במ"א בעזה"י הרבה בזה ליישב גם זאת] ואכ"מ ולא הבאתי הדברים פאן רק לדוגמא ע"ד רדב"ז דדוקא אם שלח בתורת שליחות שמצוה לו שיבנה חורבתי אז אף דאחר כך ל"נ ליה יד הפועל על עליונה מה שאין פן באם שלח לו על ידי מי שאינו בר שליחות אף דגילוי דעת הווי דניחא ליה אז מ"מ לא נתחייב וידו על העליונה אם אינו רוצה אחר כך ואף דפסקינו דלא פרמב"ן ואם שלח לו על ידי חשו"ק לגבות החוב מהני אם מסר לו ונאבד ואין אחריותו על הלנה היינו דנפטור מחובו פיון דעשה רצונו אף שפא לו הידיעה על ידי מי שאינו בר שליחות אבל לחייבו לשלם על פועלתו לא מהני רק אם שלח על ידי מי שהוא בר שליחות שהוא כמותו וכאלו עשה על פי המשלח אבל שלא על ידי מי שהוא בר שליחות לא ואם פן אף אם נאמר דהווי גילוי דעת דניחא ליה אז אם אחר כך לא הי' ניחא ליה לא יתחייב ולמה יתחייב ליטבע על זה וצ"ע בדברי רדב"ז בקל מה שכתבתי]: סי' כט מלנה שעשה שלים בעדים לתבוע חובו מהלנה דעת הש"ע דא"ח לתת שיש לחוש שפא מת המלנה ואם יאנס בדרך יהי חייב לשלם והש"ע (סי' קכ"ב סק"ד) כ' דאם אין לו שום טענה חייב ליתן ועיין שם בתנאים וברא"ש ב"ק פ' הגוזל כ' בהא דכול לומר הלנה לאו בעל דברים דידי את' כ' וצריך טעם לדבר פיון דנדעינו דשונה שלים ואם מסור לו פטור מאחריות הדרך ושלוחו של אדם כמותו בכל דבר היא מצי למימר ליה לאו בע"ד דידי את' הלא פי השלים כפי הבעלים לכל דבר שנעשה שלים

ועשיתו פעשיתו ולמה יתנו חכמים יד לזה לעכב ממון שלא פדין וכ' משום חשש מיתה או ביטול השליח ועיין באחרונים ביאור דברי הרא"ש והרמב"ן כ' שצריך להיות בעלים דוקא שיהיה יכול לתבוע דבלא"ה מצי למימר לאו בעל דברים דידיא וכיון שאינו יכול להקנות הלואה שיהיה נקרא בעלים וכיון דלאו בעלים הם על החפץ מצי למימר לא בע"ד דידי אף.

ובש"מ ב"ק (דף ע') כ' משם הר"ן דלא מצי למימר לאו בעל דברים דידי אף דשלוחו של אדם פמותו ומשם המאירי דנהי דהוי שלוחו לענגן שיפטור אם מסרו ליד שליח מ"מ יכול לסרב ויכול לומר לאו בעל דברים דידי אף: ולכאורה י"ל דתליא בתקירה הנודעת בסוג שליחות דגלי לנו התורה דשלוחו של אדם פמותו באיזה בחינה הוא אם נאמר דידו של השליח נעשית פיד המשלח או דשליח מוסר פחו וידו להמשלח או דהמשלח מוסר פחו ורשותו להשליח והשליח נעשה שליט על עסק השליחות ובכמה ענינים פתבתי בזה ואיזה ענפים בזה אבאר פאן: [ועיין בקונטרסי הארכתי הרבה בענינים שונים ואנקוט פאן ללקט באמרים אמתח לנתחים לסדר באותיות נפרדות] א) הקצוה"ח (סי' קפ"ח) חקר היכא דהיה פיקח בפעשה שעשאו שליח וקודם גמר השליחות נשתטה המשלח מי אזלינן בטר מעיקרא ועומד במקום המשלח או אזלינן בטר גמר השליחות ובטלה שליחות ותלה הדבר במחלוקת הרמב"ם והטור אה"ע (סי' קכ"א) פאם הבעל היה פריא בפעשה מינוי השליחות על הגט ואחר כך אחזו שטות דמה"ת הגט פשר רק מדרבנן פסול שלא יאמרו שוטה מגרש ואם פן לגבי ממון אזלינן בטר מעיקרא ולדעת הטור וכן ריא"ז הגט פסול מה"ת והיינו דבעינן פח הבעל בפעשה פתיבה ונתינה והא דאין השליח יכול לגרש פשמת הבעל לדעת הרמב"ם אף מה"ת הטעם הוא משום דאין גט לאחר מיתה והטעם משום דכבר מותרת משום מיתת הבעל ותו לא אגידא ביה פלל לכך אף שפבר קבל השליח פח הבעל מ"מ פיון שמת פבר הותרה על ידי מיתה ועיין שם בקוצה"ח שפכת שפן מבואר מדברי רש"י גיטין (דף ט' וי"ג) דאין שחרור לאח"מ דנפקא לי' רשותי' מיני' וחייל עליו רשות יורשין והוכיח דדעת רש"י פרמב"ם מדלא פכת לאחר מיתה ליכא משלח אלא ודאי דשליחות לא נתבטל אף לאחר מיתה דנכנס השליח במקומו רק פיון דכבר יצאה מרשות הבעל עיין שם.

ובאמת ראיתי מבואר ברש"י גיטין (דף כ"ח) פמתניתין נותן לה פחזקת שהיא קנים דכ' ולא חיישינן שפא מת ובטל שליחותו הרי דרש"י נקט נמי הלשון דנתבטל שליחותו ודחוק לומר דהואיל דמת וכבר אינה אשתו נתבטל שליחותו דלא שייך לשון ביטול שליחות על זה ויותר נראה דהפל הוא טעם אחד באמת פבר הותרה מאישה ובשיחרור ובממון פבר זכו היורשים ואין המוריש בע"ד רק נקט ביטול שליחות גם פן ונ"מ אם נשתטה אף דהמשלח הוא הבע"ד מ"מ נתבטל השליחות פיון דשליח הוי פמו יד של המשלח והיינו דהשליח מוסר פחו וידו להמשלח וכיון דהמשלח אינו פכחו לעשות המעשה גם השליחות נתבטל וכדעת הטור ועיין בפ"ח ובג"פ אה"ע (סי' קכ"א) דכתבו בדעת הרמב"ם דאזלינן בטר מינוי השליחות והיינו דהמשלח מוסר פחו לשלוחו וכיון דאפתי אגידא ביה אף פי נשתטה הבעל יכול השליח לגרש מה"ת ובס' בית מאיר שם הקשה ע"ד מהא דאין גט לאח"מ אע"ג דמינה פחיי המגרש לשליח וכ' וא"ל דשאני

מית' דקנדם שְהגיע הגט לינדה יצאה מזיקתו ואיך יחולו הגירושין דז"א דהא לנ"מ זו דלא יתגנה לאח"מ היינו פדי לפוטרה מיבום עדיין זיקת בעלה מפח קידושיו עליה.

ידבריו מוקשים מלבד דכבר האריה במהרי"ט (ח"ב סי' ח"י) בכמה ראיות דקדושי הבעל נפקע לגמרי במיתתו ולא דאקליש איסורא דא"א רק אשה הקנו לו ליבם מן השמים ואם כן אין מקום לגט שיהיה פורת אחר מיתתו דכבר נתפרדה התבילה במיתת הבעל.

ובמ"א עמדתו בזה עכ"ד מהרי"ט שם והבאתי דברי רש"י סנהדרין (דף נ"ה ע"ב) בהא דבן ט' שנים וי"א הפא על יבמתו קנאה ואינו נותן גט עד שיגדיל כ' רש"י שהרי על ידי קדושי אחיו גדול נאסרה וגירושין של זה אינו חשובין להפקיע קדושי אחיו דקטן הוא ואינו בן דעת עכ"ל מוכח דמפח קדושי אחיו זקוקה לו ולא נפקע לגמרי ואשה הקנו לו מן השמים ואכ"מ בזה מ"מ אף אם נאמר דעדיין זיקת בעל" מפח קידושיו עליה אין הגט פורת דכתיב אשה גרושה מאישה וכשמת הבעל אינו עוד אישה ואין הגט פועל בזה אף אם נאמר דאזלינן בטר שעת מינוי השליחות ומה שכ' הב"מ להוכיח מגיטין (דף כ"ט ע"ב) דאמר מר בר רב אשי אלו מת הבעל מידי משש' אית בהו פוליהו מפח בעל קאתו איתיה לבעל ליתניהו לכולהו ליתא לבעל ליתניהו לכולהו וק' היכי מוכח דמפח הבעל קאתו דלמ' הטעם פיון דמת כפר יצאה ממנו במיתה א"ו דמזיקת יבום מוכח דמפח בעל קאתו אף בשעת נתינה ומפני שמת ופסק פחו דאיהו לא מצי לגרשה אף נפסק פח שלוהו ואף שקבלה בחייו.

אינו מוכרח דהיה לו לומר אם נשתטה הבעל או נעשה גוסס להסוכרים דלא מצי לגרש ועוד אף אם עדיין זקוקה ודאי לא חל גירושין של הבעל כמו שכ' דאשה גרושה מאישה פתיב וגם מה זה ראיה לענין פוליהו מפח הבעל קאתו לענין שליח שני מפח מי קאתי א"ו עיקר ראיתו פיון דעיקר המעשה הנעשית על ידי שליח צריך שיהיה נקרא על שם הבעל אמרינו דשליח שעשה שליח שני נמסר כל פחו להשני ועיין קצוה"ח שם דהביא ראיה להיפך ממה דשליח הראשון יכול לבטל לשליח שני ובכ"ז פשמת לא נתבטל השליחות ויש לחלק דמ"מ אינו ראיה מזה ועיין במל"מ הל' גירושין ובמכתב מאלהו בדיני ביטול הגט (סוף סי' כ"ה) והדברים עתיקים בזה: ב) והנה הב"ש אה"ע (סי' קכ"א ס"ק ד') יצא לדון דאף הטור דחולק על הרמב"ם וסובר דמדאורייתא בטל הגט הוא דוקא אם ל"ה שפוי בשעת הכתיבה בזה ס"ל להטור והש"ג בשם ריא"ז דאף ריח הגט לא הוי ואם ל"ה שפוי בעת הנתינה י"ל דגם הטור מודה.

והדברים צ"ע דהא הטור כ' היה פריא בשעה שאנוה לקנותבו ואחר כך אחזו החולי אין פותבין בעודו בחליו ואם פתבו ונתנו בחליו אינו פלום וכן הוא לשון הריא"ז שבש"ג ואם פתבוהו ונתנו פשהוא משועמם פסול מדברי סופרים כדברי הרמב"ם וכבר ביארתי בקונטרס הראיות בראיות ברורות שהוא בטל מה"ת ואף לכהונה אינו פוסל ומדכלל יחד פתיבה ונתינה ע"כ דאז או קתני הן אם פתבהו בעת שהוא משועמם הן אם פתבהו בהיותו פריא רק הנתינה הי' פשהוא משועמם וכן כ' להדיא בדו"פ שם דאז או הפירוש בדברי הטור דנדאי אף אם בשעת הנתינה היה משועמם בטל מן התורה וכן ראיתי בכ"י ריא"ז על נשים כמו שהעתיק הש"ג ממש הדברים ובכ"י אהד ראיתי שכ' בו ואם פתבו וחתמו בעודו משועמם פסול מדברי סופרים לדעת רמב"ם וכבר ביארתי כו' שהוא בטל

מה"ת ואף לכהונה אינו פוסל וכנראה מה שכ' נחתמו הוא ט"ס וצריף לומר ונתנו כמו שהעתיק הש"ג ודברי הטור הם לעד נאמן על זה דאין חילוק בין פתיבה לנתינה וכמו שמבואר להדיא בפרישה אולם הרשב"א ר"פ מ"ש הביא משם תוס' דעיקר הקפידה על שעת פתיבה שאז צריף שיהיה המשלח שפוי בדעתו ועל שעת נתינה לא איכפת לן ותמה על זה בספר ג"פ דמ"ש שעת פתיבה משעת נתינה ובפנ"י גיטין שם כ' בטעם הדבר דהפתיבה צריף להיות בשעה ששפוי בדעתו להפוסקים דלא בעינן שליחות לפתיבה ולא שייף לומר כל מאי דאיהו לא מצי עביד שלוחו ל"מ עביד פיון דלא בעי שליחות הטעם דכתיב וכתב ונתן שיהיה ראוי לנתינה בשעת פתיבה ובת"ג שם כ' דהרשב"א סובר דדוקא בתחילת מניוי השליחות בעינן דמצי המשלח למיעבד אבל כשכבר נעשה שליח בשעת בריו אף דבשעת נתינה לא מצי עביד המשלח שלוחו מצי לגרש אף הקשה אם פן באומר כתבו ותנו דכבר נעשה שליח להולכה בשעת בריו הרי ראוי להתגרש בשעת פתיבה פיון דהשליח יכול לגרש.

ועיין בחידושי רע"א ו"ל על אה"ע שם שכ' בדעת הרמב"ם דאפשר דוקא באומר כתבו ותנו דבשעת פתיבה ראוי לנתינה פיון דמינה שליח גם על הנתינה אבל כתבו ונאחזו קורדייקוס וכ' הסופר ונשתפה ונתן הבעל הגט י"ל דבטל מדאורייתא דבעינן וכן ונתן דבשעת פתיבה ראוי לנתינה וזה ל"ה בגט בשעת פתיבה כשנאחזו קורדייקוס ראוי לנתינה וזה כסברת הפנ"י: וקצת נראה דמה שכ' הפנ"י הדריש מכתב ונתן דבעינן שתהיל ראוי להתגרש בשעת פתיבה לא נראה פן מדברי הש"ס והראשונים יבמות (דף נ"ב) דשם אמרינן באומר לסופר כתוב גט לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה דלא מהני וכתבו תוס' שם הטעם דהוי שליחות על דבר שלא בא לעולם.

ולשיט' הסוברים דלא בעי שליחות לפתיבה על פרוץ הטעם דפסול משום דלא הוי לשמה פיון דהאשה אינה ראוי' אז לגירושין וכמו שכתב הרמב"ם (פ"ג) מגירושין מפני שלא היתה בת גירושין מפני כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין וכן משמע מדברי רש"י שם.

ובאומר כתוב ליבמתי בעי שם רמב"ח פיון דאגידה בי' פארוסתו דמאי א"ד פיון דלא עבד בה מאמר לא ועיי"ש ברא"ש דהאבעיא היא משום דיכול לבא עליה בעל פרוץ ואז יכול לגרשה תלוי הדבר בו ונחשיב בידו לגרשה וזה אתי שפיר אם החסרון הוא מטע' דשלב"ע ולא הוי לשמה או משום שליחות ובידו יש לומר מסלק הדשלב"ע אבל אם נאמר דגזה"כ הוא וכתב ונתן דבשעת פתיבה בעי שיהיה ראוי לנתינה מה מהני בידו פיון דמ"מ אינו ראוי לנתינה בשעת פתיבה.

אף י"ל למה שכ' תוס' שם דלאשה דעלמא אינו גט אף דכתוב בו זמן דאחר גישואין פיון דאין בידו לגרשה בשעה שעשאו שליח וכתבו דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל למ"ד אדם מקנה הוי גט דבידו לגרשה כמו בשחרור דמהני בלוקח עבד על מנת לשחררו וכ' לו לכשאקחה הרי עצמה קנוי לה מעכשיו: וראיתי במח"א (פ"א) מגירושין שכ' דבריהם קשים לשמוע דהתם בעבד באותו פתיבה זכה מעכשיו העבד והוי דבר שלא בא לעולם אבל פאן אין פאן הקנאה ואם ירצה שלא לגרשה רשות בידו עכ"ל.

אולם דברי תוס' ברוז'ים ה"ה דהא בכ"מ פשטצוה לכתוב הגט ולמסור בידו בפל עת שיירצה לגרש יגרש בו מהני השליחות על הפתיכה ואף בארוסה באומר ומצוה לכתוב לכשצאכנסנה אגרשנה מהני אף דאינו מוסר היום הגט מ"מ פיון דיש בידו למסור היום וכל הגירושין יכול לעשות שליח מה שהוא יכול לעשות פן אף באשה דעלמא למ"ד אדם מקנה דשלב"ע ויכול לגרשה היום בגט זה ולתת לשם גירושין שיהיה חל לכשיכנס' ממילא יכול לעשות שליח על הפתיכה פיון דבידו לעשות עכשיו ורק די"ל דלענון גט דבעינו פתיכה לשמה פיון דעכשיו לאו פת גירושין היא שיחול עתה לא מהני לזה מביא תוס' ראיה משטר שחרור דבעינו גם פן לשמה ומנהי למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם פשפוטב הג"ש אף קודם שקנה אותו מהני נמי בגט אשה וכיון דבידו לעשות עכשיו מעשה הגירושין יכול לעשות גם פן על ידי שליח.

וז"פ וקא דבעי ביבמתו אם בידו מהני לסלק הדשלב"ע פבר פתבו תוס' נזיר (דף י"א) בטעם הדבר דהואיל דמחוסר מעשה י"ל דגרע ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון ז"ל בד"ח דיני קידושין (סי' ל"ג) בהבנת דבריהם דאף דבידו מסלק הריעות' ממה דהוי דשלב"ע מ"מ אינו חל מעכשיו וי"ל דגרע גם פן לענון זה דאינו יכול לכתוב עכשיו פיון דלא הוי לשמה וממילא אינו יכול לעשות על ידי שליח ולפי זה י"ל גם פן אף להסוברים דל"ב שליחות לכתובה מ"מ לא מהני דבעינו וכתב ונתן שיהיה ראוי לתת בשעת פתיכה וביבמתו הספק אם בידו מסלק הדשלב"ע ונהי כמ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל או לא: ועפ"י דברי הפנ"י הנז' י"ל דמה שכ' הטור אה"ע (סי' קל"ב) דברי הרמב"ם בצוה לכתוב גט לאשה דעלמא לגרש בו לכשיכנסנה אינו גט וכ' וא"א הרא"ש ז"ל כ' דאפילו לאשה דעלמ' הוי גט למ"ד אדם מקנה דשלב"ע ומנ"ל לטור דדעת הרמב"ם אינו פן דלמא גם הרמב"ם סובר למ"ד אדם מקנה דשלב"ע מהני באמת וי"ל פיון דהרמב"ם נקט הטעם משום דלא הוי לשמה דלאו פת גירושין היא ולמה ליה לטעם זה הא פיון דלאו פת גירושין הוא לא מהני מצד גזה"כ דבעינו וכתב ונתן שתהיה ראוי ליתן בשעת פתיכה ובזה פיון דאינו ראוי ליתן בשעת פתיכה לא מהני אלא ודאי דהרמב"ם דכ' הטעם משום דלאו פת גירושין היא בא להורות דאף למ"ד אדם מקנה דשלב"ע גם פן לא מהני מטעם דלא הוי לשמה ואינו דומה לעבד דעכ"פ בר שיקרוור הוא בעצמו אף דזה עדיין אינו רבו מ"מ פיון דאדם מקנה דשלב"ע הוי לשמה גם פן משא"כ באשה פנויה דעלמא דלאו פת גירושין הוא השתא כלל לא הוי לשמה אף למ"ד אדם מקנה דשלב"ע לכה פתב הטור דדעת הרא"ש אינו פן והנ"מ מזה לדינא פבר פתבו האחרונים בכמה אנפי.

אף מ"מ דברי הפנ"י ה"ה דברים חדשים לדרוש מעצמו גזה"כ ועיין בחידושי מהרי"ט קידושין (דף ס"ב) דוגמא לזה דכל גט שנכתב קמי דחיילי קידושין לאו פלום הוא דרמב"ם אמר כי יקח איש אשה כו' וכתב לה ספר פרייתות מ"מ לא מצונו דרשות האלה וכן ראיתי כ' משם הגאון מוהר"ח פהן ראפארט ז"ל ע"ד פנ"י הנז' שנתן טעם מסב"א דנפשיה כמאמר חז"ל יושב ודורש כמשה מפי הגבורה שלא נמצא דרש זה בפוסק ראשון ואחרון עכ"ל.



ובמקרה כ' דברי הר"י דלאשה דעלמא אינו גט מטעם דל"מ משוי שליח וכ' ואפילו שכח הסופר ולא כ' עד שפנסה אינו גט פיון שעשאוהו שליח בשעה שלא היה בידו לגרש וכ' ואע"ג דמשמע בגיטין דבכתוב גט ל"ב שליחות כו' אפי"ה דעת הבעל בעינו משום וכתב לה לשמה וכיון דאין פתיבתו פלוס אלא מדעתו הוי פשלוהו לגבי האי מילתא דבעינו דהיא שעמא מצי פתבו עכ"ל הרי דסובר להדיא דאף אם פתבו הסופר אחר שפנס' גם פן ל"מ ולא מטעם דלא הוי פשלוהו דל"ב שליחות לכתובה רק פיון דלא הוי לשמה עד שישמע מפי הבעל וכיון דבשעת צוואתו לא מצי פתבו לא מהני ודומה ענין זה לשליחות ועיין במל"מ (פ"ו) מגירושין ובס' בית מאיר (סי' קל"ב) כ' להסוברים דל"ב שליחות לכתובת הגט י"ל דמהני פשכותב הסופר אחר שפנסה ועיין שם ובת"ג נהרי מבואר הדבר לפנינו במקרה דאף אם פתב אחר שפנס' לא מהני הואיל דבשעה שצינה אינו יכול לכתוב ואף אם לא פעי שליחות לכתובת הגט מ"מ לא הוי לשמה.

ולפי זה י"ל כ"כ אם פריא מצוה לכתוב הגט ונשתטה הבעל אחר פה דלא מהני דאף דל"ב לשליחות ולא שייך לומר דהואיל דהמשלח לא מצי עביד בשע' מעשה לא מהני מ"מ פיון דצריף ציווי הבעל וצריף שיהיה בידו לעשות בשעה שעושה השליח שליחותו והיינו דבעת שכותב על פי דבורו דבעל ומצוה לכתוב אנחנו רואין הציווי של הבעל פאלו מצוה היום בשעת הפתיכה ועל ידי זה נכתב לשמה.

לכן אם נשתטה הבעל אחר פה פסול והוי פאלו מדבר ומצוה פעת בשעת שטותו והוי פנכתב שלא לשמה. אולם לענין נתינה יש לומר דסובר הרשב"א דכשר פיון דנעשה שליח דבעל היינו הבעל מוסר פחו ועשה אותו שליט על ענין זה וקבל פח הבעל לעשות במקומו פיון דצריף לנתינה שליחות וכבר נגמר הדבר אזלינו פתר התהלה וכדעת הרמב"ם אבל לענין הפתיכה פיון דלא פעי שליחות לא קבל פח הבעל ולא נעשה במקומו שיהיה פאלו מסר לו הבעל הפח ומעשה הפתיכה נקרא על שם הכותב ולא על שם המצוה רק פשלא צינה לא הוי לשמה ואם פן פיון דאינו יכול לצוות לכתוב מה שאין בידו לעשות עכשיו פיון דצריף לכתוב מדעתו הוי פשלוהו לגבי האי מילתא המתחיל בשעת פתיכה וכמו שכ' המקרה פמו כן הוי לענין זה פשלוהו דבעינו שיהיה המצוה ראוי לעשות בשעת פתיכה דהצוואה של קודם לכן חזינו פאלו מצוה עכשיו ואם פעת הפתיכה אינו בדעתו והוא משועמם הוי פאלו פתבו שלא מדעתו אבל לענין נתינה סבר הר"י שיהיה הרשב"א דכשר פיון דכבר קבל פח הבעל וכא במקומו: וא"ל דנאמר דגם שליחות הנתינה מתחיל משעת נתינה.

דכבר פתב אאמ"ו ז"ל בספרו דיני קידושין שם לדון דאם לא חל השליחות מהשתא אי אפשר שיחול אחר פה דכבר פלטה אמירה של עשיית השליחות וא"ל לקידושין פסוף או שטר לאחר ל' דמהני דשם מחמת קנין פסוף או שטר שהיא בעינא לאחר ל' הוי קידושין אבל בשליחות דנגמר על ידי אמירה והאמירה גומר ענין שליחות וכבר פלטה אמירה ובאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' דמהני הוא משום דאמירה לגבוה הוי פכסוף בהדיוט ואם פן בשליחות דלא שייך לומר פן אם ממנה אותו שיעשה שליח לאחר זמן פבר פלטה אמירה וכשממנה אותו לעשות לאחר זמן נעשה שליח מהשתא עיין שם בדבריו ויבואר

עוד לקמן בזה וזה אתי שפיר בנתינה דבעינן שליחות אינו חל רק אם גומר מהשפ' שמוסר לו הפח שיעשה לאחר זמן אבל לענין לשמה דאינו צריך לשליחות ואינו נותן לו פח אף שפכר פלטה האמירה שמצנה לסופר מ"מ נמשכו דבריו עד שפכתב אז מפח צווי הבעל ונתנינן פאלו מצנה השפא ובעינן שיהי' בריא בשעת פתיכה כנלע"ד בדברי הרשב"א די"ל דס"ל פדעת הרמב"ם דאם פכר קבל השליח פח מבעל פא במקומו לגבי נתינה משא"כ בכתיבה: ג) ולכאורה י"ל הא דמבואר בטוש"ע אה"ע (סי' ק"כ) דאף אם שלוחו פתבו צריך שיהי' הקלף משל בעל והטור פכתב משם הרמ"ה דא"צ לזכות לו הנניר אלא אע"ג דכתבו מדידהו ויהבו לה פינן דבשליחותו קעבדי מצו יחבי לה בשליחותו דבעל פמאן דיהבו לבעל ונהדר בעל ויהיב לאתתא דמי דכיון דמזכו לאיתתא בשליחותיהו אקנויי אקני לבעל לגרושי ביה ונמצא זכיות הבעל וגירושין באין פאחת.

ובפ"ח פכתב לדון דלא איצטרף למימר דמזכו ומקנו לבעל דאי משום דכתיב ונתן דבעינן שיהיה הגט משלו ה"מ פי קמגרש איהו אבל פי עביד שליח למכתב גיטא ולמיהב לאיתתיה הרי השליח נכנס במקומו דשלוחו של אדם פמותו ולא בעי תו דלקהי הגט מבעל אלא פינן דהוי משל שליח סגי לן בהכי דכי הכי דוכתב הוי איהו או שלוחו אע"ג דלא פכתב איהו מידי ה"נ ונתן הוי איהו או שלוחו אע"ג דלא קנהיב איהו מדידי' מידי וכי קאי ונתן אשליח מצי למהוי הגט מהשליח דהא ונתן קרינן בי'.

וי"ל דתלי בזה אם השלי' קבל פח הבעל וכדע' הרמב"ם שפיר י"ל דונתן קרינן ביה פינן דהוא פא בכח הבעל שקבל אבל לדעת הטור וסייעתו דסובר דמינוי שליחות דבעל היינו שהשליח מוסר פחו וידו להבעל לכה אם הבעל נשתטה בשעת נתינה בטל הגט מה"ת ואף לכהונה לא נפסלה פינן דלא בר גירושין הוא אף ידו של הבעל אינו יכול לגרש ועל פירוש סובר דסוג שליחות דרבת' התורה הוא שכח של השליח נמסר למשלח ולדעת הרמב"ם הוא להקפד ולדבריו אתי שפיר דברי הפ"ח והח"מ שפינן שגמסר פח הבעל לשליח ואף אם נשתטה הבעל פינן דהיא אשתו יכול שליח לגרשה וכיון דבא השליח בחריקאו יכול לגרש אף אם אין הבעל זוכה בהגט פינן שהשליטו על אשתו לגרשה והתורה נתנה לו פח זה שיכול למסור להשליח שפיר פא במקומו ויכול לגרשה על ידי נתינתו אף שאינו של הבעל.

אבל לדעת הטור דהשליח נעשה ידו של המשלח א"ש שצריך הבעל לקיים ונתן בידה ואם אין הנניר שלו אינו מקיים ונתן בידה: ובספר בית מאיר שם כ' להשיג על סברת הפ"ח מקידושין (דף ז) הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבדפנעני ופירש רש"י והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו ולסברת הפ"ח מה צורך ללמוד מעבד פנעני דל"ב דליהוי חסר המקדש במידי ומה בגט דכתיב ונתן משלו אמרינן דמה שנותן השליח חשוב כמו שנותן המשלח מכ"ש בקידושין אף אם נאמר דצריך המקדש להיו' חסר במידי מ"מ פינן דשלוחו נחסר נימא דהוי פאלו המשלח נחסר אלא ודאי דלא שניי' שליחות במידי דהקפידה שיהיה משלו ולדעת י"ש לסלק ראיה הזאת דקידושין הוא ענין אחר דילפינן קחה קחה משדה עפרון שאשה נקנית בכסף והאשה מבטלת רצונו ונעשית פהפקר כמו שכ' ר"ן נדרים (דף ל') והבעל קונה אותה על ידי כסף הקידושין ולא ידענו שאדם יכול לקנות שום דבר אם לא יהיה חסרון כספו דבלעדי זאת אין סומך דעת הקונה



שָׁלוֹ וְאֵין בּוֹ שׁוּם שִׁיּוּר וְזָכוֹת לְאַחֲרִים כְּשֶׁבֵּא לִיד הָאִשָּׁה מִנִּי לְדַבְעֵינוּ וְנִתֵּן מִשְׁלוֹ וּבִב"מ כ' דְּצָרִיךְ דּוֹקָא שְׂיִתֵּן דְּבַר שְׁהוּא שָׁלוֹ וְלֹא יְדַעְתִּי מִנִּי לְפִינָן דְּגַם כְּתָבוּ עַל אִסּוּר הַנְּאִיָּה כְּשֶׁר.

אוּלָּם אִם מְגַרֵּשׁ בְּעַל פְּרֻחָה בְּזָה צ"ע אִם מְהֵנִי עַל יְדֵי שְׁיֻנוּי רְשׁוּת פִּינָן דְּאִינְהּ רוּחָה לְקַנּוּת נְשָׂאָר עֲדִינָן זְכוּת שְׁל הַנְּגִזָּל וְלֹא הָנִי פְּרִיתוֹת אוֹ דְּנִימָא פִּינָן דְּאִם תְּהִיָּה מְגֻרֶשֶׁת נִקְנָה לָהּ הַנְּיָר עַל יְדֵי הַפְּרִיתוֹ וְיִהְיֶה מִמִּילָא הַשְׁיֻנוּי רְשׁוּת וּיְבֹאָר אִי"ה לְקַמָּן אִם הַגְּיָרוּשִׁין מְסַבֵּב הַקְּנָן שְׁל הַגֵּט אוֹ הַקְּנָן מְסַבֵּב הַגְּיָרוּשִׁין: גַּם בְּדַבְרֵי רַמ"ה דְּנִרְאָה מְדַבְּרִי דְּלֹא אִתִּי עֲלֵה מִטַּעַם דְּהַשְׁלִיחַ בְּמַקּוֹם הַבְּעַל קָאִי רַק דְּזִכְיִית הַבְּעַל וְגִירוּשֵׁי אִשָּׁה בְּאֵין כֹּא' יֵשׁ לְחַקּוֹר בְּסִבְרָתוֹ אִם נֹאמֵר דְּהוּא כְּמוֹ שֶׁכ' הֵרָאשׁוּנִים בְּקַנְנָן סוּד' שְׁל הַעֲדוּת דְּהָנִי כְּאֵלוֹ הַקְּנֵי הַסּוּדָר לְהַקְּנָה עַל יְדֵי הַמְּקַנָּה כְּמוֹ שֶׁכ' בִּש"מ ב"מ סְנִיגָא דְּחִלְפִין מִשְׁם הַרמ"ך וְיִבְרֶשׁ בִּי"א קִידוּשִׁין (דף ח') מִשְׁם הִירושְׁלָמִי בְּתֵן מְנָה לְפִלוּנִי וְאֶקְדָּשׁ אֲנִי לָךְ דְּאוֹתוֹ פְּלוּנִי זֹכָה בְּעֲדָה וְאַחַר כֶּף מְחֻזֵּיק לְעֲצָמוֹ וְכְמוֹ שְׁפַתְבְּתִי בְּזָה בְּהַגְהוּמִי בִּד"ח דִּינִי מְכִירָה (סי' ב') וְהַבְּאִתִּי דְּבָרֵי יְרוּשְׁלָמִי (פ"א) דְּקִידוּשִׁין דְּנִרְאָה דְּקַנְנָן עֶבֶד פְּנֻעֵנִי ג"כ מִטַּעַם זְכִיָּה אִתִּינָן עֲלֵה יְעִינָן שְׁם כֵּן ה"נ הָאִשָּׁה זְכָתָה בְּהַגֵּט בְּשִׁבִיל בְּעֲלָהּ וּמְחֻזְקָה לְעֲצָמִי מִשְׁל בְּעַל וְזִכְיִית הַבְּעַל וְגִירוּשֵׁיָּהּ בְּאֵין כְּאֶחָד וְכֵן רְאִיתִי אַחַר כֶּף בְּסִפְר דְּבָרֵי אֲמַת (דף ס"ג ע"ב) שְׁלוּמָד כֵּן בְּדַבְרֵי הַרמ"ה וְרַמ"ך שֶׁבִּש"מ ב"מ הַנּוֹ' דְּהוּא עַל דְּרָךְ הִירושְׁלָמִי הַנּוֹ'.

וּלְפִי זֶה הִיָּה נִרְאָה בְּאִם מְגַרֵּשָׁה בְּעַל פְּרֻחָה לֹא מְהֵנִי גַם לְדַעַת הַרמ"ה בְּנִיָּר שְׁל הַשְׁלִיחַ וְכֵן בְּמַגְרֵשׁ לְקַטְנָה גַם כֵּן ל"מ דְּאִינְהּ יְכוּלָה לְזָכוּת בְּעַד הַבְּעַל [אִם לֹא לְדַעַת הֵרָא"ש קִידוּשִׁין (דף י"ט) דְּאֵף דְּאֵין שְׁלִיחוֹת לְקַטְנָה לְזָכוּת לְעֲצָמָה בְּשְׁלִיחוֹת אֲבִיָּה מְהֵנִי וְעִינָן בְּאֲבָנֵי מִילּוּאִים (סי' ל"ז ס"ק ג') דְּקִטְוֵן נַעֲשֶׂה שְׁלִיחַ כֵּל שְׁהוּא לְטוֹבְתוֹ וְעִינָן מַה שְׁפַתְבְּתִי בְּזָה בְּהַגְהוּמִי בְּדַבְרֵי חַיִּים דִּינִי גְבִיִּית חוּב (סי' ז') [וּמְסַתִּימַת דְּבָרֵי הַרמ"ה מִשְׁמַע דְּבָכֵל גְּוֹנֵי מִתְגַּרֶּשֶׁת בְּהַנְּיָר שְׁל הַשְׁלִיחַ וְעַל כֶּרְחֻךְ דְּסִבְרָתוֹ אִינוּ דְּהָאִשָּׁה זְכָתָה לְהַבְּעַל רַק פִּינָן דְּהַשְׁלִיחַ יְהִיב לְהָאִשָּׁה בְּשְׁלִיחוֹתָהּ דְּהַבְּעַל אֲקַנּוּי אֲקַנּוּי לְבַעַל לְגִירוּשֵׁי בִיָּה וְזִכְיִית הַבְּעַל בְּאִ בְּמַה שְׁהַשְׁלִיחַ קַעֲבִיד בְּשְׁלִיחוֹתָהּ וְלֹא בְּעֵי שְׁהַבְּעַל יַעֲשֶׂה בּוֹ מִצַּד קַנְנָן רַק מִמִּילָא נַעֲשֶׂה שְׁלוֹ פִּינָן דְּמַגְרֵשׁ בְּזָה לְאִשְׁתּוֹ דְּבַעַל הָנִי כְּמֵאן דְּיִהְיֶבִי לְבַעַל וְהַזֵּדָר בְּעַל וְיִהְיֶב לְאִימַת' וְאֵף דְּאֵין אָדָם זֹכָה בְּשְׁלוֹ לְאַחֲרִים הִיָּינוּ פִּינָן דְּלִיכָא הוֹצָא' מִרְשׁוֹ לְרְשׁוֹת אֲבָל אִם מוֹצִיא הַדְּבָר לְרְשׁוֹת אַחֲרִים בְּשְׁלִיחוֹתָהּ מִמִּילָא נַעֲשֶׂה שְׁל אַחֲרִים מִצַּד הַקְּנָאָת הַשְׁלִיחַ אֵף בְּלֹא מַעֲשֶׂה קַנְנָן שְׁל הַזֹּכָה פִּינָן דְּאִינוּ זֹכָה מִמֶּשׁ רַק שְׁיִהְיֶה חָשׁוּב כְּאֵלוֹ הַזֹּכָה זֹכָה מִמֶּנּוּ לְעַנְנָן זֶה מְהֵנִי.

וְעוֹד אִם נֹאמֵר כְּמוֹ שֶׁכ' בְּסִפְר דְּבָרֵי אֲמַת דְּהָאִשָּׁה זְכָתָה מְקוּדָם לְבַעַל אִם כֵּן בְּשַׁעַת גְּתִינָה לֹא הָנִי שְׁל בְּעַל וּמַה מְהֵנִי מַה שְׁמַחְזִיקָת אַחַר כֶּף לְעֲצָמָה בְּתוֹרַת גִּירוּשִׁין דוּמ' לְטָלִי גִיטָה מִעַג"ק דְּלֹא מְהֵנִי מִטַּעַם דְּבַעֲיָנוּ וְנִתֵּן בְּיָדָה כְּאֵן נָמִי פִּינָן דְּבִשְׁעַת גְּתִינָה לֹא שְׁל בְּעַל הוּא ל"ה וְנִתֵּן וְאֵף דִּי"ל דְּבָא בְּיַחַד מ"מ בְּפִשִּׁיטוֹת נִרְאָה דְּלֹא מִטַּעַם זְכִיָּה אִתִּינָן עֲלֵה וְעוֹד יֵשׁ לְהַאֲרִיךְ בְּעַנְנָן זֶה אַכ"מ.

הדרן לדברינו דלכאורה לדעת הרמב"ם בסוג דשלוחו של אדם פמותו דלא איכפת לן במה דלא מצוי למיעבד אחר פה המעשה מן התורה דשליח כפר קבל פח הבעל יש מקום לדברי הפ"ח הנז' דסגי לגרש בנזיר של השליח.

אולם הב"י בש"ע אף דפוסק (סי' קכ"א) פדעת הרמב"ם סובר דמ"מ אף דנעשה שליט על אשתו לגרשה הנזיר צריך להיות משל בעל המשלח דמ"מ אף דבא בחריקאו עיקר המגרש הוא שתהיה גרושה מאישה צריף שיהיה משל בעל: ד) ויש לדון דגם הא דנחלקו הפוסקים אם יכול לעשות שליח שלא בפניו כמבואר בר"ן סוף פ' התקבל ועיין תוס' רי"ד קידושין (דף ח') תלי גם כן בזה אם נאמר פשיטת הרמב"ם דהמשלח מוסר פח לשליח שיהיה במקומו ובחריקאו כל מה שיעשה אתי שפיר אף בממנה לפלוני שליח בפני אחרים או בפני ב"ד וכשנודע לאותו פלוני מהני השליחות למפרע משעת מינוי השליחו' דא"ל דנגמר השליחות פשודע לו דאם כן כפר פלטה הדיבור וכמו שכתבתי לעיל משם אאמ"ו ו"ל דאינו יכול למנות השליח רק שיהיה נעשה שליח מהשתא דאל"כ ל"מ דכפר פלטה אמירה ועיין מה שכ' בד"ח בהגהותי בדיני גיטין (סי' ל') ליישב על פי זה דברי תשובת רשב"א דכ' באשה שאמרה כל מי מכס שירצה בעלי לתת לו הגט יהי שליח לקבלה שלי אפשר שנאמר בזה אין ברירה פענין לאיזה שארצה אגרש בו.

וכולם תמהו בזה דלא תליא בביררה רק במקום שצריך שיחול למפרע אבל שיחול אחר שיתברר אז לא צריך לביררה וי"ל דהרשב"א מסתפק בזה די"ל דאם נאמר דכוננתה דלמי שיברר הבעל יהיה שליח לקבלה מאז לא חל פלל דכבר פלטה אמירה ועל פרחו פוננתה דממנה לשליח שיהיה מהשתא את שיבחר בו הבעל אם כן תלי שפיר בביררה עיין שם ואם כן גם אם מינה לשליח שלא בפניו צריף על פרחו לומר דמהשתא חל דאל"כ רק לאחר שידע לו ויקבל שליחותו כפר פלטה אמירה וע"כ דחל מהשתא משעת אמירה אף דלא ידענו אם יתראה לקבל השליח שליחותו מ"מ חל מהשתא וכן כתבתי שם בהגהותי בדיני קידושין (סי' ל"ג) והבאתי שכן מבואר גם כן בס' חמדת שלמה אה"ע (סי' ס"ט) שהבליע בנעימות דבריו דמהשתא נעשה שליח שלא בפניו אף דאינו יודע פלל משום דבר ואף דלא כ' טעם הדבר ואם כן זה אתי שפיר אם נאמר דהמשלח מוסר פחו לשליח ובה נגמר הדבר ויש סברא דאף שלא בפניו מוסר פחו לו ולכשיתראה חל למפרע אבל אם נאמר דהשליח נעשה ידו של המשלח קשה להבין כ"ז שלאנודע לו להשליח אם רוצה בכף איככה יזכה המשלח בידו וכחו ואף דגם אם המשלח מוסר פחו לשליח מ"מ אם אינו לפנינו במה יזכה מ"מ י"ל פיון דגלי לן קרא דיכול בדיבור בעלמא למסור פח לשלוחו שיעשה בחריקאו אז בדבורו מזכה לו אף שלא בפניו דוגמ' בדעת אחרת דל"ב פוננת קנין אבל שיזכה המשלח ביד וכח השליח כשהוא שלא בפניו ולא ידע פלל מזה ועכ"ז יהני מהשתא קשה להבין מצד הסברא: גם הא דנראה מדברי הר"ן גיטין ר"פ הזורק דשליח יכול להקנו' קרקע שלו לאחר ואגפו המטלטלין של המשלח [ועיין בספר מקו"ח הלכו' פסח (סי' תמ"ח) שכתב לדון כן מצד הסברא והדברי' מבוארים בר"ן גיטין הנז'] יש לומר גם כן דהוא רק פיון דהשליח בא בכח המשלח דהמשלח נותן לו פחו דאז שפיר הוא המקנה הקרקע ואגפו המטלטלין אבל אם נאמר דהשליח נעשה ידו של המשלח אם כן פיצד יזכה אגב קרקע דשליח שמקנה לפלוני

המטלטלין של המשלח הא הוי פאלו המשלח מקנה והוי פאלו אחד מקנה קרקע ואחר מטלטלין.

ואולם במקנה קידושין (דף כ"ז) כ' דגם בכה"ג קונה באגב ויבואר אפי"ה במ"א: ובטור אה"ע (סי' ק"מ) כ' בשליח קבלה שמינתה האשה לקבל הגט מספקא לן אם דינו פדין האשה לכל דבר לענין שאם זרק לחצרו או לתוך ד"א של השליח שתהיה מגורשת ומסתבר שדינו פדין האשה לכל דבר.

ומזה גם כן נראה דהשליח קבל פח המשלח לכך חצרו וד"א זוכה לו פנין דבא בכת האשה ובחריקא קאי אבל אם נאמר דנעשה יד וכח של המשלח מה מהני שפא לחצרו של השליח הא השליח אף דמסר לה ידו מ"מ בחצרו וד"א לא זכתה וענין מל"מ (פ"ז) מגירושין דהביא דספק זה מסתפק לי לירושלמי גיטין וענין שם בספר בית מאיר וכתבתי בזה במ"א.

גם בשליח לתבוע החוב י"ל גם כן דתלי בזה דדעת הרא"ש דסובר דמן הדין יכול לתבוע מצד השליח של אדם פמותו ופיו כפיו היינו דסובר דשליח נעשה ידו של המשלח והוי פאלו המשלח תבעו וכן לדעת הר"ן והרמב"ן כ' דיכול לומר לאו בע"ד דידי את היינו דסובר דיכול למסור זכותו לשליח שיהיה במקומו ובחריקאו שליט על דבר זה פדעת הרמב"ם לכן פנין דבכ"ז לא זכה בהחוב יכול לומר לאו בעל דברים דידי את: אף יותר מסתבר לומר דגם הטור סובר דשליח פמותו היינו דבא בחריקאו ובכחו של משלח ומ"מ סובר אם נשתטה המשלח אף דאפתי אגידה ביה בהבעל מ"מ אין השליח יכול לגרש דסובר פל מידי דמשלח לא מצוי עביד שליח לא מצוי עביד בעינין שיהיה המשלח יכול לעשות בשעת מעשה דשליח עושה: וי"ל דזאת הוא הבחינה המחלקת בין פח זכיה לכח שליחות דלכאורה יקשה להסוברים זכיה לאו מטעם שליחות הוא אמאי יועיל בגט אשה ובש"ס סוף יבמות איבעיא לן במזפה גט לאשה במקום יבם אם זכות הוא לה או חוב הא לו יהיה זכות הוא לה הא בגט אשה קרא פתיב ונתן בידה ושליחות גלי לן קרא דמהני דשליח של אדם פמותו ויד שליח פמשלח אבל זכיה הוא רק קנין בפני עצמו דגלי קרא דיכול פל אחד לעשות קנין בעד אחר בדבר דזכות הוא לו לפי דעת בני אדם דדבר זה זכות הוא להאחר אז פשיטתא פשיודע לו מהני למפרע וכמבואר בני"י יבמות שם וברמב"ם (פ"ד) מזכיה ומ"מ עכשיו לא הוי רק פמו קנין בלבד ומה מועיל לגבי גט אשה דכתיב ונתן בידה וכמו דלא מהני לגבי גט ברצון המתגרשת קנין סודר או אגב שזפה בהגט פמבוא' בר"ן ורשב"א פ' הזורק וענין תו"ג (סי' קל"ט) משום דבעינין לקיים ונתן בידה או לרשותה אם כן אף זכיה לא עדיף משאר קנין.

וראיתי בתשובת מרן רע"א ו"ל בדברי בנו הרה"ג מוה"ש ז"ל שעמד בסתירת דברי הר"ן הנז' דכ' דאגב לא מהני בגט ולמה בגיטין (דף י"ג) מדחיק הר"ן א"ע בטעם הדבר דל"מ מעמד שלשתן בגט הא בפשיטות פנין דאין הגט ברשותה ולא הוי רק קנין פמו שאר קנינים לכן אינו מועיל דבעינין ונתן בידה ולא ידעתי למה לא עמד להקשות מזכיה דמבואר בש"ס דאם זכות הוא לה מהני בגט ולהסוברים דזכיה לאו מטעם שליחות הוא הוי רק פקנין בעלמא ואמאי מהני וכן עמד על זה גם כן דודי הרב הגדול הצדיק הפנוח מ' אליעזר זללה"ה ואל"ל דזכיה אף דלאו מטעם שליחות הוא וזכין לקטן מ"מ לא גרע

משליחות גם פן ז"א דמבואר להמענין ברשפ"א רפ"ב קידושין יראה דס"ל דלא עדיף משליחות רק דהוי קנין בפ"ע מדהביא ראיה דזכיה מטעם שליחות מדאמרין (פ"א) דב"מ חצר משום ידה איתרביא ולא גרע משליחות גבי מתנה דזכות הוא זכין לאדם שלא בפניו.

וקשה ודאי בנותן מתנה לחצר חבירו לא נוכל לומר מטעם זכיה דחצר לאו בר דעת הוא ועל פרחף דהוי פשלים של בעלים אבל לא נוכל לומר דהנותן מזכה על ידי חצרו שיזכה בעד בעל החצר לכה נקט הש"ס שליחו' דהוא פח ונד של בעל החצר אבל מ"מ נוכל לומר דזכיה עדיף משליחות ובמקום דל"מ מצד שליחות פגון לזכות לקטן מ"מ מהני מטעם זכיה אלא ודאי דסובר דאי זכיה לאו מטעם שליחות הוא לא הוי פשלים פלל רק קנין בפ"ע [ובדברי הרשפ"א שם שהביא ראיה מנדרים בתורם משלו על של חבירו דסותר לכאורה לדבריו שבנדרים (דף ל"ה) יש בזה לדבר טובא לבאר דבריו ואכ"מ] עכ"פ מבואר מדבריו דאי זכיה לאו מטעם שליחות הוא רק פקנין בפ"ע וכ"ז שלא עשאו אותו הבעלים לשלוח לאו שלוחו הוא דבעינן מדעת רק זכיה גלי לן קרא דאחד יכול לזכות בעד חבירו שלא מדעתו ומהני פשמתרצה הזוכה בו ואינו מוחה פששמע ואם פן פנין דלא הוי רק פקנין בעלמא אמאי יועיל לגבי גט שיזכה בהגט בעד המתגרשת אם זכות הוא לה דהא ונתן בידה פתיב או לרשותה וע"י זכיה עדיין לא בא לידה ולרשותה: ולמ"ש י"ל דההבדל בין שליחות לזכיה הוא דשליחות רבי לן הקרא שהוא פמותו דהמשלח מוסר לו הפח ונעשה במקומו ובחריקאו על אותו שפרשה לו וממנה אותו לשלוח ופעשיותו של המשלח לא שהשלוח ימסור פחו ושיהיה ידו של המשלח מה שאין פן זכיה רבי לן רחמנא שזה שעושה מעשה הזכיה ועומד במקום הזוכה ומכנין לזכות בעדו מהני מטעם דזה שעושה מעשה הזכיה מוסר ומזכה רשותו וידו להבעלי שרוץ לזכות בעדו ולכה סברו דמהני אף בקטן דיכול לקנות בד"א מקנה ויכול הזוכה לזכות בעדו דמוסר לזכותו רשותו.

ולפי זה בגט נמי אם זכות הוא לה מהני פנין דזה שזוכה הגט בעדו מקנה ידו ורשותו למעשה הזכיה הזאת להאשה והוי כאלו בא הגט לרשות'. וא"ל אם פן מה הקשה הר"ן רפ"ב דקידושין על הסוברים דזכיה הוא מטעם שליחות מרשפ"א דסובר דשיחרור לא מהני רק על ידי אחרים ומה מהני הא אף להסוברים דלאו מטעם שליחות הוא מ"מ צריך שלא יהי על ידי קנין בלבד ועל פרחף צ"ל דזכה כמו דהי' מהני בגט אשה משום דהזוכה מזכה ידו ורשותו להא פן נמי בג"ש ומה מהני הא מה שקנה עבד קנה רבו ושוב ליפא הוצאה מרשות.

זה אינו דאף אם העבד זוכה ברשות האחר המזכה לו רשותו לזכות בהג"ש מרבו פנין דזה אינו מזכה לו רק לענין שיזכה בהג"ש ושיבא לרשות ולא שיזכה בו רבו. ולפי זה פן נמי במעמד שלשתן שפיר צריך לומר דלא מהני בג"ש משום דלא שייך לומר מגו דזכי לנפשי' כמו שכ' הר"ן דבלא זה שפיר היה נקנה השטר שחרור להעבד אף דבשאר קנינים לא מהני בגט מ"מ הא זכיה מהני וקנין דמעמ"ג הוי כמו זכיה דזה זוכה בעד זה: וקצת היה נראה דאף הסוברים דזכיה מטעם שליחות היינו דזה שעושה מעשה הזכיה מקנה רשותו לזה שזוכה בעדו ולא בכל מקום שהשלוח בא בכח המשלח שמסר לו פחו

ובחריקאו בא אכל כשלא נעשה שלים מהמשלח רק במידי דנכות הוא לו לא נוכל לומר דבא בחריקאו פניו שלא ידע מזה רק הזוכ' מקנה רשותו לפלוני שזוכה בעדו ובד"א מקנה ל"ב פנונה לקנות ולפי זה הנה מןשלב קונשית הר"ן הנז' דאף אם נאמר לרשב"א דאין עבד יכול לעשות שלים הואיל דליתא בדנפשי' היינו למסור פחו להשלים שיבא בחריקאו זה א"י פניו דכחו הוא של האדון ובעינו בג"ש שיצא מרשותו דומיא דגט אשה אכל במזפה להעבד שטר על ידי אחרים אף דזכיה מטעם שליחות הוא על פרחי היינו דהזוכ' מקנה להעבד הרשות שלו דלא נוכל לומר דהעבד מוסר פחו לזה שזוכה בעדו דבעינו דעת מקנה והעבד אינו בפנינו ועל פרחי דזכיה עדיף דרשות זה שעושה הזכיה הוי פאלו נעשה רשותו של העבד וזה מהני דיכול להקנות רשותו על מנת שלא יהיה לרבו רשות בו ואם פו יצא השטר שיקרו מרשות האדון מה שאין פו כשעושה העבד אותו לשלים הוי פמוסר לו פחו לשלים ולא יצא הג"ש מרשות רבו ועיין היטב בזה: ה) ועיין תוס' קידושין (דף מ"ב) ד"ה ודילמא שפתבו אכל לשני' שלים היכא דליפא שנתפוט מנ"ל וא"ל דאה"נ בלית ליה שנתפוט לא מצי משוי שלים דהא תנו הרי שאמר לו רבו כו' והקשה בשעה"מ דלמא שאני עבד דידו פיד רבו פמו דמבואר ש"ס ב"מ (דף צ"ו) דאף דלענין שאלה בבבליים לא מהני שלוחו של המשאיל מ"מ פאומר לעבדו צא והשאיל עם פרתי מסתברא יד העבד פיד רבו דמאי חזינו דעבדו עדיף מטעם דידו פיד רבו.

ולמה שכ' לעיל דסוג שליחות הוא להיות פמותו היינו דמוסר לו פחו ומוקי גברא בחריקאו לעשות מעשה הזאת ויד השלים נעשה פיד משלחו אם פו פל זמן דלא ידענו דיש פח לאדם לעשות שלים ושיהיה גברא בחריקאו לענין שחיטת קדשים ממילא אף אם עבדו שוחט אף דהוי ידו פיד רבו מ"מ הא שחיטת קדשי' פכו פנונה ולא מהני פנונת העבד לשחוט הק"פ לו יהא דידו פיד רבו מ"מ הא אף אם רבו שוחט בלא פנונה שחיטתו פסולה וע"כמצד שליחות הוי והמשלח יכול למסור פחו במעשה הזאת להשלים ושיהיה פאלו המשלח בעצמו עושה ופנונת השלים גם פו מהני מה שאין פו לענין שאילה בבבליים אף דילפינו מקרא דשלוחו אינו פוטר רק אם בפעלו עמו מ"מ כשעבדו שאול עמו עדיף דידו פיד רבו ממש והוי פאלו בפעלו עמו דידו פיד רבו.

אף יש להבין הא לגבי מציאה גם פו פעינו פנונת קנין ואף עפ"כ אף אם מגביה מציאה לתבירו להסוברים דלא קנה תבירו מ"מ פועל עדיף דידו פיד רבו פמבואר ב"מ (דף י') ויבואר בזה א"ה במ"א: ו) ודע דאף לדעת הרמב"ם בפעשאו שלים כשהוא פריא ונשתט' אח"כ דמהני מן התורה מטעם דכבר נעשה שלים בזמן דמצי למיעבד וכבר קבל פח הפעל וכינון דאף דנשתט' מ"מ האישו' לא נפקא ואגידה ביה יכול הגט הנמסר מן שלוחו דבעל לעשות הפריתות מ"מ לענין הקידושין בכה"ג וכן לקנות איזה דבר אם עשאו שלים לקדש כשהוא פריא ואחר כך נשתטה י"ל דגם לדעת הרמב"ם מה"ת ל"מ הקדושין.

והטעם ע"פ מה שבארתי בהגהותי לס' ד"ח מאמ"ו הגאון ז"ל דיני שלוחין (סי' א') דאמ"ו ז"ל יצא שמה לדון בדבר קדש דאף אם נאמר פהו שיאמר לשלוחו צא וקדש לי אשה גרושה דאינה מקודשת מצד דאשד"ע ובטל המעשה די"ל דזה דוקא אם



מקדשה בכסף דהשלים צריף שיאמר הרי את מקודשת בזה שאני נותן לה לפלוני וכיון דאשד"ע בטל המעשה משא"כ כפשוטו הפהו שטר קידושין שמקדשה בשטר ושלח ישראל למסור לה השטר קידושין בזה י"ל דחלין הקידושין דהא גוף הקידושין לא עשה השלים רק הפהו המקדש והשטר הוא המקדש ובפרט אם מהני טלי קידושין מעג"ק כמו שכ"ב"ש (סי' כ"ז) ואינו דומה לקידושי פסוף דשם השלים עושה כל הקידושין בדבריו שאמר שתהי' מקודשת לפלוני כהן בשליחותו מה שאין פן בשטר והביא סעד לדבריו מדב' הר"י מיגאש ז"ל המובא ברש"ב"א ור"ן גיטין (דף כ"ג) בהא דאין עבד נעשה שליח לקבל גט אשה דסובר דדוקא שליח לקבלה אינו נעשה פיון דבהגיע הגט ליד שליח נתגרשה שינוי למיפסל משום דאף דעבד בר שליחות הוא ליתא בתורת גיטין אבל יכול להיות שליח להולכה פיון דלא נתגרשה עד שיבא הגט לידה וכיון דעבד איתא בתורת שליחות יכול להיות שלא יהיה כטלי גיטין מע"ג קרקע וה"נ לענין קידושין בעבירה והניח בצ"ע: ואני הצעיר כתבתי שם לדון לחלק בין קידושין לגיטין דהא הש"ע אה"ע (סי' ל"ה) סתם דעבד פסול להיות שליח לגבי קידושין והב"ש (ס"ק י"ד) שם הקש' הא (סי' קמ"א) הביא ד' הר"י מיגאש ז"ל דכשהוא שליח להולכה בגט הוי ספק ולמה לענין קידושין כ' דפסול.

ובספר א"מ כ' שם דבגט אין צריף שליחות רק לנתינה ואין צריף מדאורייתא שיאמר הרי זה גיטין מה שאין פן קידושין אף בקידושי שטר צריף שיאמר המקדש וכמו שכ"ב"ש (סי' קל"ו) הואיל דאינו נזכר אם גם דעתה לקידושין וכיון דעבד אינו בר קידושין אינו נעשה שליח לאמירה זו ולפי זה בנידון דאמ"ו ז"ל שינוי גם פן בקידושי שטר לומר אשד"ע.

אולם דברי האבני מילואים תמוהין דהא דכתב הב"ש דבקידושין צריף אמירה הוא רק למען דעת דעתה שתתמצה לקבל בתורת קידושין ובעפויקין באותו ענין גם פן מהני ואם גילתה דעתה שתתמצה גם פן מהני אם פן אין האמירה של השלים הוא מצד שליחות רק לגלות דעתה שרצונה בזה ולמה אין עבד נעשה שליח כמו גבי גט לדעת הר"י מיגאש ז"ל.

ברם בגוף החילוק בגט בין שליח לקבלה לשלים להולכה יש להתבונן למה שכ"ב"ש (סי' קל"ו) דאף דאין צריף לומר הרי את מגורשת מ"מ צריף הבעל לתת הגט לשם פרישות אם פן שליח להולכה שהוא במקום הבעל צריף גם פן שימסור לשם פרישות ואמאי יהיה עבד פשוט פיון דאינו בתורת גיטין וע"כ צריף לומר דלדעת הר"י הלוי ז"ל א"צ שום פנונה מהשלים ולפי זה יש לחלק טובא בין קידושין לגירושין דהמקד' נדאי צריף שיכנין המקד' לקנות האשה על ידי הפסוף קידושין או השטר ואם אינו מכנין לקנות אף אם האשה מכוננת להקנות א"ע אינה מקודשת ואף אם בשאר קנינים בד"א מקנה לא בעי פנונת קנין מ"מ בקידושין לא מהני ד"א מקנה דהאשה אינה מקנית א"ע רק מבטלת דעתה כמו שכ"ב"ש הר"ן נדרים (דף ל') דוכי יקח איש אשה כתיב ולא פי תלקח אשה לאיש ולא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל רק פיון שמסכמת היא מבטלת דעתה ורצונה ומשונה נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו.

אם כן נדאי בעיניו כפוננת הבעל לזכות בה ואם עושה שליח לקדש לו האשה הן בכסף הן בשטר גם כן נראה דהשליח צריך שיכנין לזכות בה בעד המשלח ואף אם במקומו כששולח הקונה המעות ליד המקנה והמוכ' מקבלו לא בעי שום פוננה ואף שליחות לא צריך דאף על ידי חשו"ק מועיל דהוי מעשה קוף בעלמא כמו שכ' הנתיבות (סי' קפ"ב) היינו פיון דיש ד"א מקנה והכסף עושה הקנין אבל בקידושי אשה פיון דליכא דעת מקנה אם שלח לה השטר על ידי שליח צריך שיהיה בר שליחות ושיכנין השליח לזכות בהאשה בעד המשלח ואף במקדש אשה שיחול הקידושין לאחר ל' יום חל הקידושין סוף ל' אף דאז אין המקדש מכנין לזכות בהאשה היינו דהפוננה בשעת נתינה מועיל על סוף חלות הקידושין אבל כשמוסר לשליח להוליה לה בשעת המסירה להשליח נדאי לא מהני אז פוננת המשלח דליכא אז שום התחלות קנין קידושין ובשעת גמר הקנין כשפא השטר ליד האשה אז צריך פוננה לקנות ואז אין המשלח מכנין לזכות בהאשה דאינו בשעת קידושין ועל פרוסה דצריך השליח לכנין לזכות בה בעד המשלח והוא במקום המשלח (ועיין קצוה"ח סי' ער"ה) ובנתיבות שם ובדברי משפ"ט ובדברי חיים דיני גניבה (סי' ו') ואם שלח על ידי קוף השטר אף אם נאמר דטלי קידושין מעג"ק מהני מ"מ זה דוקא היכא דהבעל פאן בעת שנטלה האשה השטר ומכנין לזכות בה על ידי שטר זה אבל בשולח על ידי קוף ואין הבעל שם בעת שמגיע לידה השטר דאינו מכנין לקנות אינה מקודשת: ולפי"ז מיושב קושית הב"ש על הש"ע די"ל דהמחבר סובר דבגט אף דכתיב ונתן לה ספר פרייתו היינו דספר כורת ולא בעי פוננת נתינה לשם פרייתו לדעת הר"י מיגאש ולכך גם עבד יכול להיות שליח להולכה וגם פוננה להקנות האשה לעצמ' ל"ב בגט אשה רק דהספר כורת ונכתה בעצמה אף בע"כ וכן מצאתי מבואר ברדב"ז (ח"ג סי' ר"ח) דאינו אלא כמסלק רשות מעליה שהרי אין גופה קנויה לו ועיין שם שכ' דמטעם זה אף הר"ח דסובר דגוסס לאו בר הקנאה הוא מודה דיכול לגרש דבגט סגי בכח כ"ד ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני מתנה (סי' י"ד) מה שאין כן בקידושין דבעינן שהשליח כנין לקנות האשה בעד המשלח וכנז' לכו עבד דלאו בר קידושין הוא א"י להיות אף שליח להולכה: וראיתי בספר קהלת יעקב מהגאון בעל ח"ד ז"ל (בסי' ל') שהביא בשם המהר"ל להוכיח דטלי קידושין מעג"ק ל"מ דאל"כ מי שיש לו מעות במ"א שהאשה שם וכתב לה שתטול הקידושין ותהא מקודשת בהן ותקדש ואם כן למה לן הא דרבי רחמנא שליחות לקידושין הא מבואר באה"ע (סי' קמ"א) דאם שלח כתב ע"י עכו"ם וממנה ישראל בכתיבו להיות שלוחו ליתן גט לאשתו דמהני דעכו"ם מעשה קוף בעלמא הוא דעביד ואם נאמר דטלי קידושין מעל גבי קרקע מהני למה לי הא דשלוחו של אדם פמותו אפילו לא יהא פמותו פיון דאמר לה האיש שהבעל צנה לאמר לה הרי את מקודשת וכן אמר בביתו או שכתב כן לה הרי את מקודשת לי במה שתטול הקידושין ותקדש דהא לא יהא השליח אלא פקוף בעלמא שהביא לה אמירת או פתיבת הבעל והיא נהנית במה שננטלה המעות אלא נדאי בעינן נתינת המעות מיד הבעל ליד האשה עיין שם ולמה שכ' לא אבין הא רבי לן רחמנ' דמהני פוננת השליח לזכות בעד המשלח דבלא פוננת קנין א"מ וכמו שכ': ומעתה בנידון דאמ"ו וצללה"ה פיון דבעי לענין קידושין שהשליח כנין לקנותה בשטר זה בעד המשלח שוב בכהן שאמר לישראל הולך השטר קידושין

לאשה גרושה שיניף לומר אין שליח לדבר עבירה כיון דבעי פנונת השליח והשליח עושה מעשה העבירה שמכניח לקנותה עבור הפהו המשלם.

גם אם נאמר דכוננת הבעל מהני אם כן בקידושי פסוף גם כן והא מהני על ידי שליח אף לדבר עבירה כיון דעסוקין באותו ענין מהני אף אם שתקה אחריו כן עיין ב"ש אה"ע (סי' כ"ז ס"ק ו') אם כן האמירה אינו מטעם שליחות רק לדעת דעתה וגם המסירה אינו מטעם שליחות כיון דטלי קידושיה מעג"ק מהני אם כן אין השליח עושה העבירה אלא נדאי כיון דהשליח מכניח לקנות האשה בעד המשלם הפהו עושה השליח עיקר העבירה ואם כן הוא הדין בשטר נמי כיון דבעינן פנונת השליח לזכות האשה הגרושה בעד המשלם הפהו עושה העבירה שיניף לומר אשלד"ע.

ע"כ דברי שם בד"ח בעזה"י: ולכאורה מלשון תוס' רי"ד קידושין (דף ט') שפכת דגט אשה נמי שפכת הבעל מפני שהוא המקנה והאש' נקנית וכותב לה הרי א"מ ממני ומקנה לה גופה אבל הכא הבעל קונה והאשה מקנה את עצמה לו עכ"ל משמע דהבעל מקנה את האשה.

אולם אינו מוכרח די"ל פנונתו על סילוק רשותו מעליה אבל לא בעי פנונת מקנה והא ראיה דלגבי קידושין נמי נקט האשה מקנה ובאמת אינה מקנת את עצמה רק מבטלת דעתה והבעל מכניסה דכי יקח פתיב וכמו שכ' הר"ן נדרים והא דמבואר בש"ס ריש קידושין דפריה מ"ט לא קתני האיש מקנה ומתיר משום דאיכא מימת הבעל ואי נימא דעל ידי גט לא בעינן פנונת הקנאה רקסילוק רשות מאי פריה דאי הוי קתני האיש מקנה היינו סוכרים דבעינן פנונת מקנה וקונה ובאמת אינו כן לכך קתני וקונה א"ע יש לומר הא דידענו דאין צריה לגבי גט פנונת הקנאה דאימקש יציאות אהדדי וכמו דיוצאת במימת הבעל אף בלא פנונת הקנאה כן נמי בגט הנתינה בלבד פורת אף בלא פנונת הקנאה וזה תירץ הש"ס דהא איכא מימת הבעל דקונה א"ע לכך אף על ידי הגט לא שיניף לומר האיש מקנה דאימקש יציאות אהדדי.

ויקצת י"ל בפנונת הש"ס ר"פ האיש מקדש דקאמר מה לגירושין שפן ישנה בע"כ והקשו המפרשים גילף משליח דידה דיכולה לעשות שליח לקבל גיטה גילף ג"כ מזה לענין קידושין ששניהם יכולין לעשות שילוחין ולמה שכ' י"ל דכוננת הש"ס מה לגירושין שפן ישנו בע"כ וכיון דהוא בע"כ ע"כ אין פנונת קנין והקנאה רק בנתינת הגט במקום הראוי לקנין מתגרשת לקח יכול גם כן לעשות שליח על מעשה הנתינה והאשה גם כן תוכל לעשות שליח על הקבלה שיה' ידו של השליח כידה משא"כ בקידושין שהשליח של המקדש צריה לכונן לזכות בהאשה בעד המשלם וכן האשה נתנה להשליח רשות לבטל רצונה וזכותה כדי שיזכה בה הבעל מנ"ל דמהני לענין זה שליחות ואם כן גם משליח קבלה שלה לגבי גט לא נוכל למילף כיון דאין האשה המתגרשת צריכה לשום פנונה והא ראיה דמתגרשת אף בעל פרהה לקח יכולה לעשות שליח על עצם הקבלה מה שאין כן בקידושין: ובזה מיושב מה ששמעתי מקשין על ספר נו"ב דס"ל דאף מדינא דגמרא אינו יכול לגרש בעל פרהה על ידי שליח מטעם דאינו יכול לעשות שליח במקום דחב לאחרינא אם כן מה פריה הש"ס הנז' הא נוכל למילף שליח לקידושין מגירושין בע"כ ממה דשליח עושה שליח אף דאינו יכול לעשות שליח לגרש וגם השליח הראשון

אינו יכול לגרש בע"כ ואף עפ"כ יכול לעשות שליח חזינן דאף מה שאינו יכול לעשות בע"כ יכול לעשות על ידי שליח כד ששמעתי ובאמת ל"ק למה דמסיק ש"ס גיטין (דף כ"ט ע"ב) אמר מר בר רב אשי הא דאבא דקטנותא הוא אילו מת בעל מידי מששא אית בהו פלהו מפח בעל קאתו איתיה לבעל איתנהו לכולהו ליתא לבעל ליתניהו לכולהו חזינן דלא בא מפחו של השליח הראשון ונעשה רק שלוחו של הבעל ולמסור זכותו ונסתלק הראשון אחר כך לגמרי זה יכול לעשות והבעל יכול לעשו' בעל פרה אכל אפתי מנ"ל בקידושין דבא מפח משלחו שאינו יכול לעשות בעל פרחו שיועיל שליחות.

אולם למה שכ' בהבנת דברי הש"ס שפן ישנו בע"כ דמזה ידעינן דלא צריד פוננת קנין רק פוננת נתינ' ומזה לא נוכל למילף קידושין דבעי פוננה אתי שפיר כמוכין: ז) והנה להמתבאר דגט לא בעי פוננת הקנאה נראה להבין דברי בעל ספר מחנה אפרים הלכות שליחות (סי' ח) שכ' בדברי רמב"ם הל' זכיה ומתנה (פ"ד ה"י) ונ"ל המתנה כגט שאינו יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוה לפלוני אין זה פלוס ואם אמרו כו' לא קנה וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ויתנהו לפלוני אינן יכולין לומר לסופר לכתוב אלא הן עצמן כותבין כמו כגט עכ"ל ומדקדק בעל מ"א פ"א פ"ג שכ' דבאומר אמרו המתנה בטילה מה צריד לכתוב וכן אם אמר דהא כ"ש באומר כתבו ותנו לכך כתב דע"כ לא כתב הרמב"ם דבאומר אמרו המתנה בטילה רק באומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו ויתנו הם דהראשונים לא עבדי שום מעשה אלא מילי היא דמימסרו להו אבל אם עשאו שליח לאחד וא"ל אמרו לפלוני שיכתבו ותן אתה כה"ג לא שייך לומר מילי לא מימסרו לשליח שהרי השליח הראשון הוא שמקנה אותו שלוחו של אדם פמותו ומש"ה בכתבו ותנו אי לאו טעמא משום דקפיד דאמר כתבו היו יכולים לומר לאחרים שיכתבו שהרי השליח מקנה אותו והביא ראי' מדברי רמב"ם שסובר (פ"ג) מאישות דיכולין לכתוב שטר קידושין לדעת שלוחה וה"ט פ"ג דשליח מקנה אותה ידו פי' ע"ש עוד: ולכאורה קשה ע"ד הא בפסגיא דגיטין (דף ס"ו) דספיקא דשמואל מייירי באומר כתבו ותנו ועשאו את השליח כבע"ד ליתן את הגט ואפי"ה באמרו לסופר לכתוב פסול פ"ג דצריד שליחות על הפתיכה או שישמעו מפיו של הבעל המגרש לא יכול למסור אף באומר אמרו ואם פ"ג דבאומר אמרו הני ספק בטל אף בעשאו שליח על הנתינה ממילא גם במתנה ל"מ לדעת רמב"ם וכן השיג עליו אאמ"ו ו"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ספר דברי משפט (סי' רמ"ד) והאריד בזה להוכיח מש"ס שם דאף בתני פסול באומר אמרו וכן הא דנרא' מדברי המח"א דבאומ' כתבו דאינו יכול לומר לאחר הטעם משום קפידא תמה דהא מילי דלא מימסרו לשליח לאו משום קפידא הוא עי"ש בדבריו הנעיימים: ולמ"ש י"ל דא"ד מתנה לגט לענין זה דגט פ"ג דאינו צריד רק נתינה וגלי לן התורה דהבעל יכול לעשות שליח שיהיה נתינת השליח כנתינתו אבל אין פ"ג פוננת הקנאה רק סילוק רשות ממילא והגט הוא המגרש והשליח הוא רק על הנתינה ולא צריד להשליטו על אשתו לגרשה פ"ג דאינו צריד שום פוננת הקנאה לכך אין השליח עומד במקום הבעל לצוות לכתוב הגט ואף לדע' הרמב"ם דסובר בנשתטה הבעל אח"כ יכול השליח למסור וסובר פ"ג דכבר קיבל פ"ח הבעל לא איכפת לן אם נשתטה והוי הגט רק בעל מדרבנן מ"מ היינו רק פ"ח נתינה קיבל מהבעל אבל לא להיות שליט על אשתו מה שאין פ"ג במתנה דהשליח

ממש שליט על נכסיו להקנות לאחרים שמצנה לו המשלח ואף השטר יכול לכתוב שהשליח הקנה את הקרקע לפלוני בכת שיהיה לו מהמשלח בזה דעת המח"א פ"ן דהשליח הוא המקנה וידו פ"ד הבעלים יכול לצוות לאחרים לכתוב רק היכא דאמר להם כתבו וחתמו ותנוהו בזה הוי קפי"ד דהם יכתבו אבל בזולת הקפי"ד פ"ן שאמר להם שיתנהו השטר מתנה ועשאן כבעלים להקנות יכולין לכתוב מדעתן ולא מיפסל מטעם מילי לא מימסרן פ"ן דהם הבעלים וכן בשטר קידושין דמסרה להשליח הפ"ח לעשותה פהפק' לגבי המקדש לכך כותבין מדעת השליח מה שאין פ"ן בגט דלא מסרה פ"ח רק לקבל הגט או להוליך הגט במקום המשלח בזה לא הוי רק מילי ולא מימסרן לשליח.

וכן נראה מדברי רש"י מסכת גיטין (דף כ"ט) דכ' שליח מתנה שאמר בעה"ב לב' עדים כתבו שטר מתנה לפלוני כו' ולמ"ד מילי לא מימסרן הני נמי לא מימסרן עכ"ל הרי דנקט רש"י רק שאמר כתבו ולא תנו אבל באמר תנו לא הוי מילי פ"ן דעשאן כבעלים להקנות ועיין קצוה"ח (סי' רמ"ד סק"ב) ובנתיבות שם ובמה שכ' במ"א בדבריהם ועיין מח"א (פ"א) מהלכות גירושין דהקשה באומר כתבו ותנו גט לאשתי שפותבין ונותנים הא בעינן שליחות לנתינה והשתא לא מצי עביד דעדיין לא נכתב הגט עיין שם ובנתיבות (סי' רמ"ג סק"ו) פ"ח הטעם דעושה אותן שלוחין להיות כבעל דשליח של אדם פ"ח פ"ח ונעשו כבעל ממש לגרש האשה פ"ח היא אשתו והאשה היא בעולם וכן בכתבו ותנו על המתנה עשאן כבעלים על שדהו ליתנו במתנה ועיין שם ולמה שכ' בגירושין ודאי לא שייך לומר דעשאן כבעלים על אשתו פ"ן שאינו צריך להקנותה ולא פ"ח קנין רק נתינה והא ראיה דאינו יכול למימסר לשליח מטעם דלא הוי רק מילי ובמתנה אתי שפיר פ"ח פ"ח אבל בגט ע"כ צריך לומר היא הנותן דלא איכפת לן במה שהגט אינו עדיין בעולם פ"ן שאין צריך פ"ח הקנאה רק נתינה במקום הבעל וגופו במקומו משא"כ בכל עניני שליחות דבעי פ"ח הקנאה או פ"ח לתמן העיפה שיקרא שם חלה אבל בגט רק פ"ח נתינה והבעל הוא המגרש ובמתן עשאן באמת כבעלים על שדהו להקנות ואי"ה ב"באר עוד במקום אחר בזה.

הדרן לדברינו פ"ן דביארנו דהשליח צריך שיכנין ליקח האשה בעד המשלח וזה עושה גמר קנין וכי"ן דשוטה לאו בר קידושין הוא אף שממנה לשליחו בעת בריאותו מ"מ אם נשתטה אחר כך בשעת קידושין של השליח י"ל דגם לדעת הרמב"ם לא מהני הקידושין.

ואף לדעת הרמב"ם דאחר יכול לזכות עבור שוטה כמבואר ש"ע (סי' רמ"ג) מ"מ היכא דמתנה שליח בעת בריאותו ובכ"ח שייקדש בשליחותו גרע וכמבואר בתוס' רי"ד קידושין (דף כ"ג) בהא דאין עבד יכול לעשות שליח לקבל ג"ש מיד רבו אף דיןצא בשטר על ידי אחרים דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו אם פ"ן מה נ"מ ועיין שם בריטב"א ותוס' דהנ"מ אם הרב אומר בפירוש דאינו מוכה לו השטר על ידי האחר רק בתורת שליחות ותוס' רי"ד כ' דאם העבד עשה שליח מיגרע גרע דסומך רבו דיד השליח פ"ד המשלח וכי"ן דל"מ בתורת שליחות הואיל דיד עבד פ"ד רבו לא מהני עיין שם וה"נ דכונתיה פ"ן דעשה שליח ליכא זכיה ואין האשה מבטלת דעתה שתתקדש בתורת זכיה וגם נ"מ אם אחר כך לא ירצה בזכיה יכול לבטל הקידושין ומלבד זה פ"ח כ' המח"א והקצוה"ח (סי' רמ"ג ס"ק ו') דאין זכין לשוטה רק בעתים חלים דדומה לקטן דאמי

לכלל דעת ולא בחרש ושוטה גמור [ועיין שם בקצוה"ח ובמקומו כ' דא"ד לנכרי דהשתא ד"א ולהסוברים דזכין לקטן מן התורה מכתוב נשיא אחד אף שקיו אז בישראל קטנים נאמר גם כן היו חו"ש ועיין ב"מ (דף ח') חרש קנה דקא מגביה ליה ב"ד ואכ"מ] ואם כן אם נשתטה אחר שמינו לשלוחו לקדש י"ל אם מקדשה בשעת שטותו ולא הדיר פריא דל"מ וכמו שכ'.

שוב ראיתי בספר חתם סופר אה"ע (ח"ב סי' ק"נ) דסובר דלדעת הרמב"ם קידושין וגירושין שוין לענין זה במנהג שליח בבריאותו ונשתטה עיין שם בדבריו ופשיטתא דידי' לדעתי הענינה צ"ע לדינא:ח) והיכא דשלח שליח והשליח קבל עליו לעשות השליחות ואחר כך חזר בו השליח ואמר בפני ב"ד או עדים שאינו רוצה להיות שליח ושוב נמלה ורוצה לעשות השליחות אם חוזר וניעור השליחות לכאורה י"ל דתליא גם כן בסוג זה אם פחו של המשלח נמסר לשליח ולכך לא איקפת לן לדעת הרמב"ם אם נשתטה אחר כך כיון דנמסר לו לעשות בשליחותו בעת שהי' בן דעת וכמו שכ' הפ"ח והג"פ י"ל אף דשליח ביטלו ואינו רוצה בכח זה מ"מ כיון דהבעל מסר לו פחו עד שיגמור השליחות יכול לחזור ולהתעורר הפח זה כפשוטו חוזר השליח מביטולו אבל אם נאמר דלדעת הטור וסייעתו דבנשתטה לא מהני מן התורה והיינו דהשלי' נעשה כנד אריכתא דמשלח וכיון דכבר ביטל השליח פח זה במה יחזור ויתעורר שינקה המשלח בידו של השליח כיון שפעם אחד נתבטל.

וראיתי בספר בית מאיר (סי' קנ"ד) בסדר גט שלישי מיד שליח הבעל ליד אשה שכ' דאפילו חזר בו בפני עדים ואמר שאינו רוצה לילה עם הגט וגם שלא לעשות שליח כל שחזר ונתרצ' הרי זו מגורשת עיין שם בדבריו שיש לגמגם בהם טובא: וראיתי שפכר ישב על מדוכה זו רבן של ישראל בעל מגיני שלמה ז"ל בתשובת (פ"י ח"ב סי' פ"ה) הנדפס מחדש דנשאל על זה בשליח הפכיא גט והבעל עשא שליח להולכה וקבלו מידו פראוי וטרם שהגיע לידה חזר בו השליח בפני ב"ד שאין רוצה להוליכו ועתה נמלה ורוצה להוליכו אי צריך שיחזור הבעל ויעשנו שליח או רשאי ליקח אותו מעצמו ולהוליכו והשיב דבר זה מתורת פוסקים הראשונים לא למדנו גם הרב ב"י לא הזכירו כ"א בסדר גיטין של מהר"י מרגליות ז"ל הזכיר לשאול לשליח אם לא ביטל שליחותו ולא כתב מה דינו אם ביטל בנתיים ובלי ספק דאין כאן בית מוחוש דהפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון שהבעל ששלחו עשא שליח עד שיגיע גט לידה והוא עומד על עמדו ולא הדר ביה אם כן אם השליח מצ"ע חזר ביה ועתה נמלה בו ומה לנו ולבטולו הא הבעל לא ביטל שליחותו ומצד הבעל אין בו פגם והבעל נ"ל עד דתתגרש והוי ממש דוגמא לאם הנה השליח שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה כל שתחילתו וסופו בדעת פשר אע"ג דבנתיים נתבטל השליחות ונדחה פי חזר ונראה פשר כ"ש ה"א דגברא מיהו חזי ובדודו לתקן ואפילו נאמר דאנוס עדיף דלא נתבטל השליחות כלל אלא דאינו יכול ומשמאי רדפי ליה אבל ה"א שביטל השליחות צריך לעשות שליח מחדש יש ראיה מסדר הגט דשאלנו ליה אם לא מסר מודעא על השליחות ואם מסר יבטל הרי דביטול מודעא מהני, אף שלא קבל השליחות מעולם ק"ו היכי דקבל ונעשה שליח רק שחזר בו עתה שנתרצה לית דין ולית דיין.

והנה בספר שני מאורות הגדולים בח"ב שם בתשובת פני יהושע מהגאון מהר"י חנדאלי ז"ל (סי' ל"ה ל"ו) דן שם בפשיטות דכמו אם המשלח ביטל השליחות פינו שחזר בו וביטל הביטול מהני השליחות אף שהשליח אינו פאן כמו כן אם ביטל השליח שליחותו ונתרצה אחר הביטול חוזר ונראה.

ובאמת גם דין זה אם ביטל המשלח ונחזר מביטולו דין זה הביא הב"י אה"ע (סי' קמ"א) משם תשובת רשב"א שמוספק בזה וסיים להחמי' ובש"ע השמיטו וחפשיטי למצוא תשובה הזאת ברשב"א ומצאתיו (ח"ד סי' פ"ד) ושם כתוב בשאלה דלא אשכחן אתי דיבור ומבטל דיבור אלא בדבר שבידו לקני' ולבטל ולחזור ולקני' אבל הכא דבידו לעקור השליחות ואין בידו לחזור ולעשות שליח אא"כ ברצונו נמצא כשבביטל עיקר השליחות ביטל וכשנמלה לא הי' בידו לחזור ולעשותו שליח אלא ברצונו ונראה זה מהא דהבא לי גיטי ואשתיה אמרה התקבל לי גיטי אלו דברי השואל ומדברים אלו יש ללמוד אף אם נאמר דדיבור הקיום לא אתי לבטל דיבור הביטול אם המשלח מבטלו היינו פינו דאין בידו בלא רצון השליח כמו שכ' אבל אם השליח ביטל דתלי ברצונו ובידו לחזור אתי דיבור הקיום ומבטל דיבור הביטול וכמו שכ' הני תרי אפי רב רבי.

אולם מדברי תשובתו של הרשב"א ז"ל שם יש לדון להיפך דכ' דלא שמענו בשום מקום בדיבור של ביטול מעשה דלתי דיבור של קיום ומבטל דיבור של ביטול ולעיקר דינא לכשתמצא לומר דאתי דיבור של קיום ומבטל דיבור של ביטול אינו דומה לראיה דהבא לי גיטי כו' דש"ה דהשליח ביטל השליחות לגמרי שאינו רוצה לטרוח ולהבי' ואינו נעשה שליח להולכה בשעת קבלת הגט אבל זה שעשאו שליח להולכה ובשעה שקבלו נעשה לו שליח להולכה ונעדין לא שמע שבביטל המשלח שליחותו י"ל שעדיין שליחותו במקומו עומד הנה מדבריו אלו נראה דאם שמע השליח מביטולו ונדחה משליחותו אינו עומד במקומו וצריך שימנה אותו הבעל מחדש ואם פן אם השליח ביטל לשליחותו דכבר נדחה אינו חוזר אף אם התרצה אחר כך לגמור השליחות וצריך מינוי מחדש מהבעל אם לא נאמר כמו שכתוב בשאלה דשאני משלח דאינו בידו אם לא ברצון השליח משא"כ שליח עדיף הואיל דלא שמע הבעל ובידו לחזור מעצמו וכמו שכ' בעל מגיני שלמה ז"ל ודונק הוא דלא משמע פן מדברי הרשב"א בתשובתו לחלק בזה וגם דכבר כתב דלא שמענו בשום מקום דדיבור של קיום יבטל דיבור של ביטול רק מסברא כ' כ"ז שלא שמע שבביטל המשלח דאז י"ל שעדיין שליחותו במקומו עומד משמע דעיקר תלוי בידיעת השליח מביטולו ואם פן אם השליח ביטל כבר נדחה משליחותו ואינו חוזר ונראה רק על ידי מינוי הבעל מחדש.

[ומה שכ' הפנ"י מהא דשפוי ונשתטה ונחזר ונשתפה כשר כל שתחילתו בדעת כבר כ' בעצמו דשה לא דחי ומבטל השליחות בדינים ועיין בג"פ (סי' קכ"א) דהביא באמת ראיה לדעת הרמב"ם כשנשתטה המשלח מדאורייתא יכול השליח ליתן הגט דאם לא פן נימא כשנשתטה המשלח פסק שליחותו ואמאי א"צ לאמלוכי ביה ונכדו ז"ל בהגהת מ"מ (פ"ב) מגירושין כ' ע"ד וצריך לדעת מה בין זה להא דכל שתחילתו וסופו בדעת כשר והתם נמי כל שנשתטה השליח נתבטל שליחותו ופסק כחו של בעל ואם נתנו לה אז בעודו שוטה אינו גט כלל ואפ"ה לכשישתפה נותנו לה ואין צריך שיחזור הבעל לחדש

השליחות פמבואר והח"ס אה"ע (ח"ב סי' ד') כ' דשם לא יתנה אלא קוף בעלמא ואלו אדם מוסר גיטו לשליח והשליח מניחו על הקוף ומינתי להתם ושם לוקחו מהקוף ונותנו להאשה וה"נ אם נשפטה וחסר ונשפטה הוי ליה פקוף בנתיים אבל פשנשפטה המשלח אי ס"ד דאז פסק פת השליח אם פן איך ובמה יחזור אחר פך פלי שפמלך בהמגרש אחר פך והוא ראיה ברורה לרמב"ם עכ"ד.

ואני שמעתי ולא אבין אם מניחו על הקוף כ"מ שפמנח ע"ד מנח והשליחות פדקאי קאי ובגידו ליטלו ולמסור לה אבל פשנשפטה ונפסק פת השליח זה ענין אחר דכבר פסק פחו ואין לו עוד פת השליחות ועל פקוף צריך לומר דלא נפסק הפת פשחור ונראה וכשנשפטה המשלח דאז אף דביד השליח ליתן מ"מ שיניך לומר אז פיון דצריך לבא בכת המשלח ומידי דלא מצוי המשלח לעשות אז לא מצוי שליח למיעבד וכשחזור ונשפטה דכת השליח נשאר במקומו שוב לא צריך שפמלך בהמגרש ולמה שכ' לקמן מדברי תשובת רשב"א דמדמה לכל השומע קולי ואף פשנתבטל לא צריך למלך פשמתרצה בנדאי אתי שפיר לדעת הטור דבטיל מן התורה אם נותן בפשטות המגרש וכמוכין].

עוד כתב הפנ"י בעל מגיני שלמה ז"ל לראיה ברורה מהא דר"פ האומנין ור"פ התקבל הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי אר"נ אמר רבה ב"א א"ר אפילו הגיע הגט לידיה אינה מגורשת ופריך שמעת מינה דאדיבורי' דידיה קא סמיה דאי אדיבו' דידיה מפי מטא גיטא לידיה מיהא מגורשת ומשני ר"א בשלמא אי איתמר איפכא כו' אלא הכא משום דעקרי' שליח לשליחותו דאמר שליח לקבלה הווינא להולכה לא הווינא ופירש"י ז"ל דלקבלה ניח' ליה טפי דלית ביה טורח ואע"ג דנמלך אחר פך והגיע הגט לידיה מ"מ שליח שלא ניתן לגירושין הוא דכשקבל לא קבלו על מנת פן וכ"כ הטור אלא שהוסיף בלשונו שהבעל לא עשא שליח להולכה והוא עקר לשליחותה ואע"ג דנמלך כו' וקשה מה הקשו ואע"ג דנמלך גם למה תירצו שלא קבלו ע"ד פן תפ"ל שפמלך חזר בו אחר פך ואמר הווינא שליח להולכה מ"מ פיון שהבעל לא עשא שליח להולכה אלא הסכים לדעת אשתו הן אדיבורה דידיה קסמך דר"ל מהימנת לי דהכי אמרה הן דאדיבורה דידיה קסמך ר"ל יהי איך שיהיה הנני מסכים ונותן על דעתה אם פן תלה הפל בדעת' והוא לא עשא שליח מחדש וכמו שכ' הטור בהדיא שהבעל לא עשא כו' ר"ל שלא תלאו אלא בדבור אשתו שאם הוא עשא שליח להובאה הוא נותן עד"ז וכ"כ הריב"ש (סי' תע"ב) הרי שאם לא רק שהסכים לשליחותה ואם שליחותה נתבטל פיון דעקרא אפילו נמלך לא מהני עד שתעשהו מחדש פיון דהבעל לא עשא שליח וש"מ דברור לרש"י דנמלך מהני לכך פירש דמתחילה לא קבלו ע"ד פן וכיון דל"נ שליח מעולם לכך הו"ל שליח שלא ניתן לגירושין וכי יתיב לה אינה נוטלת הגט לא מיד הבעל ולא מיד שלוחה והו"ל פטלי גיטך מעג"ק כמו"ש הרשב"א זה תנרף דבריו: ולכאורה יש קצת להשיב על ראיה הזאת דכנראה השווו בעיניו דברי רש"י ורשב"א והטור בפירושו דהך מילתא דרב אשי ולקוצר דעתי רחוקין הן דברי אלו מאלו.

ועיין בריטב"א גיטין שם דהביא פירש"י לא קבלו השליח אלא בתורת קבלה ואע"ג דאחר פך מולכו נמלך הוא אבל מעיקרא לאו אדעת' דהכי קבלה ול"א הוכיח סופו על תחילתו. וכ' וא"נ איכא לפירש דהבעל לא יתביה ניהליה אלא בתורת קבלה ולא משום



דְּבַעְלָמָא לֹא אֶמְרִינן אַדְיָבוּרָה דִּינְדָּה סְמָךְ אֶלָּא מְשׁוּם דְּהַבְעֵל חִיָּשֵׁב הֵכָא דְּאִיהוּ לֹא יִקְבָּלְנוּ אֶלָּא בְּתוֹרַת קַבְלָה מְשׁוּם דְּהוּא סִבְר דְּהַשְׁלִיחַ פִּינּוּן דְּעֶקֶר לְשִׁלְיָחָתוּ לֹא יוֹלִיכְנוּ לָהּ וְכִינּוּן שְׁפָן הֵכָא אַדְיָבוּרוֹ דְּשְׁלִיחַ סְמָךְ וּלְפִי פִי' זֶה אֶפְיָלוּ הוֹלִיכוּ לָהּ שְׁלִיחַ מִיַּד דְּהַשְׁתַּאנְרָאָה דְּאִיהוּ לֹא ע"ד לְעֶקֶר לְשִׁלְיָחוֹתוּ הוּא דְּאָמַר הֵכִי אַפ"ה ל"ה גִּיטָא מְשׁוּם דְּבַעֵל לֹא יִהְיֶה נִיְהֵיהּ אֶלָּא בְּתוֹרַת קַבְלָה וּמְטַעֲמ' דְּפִרְיָשִׁית אַבְל בְּאִידָךְ פִּירוּשׁ שְׁהַשְׁלִיחַ מוֹלִיכוּ לָהּ לְאַלְתֵּר הֵיךָ לְנוּ לּוֹמַר דְּלֹא עֶקְרוּ וְהוֹכִיחַ סוֹפּוֹ עַל תְּחִילָתוֹ עכ"ל וְכֵן בַּש"מ ב"מ שְׁם הַבֵּיא פִּירֵשׁ"י דְּבַעֵל אַדְיָבוּרָה דִּינְדָּה קְסָמִיךְ דְּאָף הַבְעֵל עֲשָׂאוּ שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה פְּדַבְרֵי הָאִשָּׁה מִיְהָא תְּלוּי בְּרִצּוֹן הַשְׁלִיחַ וְהַשְׁלִיחַ עֶקֶר לְשִׁלְיָחוֹתוּ וְא"ר לְהֵיוֹת כו' וְכ' וּבְתוֹס' פִּירֵשׁוּ אֶלָּא הֵכָא טַעֲמָא כו' כְּלוֹמַר לְעוֹלָם בְּעֵלְמָא אַדְיָבוּר דְּמִשְׁלַח סְמִיךְ וְהָא דְּסָמִיךְ פְּאֵן אַדְיָבוּר דְּשְׁלִיחַ מְשׁוּם דְּאָמַר הַבְעֵל בְּנַפְשֵׁי' אִם אֵיתָא דְּהִיא לֹא אֶמְרָה אֶלָּא הֵבָא לִי וְהוּא אוֹמַר הַתְּקַבֵּל לִי עוֹקֵר לְשִׁלְיָחוֹתוּ שְׁאִינּוּ רוּצָה לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה וְאִם כֵּן לְמָה אֲעֲשִׂנוּ שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה מוּטָב שְׁאֶסְמוּךְ עַל דְּיָבוּרוֹ כִּי אוֹלֵי אֲנִי אֶמְרָה אֶת עכ"ל וְכֵן נִרְאָה גַם כֵּן קִצַּת בְּכּוֹנוֹת הַרְשָׁב"א דְּהוּי טְלִי גִיטָךְ מְעַל גְּבִי קֶרְקַע פִּינּוּן דְּהַשְׁלִיחַ עֶקֶר לְגַמְרֵי וְכֵן מְצֵאתִי בְּסִפְר מַכְתָּב מְאֵלֵיהּוּ (דָּף פ') שְׁהַבֵּיא פִּירוּשׁ הַתּוֹס' דְּהַבְעֵל אִינּוּ עוֹשֶׂה רַק סוֹמְךָ עַל דְּיָבוּרוֹ וְכַתֵּב שְׁפָן גַם כֵּן כְּוֹנֵנַת הַטּוֹר וְעֵינָן שְׁם שְׁדַבְרֵי דְּחוֹקִים קִצַּת בְּלִשׁוֹן הַטּוֹר.

עכ"פ בְּדַעַת רִש"י י"ל דְּאִי אַדְיָבוּרָה דִּינְדָּה קְסָמִיךְ עֲשָׂאוּ שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה וְכִמוּ שְׁנִרְאָה מְלִשׁוֹן רִש"י גִּיטִין דְּכ' דַּא"נ אַדְיָבוּרָה דִּינְדָּה סְמִיךְ וְשׁוֹנִי' שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה כו' וְכֵן בַּר"פ הַאֲנִינּוּ דְּאָף הַבְעֵל עֲשָׂאוּ שְׁלִיחַ לְהוֹלְכָה פְּדַבְרֵי אִשָּׁה וְהוֹכֵרַח רִש"י לּוֹמַר דְּאָף אִם נִמְלָךְ אַחַר כֶּף אַז אָף אִם מִצַּד מִיָּנְוִי דְּאִשָּׁה נִתְבַּטַּל הַשְׁלִיחַוֹת פִּינּוּן שְׁפָבֵר עֶקֶר הַשְׁלִיחַוֹתוֹ מ"מ יִהְיֶה מוֹעִיל מִצַּד מִיָּנְוִי שֶׁל הַבְעֵל לְכַף פְּתַב רִש"י דְּמַכְל מְקוֹם לֹא מְהַנִּי פִּינּוּ דְּמַעֲיָקְרָא לֹא קַבֵּל עָלָיו לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ שֶׁל הַבְעֵל.

וְעֵינָן תְּשׁוּבַת רִיב"ש (ס' ש"ט) שְׁפָתָב וְגַם מְפָנִי רִצּוֹן הַשְׁלִיחַ לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ הוֹלְכָה לֹא נִתְבַּטַּלָה שְׁלִיחַוֹת הַקַּבְלָה דְּאִי הוּי שְׁלִיחַ הוֹלְכָה כ"ש דְּהוּי שְׁלִיחַ לְקַבְלָה דְּהָא אִי אֶפְשָׁר לְהוֹלְכָה בְּלֹא קַבְלָה וְאִם כֵּן כְּשֶׁחֲזַר הַבְעֵל וְעֲשָׂה שְׁלִיחוֹ קַבְלָה ע"ד שְׁלִיחַוֹת אִשָּׁה לְקַבְלָה עֲשָׂאוּ וּמְכִי מְטָא גִיטָה לִידָן' דְּשְׁלִיחַ מְגוֹרְשֵׁת עכ"ד מְשַׁמַּע קִצַּת מְדַבְרֵי דְּאִם הַשְׁלִיחַ הִי אוֹמַר בְּפִירוּשׁ דְּאִינּוּ רוּצָה לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ לְקַבְלָה לֹא הֵיךָ יְכוּל שׁוּב לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ לְקַבְלָה דְּכָבֵר נִתְבַּטַּל וְאָף שְׁהַבְעֵל מוֹסֵר לוֹ אַחַר כֶּף וְאוֹמַר הַתְּקַבֵּל גִּט זֶה לְאִשְׁתִּי ל"ה מְהַנִּי פִּינּוּן שְׁפָבֵר נִתְבַּטַּל וְע"ש הֵיטֵב בַּד' הַרִיב"ש: וְרֵאִיתִי בְּמַכְתָּב מְאֵלֵיהּוּ שְׁם שְׁפָתָב לְדוֹן לַנ"מ בֵּין פִּירֵשׁ"י וְתוֹס' בְּהָא דְּאָמַר רַב אִשִּׁי דְּעֶקְרֵיהּ הַשְׁלִיחַ לְשִׁלְיָחוֹתוּ הֵיכָא דְּשׁוֹנֵה בַעֵל שְׁלִיחַ הוֹלְכָה וְהַשְׁלִיחַ לֹא רִצָּה אֲז לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ וְאָמַר שְׁאִינּוּ מְקַבְלוּ כִּי אִם בְּתוֹרַת פְּקֻדוֹן וְאַחַר כֶּף נִמְלָךְ וְנִתְרַצָּה לְהֵיוֹת כְּמוֹ שְׁאָמַר לוֹ הַבְעֵל אֶלָּא שְׁהַבְעֵל אִינּוּ כְּפֵאן דְּלִפִּירֵשׁ"י אִינּוּ יְכוּל לְהֵיוֹת שְׁלִיחַ הַשְׁתָּא פִּינּוּן דְּבִשְׁעַת קַבְלָה לֹא קַבְלוּ עַל דַּעַת שְׁלִיחַוֹת וְהוּי לִיהּ שְׁלִיחַ שְׁלֹא נִיְתַן לְגִירוּשִׁין וְלַדַּעַת הַתּוֹס' מְצִי לְמִיְהוּי שְׁלִיחַ הוֹלְכָה בַּכָּה"ג פִּינּוּן שְׁהַבְעֵל מַעֲיָקְרָא עֲשָׂאוּ שְׁלִיחַ בְּהַחֲלִט וְהַעֲיָכּוּב לֹא בָּא אֶלָּא מִצַּד שְׁלִיחַ כֵּל דְּהַדַּר לְהֵיוֹת נְאוֹת לְשִׁלְיָחוֹתֵיהּ דְּבַעֵל דְּעֵיכּוּב מַעֲיָקְרָא הו"ל כְּמָאן דְּלִיתָא וּמְקַרֵי שְׁלִיחַ שְׁנִיְתַן לְגִירוּשִׁין פִּינּוּן שְׁאִין שׁוּם גְּרַעוֹן בְּשִׁלְיָחוֹת מִצַּד הַבְעֵל עכ"ד.

ולי ההקדיוט צ"ע בזה מנ"ל לומר פן בדעת התוס' דהם פירשו כיון דהשליח מיפקר קא עקר לשליחותו ואינו רוצה להיות שליח להולך' אף שהבעל אינו מוסר לו להולכה דנימא אם נמלך השליח אחר פה שיועיל כיון דבשעת מעשה לא רצה השליח לקבל בתורת שליח להולכה במה יהיה מהני אחר פה כיון שפכר פלטה אמירתו ובשע' אמירה לא רצה.

ועוד דניחוש שמא חזר בו הבעל דדעתו של אדם עשוי להשתנות ובכל שליחות מוקמינן אחזקה וכמו שכ' (סי' הקדום) אבל אם השליח לא התרצה אז להיות שליח ואחר פה שממילא נעשה שליח נימא שמא פכר חזר בו ומניין לן לומר דכוננת הבעל היה שפכל עת שיתרצה השליח יחול השליחות ובפרט למה שכ' לעיל אות (ב') לדון די"ל פכר פלטה אמירה וצ"ע: עוד פתב שם בתשובת פנ"י להביא ראיה דאף אם ביטל השליח לשליחותו חזר ונראה מהא דכ' בסדר גיטין דשאלין לשליח אם לא מסר מודעא על השליחות ואם מסר יבטל המודעא בפנינו וישם אם פן לא קבל השליחות מעולם ואפ"ה אם מבטל המודעא חזר לשליחותו ק"ו ששקבל הגט ונעשה שליח אלא שחזר בו עתה שנתרצה מהני ושוב תמה מה מועיל ביטול המודעא על שליחותו כיון דכבר עקרין לשליחותו וקבל באונס ול"ה חפץ מיד בשעת קבל' לשליחותו וכ' דאפ"ל דאפילו אנסוהו להיות שליח הני שליח כמו דקיי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי אף דחצר בע"כ מותיב ביה ש"מ שליחות בעל פרחו הני שליח והשאלה הוא רק לחומרא.

ומבואר מדבריו דכל היכי דבשעת מעשה פשמינה אותו הבעל לשליח ולא רצה אף שהתרצה אחר פה לא מהני. אולם מה שכ' דיכול אף בעל פרחו למנות לשלוח זה דבר תימא הא בכ"מ מעשה הנעשה באונס בלא רצון לא יש לה קיום.

והראי' מחצר הוא ג"כ תמוה שם אינו בר דעת פלל והוא ממונו ויכול לעשות בו מה שרוצה ואף שאין להחצר דעת גלי רחמנא דמהני אבל מניין לנו לומר אדם שהוא בר דעת ואין לחבירו עליו פלום שיהי' בכת חבירו להכריחו שיקבל עליו לעשות מעשה בשליחותו ושיקבל פחו של המשלח בעל פרחו או שיעשה ידו של המשלח שלא לרצונו רק בהכרח ושאיני חצר דהוא קנין כספו ועדיף הואיל דבעל פרחו מותיב בו דמהני אף לד"ע אבל מה לו על חבירו שיהיה בכחו להכריחו באונס שיעשה מעשה בשליחותו וכבר פתבתי מזה לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב): עוד כ' הרשב"א שם בתשובה וז"ל עוד אפשר לומר דכל שחזר בו והגיע הגט מיד שליח זה לידי האשה הרי זו מגורשת שהרי הגיע לידה מרצונו ומיד האיש שנתנו לו שכל מקום שצריך שליח לדעת המשלח בכתיבת הגט ונתימתו ובתרומה אינו צריך ליחד שליח אלא כל שאומר סתם כל מי שרוצה לתרום יתרום או כל מי שישמע קולי יכתוב ויתן כל מי שעמד ותרם תרומתו תרומה וכל מי שפתב ונתן הרי זו מגורשת כו' וכיון שכן זה שעשה לחבירו שליח אעפ"י שביטל שליחותו של זה אילו אמר כל הרוצה ליטול וליתן לה יטול ויתן ועמד אחר ונתנו לה הרי זה גט אם פן אף זה בשעת נתינתו פכר חזר בו המשלח ונתרצה שיתן לה וסיים וזה קרוב בעיני אלא שראוי להחמיר והדברים צריכים ביאור דא"ד לאומר כל מי שרוצה ליטול יטול ויתן דשם נעשה זה שליח בדבור שאמר כל הרוצה אבל כאן דעשה הבעל שליח ונפסק פחו בביטולו אף דהתרצה אחר פה שיתנו בשליחותו שעשה קודם לכן מה

מועיל כיון דכבר נתבטל פת השליחות ועל פרוק צ"ל כיון דחזר בפירושו מן בטיולו ונהנינו שאמר פן בפני עדים או בפני ב"ד מהני אף שלא ייחד השליח וכאילו אמר פל השומע קולי וזה אתי שפיר אם בטיול המשלח אבל אם בטיול השליח את שליחותו וחזר מבטיולו והבעל אינו ממנה אותו מחדש מניין לנו שחוזר וניעור.

וגם הרשב"א לא דן רק אם אין הבעל מבטלו בפניו אבל אם מבטלו בפניו י"ל דא"ח ונראה בלי מניין מחדש וגם על הפל כ' הרשב"א שראוי להחמיר. ואם פן ק"ו אם השליח מבטל שליחותו ונתבטל אף ששוב חזר בו ונתרצה דראוי להחמיר ועיין טו"ז (סי' קמ"א ס"ק מ"ז): ועיין בריש פרק השולח ברשב"א הגיעו לא קתני כו' ולא אמרי' לצעורי קא מכוין דפירש"י ול"א אין בדעתו לבטלו אלא לצעוריה בעלמא חודש או חדשים וכתב ותמיהא דא"כ מאי נפקא לן בין שמתכוין לבטלו או לעכבו מלינתו עד שיאמר לו לשליח עכשיו דבין פה ובין פה אינו רשאי ליתנו עד שיאמר לו לשליח עכשיו אני רוצה עיין שם ואם נאמר דכשםבטלו אין דיבור של קיום מבטל דיבור של בטיול נ"מ טובא דאם לא בטיול שליחותו לגמרי אלא שאמר לו איני חפץ ליתן עדיין פשיאמר לו עכשיו אני רוצה סגי כיון דהשליח עומד בשליחותו במקומו משא"כ כשפטיולו לגמרי אינו חוזר ונראה עד שיתמנה שנית ממנו ועיין מה שכתב אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני גיטין (סי' ח"י) ולמה שכ' דנרא' מדברי תשובת רשב"א הנז' דאם מבטלו בפניו ל"מ ודאי נ"מ טובא: ט) ויש לראות לדעת הרמב"ם בנשפטה המשלח דהשליח יכול לגמר הנתינה מן התורה הא צריך למסור לה בפני עדי מסירה בשעת פריתות הגט ואז מעידין על השוטה דאשתו של המשלח מגורשת ממנו ושוטה הוי פשלא בפניו ומה מהני דכבר השליח הוא במקומו כמו שכ' הפ"ח והג"פ הא העדות הוא על שוטה ועיין רמב"ם (פ"ג) מגירושין דאין קטנה עושה שליחות לקבל גיטה מיד בעלה דשליח לקבלה בעי עדות ואין מעידין על הקטן שאינו פן דעה גמורה ועיין שם במ"מ ובלח"מ ובקצוה"ח (סי' קפ"ח) ביאור דבריו דאף במנפלא סמוך לאיש דתרומו תרומו' ולא ממעטינו מאתם גם אתם ל"מ מטעם דאין מעידין על הקטן ויקשה כיצד יכול השליח לגרש פשנשפטה המגרש הא אין מעידין על השוטה ובמ"א עמדותי לדברי הרמב"ם דאין מעידין על הקטן אף מהני קידושי יעוד לר' יוסי ב"י קידושין (דף י"ט) דמעות הראשונים לאו לקידושין ניתנו ואין יעוד אלא מדעת ובעיני דעתה ודעת רש"י ורמב"ם דלא מהני בעל פרוה ודעת תוס' שם דאף בעל פרוה מהני רק דבעיני להודיע לה שמייעדה ואף מהני עדים לקטנה וכן באומר אדם לבתו הקטנה צאי וקבלי קידושך דמקודשת פמבואר שם וש"ע אה"ע (סי' ל"ז) ומה מהני העדים על קבלת הקידושין שקבלה מדעתה וכיצד יעידו על הקטנה והא דמהני באומר לבתו צאי וקבלי קידושך מבואר ברא"ש שם דהוא מטעם שליחות ועיין ב"ש שם ובעל פרוה לא מהני וכ"כ המקנה שם [ומה שכ' שם דלשיטת הראב"ד והרמב"ן דמטעם ערב מהני אף בעל פרוה דנתינה בע"כ שמיה נתינה יש לדון לשיטת רמב"ן ב"ר"ן (פ"א) דקידושין דתן על גבי סלע לא מהני וכן בתן לחרש פשלא הוציא החרש דאינו מחויב מטעם ערב פמבואר קידושירמב"ן שם (דף ט') רק בפרוק לים או תן לקבל מהני מטעם ערב א"כ אף פשנתן עפ"י לקטנה בע"כ אף דנתינה בע"כ שמיה נתינה מ"מ המקבל אינו זוכה בעל פרוה פמבואר רשב"א גיטין (דף ע"ד) וכיון שלא זכתה בהפסד קידושין בע"כ ממילא אין האב מחויב בתורת ערב אלא ודאי דבעיני

מדעֶתָּה וְכִינּוֹן דְּבַעֲיִנּוֹ דַעֲתָה וְרִצּוֹנָה כִּי צַד יַעֲיֶדּוּ עַל הַקְּטָנָה וְהָא וְדַאי דְּצָרִיכִים לְדַעַת מְזָה דְּאָם לֹא כֹן הֵוּ כְּמִקְדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים: וְרֵאִיתִי בְּמַהֲרִי"ט צֶאֱהָלוֹן (ס"א רמ"ז) דַּתְּמָה עַל הַב"י אַה"ע (ס"א קמ"ח) דַּכ' הָא דְּאֶמְרִינּוּ הֵן הֵן עֵדִי יַחֲוֹד עֵדִי בִּיאָה שְׁגָם הִיא צָרִיכָה לְרֵאוֹת אֶת הָעֵדִים דְּאָם לֹא כֹן אֶמְרִינּוּ כִּינּוֹן דִּי דְּדַעָה דְּקִידּוּשִׁין בְּלֹא עֵדִים לֹא פְּלוּם נִיגְהוּ נְתִיחָדָה עֵמוּ לְשֵׁם זְנוּת וְכֹן כ' בְּתִשּׁוּבַת הַרְשָׁב"א כו' וְכַתֵּב מַהֲרִיט"צ מַה לִּי אִם לֹא רֵאֲתָה עֵדִים כִּינּוֹן שְׁהוּא רּוּאָה וּבּוֹעֵל לְשֵׁם קִידּוּשִׁין מַה לָּנוּ וּלְכּוֹנֵנָת' וְהַרְשָׁב"א וְהַר"ן פֶּרֶק מִי שְׁאַחֲזוּ וּפְרָק הַמְּגֵרֶשׁ לֹא כְּתִבוּ אֲלֵא שְׁהוּא צָרִיף שְׁיִרְאָה אֶת הָעֵדִי אֲבָל הִיא לֹא הֵוּנְפֵר כָּלֵל וְהַרְשָׁב"א בְּתִשּׁוּבָה שְׁכַתֵּב שְׁכָל שְׁלֵא יַדְעוּ הֵם לֹא דְּוִקָא רַק כְּפּוֹנְתּוֹ עֲלִיו וְאִף דְּהַמְּקַדָּשׁ בְּעַל כְּרַחֲהָ אֵינָה מְקַוְדָּשׁת דְּוִקָא בְּעַל כְּרַחֲהָ לֹא מְהַנִּי אֲבָל בְּסִתָּם וְהִיא שׁוֹתְקָת וְלֹא אֶמְרָה בְּפִירוּשׁ שְׁאִין רִצּוֹנָה לְהַתְּקַדָּשׁ וְהוּא רֵאָה הָעֵדִים וּבְעַל לְשֵׁם קִידּוּשִׁין מְהַנִּי וְעוֹד הָאָרִיף בְּזָה.

וּתְמַהַנִּי הָא לְהִדְיָא כְּתֵב הַמ"מ (פ"ג) מְאִישׁוֹת מְשֵׁם הַרְשָׁב"א דְּאָם הֵטְמִין לָהּ עֵדִים אַחֲרֵי הַגְּדֵר דְּלֹא מְהַנִּי דְּדַלְמָא אִי אַרְגָּשָׁה בְּהֵן לֹא מְקַבְּלָה אֲלֵא הַשְׁתָּא דְּסִבְרָה דְּלִיכָא סְהַדִּי קַבְּלָתּוֹן דְּמִידַע יַדְעָה דְּהַמְּקַדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים אִין חוּשְׁשִׁין לְקִידּוּשִׁין וְרִצּוֹנָה לְשַׁחֲוֹק בּוּ וְשַׁפִּיר כ' רַבִּינוּ ב"י בַּש"ע (ס"א מ"ב) שְׁצָרִיף שְׁיִרְאוּ הַמְּקַדָּשׁ וְהַמְּתַקְדָּשׁת אֶת הָעֵדִי וְכֹן מְבּוֹנָר בְּרִיב"ש (ס"א רס"ו) וּבַס' אֲבַנִּי מִלְּוֵאִים (ס"א כ"ז ס"ק ו') כ' עַמ"ש בַּש"ע שְׁם אִם הַבִּינָה דְּבָרִיו דְּמְקַוְדָּשׁת דְּמִשְׁמַע אֲפִילוּ אִין הָעֵדִים יוֹדְעִים אִם הַבִּינָה כָּל שְׁהִיא אוֹמְרַת שְׁהַבִּינָה הֵוּ קִידּוּשִׁי וְדַאי וְקָשָׁה הָא הֵוּ כְּמִקְדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים וְהָעֵלָה כִּינּוֹן דְּעֵיקָר הַקִּידּוּשִׁין הוּא מִצַּד הַבְּעַל כְּדַכְּתִיב כִּי יִקַּח אִישׁ וְהֵאֱשָׁה רַק מִבְּטָלַת דַּעֲתָה כְּמוֹ שֶׁכ' ר"ן נְדָרִים אִם כֹּן עֵיקָר דְּבָר שְׁבַעֲרֹנָה מִצַּד הַבְּעַל הוּא לְכֹן לֹא בְּעֵינּוּ עֵדִים רַק לְגוּף הַקִּידּוּשִׁין שְׁיִשְׁמְעוּ מִן הַמְּקַדָּשׁ אֲבָל עַל רִצּוֹן הָאִשָּׁה ל"ב עֵדִים וְסָגִי בְּהוֹדָאָתָהּ וְהִבִּיא רֵאָה מִמָּה דְּהוֹכִיחַ הַש"ס קִידּוּשִׁין (דָּף נ') דְּדְּבָרִים שְׁבַלֵּב אִינּוּ דְּבָרִים מִמְּתַנִּיתִין דַּעַפ"י שְׁאַמְרָה בְּלַבִּי הֵנָּה לְהַתְּקַדָּשׁ וְתַפ"ל דְּהֵוּ מְקַדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים אֲלֵא וְדַאי דְּעַל רִצּוֹן אִשָּׁה ל"ב סְהַדִּי וְתַמַּהַנִּי הָא לְהִדְיָא מְבּוֹנָר (ס"א מ"ב) שְׁגָם הַמְּתַקְדָּשׁת צָרִיכָה שְׁתַּרְאָה אֶת הָעֵדִים וְאִף עַל דַּעֲתָה וְרִצּוֹנָה צָרִיף לְעֵדִים וּמַה שֶׁכ' הַא"מ רֵאָה מְהָא דַּאֲף עַפ"י שְׁאַמְרָה בְּלַבִּי הֵנָּה לְהַתְּקַדָּשׁ כְּבָר עָמַד עַל זֶה הַמְּקַנָּה שְׁם בְּמַתְנִיתִין וְכ' דַּאֲיִרִי דְּגִילְתָּה דַּעֲתָה קוֹנְדָם לְכֹן וְאֵעַפ"י כ' לֹא מְהַנִּי לְכָף הוֹכִיחַ הַש"ס דְּדְּבָרִים שְׁבַלֵּב אִינּוּ דְּבָרִים וְעֵינּוּ בְּמַקְנָה (ס"א כ"ז ס"ב) הַטְּעַם דַּאֲף דְּעֵדִים לֹא יַדְעוּ שְׁהַבִּינָה הַלְּשׁוֹן קִידּוּשִׁין דְּמַהַנִּי מְשׁוּם דַּאֲף בְּסִתָּם הֵוּ סְפַק מְקַוְדָּשׁת לְכָף נְאֻמָּת עֵינּוּ שְׁם וּבְמַקוֹמוֹ כְּתַבְתִּי בְּזָה הַרְבָּה בַּעֲזָה"י וְהַבְּרוּר דַּאֲף עַל רִצּוֹנָה וְדַעֲתָה לְעַנְנֵי קִידּוּשִׁין ג"כ בְּעֵינּוּ עֵדוּת וְגַם עַל זֶה נְאֻמַר אִין דְּבָר שְׁבַעֲרֹנָה פְּחוּת מְשֻׁנִּים וְאִם כֹּן בְּקִידּוּשִׁי קְטָנָה אִיף מְהַנִּי לְדַעַת הַרְמַב"ם הַנּוֹ דַּאִין מְעִידִין עַל הַקְּטָן: וְכֹן בְּיַבּוּם לְדַעַת רַש"י קִידּוּשִׁין (דָּף י"ט) קְטָן בְּן ט' וְיּוֹם א' שְׁבָא עַל יְבֻמָּתוֹ קְנָאָה וְלֹא מְמַעֵט קְרָא רַק מַחֲיוּב מִיָּתָה לְהַבָּא עֲלֵיהָ אֲבָל מ"מ הֵוּ קַנְגֵן מִן הַתּוֹרָה.

וְעֵינּוּ נו"ב מַהֲד"ק (אַה"ע ס"א נ"ד) שְׁהוֹכִיחַ שְׁכָן גַּם כֹּן דַּעַת הַרְמַב"ם וּבַמ"א כְּתַבְתִּי גַּם כֹּן הוֹכְחָה מְדַבְּרִי רַמְב"ם הַלְּכוֹת סוּטָה שֶׁכ' שְׁאָם קְטָן קִינָא לְאִשְׁתּוֹ דַּאֲיָנָה שׁוֹתֵת וְעַל כְּרַחֲף אֲיִירִי בְּקְטָן שְׁבָא עַל יְבֻמָּתוֹ דְּאָם לֹא כֹן אִין קִידּוּשִׁין לְקְטָן וְעַל כְּרַחֲף דְּסוּבְרָ דְּהֵוּ כְּאִשְׁתּוֹ מַה"ת אִם כֹּן לְהַמְּבּוֹנָר רִיטְב"א קִידּוּשִׁין (דָּף י"ב) דַּאֲף בְּיַבּוּם צָרִיף עֵדִי בִּיאָה וְעֵינּוּ בְּבֵית מַאִיר (ס"א קס"ו ס"ב) שְׁהַבִּיא קוּשְׁיַת חֲכָם א' מְסוּטָה (דָּף כ"ד) דְּכּוֹנְתָה ש"י

ומה שמתרץ שם וכתבתי על הגליון לשיטת מהרי"ט בב"ש (סי' מ"ב) וכן פתב ריטב"א דעדי הכמנה לא מהני בקידושין עדיין קשה הא יכול להיות שיש עדים שפא עליה היכם רק הם לא ראו העדים עדיין לא נגמר הקננו ויש ליישב.

וראיתי בספר חמדת שלמה שכ' די"ל דלענן הקנאה לא צריה עדים פיון שקונה בעל פרוסה ובאונס ולא צריה דעתה אינו דומה לקידושין ובאמת אנו אין מאמינים שפא עליה שיש ייב הפא עליה אחר כך בחנק פיון דהוי דבר שבפירוה אבל היכם שיודע האמת ודאי אסור בקרובתיה אם מתה אחר כך ויש לומר פיון דכתיב יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה צריה שתהיה אשתו בביאה זאת ושתהיה קנויה לו כמו אשה דעלמא וצריה עדים אף לקננו פיון שעל ידי זה נעשית אשתו ובפרט למה שכתב הפנ"י דמטעם אין אישות לחצאין אמינו עליה אם כן צריה לגוף הקננו עדים כדי שתהיה אשתו לכל דבר.

ומצאתי בתשובת רשב"א (ח"ד סי' שכ"ח) דדעת השואל דצריה עדים ועמד על הש"ס יבמות (דף נ"ח) דכונתה גבי שומרת יבם כו' דהא מצוי לאוקמי פגון שפא עליה בלא עדים ומתרץ הרשב"א שם דאפתי לאו בעל הוא שהרי לא קנאה וכ' וז"ל ומיהו לא כן אני מדמה שתהא יבמה צריכה עדים אלא אפילו בא עליה בינו לבינה קנאה דזו אשה היא שהקנויה לו השמים וכדמוכח נמי ממתניתין דיבמה שאמרה לא נבעלתי ומתה דאתמר עליה בגמרא עכ"ל ולא אבין ראיה הזאת דהא סגי בעדי יחוד כמו כל מקדש בביאה דאינם צריכים לראות כמכחול בשפופרת ולעולם איירי דיש עדי יחוד והטענות ביניהם אם בא עליה ביחוד הזאת ולעולם בלא עדות לא נעשה אשת איש לחייב מיתה הפא עליה ועיין באבני מילואים אה"ע (סי' ל"ח ס"ק י"ז) דאף גישואין צריה עדים וכשם דמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין משום דילפינו דבר דבר ממזון ה"ג גישואין הו"ל דבר שבפירוה דכל עניני אישות צריה עדים ולכמה דברים גישואה שאני מארוסה דארוסה בסקילה וגישואה בחנק עיין שם בדבריו ומכ"ש בזקוקה ליבום אף דאשה היא שהקנויה לו מן השמים מ"מ אינה לשוק רק בלאו ועל ידי ביאת היבום נעשית פאשתו לכל דבר והוי כדבר שבפירוה דלא סגי בלא עדים ועיין יש"ש יבמות פרק ר"ג (סי' כ"ה) ודעת ריא"ז דיבום נחליצה צריה עדים ואכ"מ להאריה בזה ואי"ה יבואר במקומו] ויקשה ג"כ איך מעידין עדים על קטן: יוד) ונראה דבלא"ה הקשה הפנ"י גיטין (דף ס"ה) לדעת הרמב"ם דאין מעידין על הקטן האיה קטנה מתגרשת בגט הא בעי ע"ח ועמ"ס.

אולם לא קשה פיון דמתגרש' בעל פרוסה ואין צריה עדים רק על קבלתה ושפא הגט לידה ולרשות' מה"ת לא תועיל עדותן מה שאין כן לעשות שליח שהוא דבר שצריה דעתה ורצונה למנות שליח בזה פיון דצריה שיעידו עדים על זה בזה פתב הרמב"ם דאין עדות על קטן ועיין תומים (סי' צ') דעדי קידושין וגיטין צריה שיהיה בראיה וידיעה בלא ראיה לא מהני מגזה"כ וכן נראה קצת מדברי רשב"א קידושין (דף ה' ע"ב) שכ' הא דלא מהני בקידושין נתן הוא ואמרה היא אף אמרה לו נתן לי דינר ואתקדש אני לה גם כן לא מהני הוא מטעם דאעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן וכמו שפירש דמי מ"מ העדות עדים בעי דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין וכיון שלא פירש ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשם קידושין אעפ"י שהוא מודה דלשם קידושין נתן כמו

שְׁאֵמְרָה מ"מ אין פֶּאן עֵדוֹת שְׁמִיעָה וְלֹא רֵאָיָה לְשֵׁם עֵדוֹת אֶלָּא שְׁהֵם דְּנִין פְּנוּנַת הַלֵּב וְאִין פֶּאן עֵדוֹת מְבוֹאָר אַף דְּמַרְאִין הַדְּבָרִי דְלֹא נָתַן לְשֵׁם מִתְנֵי רַק לְשֵׁם קִידוּשִׁין פִּינּוֹ דַּעֲפִי דִּיבּוּרָה נָתַן לָהּ מ"מ פִּינּוֹ דִּישׁ חֲשִׁישׁ רְחוּק לּוֹמֵר דְּבִמְתַּנְהָ נָתַן לָהּ כָּל שְׁלֹא פִירֵשׁ הוּי פְּמִקְדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים כֵּן נָמִי דַּעַת רַמְבַּ"ם דְּאַף אִם קָטָן יָכוֹל לַעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ בְּמַה דְּאִיתָּ בְּדִנְפִשְׁיָה מ"מ פִּינּוֹ דְּאֶפְשָׁר בְּמַחְשַׁבְתּוֹ אִינוֹ פֶּן אַף דְּדְבָרִים שְׁבֵלֵב אִינּוֹ דְּבָרִים לְסִתּוֹר הַמַּעֲשֶׂה הִינּוֹ לְבַטֵּל מַעֲשֶׂה פֶּן דַּעַת אֶבֶל לְבַטֵּל מַעֲשֶׂה קָטָן אִם אִינוֹ מִתְרַצָּה בְּלֵב לֹא מְהַי וְיֵשׁ בְּכַח מַחְשַׁבְתּוֹ לְבַטֵּל מַעֲשִׂיו רַק מֵהִיכָא תִּיתִי נְחוּשׁ לְזָה נִימָא מִסְתַּמָּא גָּמֵר בְּדַעַתוֹ שְׁיִהְיֵי זֶה שְׁלִיחַ ע"ז כ' הַרְמַב"ם פִּינּוֹ דְּצָרִיף עֵדִים לְקִיּוּם הַדְּבָר וְצָרִיף שְׁיִהְיֵה עֵדִים בְּרֵאָיָה מִמֶּשׁ וְכִינּוֹ שְׁאִינוֹ כֵּן דַּעַת גְּמוּרָה אִין מְעִידִין עַל הַקָּטָן וְהֵא דְמְהַי בְּקִידוּשִׁין וְלֹא חִיזִישִׁין דְלֹא הִתְרַצָּה בְּלֵב אַף שְׁקִבְלָה וְעַל פְּרַחֲף פִּינּוֹ דַּעוּשָׁה מַעֲשֶׂה וְקָטָן יֵשׁ לוֹ מַעֲשֶׂה אִין הַמַּחְשָׁבָה מְבַטֵּל הַמַּעֲשֶׂה אַף דְּבַעֲיָנּוּ בִּיעוּד דַּעַתָּה וְרִצּוֹנָה וְכֵן בְּאוּמֵר לְבַתּוֹ צָאִי וְקִבְלִי קִידוּשִׁיף דְּשֵׁם מ"מ בְּרִשׁוֹת אֲבִיָּה הִיא וְאָבִי הַמַּקְנָה אוֹתָהּ וְעִיקַר הָעֵדוֹת הוּא שְׁנַעֲשֶׂה גַם מְרִצּוֹנָה וּמ"מ אִין הָעֵדוֹת עֲלֶיהָ רַק עַל זְכוּת הָאֵב וְסָגִי בְּמַה שְׁאוּמְרַת שְׁהוּא בְּרִצּוֹנָה.

וְכֵן בַּעֲשֶׂה שְׁלִיחַ כְּשֶׁהוּא שְׁפוּי וְנִשְׁתַּטָּה בְּשַׁעַת נְתִינָה אַף דְּצָרִיף עֵדִי מְסִירָה לְגִמּוֹר הַדְּבָר שְׁקִבְלָה הַגָּט מִשְׁלִיחַ שְׁמִינָה אוֹתוֹ עִיקַר הָעֵדוֹת הוּא עַל מַעֲשֶׂה הַשְׁלִיחַ לֹא עַל מַעֲשֶׂה הַמְּשַׁלַּח בְּגִמּוֹר הַדְּבָר וְכֵן בִּיבָם קָטָן פִּינּוֹ דְלֹא בַּעֲיֵי שׁוּם דַּעַת רַק עַל הַמַּעֲשֶׂה יְכוּלִין הָעֵדִים לְהַעֲיֵד עַל מַעֲשִׂיו מַה שְׁאִין כֵּן לְמַנּוֹת שְׁלִיחַ דְּצָרִיף דַּעַת וְרִצּוֹן בְּלֵב לְקַבֵּל הַשְׁלִיחַ כַּחוֹ לְכַף פִּינּוֹ דְאִין לוֹ דַּעַת גְּמוּרָה אִין מְעִידִין עַל קָטָן.

הִנֵּה נָא הָאֲרַכְתִּי בַּעֲנִין שְׁלִיחוֹת בְּסוּגוֹ מַעֲנִין לַעֲנִין בְּאוֹתוֹ עֲנִין וְעוֹד נִשְׂאָר בְּנָה כו"כ פְּרָטִים וְלִמְעַן לֹא אֶהְיֶה לְמִשְׂא לְהַמְעִינִין כִּי יֵאָרִיכוּ הַדְּבָרִים הַפְּסֻקִים בְּאֲמַצַּע הָעֲנִין וְאוּלֵי אֲזַנְפָּה אִי"ה לְהַדְּפִיס חִידוּשֵׁי עַל אַה"ע יְבוּאָר כ"א בְּמַקּוֹמוֹ וְגַם אָפֶס קְצָהוּ יֵבֵא לְקַמֵּן אִי"ה בְּקוּוֹטְרָס הַקְּנִינִים: ס' ל אִם אָמַר תָּן אִי הוּי כְּזִכִּי כְּתַב בִּש"ע (ס' קכ"ה ס"ז) דִּיא דְהוּי כְּזִכִּי וְהוּא שְׁנוֹתָן לוֹ עֲתָה הַחֲפִץ בְּיָדוֹ וְאָמַר לוֹ תָּן זֶה לְפִלוֹנִי אֶבֶל אִם מִתְחִילָה לֹא בָּא לְיָדוֹ ע"מ לְזַכּוֹת לְזָה וְאַחַר כֵּן אָמַר תְּנֶהוּ לֹא קָנָה וִי"א דְאִינוֹ כְּזִכִּי וְיָכוֹל לְחַזְרוֹ כ"ז שְׁלֹא הִגִּיעַ לְיָדוֹ וּבִש"ף (ס"ק כ"ט) כ' מִשֵּׁם מִבִּי"ט דְּכָל הִיכָא דְהַשְׁלִיחַ הוֹלִיכּוֹ לְמַקּוֹם הַמְּקַבֵּל דְהוּי כְּזִכִּי פִינּוֹ שְׁהִיָּה יְכוֹל הַמְּקַבֵּל לִיטְלוֹ וְכ' וְלֹא נִהִירָא עֵינֵין שָׁם.

וְהִנֵּה בִּמְבִי"ט הִנֵּה הַשְּׂאֵלָה בְּאֶחָד שְׁנַתָּן לְחַבְרִי וְסַחֲוֹרָה וְאָמַר לוֹ תָּתֵן מִן הַמַּעוֹת שְׁתַּקַּח מִן הַסַּחֲוֹרָה סָף כֵּן לְלוּי בְּתוֹרַת מִתְנָה דְרָף חֲסֵד וְצִדְקָה וְכִשְׁבָּא לְמַקּוֹם לּוּי הַתְּחִיל לְתַת לוֹ וְלֹא הַשְׁלִים הַסָּף שְׁאָמַר לוֹ מִפְּנֵי שְׁלֹא נִמְכְּרָה עֲדִינֵין הַסַּחֲוֹרָה וְנִפְטַר לּוּי וְאַחַר כֵּן כ' לוֹ הַמְּשַׁלַּח שְׁמָה שְׁלֹא הַשְׁלִים לְתַת יָתֵן לְאַחַר וְאֵלְמַנַּת לּוּי תּוֹבַעַת שְׁיָתֵן לָהּ מַה שְׁנִשְׂאָר בְּיָדוֹ כִּי מִי שְׁשַׁלַּח הִנֵּה קְרוֹב שְׁלָהּ וְגַם אִין לָהּ כְּזִכִּי כְּתוּבָתָהּ וְע"ז הַשִּׁיב הַמְּבִי"ט דְּאַף לְדַעַת ר"ת דְתָן לָאוּ כְּזִכִּי דְלוּי הוּא ב"ת וּמִשׁוּם מִצְוָה דַּעֲץ חַיִּים לְמַחְזִיקִים בָּהּ שְׁלַחוּ לוֹ אִי לְחַזְרוֹ וְהוֹלֵף נָמִי כְּזִכִּי לִכ"ע אִם הוּא עָנִי וְאִי לְחַזְרוֹ וְכִינּוֹ דִּיא לְחַזְרוֹ בּוֹ יָתֵנוּ לְיִוֵּרְשִׁיו אִם מִתְּהַמְּקַבֵּל.

וְכַתֵּב וְכ"ש אַחַר שְׁהִגִּיעַ לְמַקּוֹם לּוּי וְאָמַר לוֹ שְׁהִיָּה לוֹ בְּיָדוֹ מַעוֹת מְרִאוּבּוֹן לְתַת לוֹ וְהַתְּחִיל לְתַת וּמִפְּנֵי שְׁלֹא נִמְכְּרָה עֲדִינֵין הַסַּחֲוֹרָה שְׁבִידוֹ לֹא הַשְׁלִים לְתַת לוֹ דְנִרְאָה אַף

לדעת ר"ת דתן לאו פנכי הכא בנ"ד הוי פנכי פניו שפא אצלו ואמר לו שיתן לו סף מעות ואם הי' רוצה לקחת מן הסחורה פדי המעות הי' נותן לו וא"כ הוי כמו שהניח עתה לוי פידו והוא זוכה בה ללוי מפת לוי עכ"ד: ולכאורה יש לדון אף לדעת רמב"ם דתן הוי פנכי היינו פשאמר לו תן החפץ אבל פשאמר לו סחורה למפור ואמר לו שיתן מהמעות לפלוני פניו דלא אמר לו ליתן החפץ רק מדמי מכירה יש לומר דכיון דלא בא לעולם עדיין הדמים לכ"ע לאו פנכי וצריף לומר כמו שכ' המבי"ט בסוף דבריו דאם הנה לוי רוצה לקחת מן הסחורה פדי המעות הנה נותנו לו סובר דיש לו רשות גם כן לתת לו סחורה במקום פפי דמיו לקח להסוברים דהוי פנכי זכה לו ועל זה דן דהוי כמו שהניח לוי פידו והוא זוכה בה ללוי מפת לוי והש"ף חולק על זה דחזרה תלוי בכל זמן שלא הגיע ליד המקבל.

ואאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גביות חוב (סי' ז') כ' להעמיד דברי המבי"ט על פי דמבואר גיטין (דף י"ב) מדברי רשב"א ומהרש"א דכל היכא דיכול לעשות החוב בענין אחר מהני הזכיה במקום שחב לאסרים ואם פן למה שכ' הר"ן שם (דף י"א) בהא דאמרינן שם התופס לבעל חוב במקום שחב לאסרים קנה אף דליכא חוב אלא לאדון והוא אמר תן ורוצה בשליחותו דכוננת הש"ס דהשליח עושה לעצמו לשליח קבלה עבור העבד רק אם תופס לבעל חוב במקום שחב לאסרים לא קנה חבירו אין פידו לעשות את עצמו שליח לקבלה להעבד פניו שהוא חב להאדון שלא יהיה יכול לחזור בו.

ולכך במתנה אם יאמר השליח לזכות בעד הזוכה אף דא"י פניו דהוי חב להמשלם שלא יהיה פידו לחזור לכן באם הביא למקום המקבל ובידו למסור ליד המקבל ולעשות החוב שוב יכול להיות שליח המקבל לזכות בעדו פניו דבידו ליתנו לו ועיין שם מה שכ' ליישב על פי זה פמה דברים וקושית המח"א (סי' ד') בדיני שילוחין בש"ס גיטין (דף ס"ג) באמר השליח הילך גיטף אמרה לי להוי בידך ואיבעיא להו שם אי מהני דלא חזרה שליחות אצל הבעל ותיפוק ליה הא זכיות השליח עבור האשה הוי כתלבע"ח במקום שחב לאסרים דחב לבעל שלא יהיה פידו לחזור בו וכ' פניו דבידו למסור לה תו לא הוי חב לבעל וכ"כ במתנה באופן זה כשאם אל המקבל יכול השליח לזכות עבור המקבל רק בגט הואיל דלא חזרה שליחות אצל הבעל דהוי כטלי גיטף מטג"ק.

ואני פתבתי שם דלהסוברים דבעינן שלוחו של בעל הממון אם פן עכ"פ לא הוי שלוחו של בעל הממון וע"כ לא כ' הר"ן גיטין הנז' דיכול להיות שלוחו של העבד רק בג"ש דילפינן לה לה מאשה ובאשה גלי לן קרא דיכולה לעשות שליח כמבואר בירושלמי ר"פ התקבל תמן התורה זיכה לה ולא בממון ודברי אאמ"ו שם נאמרים או דל"ב בממון להיות שלוחו של בעל הממון או דזכיה עדיף כמבואר שם: ומ"ש שם אאמ"ו ז"ל דדוקא אם נאמר מגו דזכי לנפשי זכי נמי לחבריה אז במקום שיכול לעשות החוב ובידו הוא נמי מצי זכי לחבירו אבל אם ל"א מגו והיינו דעכ"פ במה שהוא חב לאסרים אין לו פת להיות שליח פן נמי אף דבידו לעשות החוב ואף במקום שאף אם לא זיכה חבירו יהיה החוב נעשה פגון במגביה מציאה לחבירו לדעת רש"י אם לא זיכה חבירו זיכה המגביה מ"מ מה שהוא חב לאסרים אינו יכול לעשות שליח פתבתי שם דאם פן תיחדר קושית המח"א בהה דגיטין (דף ס"ג) דאמרה ליה תהוי פידך ואי לאו דלא חזרה שליחות הי'

מהני ואמאי הא חב לבעל והוה עובדא שם אתי לקמין דרב נחמן ור"נ סובר ב"מ (דף י') המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו וסובר ע"כ דל"א מגו דאי בעי זכי לנפשיה ורבא דפריה שם הא לא חזרה שליחות יקשה גם כן תפ"ל דהוי חב לאחרים ועיין תוס' ב"מ דמסנפקים בזה אי רבא קבלה מר"נ ובש"מ שם כת' דרבא סובר דאמרינן מגו דאי בעי זכי לנפשיה וכן מבואר מדברי ר"ן ונדרים (דף ל"ז) אף ר"נ סובר בפירושו דל"א מגו ואם כן אמאי אמר שם בגיטין אם איתא לדר"ח הא הוי תופס במקום שחב לאחרים גם למה שכ' הרמב"ן בש"מ ב"מ שם וכתובות (דף פ"ד) לתרץ קושית תוס' על ר' יוחנן דסובר התלבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה וסובר המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאינו מטעם מגו רק פינון שלא זכה בה אדם לאו חובה הוא לו מה שאין כן בבעל חוב [ומה שכ' שם בכתובות הש"מ שפון הוא דעת רמב"ם פכר פתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גניבה (סוף סי' י"ג) דמוכח מדברי רמב"ם הלכות מתנות עניים (פ"ב ה"ט) דאף מניעת ריבוי הוי חב לאחרים עיין שם בדברי] פינון דחייב לו ונכסוהי אינון ערבין ביה זה הוי חב מי שמוציאין מרשותו אם כן לא תלי במגו ויקשה מש"ס דגיטין.

וע"כ צריף לומר דעד כאן לא כ' הר"ן פ"א דגיטין דזה הוי חב לאדון שלא יהיה יכול לחזור בו אם יזכה בו השליח בעד העבד רק שם לס"ד דתן לאו פזכי ואם כן מדלא אמר המשחרר להשליח לזכות בעד העבד חזינו דרוצה שלא יזכה בעדו כדי שיהי' עוד בידו לחזור ושפיר הוי חוב להאדון אם השליח יזכה בעדו.

אבל בגט אשה דלא היה יכול לעשות באופן אחר דחוב הוא לה וא"י רק לשלוח על ידי שליח להולכה אמדינן דעתו נדאי כששולח שליח לגרשה רוצה בגירושו ואינו רוצה עוד לחזור בו לכן לא הוי חב לבעל כשהאשה עושה לו לשליח גם בעדה אם לא מטעם דלא חזרה שליחות והוי כטלי גיטף מעג"ק אם כן ליכא הוכחה מש"ס דגיטין הנז' לדינו של המח"א דהיכא דבא השליח למקום המקבל שיכול לזכות בעדו אם לא מטעם שכ' אאמ"ו ז"ל לדין דאמרינן מגו כמו כן במקום שיכול לעשות החוב יכול לזכות גם כן בעדו: ובספרי א"ב ח"א דיני תו"מ (סי' י"ז) העירותי בזה ממתני' דפאה (פ"א) שפולת של לקט שנתערבה בגדיש מעשר שפולת אחת ונותן לו אמר ר"א וכי האיה העני הנה מחליף דבר שלא בא לרשותו אלא מזכה את העני בכל הגדיש ומעשר שפולת אחת ונותן לו ועיין שם בר"ש וברע"ב דר"א לדבריהם דרבנן קאמר להו לדידכו דפלגיתו עלי בעשיר שליקט פאה לעני שאני אומר זכה לו ואתון אמריתו דלא זכי לו האיה העני הנה מחליף דהא אין בעל השדה יכול לזכות לו אלא לדבריהם מזכה את העני בכל הגדיש על מנת להחזיר.

ולמה צריף לזכיה באם העני הוא שם בהגדיש סגי דשוב יכול בעל הבית לזכות בעדו פינון דיקול לעשות החוב שיזכה הוא בעצמו שוב לא איכפת לן בחב לאחרים וכמו שכ' המבי"ט והמח"א ואאמ"ו ז"ל וצ"ל דר"א שמע מחכמים דיקול לעשר שפולת אחת אף כשאין העני שם ונותן לו אחר כך ועוד דקדקתי בזה שם: אגב אבאר במה שכתבתי שם בבאיור דברי הירושלמי שם במה דקאמר ת"ק סבר אינו מזכה את העני בכל הגדיש אלא שפולת אחד ותניא אחרא סברו מימר מזכה את העני בכל הגדיש וקאמר תניא קדמיה סבר מימר מזכה מימנו לשמאלו ות"א סבר אינו מזכה מימנו לשמאלו ופירש



המפרש דפליגי אם צריף לזכות כל הגדיש במעמלה"ח לפי שמעורב עם שאר שפולים ומה דקאמר מימינו לשמאלו היינו אם מתעמלה"ח שמיה מתנה ושם דקדקתי על פירושו של המפרש [וטעות נזדקק לי שם דכתבתי דרבא דאמר מתעמלה"ח שמיה מתנה אמר הלכתא כר"ל לבר מתלת ואגב שטפי כתבתי פן דביבמות (דף ל"ו) קאמר רבא הלכתא פנותיה דר"ל בהני תלת ות"ח לידדי הרב המנפלג החרוף מ' העשיל נ"י מק' טעלו יע"א שהודיעני השגיאה הזאת וכן קרה לגדולים וטובי' אשר קטנם עבה ממתני' דלא גרס והסתניא ואין זכיה לפי שמעורב עם שאר שפולים וכדאיתא פרק קמא דקידושין יענין שם במה שגמגמתי.

וגם לא מצאתי פרק א' דקידושין מזה. וכן ראיתי אחר כך בספר קהלת יעלב מהגאון מהריט"א ז"ל דמדחי פירוש המפרש ומפרש דברי הירושלמי מ"ש מימינו לשמאלו דאין ברירה ותלי הדבר בברירה ענין שם (באות ע') עשו שאינו זוכה כזוכה ואני בעניי כתבתי לפרש דזכיה בעצם שינפה בגוף איזה דבר לא שיניף רק אם יכול ליהנות ממנו ולעשות בהו פרצונו אבל אם אין לו תועלת מגוף הדבר כמו שם אם מזופה לו רק שפולת הזאת שנתערבה ואינה ידוע וניכרת ואינו במציאות שיכירנה וינפה בה לא שיניף בזה זכיה כלל בגוף השפולת רק שיהיה לו חלק בגדיש שיש לו השפולת שנתערב מ"מ בגוף השפולת עדיין לא זכה ומחליף מה שלא בא לרשותו כיון דלא ישיג בקנינו הדבר הנקנה בשום אופן לא שיניף בזה זכיה והבאנו סעד לזה מדברי תוס' גיטין (דף מ"ב) דעבד מוכה שחיו דאינו שנה פלום רק לקנס ל"ש בו זכיה.

וכיון דהשפולת לא יצא עדיין מיד בעל הגדיש רק שהעני יהיה שותף עמו על שפולת אחת הוי כמזופה מימינו לשמאלו כיון שלא יתברר לעולם בזכית השפולת של לקט. וע' שם בדברי בבבאור דברי הירושלמי: וכתב אלי רב מנפלג גדול להעיר על זה משם בנו שיהיה דמוכח ממתניתין דר"פ כל הזבחים דהוי קנין בכה"ג מדתנו נתערב בחולין ימכרו לצורף אותו מין והא ליכא לברר המקח איזה הוא של חולין שיקנה הלוקח רק שיקנה בסתם כל התערוב' באחד מדרכי הקניה על מנת שינפה באחת.

והשכתי שכמה תשובו' בדבר דיש לחלק בין דעת אחרת מקנה כמו שם דנתערב לבעלים או לצביור והאחד הקדש והשני חולין אם פן יכול להקנות שיהיה הלוקח שותף עמו ולשם זה יקריב אחד והשני לשם השני משא"כ בשפולת אם אינו מקנה לו רק השפולת הידוע שהי' לקט ליכא דעת אחרת מקנה כלל דאינו מבורר ולא יתברר ולא בא ליד העני שיהי' ביזו להחליפה.

ועוד ל"מ למה שהעלה הגאון מאוה"ג בעל ח"ס ז"ל באו"ח (סי' ק"פ) דלא פתיב לכם שיקחנו לעצמו שיהא שלו רק קרבונו ולא של אחר וכל שאין לאחרים אע"ג דגם לו אין בו קנין לא אימעט רק היכא דכתיב קיחה שיקחו לעצמו צריף שיהיה לו בו קנין אם פן שפיר יכול למפור להקריב על שמו לצורף אותו מין כיון דהבעלים נסתלקו ומתמצים בזה.

ואף שאני הפעוט גמגמתי בזה כמו שיראה המעיין בספרי ח"ר בדיני פסח (סי' ב') ד"ה ודע מ"מ הא מבואר ברמב"ם (פ"ו) מפסולי מוקדשין בנתערב קדשים מין במינו דיש תקנה שיתן אחד חלקו לחבירו ורבינו ע"א ז"ל בתוספותיו זבחים (פ"ח) תמה ע"ז הא

הרמב"ם פוסק המזכיר עולה וישלמים לא עשה כלום ואיך יכול להקנות לחבירו ועל פירוש צריך לומר דאם בא אחר כך מקרה שיבד הקרבן מקדושתו וירעו עד שישתאב וגם יפסידו בזה גם רבנו דפליגי פסחים (דף צ') על רבי דסובר על מנת פן הקדישו ישראל את פסחיהו דבכה"ג רש"אין ליתן כ"א לחבירו כדי שישארו בקדושתו וכ"כ אם נתערב בחולין יכול למכור של חולין למי שצריך לאותו מין ויכול למכור אף מחלקו כדי שיהיה תקנה שיזכה הקונה להיות שנתף עמו ועדיף טפי שלא יהיה הפסד וכ"א יקריב האחד בעדו ויחלקו ביניהם ובה נדאי חל הזכיה להקונה והמזכיר עולתו לחבירו לא מהני אבל פשוטערב עם חולין של חבירו או שלו יכול למכור לחבירו שישתתף עמו וכ"א יהי' לו עולה אחת וכל הקנין שיקריב על שמו וכששתאב יהיה הוא הבועלים לפדות.

ובלאו הכי לא מצינו מבוא' אם מביא אדם קרבן בעד חבירו שצריך לזכות לחבירו בגוף הקרבן דאפשר פיון דדרשינו בש"ס תמורה (דף י') מלבד אשר תשיג ידו דמתכפר בקרבן חבירו בפשטות משמע דאין צריך לזכות לחבירו ואני בעניי בספרי ח"ר דיני פדיון הבן (סי' ג') צדדתי הרבה בזה לומר דצריך קנין שיזכה בו המתכפר ולא העלתי בזה דבר ברור אולם אם נותן לזה ממונו י"ל דאין צריך לזכות בו בקנין ויכול חבירו להקריב בעדו אף דאין לו להתכפר קנין ממש בו המועיל בדרכי קנין אם פן שפיר בנתערב בחולין יכול למכור היינו שיהיה להקונה זכות זה שיקריב בעדו ע"כ אינו ראיה משם כלל לומר שחל קנין על עצם הדבר שלא יתברר מעולם: וכבר כתבתי בספרי דיני פדה"ב (סוף סי' ח') לדון כמו כן דאם פודה אצל פה פהגים בב"א ומניח לפניהם הה"ס ואמר שפודה אצל הפהו שגלוי וידוע כלפי שמים שהוא הפהו והוא יזכה בדמי פדיון ואחר כך מחלקו ביניהם פיון דאינו מבונר מי הוא ולא יתברר ל"ש בזה זכיה פיון דאינו יכול לעשות בהה' סלעי' מה שירצה דאינו מבונר מי הוא הזוכה האמיתי עיין שם בדברי ועמדת על זה מהא דכתב הרע"ב (פ"ז) דשקלים על מתניתין בין קנין לגזלי עולה כו' מחצה על מחצה יפלו לגזלי עולה ופריה בירושלמי האשה הזאת במה היא מתכפרת ומשני אמר ר"י תנאי ב"ד הוא המספיק את הקנים הוא מספק את הפסולת ומפרש הרע"ב הממונים לוקחי' משל ציבור כפי אותן מעות שנמצא ומקנין אותן לבעלי המעות שנמצאו ומקריבין מהן קנין על הס' והחטאת לא תהיה נאכלת ושם אי אפשר לברר ולא יתברר אם נפל מהתיב' של קנין או מהתיבה של גזלי עולה וגם מאיזה אשה הוא פי נתערב ולא יתברר וכיצד שייך זכיה להקנות לה המעות.

וע"כ דב"ד שאני או דלהקנות לאו דוקא על ידי אחר לזכות רק דמקריבין בעדה בכל מקום שהיא דיכולין להביא חטאת בעד אחר ובפרט פיון דכבר נתנה מעות לצורך קרבן. ובאמת בירושלמי לא נזכר רק שהוא מספיק הפסולת וברמב"ם (פ"ג הי"ד) משקלים השמיט התקנה הנז' וכבר עמד שם על זה הכ"מ ויש להאריך בזה בפילפול ואכ"מ: ומ"ש מעכ"ת נ"י לפרש מה דקאמר ר"א מזופה את העני בכל הגדיש היינו עצמה טובה קמ"ל מקום הגדיש באחד מדרכי קנין והגדיש עצמו במתנה על מנת להחזיר בתורת חצר זוכה המעיין בירושלמי יראה דאין לפרש פן וגם לא נזכר מקום הגדיש וגם מ"ט דמ"ד דאינו מזופה את העני בכל הגדיש אלא שבולת אחד אם אינו מגביה במה זכה בתורת חצר מלבד דאינו משתמרת לדעתו כמו שכ' מעכ"ת נ"י יש עוד ספק דלמא מונחת על השבולת של

בעה"ב ומפסקת ותליא אם אויר התצור קונה והיה מקום לומר אם מופה לו מקום הגדיש יכול להקנות לו השבולת לא בתור' חצר רק בקנין אגב למ"ש הקצוה"ח (סי' ער"ה) להוכיח מדברי רש"י ורשפ"א דגם הפקר נקנה באגב אף דל"ה דע"א מקנה אם פן גם השבולת של לקט אם מקנה לו מקום הגדיש יכול העני לקנות בקנין אגב והנתיבות משיג בזה על הקצוה"ח ואכ"מ בזה ע"כ ה"ל תשובתי בענין הזה לכבוד הרב הנז': סי' לא והולך בחוב קיי"ל דהוי פזכי ותייב הלנה באחריותו עד שיגיע ליד המלנה.

ובש"ס (סוף פ"א) דגיטין פליגי בזה רב ושמואל רב סובר תייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ושמואל אומר מתוך שתייב באחריותו אם בא לחזור חוזר וקאמר לימא בהא קמיפליגי דמר סבר הולך פזכי דמי ומ"ס הולך לאו פזכי דמי לא דכ"ע הולך פזכי דמי מ"ס אמרינן מגו ומר סבר לא אמרינן מגו.

וברא"ש הקשה בהא דקאמר דפליגי אם הולך פזכי נהי דהולך לאו פזכי וכי גרע מתופס לבעל חוב דקני אפילו בעל פרחו כ"ש מדעת ואם פן אמאי יכול לחזור ותיירץ הרא"ש דהתם נמי מצי אומר לו קבל עליך אחריות או החזיר לי מה שתפסת ואפילו רב מודה בזה כיון שתפס שלא מדעת הלנה דמצי למימר ליה את לא מהימנת לי.

וראיתי בגד"ת (ש"נ ח"א) דהקשה מאי תירץ הא אע"ג דבתופס לבעל חוב מצי א"ל קבל עליך אחריות אפתי תקשי מי גרע הולך מתופס לבעל חוב פי קבל עליך אחריות ולשמואל למה דס"ל דהולך לאו פזכי ויכול לחזור אף בקבל עליך אחריות והשתא לא ידע דפליגי אי אמרינן מגו.

ונראה ליישב דבתופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים דקני אף בע"כ אם אינו רוצה לקבל אחריות יכול להחזיר ואינו תייב התופס כלל להמלנה אם העני הלנה ואין לו אחר פה לשלם משא"כ בהולך לרב אם פזכי דמי פבר זכה בו המלנה ואם החזיר להלנה והעני ואין לו לשלם יכול המלנה לגבות מהשליח דלא הוי לו להחזיר פמבואר בטוש"ע (סי' קכ"ה) ועיין ש"ף (ס"ק ז') דאף בלא העני יכול לתבוע ממי שירצה ואם פן אף לס"ד דס"ל לשמואל דהולך לאו פזכי דמי יכול לחזור היינו מדבריו שרצונו הנה להוליה ואם המוליה אינו רוצה להחזיר לו רק שתופס בעד המלנה ומקבל עליך אחריות בפירוש מודה שמואל דאינו יכול לחזור ועיין בטור (סי' ק"ה) דמשמע מדברי הרא"ש בתופס דבסתם אינו תייב באחריות דלא ס"ל פבעל העיטור דכ' התופס לבעל חוב תייב באחריותו דשנ' נפשיה עבד לנה לאיש מלנה וכו' הב"י בבדה"ב דאפשר לומר שאינו חולק על בעל העיטור דהרא"ש איירי לענין לכופו שיקבל עליך אחריות בפירוש מדעתו אבל אה"נ אעפ"י שלא קבל עליך אחריות בפירוש שהוא תייב באחריותו ולכאורה יש לדייק דלא ס"ל כבעה"ע דלסברת בעה"ע מעיקרא לא קשיא מידי כיון דכל תופס תייב באחריותו וכ"כ בספר ע"פ ולמה שכ' י"ל דאמי שפיר דברי הב"י דהא לס"ד דהולך לאו פזכי ס"ל לשמואל ומש"ה יכול לחזור ואם אינו רוצה להחזיר רק דבא בתורת תופס בזה צריך לקבל בפירוש אחריות.

ועיין בריטב"א דהקשה גם פן פקושית הרא"ש דהאיה חוזר והרי תופס לבעל חוב הוא דקני וכו' דל"א דתלבע"ח קנה אלא פשמוכנין לתפוס אבל הכא חבירו הוא שמתפיסו וכיון דהולך לאו פזכי הרי הוא פאלו אומר לו יהא בידך מעות אלו בשבילי ואע"ג דגבי עבד

בְּעֵינֵינוּ לְמִימַר לְעֵיל קוֹדֵם דַּס"ד דְּתַנִּי כְּזִכֵּי דְהוּי תוֹפְס לְבַעַל חוּב וְלֹא יְהֵא יְכוּל לְחַזְרוּר בּוּ  
הַתָּם שְׂאֵנִי דְכִינּוּ דְיֵשׁ הַפְסֵד לְעֶבֶד בְּחַזְרוּתוֹ אַף זֶה הִיָּה מִתְכַּוֵּן לְתַפְסוּס בְּשִׁבְלֵוֹ עַכ"ד.

וְצָרִיךְ בְּיָאוּר הָא אַף בְּלִיכָא הַפְסֵד מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ כְּמוֹ שֶׁכ' כָּל הֶרְאֵשׁוּנִי וְאוּלֵי פְּנוּנְתוֹ  
לְמָה שֶׁכ' הֶרְא"ש תִּירוּץ ר' מִשֵּׁה מְאַיִבֵּר' דְּבְלִיכָא פְּסִידָא לָא מְהַנִּי תְּפִיסָה דָּאם לָא פֶּן  
לָא שְׁבַקְתָּ חַיִּי וְכַתֵּב הֶרְא"ש דְּגַם תִּירוּץ זֶה אֲמַת וּע"כ דְּהָא דְהַקְשָׁה בַב"מ עַל הָאֵלְפִסִּי  
דְּבְאִינוּ חֵב מְדִינָא קְנָה וְלֹא מִטְעַם תְּקָנָה הִינּוּ כְּמוֹ שֶׁכ' הַב"ח (ס' ק"ה) דְּלִרִי"ף מְדִינָא  
לָא מְצִי תְּפִיס כָּל עֵינְקָר אֲלָא מִצַּד תְּקָנָה מְצִי תְּפִיס הִיכָא דְאִיכָא פְּסִידָא וְלִרִי"ש אִיפְכָא  
דְּמְדִינָא קְנָה בְּכָל גְּוֹנֵי אֲלָא דְחַכְמִים תְּקִנּוּ דְּבְלִיכָא פְּסִידָא לָא מְהַנִּי תְּפִיסָה דָּאם לָא פֶּן  
לָא שְׁבַקְתָּ חַיִּי וְעֵינְךָ שָׁם בַב"ח הַנַּפ"מ בְּזֶה וְאוּלֵי זֶה פְּנוּנַת הֶרִיטְב"א בְּמָה שֶׁכ' דַּל"א  
תוֹלְבַע"ח קְנָה אֲלָא שְׁמַכְוִין לְתַפְסוּס הִינּוּ בְּמִקּוּם פְּסִידָא.

עוֹד אַפ"ל דְּכּוֹנְנָתוֹ דְּבְעֵינּוּ תְּפִיסָה שְׂיֵשׁ בּוּ קִנְיָן כְּמוֹ שֶׁכ' הֶרִיטְב"א לְעֵיל (דָּף י"א) וְהִינּוּ  
כְּשִׁמְכּוֹנִין לְתַפְסוּס בְּעַד חֲבִירוֹ אֲבָל כְּשִׁאֲמַר לוֹ הוּלָךְ פִּינּוּ דְלָאוּ פְּזִכֵי דְמִי הוּי פְּאוּמַר לוֹ  
יְהִיָּה מְעוֹת זֶה בְּיָדְךָ בְּשִׁבְלֵוֹ וְשׁוֹב צָרִיךְ תְּפִיסָה עִם קִנְיָן וְעֵינְוִרִיטְב"א כְּתוּבּוֹת (דָּף פ"ה)  
וּבְמָה שֶׁכ' בְּבִיאוּר דְּבָרָיו לְעֵיל דִּינֵי הַלְוָאָה (ס' נ"ז): וְהִנֵּה לְמֵאֵי דְמַסִּיק הַש"ס דַּכ"ע  
הוּלָךְ פְּזִכֵי דְמִי מַר סָבַר לָא אֲמַרִּינּוּ מִיגּוּ וּמַר סָבַר אֲמַרִּינּוּ מִיגּוּ וְטַעֲמָא דְשְׁמוּאֵל מִתּוּךְ  
שְׁחִיבֵי בְּאַחֲרִיּוֹתוֹ אִם בָּא לְחַזְרוּר חוּזַר וְכ' הֶרְמֵב"ן דְּשְׁמוּאֵל סָבַר אַעפ"י שֶׁהוּא פְּזִכֵי יְכוּל  
לְחַזְרוּר בּוּ דְאִי אֲפָשֶׁר לְזַכּוֹת בּוּ מֵאַחַר שְׁבַרְשׁוֹת זֹו עוֹמְדִין וְהוּא חִיבֵי בְּאַחֲרִיּוֹתוֹ וְאֲפִילוּ  
אֲמַר בְּפִירוּשׁ זְכִי וְרַב סָבַר ל"א הֵאֵי מִיגּוּ וְלִהוֹדִיעָךְ פָּחוּ דְרַב פְּלִיגֵי בְּהוּלָךְ וְע"כ  
דְּלְשְׁמוּאֵל לָא שְׂיָיָךְ זְכִיָּה רַק אִם יֵצֵא מִרְשׁוֹתוֹ לְגַמְרִי.

וּלְפִי זֶה הָא דַּא' ר"י הַתְּלַבַּע"ח בְּמִקּוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים דְּלָא קְנָה הָא בְּאִינוּ חֵב קְנָה וְאִמְאִי  
לְשְׁמוּאֵל פִּינּוּ דְאִי בְּזִכֵי יְכוּל לְחַזְרוּר הוּאִיל דְּעוֹמֵד בְּאַחֲרִיּוֹתוֹ דְלִנְהָ יְכוּל לְחַזְרוּר. וְלִיקַח  
מִן הַזּוֹכֶה מִדְּעַתּוֹ כ"ש מִן הַתּוֹפְס שְׁלֹא מִדְּעַתּוֹ וּמִדְּבָרֵי הֶרְא"ש מְבִנְיָן דְּשְׁמוּאֵל אִינוּ  
חוֹלֵק עַל זֶה דְּתוֹפְס לְבַעַל חוּב קְנָה וּמִתְרַץ דַּנ"מ אִם הוּלָךְ לָאוּ פְּזִכֵי צָרִיךְ שְׂיָקַבֵּל הַזּוֹכֶה  
עָלָיו אַחֲרִיּוֹת אִם בָּא לְזַכּוֹת בְּתוֹרַת תּוֹפְס וְאִם פֶּן לְמַסְקָנָא דְהוּלָךְ פְּזִכֵי סוּבַר שְׁמוּאֵל רַק  
אַף בְּזִכֵי כְּשֶׁהוּא בְּאַחֲרִיּוֹת הַלְוָה יְכוּל לְחַזְרוּר אִם פֶּן בְּתוֹפְס כְּשֶׁהוּא בְּאַחֲרִיּוֹת הַלְוָה וְדַאִי  
דְּיְכוּל לְחַזְרוּר וְלִיקַח מִן הַתּוֹפְס.

וַיֵּשׁ לְלַמּוֹד מְזִה לְהוֹכִיחַ כְּשִׁיטַת הַב"ח מוּבָא בְּש"ף (ס' ק"ה ה') דְּנַפְטָר הַלְוָה לְגַמְרִי  
וְהַש"ף חוֹלֵק עָלָיו וְכ' פִּינּוּ דְחוּב נְמַשֵּׁף מִיָּד שְׁלֹא יוּכַל לְגַבּוֹת מִהַלְוָה עֲצָמוּ וּבְזֶה וְדַאִי  
אִינוּ חֲפִץ הַמְלָנָה וְעוֹד דְּהִכָּא מֵאֵן לִימָא דְזַכּוֹת הוּא לוֹ שְׁמָא הַמְלָנָה חֲפִץ שְׂיָהֵי אֲצִל'  
הַלְוָה וְלֹא אֲצִל הַתּוֹפְס וְלָמָּה שֶׁכ' מִדְּשְׁמוּאֵל נִשְׁמַע לְרַב דְּהָא לְשְׁמוּאֵל עַל פְּרָחָךְ צָרִיךְ  
לוֹמַר דְּנַפְטָר הַמְלָנָה דָּאם לָא פֶּן לָא עֲדִיף מְזִי דְיְכוּל לְחַזְרוּר ק"ו בְּתוֹפְס הַה"ד לְרַב י"ל  
דְּנַפְטָר.

וּמָה שְׁכַתֵּב הַש"ף דְּהַמְלָנָה חֲפִץ שְׂיָהֵי אֲצִל הַלְוָה אִינוּ מוּבָן הָא אִיירֵי בְּמִקּוּם דְאִיכָא  
פְּסִידָא לְבַעַל חוּב. וְעֵינְךָ כְּנַה"ג (ס' ק"ה) שְׁהִבִּיא דְבָרֵי ע"ש וְהַסַּמ"ע דְּלָא נַפְטָר הַלְוָה  
וְדְבָרֵי הַב"ח דְּלְדַעַת בַּע"ה נַפְטָר לְגַמְרִי וְאִין הַמְלָנָה חוּזַר עָלָיו וְכ' וְהִכֵּי נִקְטִינּוּ וְהוּא  
לְשׁוֹן הַב"ח וְנִרְאָ דְהַלְוָה יְכוּל לוֹמַר קִים לִי וְאִין לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ וְאִם תְּפִס הַמְלָנָה אִין  
מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְעֵינְךָ בְּדְבָרֵי מְשַׁפֵּט (ס' ק"ה): וְהָא דְהַתּוֹפְס צָרִיךְ לְקַבֵּל עָלָיו אַחֲרִיּוֹת

מסתימת הפוסק'י משמע דאף אחריות אונסין חייב לקבל עליו כמו דהלנה הי' חייב להוליכו וכל אחריות הלנה עליו וכן משמע מלשון בעל העיטור שהביא הטור שכתב דשני נפשיה עבד לנה לאיש מלנה וכן כתב הנתיבות (סי' ק"ה ס"ק ד') דפלוגתיהו לאחריות אונסין דלעגנן שמירת שו"ש חייב לכ"ע למאן דס"ל פרוטה דר"י עיין שם ויש להבין בלשון הרא"ש שהביא הטור שכ' דמצי אמר לנה לתופס או קבל עליה אחריות או החזיר לי מה שתפסת ואפי' רב מודה כיון שתפס שלא מדעת הלנה דמצי למימר ליה את לא מהימנת לי דמה תלי אונס בנאמנות אם האחריות הוא אף על אונסין גם כן לא תלי כלל בנאמנות ואי דאינו מאמין לו על הפרעון שאם יארע אונס דלא ישלם לו והוא יהיה נשאר חייב להמלנה לדעת הב"י והע"ש והסמ"ע והש"ך מה תועלת זה לקבלת אחריות דהא לא מצינו שיצטרף להעמיד ערב על הקבלת אחריות רק דחייב באחריו מה זה שאמר את לא מהימנת לי הא אף אם הוא נאמן אצלו ורגיל להפקיד אצלו גם כן לא יועיל רק שיקבל עליו כל אחריות ואי לא דמסתפינא הייתי אומר דזה פוננת הטור דפליג הרא"ש אביו ו"ל על הבעל העיטור דמה שכ' הב"י בבדה"ב דהרא"ש איירי שאומר קבל עליה אחריות בפירוש כב"ה הש"ך כ' (סק"ו) דצריך ביאור דכיון דחייב באחריות למה צריך שיקבל בפירוש ומה שכ' הש"ך דכוננתו שיקבל בפירוש כדי שיהא לו בפירוש על התופס מלנה בשטר גם כן דוחק דלא מזכיר זאת הרא"ש כלל שיצטרף לתת לו שטר.

לכך י"ל דהא הבעה ע"ט כ' דשני נפשי' עבד לנה לאיש מלנה מדבריו מבואר דחל עליו כל אחריות כמו שלנה הנה מחויב כ"ז שלא בא ליד המלנה ואף אם נאבד באונס גמור גם כן חייב התופס לשלם על זה כתב דמדברי הרא"ש יראה דאינו חייב באחריותו דמדכתב שתפס שלא מדעתו יכול לומר לא מהימנת לי משמע דתליא בנאמנות וע"כ דעל אונסין פטור ויכול לומר דאינו מאמין לו אף בשבועה אבל אם יברר בעדים או דהוא רגיל להפקיד אצלו וידוע דהוא איש נאמן אצלו ואינו יכול לומר דאינו מאמין לו פטור מאחריות אונסין.

ולפי זה י"ל דאחריות של שו"ש מודה הרא"ש דחייב אף בלא טעם דפרוטה דר"י כיון דתפס ממנו בעל פרחו לאו כל כמיניה להמעט שמירתו ממה שהבעלים יכולין לשמרו ובזה אף הרא"ש מודה ולא פליג על בעה ע"ט רק במה דכ' דשני נפשי' עבד לנה לאיש מלנה דמזה נשמע דחייב אף באחריות אונסין: ותן במתנה אי הוי פזכי מביא בש"ע שני דיעות לדעת הרמב"ם הוי פזכי ודעת ר"ת וסייעתו דלא הוי פזכי והא דבשחרור כל האומר תני פזכי משום דאי לא דעביד ליה נייח נפשיה ל"ה משחרר ליה והוי כחוב וכ' הפנ"י גיטין שם דהא במתנה נמי מרינו בכמה דוכתי דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי יתיב לי וכבר כ' הרא"ש סופ"א שם להקשות פזאת מגיטין (דף נ') וכ' דלא דמי דרגילות הוא כמה פעמים שאדם נותן לקרוביו או לאוהביו אע"ג דלא עבד ליה נייח נפשיה מעולם אבל אין דרוך אדם לשחרר עבדו אי לאו דעביד ליה נייח נפשיה מעולם.

ויקצת י"ל דבמתנה אם טוען הנותן ברי שלא הנה פוננתו למה שאומר תן לזכיה פי לא משום דעביד ליה נייח נפשיה נמן לו נאמן דבו"ש היכא דל"ה להוציא ברי עדיף ואף קשמת טוענין ליורשין טענות ברי ולכך לא הוי פזכי דלא יהיה אלא ספק אי שלח לו

משום דעביד ליה נניח נפשיה או לא מוקמינן על חזקת מר"ק מה שאין פן אף אם הוי רק ספק העבד מוחזק בעצמו כמו שכ' פמה מחברים בספק לגבי עבד הוי מוחזק בעצמו ואף אם טוען פרי דל"ה פנונתו על זכיה עד שיבא לידו אינו נאמן להוציא העבד ממה שהוא מוחזק בעצמו.

אולם יש בזה מבוכה אם העבד חשיב מוחזק בעצמו כמו שפיתבו תוס' גיטין (דף י"ז) וכבר כ' בזה במ"א ועיין לעיל דיני הלואה (סי' י"ז וכ"א) ועוד בשאר מקומות ובקצוה"ח (סי' פ"ח) וצ"ל דבשחרור הוי בירור גמור פיון דמוסכם בדעתו לשחררו ולהכניסו תחת פנפי השכינה בפרט למה שכ' האחרונים דאם לא פן אין שלים לדבר עבירה בודאי עביד ליה נניח נפשיה והוא זריז להקדים לזכות השחרור להכניסו תחת פנפי השכינה ועיין טורי אבן מס' מגילה (דף כ"ו ע"ב) בהא דפליגי ר"א ורבינא במתנה חז אוסר וחד שרי והקשה הא על פירוש ר"א אוסר ורבינא שרי דר"א לחומרא ורבינא לקולא ובב"מ (ט"ז) בגזל שפכר וחזר ולקחה מבועלים הראשונים דאמרינן מה מכר כו' יחבי נהליה במתנה פליגי בה ר"א ורבינא ח"א מתנה פירושא ח"א מתנה כמכר והתם דמתנה לאו כמכר הוי לקולא וקשו אהדדי עיין שם ולמה שכ' דהא דאי לא דעביד ליה נניח נפשיה לא הוי רק כספק יש מקום ליישב פמוכן למענין ואכ"מ בזה: ונהגם אי תן הוי פנכי או בזפי ממש מ"מ היכא דעושה עבירה בזכיותו לא מהני להסוברים דזכיה הוא מטעם שליחו לא מהני דאין שלים לדבר עבירה אלא אף אם זכיה עדיף משליחו מ"מ בדבר עבירה לא מהני.

וראיתי במהרי"ט (ח"א סי' קי"ו) שכתב פיון דזכיה מתורת שליחות הוא וקיי"ל דאשולד"ע ומעשיו בטילין עיין שם. ובספר קרית מלך רב (ח"ב דף מ"א ע"ד) כ' שזה אפשר למה שכ' הר"ן דזכיה מדין שליחות אתי אבל רמב"ן ורשב"א ס"ל דזכיה לאו מדין שליחות הוא ואם תענין עוד אפשר שגם הר"ן מודה הכא פיון דיש לו שליחות בעלמא עכ"ד בזה והדברים מתמיהים למה שכ' בש"מ ב"מ (דף ע"א) דלקה אין זפין לנכרי אף דלית לן מיעוט ע"ז מה"ת לומר דגלי לן רחמנא זכיה לנכרי פיון דלא מצינו ללמוד דמהני זכיה בכה"ג לא מהני וכמו שכ' הטעם דאשולד"ע.

וקצת ראיה מב"ק דלא משפח' בור של ב' שנותפים ואם נאמר דמטעם זכיה עדיף ומהני אם פן שפיר משפחת ואין לדחות דלא שפיר זכיה רק בזוכה בדבר חדש כמו שכ' הקצוה"ח (סי' רמ"ג) מדברי הרשב"א נדרים (דף ל"ו) דכבר פתבתי בזה במ"א ללמוד מפמה דזכיה מהני אף באינו זוכה בדבר חדש.

ועוד וכי ס"ד באומר לחבירו שיגנוב ויתפנין לזכות בעדו לא בתורת שליחות רק בתורת זכיה יתנה נקנה לו הגניבה זה לא יעלה עה"ד ועוד יש פמה ראיות דזכיה בדבר עבירה לא מהני.

[ובילדויתי אמרתי ליישב קצת דברי רש"י ב"מ (דף יוד) בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא קנה דכ' אדם הבא מאליו ותופס ממון ולא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס והוציא מזה התוס' דדעת רש"י דבעשאו שליח קנה והקשו הא אפילו לא עשאו שליח שלוחו הוא דזכיה הוא מטעם שליחות וגם מפרק הכותב גבי יימר בר חשו דא"ל לשלוחו דיש לומר דוקא בתפס מעות מהני בעשאו שליח על פי מה שכ' הפנ"י דטעם דתופס

לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה הוא מטעם דאשד"ע וכבר השיג ע"ז בקצוה"ח (סי' ק"ה) פ"ן דלמשלח ליפא עבירה לא שייך לומר אשד"ע והוכיח פ"ן מדברי תוס' גיטין (דף י"ב) וכן פתוב בנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' קי"א) [ומה שכ' שם עוד בתירוץ הראשון דשפיר הקשו תוס' ל"מ"ד אי עביד מהני משום דלדעת התוס' בלא ידע יש שלד"ע ולמה לא קנה אם הנה שוגג דבריו מןפרכים ממה שכתבו תוס' ב"מ (דף קט"ו) דבשוגג אם הי' יודע שהוא אסור לא הנה חובלו הני זכיה בטעות ואף אפ"י מודה דאי עביד לא מהני ועל פ"ח קושית תוס' גיטין הנה אם ידע ובלא"ה דבריו שם תמוהין] אף י"ל פ"ן דעבירה הוא לשליח שיתפוס בעד זה ויהיה חב לאחרינא אף דמהני בעשאו שליח ולא נתבטל מטע' דאשד"ע פ"ן דליפא עבירה למשלח אבל בתופס מעצמו לזכות בעד חבירו י"ל דאף דזכיה הוא מטעם שליחות הוא דוקא בזכות גמור דאנן סהדי דנ"ל והני שליחות לדעת כמו שכ' בתה"ד (סי' שכ"ח) וקאן פ"ן דהשליח עושה עבירה בזכיותו בעד חבירו לחוב לאחרים י"ל דלא הני זכות גמור למשנת שיעשה זה שלוחו ויעשה עבירה בזכיותו ול"ה שליחות לדעת.

אף י"ל דמ"מ זכות הוא לו פ"ן דאין פאן עבירה להמלנה. אולם י"ל ולחלק בין תפס מעות לתופס חפץ דהא אינו רשאי לתפוס משכונן כמבואר (סי' צ"ז) וע' שם בקצוה"ח (סק"ג) ואם הוא בעצמו תופס אי עביד מהני אבל אם השליח תופס י"ל דאין שליח לדבר עבירה פ"ן דלמשלח גם פ"ן הוא עבירה וזה דוקא בתופס מטלטלין דאינו יכול לגבות לגובינא דמאן שם לו ועיין שם בקצוה"ח.

אבל בתופס מעות לגובינא ליפא ס"ך עבירה לכ"כ רש"י דבנה מהני אם עשאו שליח ומעצמו אינו יכול לזכות לחוב לאחרים אבל במטלטלין לא קנה אף בעשאו שליח אף יש להשיב ע"ד דבמקום פסיד' עביד אינש דינא לנפשיה ובהך דיימר ב"ח פתובות דהי' ר"פ ור"ה תופסין בשל יתומים הני במקום פסידא כמו שכ' בתומים (סי' ד' סק"ב) ולמה ל"מ ויש להאריך בזה וליישוב ע"ד פלפול וקצרותי: ולדעת הרמב"ם דתן הני פזכי במתנה הקשה בב"ש אה"ע (סי' ק"מ ס"ק ט') דלדבריו בגט נמי תן הני פזכי דהא גט לא גרע ממתנה ולמה פסק בגט דתן לא הני פזכי וכ' דאפשר מה שכ' שם בש"ע אם אמר הולך ותן לה לא הני פזכי היינו שאמר שניהם יחזיו הולך ותן אבל תן לה לבד הני פזכי ובת"ג שם כ' פ"ן דדעת רמב"ם גבי שחרור באומר תן לעבדי אף דא"י לחזור גיטא לא הני עד דמטי לידיה ומשום דהני פתנאי והא דל"א במתנה ג"כ דתן הני פתנאי משום דשם לא סגי דיקבל אמרינן דתנו לא הני פתנאי רק פ"ן שנותן לו במתנה ע"כ יתנוהו לידו אבל בשחרור אם פנונתו הנה שזפה מיד ל"צ שייבא לידו וע"כ דקאמר תן הוא לתנאי ובזה מפרש שם פ"ל דברי המחבר דדוקא באומר אי אפשי שתקבל אלא הולך וגם שם כ' ונעשה שליח להולכה ובהולך ותן לה כ' דלא נתגרשה עד שיגיע גט לידה אלא לגבי אי אפשי נעשה רק שליח להולכה ויכול הבעל לחזור בו אבל בלא אי אפשי ואמר תן דלדעת הרמב"ם ל"ה רק פתנאי וא"י לחזור ומ"מ גיטא לא הני עד דמטי לידיה כמו בשחרור ומיירי באומר הולך ותן ודבריו מגומגמים בדברי המחבר שם להמעין ועיין ספר מכתב מאליהו (דף ע"ד) מה שכ' בבבאור דברי הרמב"ם ויש ללמוד מדבריו באומ' זכי והולך שליחות להולכה הוא לגמרי ואם רצה לחזור חוזר גם במתנה ויש בזה אריכת דברים ואם אזפה א"ה יתבאר בחלק אה"ע.

וניש מקום לומר דבד"מ אע"ג דמזפה ליה לגמרי בלי שום תנאי שינף שפיר למימר שיולכנו ויתנונו לו כדי שיחזיק בשלו: ואם השליח מחזיק בידו המעות ואומר שהמלנה חייב לו והמשל' מת ואין הדין רק בין השליח והמלנה כ' בש"ע (ס"ד) ויש מי שאומר דאם פא השליח להחזיק דאינו יכול ועיין בפ"ד (ס"ק כ"ג) דהביא משם הב"ח דקאי על אין לו נכסים והמלנה שחייב לשליח וכ' דנ"מ אם המלנה חייב גם לאחרים דכיון שלא זכה בהן השליח ולא יצא מרשות המשלח כל בעלי חובות חולקין בחוב זה ולסברא ראשונה פבר זכה בהן השליח ואין לב"ח אחרים זכות בהן והשיג הש"ך על זה דהא עיקר הטעם לסברא ראשונה משום דאף אם הי' ביד הלנה היו מוציאין מידו מדר' נתן ואם כן פשיש בע"ח אחרים ודאי לא הוי מוציאין מידו מדר"נ ואמאי לא יהיה לבע"ח אחרים שום זכות בהן והקשה בנתיבות הא במטלטלין מהני תפיסה וכמו דמהני תפיסה מלנה עצמו כמו כן יהיה מועיל תפיסה מבע"ח של בעל חובו וכ' דשאני הבעל חוב עצמו שהוא חייב לכ"א ק' זהוב' כפי הלנאתו מה שאין כן הבעל חוב של הבע"ח שאינו חייב רק כפי שחייב לבע"ח ק' והוי כמו שחייב לכ"א רק כפי ערכו אם שלשה יש חייב לכ"א שלישי מדר"נ לכך אינו יכול לתפוס כל הק' כיון שהוא אינו חייב לו רק שלישי.

והדברים צ"ע הא להדיא מבואר (סי' קי"א סכ"ג) דאם היה לנה שני מלוים דיחלקו ואם תפס אחד מהם זכה בתפיסתו ועיין שם בפ"ד (ס"ק כ') ואמאי פאן אינו יכול לתפוס כל הק' כמו אם תפס מן הלנה.

ועיימ"ש אאמ"ו ז"ל בזה בדברי חיים דיני גב"ח (סי' ו'): א) סי' לב אם המחה לחבירו חוב במעמד שלשתן ונמצא הלנה עני ואין לו חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו כן הוא בש"ע (סי' קכ"ו ס"י) ומשמע אף בלא ידע ראובן חוזר עליו ועיין בפ"ד.

(ובסי' ס"ו) במכירת שטרות בכה"ג ל"ה מק"ט במוכר שטר חוב והיה עני רק בכלל אונאה ואין אונאה בשטרות. והבעה"ת (שנ"א) כ' בזה די"ל דהוי מקח טעות במוכר שטר חוב א"ד לוקח היה לו לפרש וכשלא פירש י"ל פי לפי מזלו קנהו וכתב ולזה יש קצת ראיה מירושלמי ראובן היה חייב לשמעון סמכוה לגבי לוי אפרסן לוי לית ראובן חייב וכ' ולזה יש לבעל הדין להשיב ולומר שאין זה דומה לזה כיון שהמחה אומר תן לזה מעותי והוא אומר הן אתן בנדאי אם הוא עני ועשו ערמה ואין לו אין לה טעות גדול מזה שהטעהו אבל לוקח כיון שמכר לו השטר וקבלו ממנו אינו מפרש שיהיה באחריותו אם לא מצאם ללנה מסתמא ניחא לי' דלהוי ליה אידה לנה דידיה ואין רצונו שזה יתחייב לו כלום ואף זה אינו מטעהו דדלמא קנה נכסי היום או מחר ונ"ל בהכי פי היכא דלהוי נקרא עבד דידיה ועיין בקצוה"ח דמוכח מזה דלא הוי פמום במקח ואינו אלא בכלל אונאה ואין אונאה לשטרות רק על סברת בעה"ת לחלק בין מוכר שטר חוב לבין המחהו במעמד ג' כ' ואפתי לא איתברר לנא.

והוליד מזה חדשות דבמע"פ שהוא גופו ממון יש בו דין אונאה וכבר כתבתי בזה בכמה מקומות דהוא דבר זר לומר דהא מ"מ לא הוי דבר המטלטל ולא עדיף מקרקעות והא דצריך לומר יצאו שטרות שאין גופו ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל אבל במלנה על פה פבר אתמעט דל"ה דבר המטלטל ועיין לעיל דיני הלנאה (סי' ס"ג אות כ"ב): אמנם להבין דברי בעה"ת לחלק בין מוכר שטר חוב להמחהו מע"פ במעמד שלשתן י"ל



דבמוכר שטר חוב פֿינן דאינו קנה רק השעבוד והחייב ואף דהוא עני מ"מ יש להמוכר  
שעבוד עליו והלוקח זוכה שכל נכסיו אף שהוא עני שישמעעבדו לו ואינו חסר בקנינו  
כלל [ולא מבעי אם כ' בשטר דאקני ישמעעבדו הנכסים שיקנה אחר כף.

הגם דראיתי למרן זקני הגאון הצדיק זצ"ל"ה בדברי משפט (סי' ס"ו ס"ק ב') שהעלה  
במוכר שטר חוב שיש בו דאקני דאין הלוקח השטר חוב טורף מנכסי דאקני דהלוקח  
לא זכי בדאקני הפתוב בשטר חוב דאף דשעבוד עדיף מקנין ומנהי קנין דאקני שיחול  
השעבוד אף דהוי דבר שלא בא לעולם מ"מ לענין מכירה הוי דשלב"ע ולא נקנה ללוקח  
השטר חוב ובמ"א דנתי אם פן אמאי שטרי המאחרין פשרין אף דכתוב בו דאקני ניש  
דלמא ימפור המלנה השטר חוב והלקוחות לא יהיו נזהרין מלקנות פֿינן שהלוקח לא זכה  
בה דאקני וכשיבא לב"ד יטרוף הלוקח דלא נדע שהוא מאחר הגם דיש לחקור גם בזה  
אם יכול המלנה למפור השטר חוב קודם זמן הפתוב בשטר די"ל פֿינן דהורע פחו של  
בטל השטר דאינו טורף רק מזמן השטר ולא מתחיל השעבוד רק מזמן הפתוב בשטר  
אם פן קודם הזמן הוי רק כמלנה על פה ואין השטר רק כמו שטר ראיה דאינו נקנה  
בכומ"ס מ"מ יש לדון דמחוסר זמן ל"ה דשלב"ע דזמן ממילא אתי פן נמי בזה פֿינן  
דנדאי יבא הזמן הפתוב בשטר ויחול השעבוד יכול למפור מהשת" בכומ"ס אם פן אם  
נאמר דהלוקח לא זכי בדאקני יכול לבא לידי קלקול שיגבה שלא פדין וי"ל פֿינן דאם  
היה נשאר השטר חוב אצל המלנה היה טורף היה ללקוחות להיות נזהרים להשאיר  
לגבות להמלנה פֿינן דהברי"ר ביד הלוקח השטר חוב לחזור ולמפור להמלנה ואז המלנה  
טורף אף מדאקני פֿינן דזכות הדאקני לא הוי במכיר' נשאר אצלו עם שעה"ג ממילא  
פֿשחזר וקנה השטר יכול לגבות אף מדאקני ואף להסוכרים דיכול למפור אף שעה"ג  
מ"מ נראה דאם חזר וקנה מהלוקח פֿינן דמדאורייתא לא הי' מועיל המכירה ונשאר אצלו  
השעבוד הגוף רק מדרבנן היה מהני המכירה פֿשחזר וקנה טורף אף מדאקני והיה  
ללקוחות ליזהר ולכף שטרי מאחרין פֿשרין.

אולם מ"מ אף אם נאמר דהלוקח השטר חוב לא זכה בזכות הדאקני אף אם לא כתב כלל  
בהשטר דאקני מ"מ מיניה דידיה משמעבד והקונה השטר חוב קנה זאת לכף אף שנמצא  
שהי' עני מ"מ הקנין שקנה זכות השטר חוב יש ויש] אבל בממחה לו חובו במעמד ג' זה  
היה שישנה בהחוב לתקנת סותרים שנה רוצה לגבות ממנו חובו אף דהיה לו כפר שעבוד  
על ראובן מ"מ רוצה לגבות ממנו החוב בפרעון ואינו רוצה בשעבוד בעבד לנה דהא  
בלא"ה יש לו שעבוד על הראשון ואפוכי מטרטא ל"ל לכף הוי טעות בגוף הקנין ואנן  
סהדי דלא על השעבוד ושיהיה זה לו לעבד היה דעתו ולכף כ' הבעה"ת פֿינן דהממחה  
אומר לזה תן מעותי והוא אומר הן אתן בנדאי הוי כמים במקח דדעתו היה לקבל ממון  
מזה ולא שעבוד היה דעתו וכיין דנתברר דאין לו אז אין טעות גדול מזה.

ולפי זה היה נראה דנה דוקא היכא דהמחה בשביל חוב שחייב לו אבל אם מכרו לו חוב  
בעל פה במעמד ג' דומה למוכר שטר חוב דאין אונאה בזה פֿינן דזכה בחייב ושעבוד  
שקנה.

אף יש לדון דהבעה"ת כ' בהוא אומר הן אתן דנדאי אין לה טעות גדול מזה ובעה"ת  
לשיטתו דמעמד ג' ל"מ בע"כ כמו שכ' משמו הש"ף (ס"ק כ"ח) אבל לדעת הש"ע דמהני

אף ע"כ אם פן אם קנהו בעל פרחו שלא אמר אתן י"ל דאם הנה אז עני לא הוי מקח טעות ומדברי המחבר פאן משמע דבכ"מ חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו וי"ל דעיקר קנין מעמד ג' פנין שהיא מתקנת הסותר שייצטרף לסלק לזה מעות ואין לו אם פן נתקן רק שנה יקבל החוב בעד סחורתו ולא נחית לקנות השעבוד על לוי ולכה הוי פמום בגוף המקח משא"כ במוכר שטר חוב:ג) דעת הש"ך הנז' דמעמד שלשתן אינו בע"כ רק ברצון שלשתן לדין יראה דהוי ספיקא דדינא ויש לדון פנין דעיקר תקנתא הוא משום תקנת הסותרים ואם הסותר לא יסמוך דעתו בטלה עיקר התקנה ומטעם זה דעת הר"א ממיץ גבי חובת עכו"ם פנין דלא סמכה דעתו דאשר פיהם כו' הסותר לא יסמוך דעתו להכי לא תקנו בחובת עכו"ם וכמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק ה') אם פן פנין דלדין יש ספק אם מהני בע"כ וממילא אין ביזו להוציא בב"ד מן הלנה השלישי כשלא נתרצה שוב אין הסותר סומך דעתו וי"ל דשוב לא מהני אף אם תפס שמעון ממנו אף דיכול לומר קים לי דהתקנה הנה שיועיל אף בעל פרחו מ"מ פנין דהשתא לדין יש ספק להב"ד ואין מוציאין שוב לא סמכה דעתו ובטלה עיקר התקנה ומה"ט יש לומר בלנה שאמר למלנה רבית קצוצה שיש לי ביזו תנהו לפלוני דלא מהני בנה מ"ג פנין דאין ב"ד יורדין לנכסיו י"ל דלא סמכה דעתו ולא שייך בנה קנין מעמד שלשתן דלא תקנו רק שייסמוך דעתו ובנה שלא נחתין לנכסיו לא סמכה דעתו וע' בחידושי רע"א ז"ל שנסתפק בנה די"ל פנין שאין עליו שום שעבוד רק קיום מצוה דמה"ט אין הב"ד יורדין לנכסיו י"ל דלא שייך בנה קנין מעמד ג' והניח בצ"ע ולמה שכ' י"ל גם פן אף אם בליכא שעבוד חל קנין מ"ג מ"מ פנין דאין יורדין לנכסיו לא סמכה דעתו על זה ולא נתקן בנה קנין מע"ג: ברם י"ל דבמקום שהיא ספיקא דדינא אף דליכא סמיכת דעת מ"מ מהני תפיסה פנין דאם הנה ידוע ליה שנתקן מ"ג אף בעל פרחו היינו יורדין לנכסיו ממילא מספק אין מוציאין מיד התופס ודומה לכל הקנינים במקום שהיא ספק אף דכל קנינים תליא בסמיכת דעת וכיון דמספק א"מ מהמחזק נאמר דלא יועיל תפיס' דכל דלא מוציאין ממנו ליכא סמיכת דעת ומ"מ מהני תפיס' כמו דמצינו נגבי ספק שהיא בקנין אגב (סי' ר"ב) וכדומ' במשיכ' בכל ספיקות בקנינים מהני תפיסה ולא אמרינן פנין דמספק אין מוציאין ליכא סמיכת דעת ולא מהני שוב הקנין השתא אף לענין תפיסה פן נמי בספק אם נתקן קנין מ"ג בע"כ מ"מ מהני תפיסה: וראיתי בספר שער משפט שכ' לדון לחלק בין אם הגבהו בחוב לאם נתן לו החוב או פקדון במתנה דבמתנה יכול להחזיר להממחה אבל אם המקחה בעד חוב אינו יכול להחזיר להממחה וחילו ממה שכ' הרשב"א ר"פ התקבל בהא דקאמר בש"ס שם דספוקי מספקי ליה לרב אם הולך פזכי או לא גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא הרי היכא דמספקא לן אם זכי או לאו אין לשליח להחזיר לבעלים הראשונים פנין דעכ"פ חייב למי שנסתלחו לו אבל במתנה פנין דהוי ספיקא דדינא אם זכה המקבל במ"ג בע"כ מוקמינן ליה בחזקת בעלים הראשונים.

וידעתי יש לחלק מדברי הרשב"א גיטין הנ"ל דכ' דל"ד לחוב ופקדון דכיון דמה שיש ביזו משל אחרים הוא דמשדר ליה ספיק' לקולא דבעלים הוא והיינו פנין דהספק אם לאו פזכי הוא צריך השליח לקבל עליו אחריות וכמו שכ' הרא"ש שם דלשמואל אף דיכול לתפוס במקום דאינו חב לאחרים מ"מ אם אינו מקבל אחריות יכול לומר את לא מהימנת לי וכמו שבארתי לעיל (סי' ל"א) ואם פן אף אם נאמר דרב דאמר אינו יכול

לחזור הוא מספיקא אם הולך פנכי הוא או לא מ"מ פנין דעיקר הספק הוא אם יצטרף השליח לקבל אחריות ועל זה השליח הוא מוחרז לכה ספיקא לקולא דבעלים הוא פנין דלא שנייה לאוקמי בחזקת בעלי הראשונה מה שאין פן בנדידון זה בהמחה במעמד ג' בעל פרחו פנין דספק' הוא אם נכה המקבל או לא מוקמינן לה אחזקת בעלים הראשון וגם חובו של הבע"ח על חזקתו דעדיין לא נפרע: ד) ראיתי בס' המקנה קידושין (דף מ"ח) דהקשה אמאי הוי מעמד ג' כהלכתא בלא טעמא למה לא משתעבד להנמחה מטעם עבד פנעני ותירץ דמלנה אינו קונה ואפתי יש לדקדק הא נוכל לומר דמשתעבד מצד הנאת מחילת מלנה שנה מוחל לו החוב כדי שישתעבד לנה.

ונראה ליישב דבשלקמא בנותן לו דבר בעין ובהאי הנאה יקנה האחר השדה שפיר קונה אף דקבל מאחר אבל פאן מה הנאה חדשה יש לו הא מה דמוחל לו צריף שישתעבד פנגדו להנמחה הא זה שמוחל לו צריף שישתעבד להאחר ואי במה דנשתעבד לו זה מלנה חדשה ויש לו הנאה דמוחל לו המלנה ישנה זה קאמר בש"ס וקאמר אלא מעתה כו' דכפתי ושקלי לאלתר ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בחידושי ש"ס ופ"ט (סי' קכ"ו סק"א): ה) ואם יכול הראשון שהמחה לבע"ח שלו למחול דנחלקו הפוסקי הרבה בזה אם אלים פחו דמע"ג ממוכר שט"ח לחבירו או לא והש"ף (ס"ק י"ב) האריף בזה וכ' נאפילו תאמר דאינו יכול למחול ולא מצוי למימר קים לי בכה"ג וכמו שהכרעתי (סי' ס"ו ס"ק כ"ד) מ"מ לענין קידושין אין תלמיד פמוני מקריע בין הרה"י הגדולים ופשיטא דיש להורות דאינה מקודשת אלא מספק וסיים ודלא כמהר"מ יפה שכ' בפשיטות דהוי מקודשת.

ויש להבין הא פנין דפסק דאינו יכול למחול ומוציאין ממון איזה ריעות' וגרעון יש במקדשה במע"פ שביד אחרים הא קנתה המלנה וא"י למחול ומוציאין ממנו אף אם מחל לו המקדש אם פן שוב סמכה דעתה ואין ריעותא רק דלא סמכה דעתה פמבואר בש"ס פ' האיש מקדש שהביא הש"ף שם ואם פן פנין דלעולם מוציאין מן הלנה אף אם מחול מה"ת לא תסמוך דעתה ולפי פסק הש"ף דהכריע דמוציאין ממון אם פן שוב סמכה דעתה ודוחק גדול לומר פנין דיש פוסקים דמהני מחילה שוב לא סמכה דעתה דמה"ת נאמר פן ודברי מהר"מ יפה נכונים בזה פנין דפוסק דאינו יכול למחול למה לא תהנה מקודשת בבירור.

ובתנאים הביא משם מהר"ם גלאנטי דלמ"ד במעמד ג' אין האשה מתקדשת אף בקרקע לא קנה כי תליא זה בזה והשיג עליו פנין דכל הטעם הוא דלא סמכה דעתה ואף דיצטרף לשלם באשה לא אפסדיה או דהאשה בוששה לתבוע בעלה בב"ד על הנזק וזה לא שנייה במקח שדה.

ומה דפשוט ליה תמהני הא הש"ף (סי' ק"ץ) כ' בפשיטות להיפך דבקרקע לכ"ע לא קנה ובקידושין אבל באיניש אחרניא כ"ע מודו עיין שם ועיין שם בקצוה"ח דחולק על הש"ף מתוס' ב"ב דכ' משום דאשה בוששה לבא בב"ד לתבוע מבעלה ולכה לא סמכה דעתה ממילא בקרקע כה"ג קנה בשטר חוב דאין המוכר מתבייש לתבוע ללוקח במה דמחל.

וקצת י"ל לדעת הש"ף דהוכיח מדברי רש"י דלא קנה דנדאי לא סמכה דעתה ומה לו למיקם בדינא ודינא ולהכניס את עצמו בזה רק באשה דיותר ממה שאיש רוצה לישא

אשה רוצה להנשא מכנסת א"ע אף בתגר זה רק פניו דבושה לתבוע מבעלה לא סמכה דעתה דאין פאן פסר קידושין פלל ומ"מ פבר הספימו האחרונים דבקרע קנה בשטר דאחרים: ובתומים (סי' ס"ו) כ' לראיה ברורה דאינה יכולה למחול מב"ב (דף קמ"ח) דשכיב מרע שאמר הלנאתי לפלוני דמהני הואיל דאיתא בבריא במעמד שלשתן ואם פן יהיה היורש יכול למחול אלא נדאי דאינו יכול למחול אף בבריא ולא אבין הא להסוברים דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן וגם פן מהני בשכ"מ ואין היורש יכול למחול מטעם שלא תטרופ דעתו א"כ כ"כ במע"פ אם ליתא פלל בבריא שפיר ל"ה מהני בשכ"מ לכה אמר רבא אמר ר"נ הואיל דאיתא בבריא במעמד ג' דמצינו דחל הקננו מהני נמי במתנת שכיב מרע כמו במלנה בשטר ושוב בשכ"מ שלא תטרופ דעתו שוב אין היורש יכול למחול כמו בשטר חוב ושני הדיני אמר רבא אמר ר"נ.

ובאמת י"ל דגם במעמד ג' היו מתקנים מפני תק"ה דלא יהי יכול למחול רק פניו דבשטר חוב מצינו דיכול למחול לא רצו חכז"ל לאלם פח מלנה על פה ממלנה בשטר להסוברים דגם במע"ג יכול למחול כמו שכ' הפוסקים הסוברים פן אכל במתנת שכ"מ כמו דמצינו בשטר חוב דלא מהני מחילת היורש משו' שלא תטרופ דעתו דשכ"מ פן במלנה על פה לא מהני שוב מחילתו פניו דעכ"פ גוף עצם הקננו מהני בבריא וז"פ לענ"ד ועמ"ש לעיל דיני הלנאה (סי' ס"ג אות ל"א): ו) הטור הביא ד' תשובת הרא"ש ראובן קנה סחורה משמעון וא"ל אעמידה אצל לוי שאני עושה לו מלאכה ונותן לי כף וכף לשנה ולכשיגיע הזמן יתן לה שכרי במקומי והעני מי שיהיה חייב ליתן לו המעות אם חייב הלוקח ליתן לו המעות והשיב שחייב שזה לא נתחייב לו עדיין מעות הלוקח בשעה שקבל עליו ליתנם שעדיין לא נעשה המלאכה דאינו מתחייב במעמד ג' אלא אם פן היה בידו מעות משל מי שמצוה לו וכיון שקנה ממנו הסחורה נגמר המקח ונחייב הלוקח ליתן לו ועיין בפרישה ובתשוב' הרא"ש (פלל ס"ט) והסמ"ע (ס"ק כ"ג) דכ' הא דלא חייבו הרא"ש רק מפני של"ה בידו משעת המחאה הא בלא"ה לדעת הרא"ש לא מיפטר ולא נסתל' חייבו של הראשון הוא משום דאמ' לו הלנה מזלה גרם שהעני וכבר השיג על זה הש"ך (ס"ק מ') פניו דהיה יכול לחזור עליו קודם לכן לאו ברשותו העני עיין שם ובס' נה"מ על רבינו ירוקם (דף פ"א ע"ב) וראיתי במהרי"ט (ח"א סי' קכ"ב) שהוכיח מדברי הרא"ש הנז' באם ראובן אמר לשמעון תן לי סחורה ואעמידה אצל לוי בעל חוב והמחהו אצלו דבהא לכ"ע אין שמעון יכול לחזור ולתבוע מראובן דמי הסחורה שיאמר אלמלא לא נתרצית לקבל מלוי לא הייתי מתחייב לה עיין שם באורף ולכה דן הרא"ש פניו שעדיין לא היה חייב לה הוי אונאה אבל בלאו הכי היה הלוקח יכול לומר לא לקחתי אלא על דעת שתקח מלוי המעות וכן כתוב בספר תפארת שמואל דהוי כאלו התנה הלוקח עמו דאדעתא דהכי הוא לוקח הסחורה שיטול המעות מלוי ובאם לאו אינו חפץ לקנות וכן משמע בתשובה להדיא.

ולכאורה יקשה מדברי תשובת הרא"ש שם (סי' ז') בראובן שקנה תבואה משמעון בממון ידועוכ' על הממון שטר חוב וקודם שקנה מידו שאל מי יתן לו התבואה אמר יהודה יתן לה ובאותו מעמד קבל יהודה על עצמו לתת התבואה לראובן ואחר כף קנו מיד ראובן על השטר חוב קננו גמור ויהודה טוען אחר כף שלא היה בידו משל שמעון שום דבר והשיב פניו שלא רצה לחייב א"ע ולהשתעבד באלו המעות עד שיהודה אמר לו ליתן

התבואה הני ליה תן לו נאני נותן לה דהני כקבלן וממי שיירצה יפרע הרי דלא נפטר שמעון בנה.

אולם ל"ק דכהה דתשובת הרא"ש (סי' ה') איירי באמר לו אין לי מעות שאמתן לה אבל אעמידה אצל פלוני וכן בדין דמהרי"ט לא נתחייב ראובן כלל רק שימתן לו סחורה שייעמידהו אצל לוי בעל חובו לכה אינו יכול לחזור על ראובן דכבר סילק לו דמי הסחורה ועד"ז קנה שלא יתחייב לו מה שאין בן (סי' ז') שראובן קנה משמעון התבואה ונגמר המקח ביניהם רק בטרם שקנו מן ראובן על הדמים שבשטר חוב שאל מי יתן לו התבואה העמידו אצל יהודה לכה אף דיהודה נתחייב מטעם תן לו נאני פורע פיון דלא רצה להשתעבד את עצמו לחייב במעות עד שיהודה אמר לו ליתן התבואה הני קבלן וממי שיירצה יפרע פיון דכבר נגמר המקח בין ראובן ושמעון וכבר נתחייב ליתן לו התבואה דאף ביצא השער מהני אף באם אין התבואה בידו מ"מ קנין צריף ומה שכתב לו שטר חוב זה אינו עושה קנין דכבר כתבו האחרונים (סי' ל"ט) דלא כמבי"ט שהביא הש"ך שם דשט"ח אינו עושה קנין כלל ואם פו על פרוח עובדא דהרא"ש איירי דכבר הי' קנין המועיל על העמדת התבואה ורק בטרם שקבל קנין על חיוב והשתבעדות השטר שאל מי יתן לו התבואה והעמידו אצל יהודה שפיר כ' הרא"ש דממי שיירצה יגבה מה שאין בן בהה (דסי' ד') דלא נגמר חיובו מקודם פיון דהני באלו התנה הלוקח דאדעתא דהכי הוא לוקח הסחורה שיטול המעות מפלוני שעשה אצלו מלאכה וכמו שכ' שם בשאלה בפירוש דאמר לו אין לי מעות שאמתן לה אבל אעמידה אצל פלוני ולא נתחייב מקודם לכה לא יכול לחזור אצלו ודן הרא"ש דחוזר מטעם אונאה שהי' סבר שזה יתחייב לו המעות ולא נתחייב לו ומדמה להא דאמר מכור לי באלו אע"ג דאמר באלו משמע הן רב הן מעט פיון שהזכיר מך נתקיים המכר וצריף להחזיר אונאה ה"נ פיון שקנה ממנו נגמר המקח ואם הבעל מלאכה לא יתן חייב הלוקח ליתן הדמים.

אף יש להבין בדברי הרא"ש שמדמה להא דמכור לי באלו ובמכור לי באלו מספק' ליה להרא"ש בפסקיו פ' הנהב אי הלכה דקנה ומחזיר אונאה או כר' אבא דאמר משמיה דר"ה קנה ואין לו עליו אונאה וכן הביא הטור ורמ"א דעתו (סי' רכ"ז ס' י"ט) ועיין שם בסמ"ע וטו"ז וכאן כ' הרא"ש פיון שהזכיר מך נתקיים המכר וצריף להחזיר אונאה ואיך פסק דה"נ פיון שקנה ממנו נגמר המקח ואם בע"מ לא יתן חייב הלוקח ליתן הדמים ואמאי מחייבו פיון דבשעת חיוב העמידו אצל זה שעובד אצלו וכנראה העני אחר כך אף דלא קנה אז החיוב של בעל המלאכה פיון דעדיין לא נתחייב לו מ"מ אחר כך פשגמר המלאכה אצלו ונתחייב לו רק שהעני איזה אונאה יש בדבר כשמכר לו בעד חוב זה.

וצ"ל דאיירי עובדא דהרא"ש דהואיל דהעני לא נגמר אצלו המלאכה ולא בא לידי חיוב לכה הני אונאה בהמקח ומה שכ' הרא"ש פיון שקנה ממנו נגמר המקח לאו דהי' קנין כבר דאם פו כבר נתחייב הקונה ובלאו אונאה יכול לחזור עליו לדעת הרא"ש רק שפיון שזנפר המקח לא יכול לומר אדעתיה דהכי לא קניתי וכיון שקבל הסחורה יכול לתבוע מדין אונאה ועדיין צריף עוד ביאור הדברים: ז) גם בחוב שלא הגיע זמן פרעון יש בו דין מעמד שלשתן כמו שהצריף הש"ך (סק"א) ודלא כמו שכ' בתשובת מהרשד"ם.

ובתנאים כ' ראיה דיש בו דין מעמד ג' מהא דרב מרי בר רחל בש"ס ב"ב (דף קמ"ח) דאיסור גיורא דהוי ליה תליסר אלפי זוזי בי רבא דאמר רבא היכי נקניהו רב מרי אי במעמד ג' לא אזלינו ומה פל החרדה ימנה שליח בעדים להביא שילו מרבא וצריף לומר דהוי פקדון ביד רבא בזמן ועל היתר תשמישו והו"ל הזמן לטובת הנפקד גם פן ואינו יכול לתבעו תוך זמנו ואינו יכול לכופו להחזירו תוך זמנו במה שהוא לטובתו ועל תנאי זה קבלו ותקנו משיכה בשומרים דלא למיהדר ביה תוך זמנו ומבואר משם דאפילו תו"ז שייך מעמד ג'.

ולא אבין אם הנה ביד רבא פקדון בזמן ועל היתר תשמישו אם פן אף קנין סודר אף אם תאמר דמטבע נקנה בתליפין לא מהני דיוכל רבא לקנות בהלואה וכן אגב לא מהני ולא מפעי לדעת הש"ך (סי' רצ"ב) דאין הנפקד חייב להחזיר למפקיד אותן מעות ויכול לתן מעות אחרים תחתיהן ודאי לא שייך להקנות בקנין סודר ואגב.

ואף דהח"צ בהגהות טו"ז (סי' ע"ג) משיג עליו דלדין דקיי"ל כר"נ נאנסו לא חייב להחזיר אותן מעות מ"מ פיון דאיירי בנתן לו רשות על זמן וכ"ז שירצה אין צריף להחזיר לי פי יכול להשתמש בו והוי פאלו נתן חפץ בידה שהברירה יהיה בידו פל זמן שירצה יהיה קונה דכ"ז שאינו רוצה אין לו בו קנין ולכך אינו חייב באונסין וכשירצה קונה אותו בעל פרחו של הנותן אם פן יכול רבא לומר שירצה לקנות והוי פמלוה ואינה נקנה לא בתליפין ולא באגב [ועיין נתיבות (סי' רצ"ב) שמיישב בדרף זה דברי הש"ך דכוננתו גם פן על דרף זה וכבר כתבתי לעיל דיני טו"נ (סי' ט"ו) דלא תפנונו דבריו למה שכתב הש"ך (סי' מ"ז וצ"ט) לענין בעל חוב פשאומר הלנה ממון שיש בידו שהם פקדון דאינו נאמן פיון דיש לו רשות להשתמש הוי פשלו הרי דסובר דאף פשאינו רוצה להשתמש בהן סובר הש"ך דהוי פשלו ועיין תשובת שארית יוסף (סי' כ"ה) שהביא דברי האלפסי היכא דאיתא פקדון גבי חברה וכי תבע מניה יהיב לי פמקרקע דמי דקיי"ל פל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא וכ' דמלשון הנ"י משמע שהאלפסי אינו מדבר רק בפקדון מטלטלין ולא במעו' פקדון דכ' ומיהו מטלטלי דפקדון יכול להקדיש כו' והטעם נ"ל לפי שמעות פקדון יכול הנפקד להוציא דישתמש בהן ולפיכך חייב בגניבה מה שאין פן במטלטלין עכ"ד וזה נוטה פדברי הש"ך אולם דבריו תמוהין מעובד' דאיסור הנז' דמבואר דפקדון זוזי יכול להקדי' ולהקנות.

ואולי ס"ל דשם הנה מעות צורין ביד רבא ודוחק] וצ"ל לדעת התנאים דרבא לא רצה לזכות בו דאז יהי חייב באונסין דיהיה פלנה ואם יחנה מרי בר רחל ויתבע ממנו יהי חייב באונסין אולם מ"מ זה דוחק דהיה רבא יכול לזכות בהן בתשמיש על תנאי אם ימות איסור יזכה בהן מעכשיו ולא יחול על זה קנין סודר ולא קנין אגב ואם יחנה יתבטל זכירתו ולא יתחייב באונסין ויש לדחוק לדבריו דמ"מ הש"ס נקט בפשיטות דמטבע לא נקנה בתליפין ולית ליה ארעא ודוחק ומקושיתו דהיה לו לשלוח שליח אין להכריע בזה די"ל גם פן דהיה לו לאיסור שטר מרבא ולא הי' מצוי בידו אז וכדומה אולם בלא"ה דעת פל האחרונים דאף בחוב שהוא תוך זמן יש קנין מעמד ג' ואינו דומה לפתובה דשם אפשר שלא תבא לידי גביה לעולם אבל חוב שהוא ברור שייבא ליד גביה לכ"ע יש בו קנין ע"י מעמד ג': ח) עוד הביא הש"ך ד' מהרשד"ם בפמעון שקבל עליו במעמד ג'

לשלם לראובן בעד לוי מסחור' של לוי שבידו אחר שיקבל ממנו פרעון חובו שחייב לו לוי פינן דאפשר שתולזל הסחורה ולא יעלה לסכום חוב שמעון דומה לכתובה ולא הוי מנה לי בינך וכ' הש"ך דאיברי שלא הנה הסחורה שנה בבירור בשעת מעמדות כדי חוב שניהם והנה הדבר בספק אבל אם אז הנה שנה כדי חוב שניהם קנה מדין מע"ג אף שהי אפשר שתולזל אחר כך ובקצוה"ח כ' פינן דלוי אינו יכול לכוף לשמעון שיקח לו מהסחורה כדי חובו והשאר יחזיר לו דכל זמן שלא פרע חובו אינו יכול לכוף להחזיר לו פמבואר (סי' ע"ג) ואם פן פינן דאינו יכול לתבוע עכשיו לא הוי מנה לי בינך עכשיו דיכול להיות דבזמן הגביה אם תולזל הסחורה אין לו כלום ומשום הכי אין בו דין מעמד ג'.

ולכאורה י"ל פינן דעכשיו שנה כדי חוב שניהם ואם לוי יסלק לשמעון חובו במעות כפי חובו יכול לעשות פן אם פן זכות זה זכה בו ראובן וכיין דיכול לסלקו במעות שלוי חייב לשמעון והוי כמו שיש לו עכשיו דבר ברור בידו עכ"פ ולמה לא ינפה אף אם לא סילק לו ראובן אם נמכר הסחורה על ידי שמעון ונשאר מותר מפני חובו שחייב לוי לשמעון ואינו דומה לכתובה דאפשר שלא יבא כלל לידי גביה אבל פאן אף דאפשר שתולזל הסחורה ולא יהיה מותר ביד שמעון מ"מ פינן דעכשיו שנה כדי חוב שניהם הוי כמו שיש לו עכשיו זכות אצלו מה ששנה בבירור ובידו לסלקו חובו וכפי ששנה עכשיו ידענו שיש לו אצלו ואז אף אם לא מסלקו הוי עכ"פ כמו שיש לו אצלו עכשיו רק שממנושכין אצלו והוי כמו אם ראובן השכין משכונן אצל שמעון ששנה מאה על חמשים ושוב העמיד ללוי מהמשכונן ישמעבד גם ללוי על חמשים דאף אם תולזל המשכונן ולא יהיה שנה רק חמשים לא יגבה לוי כלל מ"מ נראה דאזלינן בתר השתא הואיל דשנה מאה עכשיו ואם השני של המשכונן כמו עכשיו דנראה דזכה לוי אחר שקבל שמעון חובו וה"נ דכונתיה פינן דעכשיו שנה בבירור זכה ראובן בהמותר מה שאין פן בכתובה דגם עכשיו אין לה על בעלה כלל ושעבוד הוא רק אם יבא לידי גוביינא.

ואף דזכות זה שנה ממון למפור בספק בעד טוה"נ מ"מ שום חיוב ליכא עליו אבל בסחורה שלו רק שראובן לא יקבל רק אחר שיגבה שמעון חובו מ"מ עכשיו הוא סחורתו ויכול לסלקו מכל וכל אבל פשאין הסחורה שנה בבירור עכשיו כפי חוב של שניהם ל"ה חוב ברור לכה א"ב דין מע"ג: ט) אם המחזיק שיתן לו הבעל חוב מעותיו כדי שיקנ' בעדו סחור' הביא הש"ך משם מהר"ם אלשיקר לא קנה מדין מעמדג' ולא הוי אלא שליח וכ' הש"ך הטעם פינן דנשאר זכות לראשון לכה לא מהני וכ' הקצוה"ח דהיינו דוקא שיקנה לו סחורה דעדיין יש פח לראשון בו ולא הוי אלא שליח אבל אם המחזיק שיתן לו מעותיו בהלואה פינן דמלוה להוצאה ניתנה הוי כמתנה וצריך ליתן למי שהמחה.

וראיתי בנתיבות משפט הספרדי (דף פ') שהביא פן משם מהר"ם שחיון דאף בדרה הלואה קנה מדין מע"ג וכ' דמדברי מהר"ם אנשיקר נראה שחולק על זה ואף דיש לחלק דשם שליח שוניה מ"מ מתוך הפשוט דבריו שם (סי' ס"ג) נראה שפובר דאף באותו נידון של מהרש"ח א"ב דין מ"ג.

ובתומים (סק"ב) כ' להביא ראיה מש"ס ב"מ (דף ע"א) דפריה בנכרי שלנה מישראל והעמידו אצל ישראל לתת לישראל השני בריבית דאסור בשלמא זה לחומרא אלא ריש'

דישראל שנותן במעמד הנכרי מעותיו לישראל השני דקתני מותר פנין דאין שליחות לנכרי איהו שקיל ריבתא ושם יש מעמד ג' ונסתלק הלנה וקנה הנמחה וכיון דהלנה פטור בזה נסתלק הישראל ומכ"ש ברישא דנכרי הנה הלנה פשיטא דישראל השני נעשה לנה לראשון והנכרי נסתלק לגמרי ואסור ומה חומרא יש בזה עד שהתוס' שם כתבו במסקנא ל"א לחומרא ובלא נו"נ ביד מותר וקשה הא באופן זה לכ"ע מ"ג קונה אפילו שאינו ישראל אלא ודאי פנין דנותן רק בהקפה ועדיין יד ראשון הממחה בו לא שינה בו מעמד ג'.

ובאמת לטעם הש"ך בנידון דמהר"ם שיקנה לו סחורה אתי שפיר דלא הוי רק פשלווחו פנין דאף אם נאמר דקבל השליח כבר יכול גם פן לבטל שליחותו אם פן המעות שקבל השני מעות דראשון הוא מה שאין פן בהלוא' אם נאמר דזכה כבר נסתלק הראשון לגמרי דמלנה להוצא' נתנה ואם פן למה לא יקנה בהלואה דלדין מלנה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה ואם כבר העמידהו שיתן לו בהלואה למה לא נאמר פאלו כבר זכה בו ונסתלק הראשון לגמרי.

ובאמת הנה נראה לחלק דדוקא באם ממחהו לתת לקנות סחורה בעדו בחנם דאין לו שום זכות וקנין בממון זה אז לא הוי רק כשליח ולא נסתלקו הבעלים מחוב זה פנין דאף אם קבל הממון יכול לבטל השליחות.

אבל אם המחיה לתת להאחר ושיקנה בעדו סחורה ובשכר שירוויח פה וכה דבזה אם כבר קבל המעות וחוזר בו ומבטל שליחותו וחוזר דאינו יכול לחזור פנין שפבר זכה בהמעות לעשות שליחות בו וצריף שישלם לו מה שהבטחהו בזה י"ל דמהני דדומה להלואה והיכא דאם כבר קבל א"י לחזור הוי נסתלק לגמרי: וראיתי בפרישה יו"ד (סי' קס"ט) שם על דברי הטור שכתב בישראל שחייב לאינו ישראל בריבית ובקש להחזירם מצאו חבירו ואמר תנם לי נאני אעלה לה כו' ואפילו העמידו אצל האיני ישראל ואמר לו הא"י תנם לישראל זה והפטור כו' אסור דכיון דקיבל מיד ישראל נראה פנותו ריבית לא"י בשליחו' וכתב הפרישה מה שכ' נראה אע"ג דאין שליחות לנכרי מ"מ א"ב ריבית ממש שהרי זה המקבילו אינו מקבילו אלא בשביל הנכרי וכ' שם בהגהו' פנו והעיקר דבכה"ג קנהו במעמד ג' פמו שכ' בח"מ (סי' קכ"ו) דכשהנכרי הממחה זוכה ישראל המקבל מישראל הממחה עכ"ל.

הרי מבואר דפשיטא ליה אף דמקבל רק בהלוא' ועדיין יד הראשון הממחה בו שינה בו דין מעמד ג' וכשיטת הר"ש חיון ז"ל והקצוה"ח. ובקונשית התנאים בנכרי שחייב לישראל הא הוי ריבית גמור י"ל למה שיש לדון דהיכא דנעשה על ידי קנין דמעמד ג' איסור לא תקנו חז"ל בזה שיועיל הקנין דומיא למה שכ' הרמ"א (סי' רל"ה) משם הר"ן בתשובה דאף בפעוטות מקח וממכר מ"מ אם מקרו בנכסים מועטים לא מהני הקנין ה"נ לא תקנו היכא שנעשה איסור על ידי קנין זה לא מהני וכיון דאם נאמר דישראל השני נעשה בקנינו לנה לישראל הראשון איתעביד ביה איסור בזה לא תקנו חז"ל שיועיל קנין דמעמד שלישותו.

שוב ראיתי בספר שע"מ (ס"ק ד') שכ' גם פן דבדבר האיסור לא תקנו דלקני וכמו בפעוטות והגם דיש לחלק דבנידון דתשובת הר"ן וכן בנידון שדן השע"מ דגוף הקנין



הוא באיסור מה שאין פן בזה דגוף הזכיה אינו באיסור רק מה שהתנה על הריבית מ"מ י"ל פיון דמעמד ג' הוא הלכתא בלא טעמא וגם בגוף הקנן החסרון דלא שניף בזה קנן במלנה על פה ומשום תק"ה תקנו פן במלתא דאיסורא לא תקנו דליקני ולקמן אי"ה בקונטרס הקנינים יבואר בדין זה דבאיזה אופן נאמר דבאיסורא לא תקנו.

ועיין בספר חנות דעת (סי' קס"ט ס"ק ח') ויש בזה להאריך טובא בש"ס דב"מ וראשונים המובא בש"מ שם והוכרחתי לקצר פאן ועיין מה שהבאתי לעיל דיני הלואה (סי' מ"ו) שהבאתי דברי ריא"ז כ"י גיטין שכתב על קנן דמעמד ג' שהוא הלכתא בלא טעמא הללמ"ס וכן דברי רמ"ה ב"ב (פ"ט ס"י פ"ג) שכ' דקנן מעמד ג' הוי קנן דאורייתא ואינו יכול למחול ודברי מבי"ט בספר קרית ספר עיין שם בק"ס (פ"ו) ממכירה ובפרק (ט"ז) ממלוג ובמה שכ' שם ויבואר עוד אי"ה בקונטרס הקנינים ועל פרחי פוננתם דאלם קנינו פמו הללמ"ס ואם פן יש לדון דגם במלתא דאיסורא מהני קנינו מ"מ מדברי פל הראשונים מבואר דקנן קליש הוא והבו דלא לוסף י"ל דבמילתא דאיסור לא מהני וכיון דאין ראיות התנאים מוכרעת כ"כ לדינא בהמחה בהלואה י"ל אם תפס המקבל מן הבע"ח המזון דמהני תפיסה ויכול לומר קים לי פשיטת הר"ש חיון והגה' אין שום הפריש' והקצוה"ח דמלנה להוצאה נתנה ואם כבר קנה השלישי שוב יד להמחה בזה רק דנתחייב גופו לשלם ונכסיו מצד הלואה: י) פשלא הנה אצל שמעון מזון דלא קנה במעמ"ג כ' הרמ"א (ס"ב באפילו מחל המלנה ללנה יכול לחזור בו כ"ז שלא קנה בקנן ועיין בש"ף (ס"ק ט"ז) פשפטר המלנה את הלנה לגמרי פשיטא דמהני אף בלא קנן ודלא כסמ"ע.

ובאורים כ' דאם פטרו בפירוש בין יתן בין לא יתן ודאי דמתחייב הב' מתורת ערבות רק בפטרו בסתם שלא יחזור בזה מחולקים דדעת הסמ"ע דצריף קנן ודעת הב"ח והש"ף דהה"ד בלא קנן והניח הדין בצ"ע.

ומצאתי בתשובת הרמב"ם (ח"א) הנדפס בלייפציג (סי' ר"ז) שנשאל על ראובן שהנה טוען על שמעון בחוב י"ד דינרים והנה מודה במקצת עד שפא לוי ואמר לראובן ארצה בטובתך שתמחול לשמעון הי"ד דינרים שאתה תובע לו ותפוש לו קנן על זה מחילה גמורה ואני אתן לה מפאן ועד כו' ששה דינרים וג' זוז ומתוף פך גתרצה ראובן עם לוי על זה ותפס קנן לוי לראובן על זה ושטר בקנן ועדים ובהגיע הזמן תבע ראובן מלוי ענה אותו ואמר אני נותן לה פלום אלא אם יתן לי שמעון שבשבילו עשיתי לה שטר זה ענה ראובן ואמר אין לי על שמעון פלום שכבר תפשת אתה קנן ממני שמחלתי לו הפל בשביל הששה שתתן לי והשיב שאעפ"י שלא הודה לוי לראובן שהנה שמעון מודה לו במקנת הרי יש לראובן להשיב את שמעון שאין לו בידו פלום מאותן י"ד דינרים ועכשיו שאמר לוי מחול לי התביעה פולה ואני נותן לה ששה דינרים ומחל לו בקנן ונקנה מן לוי על פך הרי לוי נשבעד לראובן ואלו לא קנה ממנו על פך הי' יכול לחזור בו ולומר לו חזור על בעל דינה שלא תסרתה עד עכשיו פלום שלא הנה לה עליו אלא שבועה הנה הוא לפניה לה והשביעו פי אותה מחילה בטעות הוא שלא מחלת לו אלא על מנת שאתן לה אני ועכשיו שאין אני נותן לה הרי מחילתך מחילה בטעות לה חזור אליו והשביעו אלא פיון שקנה ממנו על פך הרי שעבד עצמו באותו החוב ואינו יכול לחזור

עיינו שם ומדבריו יש ללמוד דעל ידי מחילה סתם לא נתחייב ויכול לחזור וכדעת הסמ"ע: (יא) כשהמקהו אצל אחר והודה הנותן שטענה הוא אינו נאמן אף ביש לו נכסים וצריף ליתן להמקבל וחזור וגובה מנותן בש"ע (סי"ד) ובש"ף (ס"ק ס"ז) תמה ע"ז דלמה יתחייב לשלם הא יכול לומר אלו ידעתי שיש טעות לא ציויתיך ליתן ולא הוי אלא גרמא וגם שאטה גרמת לעצמה שלא נזכרת וטעית וכמו שאטה הית טועה פן גם אני ואתה התחייבת בעצמה שהודית ולא נזכרת בטעות ועיינו בתומים מה שכתב בזה.

ולענ"ד אפשר לומר דלא צריף לחייבו מדין מזיק רק פיון שהיה לו להנותן טובת הנאה ליתן להמקבל מתנה חייב לשלם הואיל שזה נתן על פיו מה שהודה בעצמו שלא היה לו אצלו.

ודומה קצת להא דמבואר ירושלמי פ' הגזקין בראובן שמכר שדה באחריות והלוקח נתן במתנה לאחר ואחר כך טרף ממנו דיכול הלוקח לחזור על המוכר אף דלא אפסיד ליה פלוס יכול למימר ליה בעי הוינא מיתן וישלם לי טובו עיינו שם ובש"פ"א קידושין (דף כ"ו) וכן פסקינן בש"ע (סוף סי' רמ"א) וכאן נמי פיון דרצה ליתן במתנה לחבירו ולקבל טובה ממנו הרי נהנה מחסרון של חבירו ולכך חייב לשלם לו אף אם לא הי' רק גרמא ואף דיש לחלק מד' הירושלמי מ"מ נראה שכן ד' בעה"ת וטהור: אמר המקבר אחרי ראיתי הענינים מתרחבים ומתפשטי' לכמה ענפים וההוצאה מרובה וגם שלא יהיה ספרי זה גדול הפמות הנכרתי כי פה תהי' שביתתי ולהפסיק בין הפרקים ולא אביא הפעם עוד רק מעט מקונטרס הקנינים אשר לי בעזה"י כי גם רמזתי בכמה מקומות עליו וחשבתי לסדרו בדיני מו"מ ויען גם את זה אפס קצתו אביא ולא פולו קראתיו שם בפ"ע.

ואם אזכה להוציא לאור פסדון עפ"י הלכות הש"ע חה"ג אשלם חובתי בל"נ. וד' יחזקני ויאמצני לתורה ולתעודה אכיה"ר: תמו דיני גביית חוב כל תשא עון וקח טוב.

קונטרס הקנינים סי' א הא דקרקע נקנה בכסף כ' הסמ"ע (סי' ק"צ סק"א) היינו דוקא כשנותן בעד שיווי המקח ונותן בעד תחילת פרעון והשאר זוקף במלנה או היכא דכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה אבל אם אינו נותן בעד שיווי המקח אלא שנותן לקנין לא מהני דבשדה עפרון היה בעד שיווי המקח ובטו"ז חולק מהא דאשה נקנית בש"פ ואינו אלא לקנין דשיווי המקח לא שייף באשה: אוילם בפרישה כ' הסמ"ע דמהיכא ילפינו דאין פספס פחות מש"פ קונה מאשה כמו שכ' הב"י ואשה ילפינו משדה עפרון ושם היה דמי שיווי עיינו שם משמע דסובר דאשה מקודשת גם פן מטעם שיווי ולא מטעם קנין וכן משמע מדברי הרא"ש סוף פ"א דב"מ שהוכיח דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו דאינו חייב לשלם רק דמים שנתן ממה דמבואר בקידושין במקדש בשטר חוב דאחרים דלא סמכה דעתה ומחול ועל פרוטה אף דיצטרף לשלם אינו משלם אלא דמים שנתן וקידושי אשה אינו אלא פרוטה עיינו שם מבואר דשיווי דאשה לא הוי אלא פרוטה לכן סובר הסמ"ע דאם מקדש במנה ולמען שיחול הקידושין מקדשה בפרוטה באמת אינה מקודשת רק היכא שנותן הפרוטה על תחילת הפרעון.

אף קשה לכאורה אם ילפינו משדה עפרון נימא דלא נקנה קרקע רק היכא דנותן כל דמי השיווי ומנ"ל דנקנה בפרוטה אף כשנותן מתחלת פרעון וכן באשה נימא גם פן שיצטרף ליתן כל דמי השיווי.

וְצָרִיף לומר פִּינּוּן דְּבִאֲמַת יִלְפִינּוּ קִנְיָן פְּסָף בְּקִרְעָה מִדַּכ' שְׁדוּת בְּכֶסֶף יִקְנוּ כַּמְבֹאָר  
בְּקִידוּשִׁין (דָּף כ"ו) מִשֵּׁם גְּמָרִינּוּ דְנִקְנָה בְּכֶסֶף אִף הֵיכָא דְאִינוּ נוֹתֵן כֹּל דְּמֵי הַשְּׂוִיָּה מִדַּכ'  
סָתֵם שְׁדוּת בְּכֶסֶף יִקְנוּ.

אִף אִם כֹּן נִימָא דְעוֹשֶׂה קִנְיָן גַּם כֹּן אִף פְּשָׁאִינוּ נוֹתֵן לְשְׂוִיָּה הַמְקַח רַק לְעֲשׂוֹת קִנְיָן וְעֵינּוּ  
שֵׁם בְּתוּס' ד"ה אָמַר קָרָא שִׁכ' הָא דְלֹא אִיְתִי מְקָרָא דַּכ' גַּבִּי עֶפְרוֹן מִשׁוּם דְּדַלְמָא ה"מ  
מְנַכְרֵי וְכִינּוּ דְעִיקָר מַה דְּגַמְרִינּוּ דְבִישְׂרָאֵל גַּם כֹּן נִקְנָה בְּכֶסֶף מִדַּכ' שְׁדוּת בְּכֶסֶף יִקְנוּ  
וּמִשֵּׁם לֹא מִשְׁמַע שְׂוִיָּה הַחַיִּיב בְּקִנְיָן פְּסָף שְׂוִיָּה דְּמֵי שְׂוִיָּה וּפְרַעוֹן הַמְקַח: וּבִאֲמַת יִשׁ  
לְתַרְזַן בְּזַה קְוִשִׁית תּוּס' לְדַעַת הַטּו"ז דְּלֹא בְּעֵי שְׂוִיָּה מְקַח לְכֹן יִלְיָף הַש"ס מְדַכְתִּיב שְׁדוּת  
בְּכֶסֶף וְלֹא מִיְתִיב מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן דְּהִיָּה מִשְׁמַע שְׂבַעֲיָן שְׂוִיָּה מְקַח.

אִף י"ל דְּשִׁפִּיר הַקְּשׁוּ הַתּוּס' לְדַעַת הַטּו"ז דְּאֲשֶׁה דְּמִתְקַדְּשִׁית לֹא שְׂוִיָּה גַּבִּהּ שְׂוִיָּה וְכִינּוּ  
דְּזַה יִדְעֵנוּ מַגּוֹז"ש דְּקִיחָה קִיחָה כִּי יִקַּח אִישׁ מְקִיח' דְּשְׁדָה עֶפְרוֹן דְּאֲשֶׁה מִתְקַדְּשִׁית בְּכֶסֶף  
אִף דְּלֹא שְׂוִיָּה לְגַבִּהּ שְׂוִיָּה מִמִּילָא יִדְעֵנָא דְּגַם קִרְעָה נִקְנָה בְּכֶסֶף אִף הֵיכָא דְאִינוּ נוֹתֵן דְּמֵי  
שְׂוִיָּה רַק לְקִנְיָן.

וּלְדַעַת הַסַּמ"ע דְּבִאֲשֶׁה גַּם כֹּן מִצַּד שְׂוִיָּה מִתְקַדְּשִׁית וְלֹא בְּתוֹרַת קִנְיָן צָרִיף לומר פִּינּוּן  
דְּיִלְפִינּוּ בְּאֲשֶׁה דְּמִתְקַדְּשִׁית בְּכֶסֶף מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן וְשֵׁם הוּי מִצַּד שְׂוִיָּה שׁוּב יִלְפִינּוּ דְּקִרְעָה  
גַּם כֹּן אִינוּ נִקְנָה רַק מִצַּד שְׂוִיָּה הַמְקַח וְלֹא מִצַּד קִנְיָן [וְעֵינּוּ ב"י דַּכ' הוֹכַחַת הַמ"מ שְׂפַתְב  
דְּבִש"ס פ"א דְּקִידוּשִׁין מְבֹאָר דְּקִרְעָה אִינְהּ נִקְנָת בְּפַחוֹת מְשֹׁנָה פְּרוּטָה מִש"ס (דָּף ג')  
וּדְכָרִיו צ"ע הָא מְבֹאָר לְהַדְּנָה שֵׁם (דָּף י"ב ע"א) כְּשֵׁם שְׂאִין אֲשֶׁה נִקְנִית בְּפַחוֹת מְשֹׁנָה  
פְּרוּטָה כֹּף אִין קִרְעָה נִקְנִית בְּפַחוֹת מְשֹׁנָה פְּרוּטָה וְעֵינּוּ שֵׁם בְּתוּס' וּכְכַר עֶמְדוּ ע"ז בַּס'  
קַמ"ר וּבַס' שְׂמַחַת יו"ט]: וְעֵינּוּ בְּסַפֵּר אֲבָגִי מִלּוּאִיִּם אַה"ע (ס"א כ"ח ס"ק ט"ז) שִׁכ'  
בְּדַעַת רַמְבַּ"ם דְּמִלְוָה קוֹנָה בְּמִכְרָ וּבְקִידוּשִׁין אִינְהּ מְקוֹדְשִׁית אִף דְּבִש"ס קְאָמַר וְאִי אֲמַרְתָּ  
מְלוּנָה לְהוֹצֵאָה נִתְּנָה בְּמָה קִנְיָן דְּשֵׁם הוּא לְרַב וְרַב לֹא ס"ל הַג"ש דְּקִיחָה קִיחָה מִשְׁדָּה  
עֶפְרוֹן וְכִינּוּ דְּגַם כֶּסֶף קִידוּשִׁין לֹא מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן יִלְפִינּוּ לֹא מִצִּינּוּ לְחַלְקָ בֵּין קִידוּשִׁין  
לְמִכְרָ אֲבָל לְדִידוֹן שְׂפִיר מְחַלְקִינּוּ בֵּין קִידוּשִׁין לְמִכְרָ דְּקִידוּשִׁי כֶּסֶף מִשְׁדָּה עֶפְרוֹן יִלְפִינּוּ  
וְהַתָּם הִי כֶּסֶף בְּעִינּוּ מַה שְׂאִין כֹּן שְׁדָה דְּמִקְנִי בְּכֶסֶף מִשְׁדוּת בְּכֶסֶף יִקְנוּ וּמְלוּנָה נְמִי חֲשִׁיב  
כֶּסֶף.

וַיֵּשׁ בְּזַה לְיִישָׁב קְוִשִׁית תּוּס' קִידוּשִׁין (דָּף ד' ע"ב) ד"ה כְּתִיב דְּצָרִיף לְמִילָף קִיחָה קִיחָה  
דְּנִדַּע דְּנִתִּינָת כֶּסֶף מִשֵּׁם בְּעִינּוּ. אִף כ' שֵׁם לְהַקְשׁוֹת אֲמַאי בְּפִדְיוֹן הַבֵּן ל"מ מְלוּנָה וּי"ל  
דְּשֵׁם בְּעִינּוּ נִתְּנָה וּלְקִיחָה מְדַכְתִּיב פְּרִשְׁתָּ בְּמִדְּבָר וְנִתְּנָה הַכֶּסֶף לְאִהְרֹן וְעֵינּוּ רַמְבַּ"ם  
(פ"א) מְבַפְּרוּרִים דְּמִשֵּׁם יִלְפִינּוּ גַם לְדוֹרוֹת דְּדוֹקָא לְזַכְרֵי כְּהוֹנָה צָרִיף לִיתָן דְּמֵי פְּדִיוֹן  
וּכְמוֹ כֹן יִלְפִינּוּ מִשֵּׁם דְּצָרִיף נִתְּנָה וּלְכַף אִף דְּמְלוּנָה הוּי כֶּסֶף מ"מ נִתְּנָה לֹא הוּי.

אִף קִשָּׁה אִם נֹאמַר דְּמְלוּנָה הוּי כֶּסֶף וּבְקִידוּשִׁין צָרִיף שְׂוִיָּה כֶּסֶף כְּמוֹ בְּשְׁדָה עֶפְרוֹן אִם  
כֹּן לְמָה תְּהִיָּה מְקוֹדְשִׁית בְּאוֹמְרַת שְׁחוּק לְפָנֵי רַקוּד לְפָנֵי וּבְשָׂאָר הַנְּאוֹת וְאִכ"מ לְהַאֲרִיף  
בְּזַה: וְהִנֵּה לְכַאוּרָה לְדַעַת הַסַּמ"ע הֵיכָא דְּרוּצָה אֲחַד לְתַת בְּמִתְּנָה לְחַבְרִירוֹ קִרְעָה וְהַמְקַבֵּל  
נוֹתֵן לוֹ פְּרוּטָה לְקִנְיָן שְׂוִיָּה בְּזַה הַקְּרַעַת הִנֵּה נִרְאָה דַּל"מ פִּינּוּן שְׂאִינוּ נוֹתֵן לוֹ דְּמֵי שְׂוִיָּה  
קִרְעָה רַק לְעֲשׂוֹת קִנְיָן.

אף גרָאָה דאעפ"כ מהני פּינן שְׁמַקְנָה לֹו הַקְרָקַע בְּעַד הַפְּרוּטָה הַגִּי שְׁיוּי הַקְרָקַע וְעֵינָן תּוֹסֶפֶת רִי"ד קִידוּשִׁין (דף י"ג) ש"כ' כִּי תִנְיָא הֵיבָא בְּחִלְפִין אֲבָל בְּתוֹרַת דְּמִים בְּעֵינָן פְּרוּטָה וּמְכִי יִהִיב לִיהּ פְּרוּטָה קְנָה כָּל הַשְּׂדֵה וּשְׂאָר הַמְּעוֹת זִקְרָא עֲלִיו בְּמַלְוָה כּו' א"נ אִם רְצוֹנוּ לִיתָן שְׂדֵהוּ מִתְּנָה לְחִבְרֹו וּא"י לְכַתְּנֹב לֹו שְׁטֵר וְגַם הִנֵּה הַשְּׂדֵה רְחוּק מִמְּנוּ שְׂלֵא הִנֵּה יָכוֹל לְהַחְזִיק בּוּ וְיִרָא שְׂמָא יַחְזוֹר בּוּ מִקַּבֵּל מִמְּנוּ פְּרוּטָה וְאָמַר לֹו הֲרִי שְׂדֵי קִנּוּי' לְךָ בְּפְרוּטָה זֹו דְקָרַקַע נִקְנָה בְּפְרוּטָה עַכ"ל הֲרִי מְבֹנָאָר דְאָף בְּכַה"ג שְׂרוּצָה לִיתָן לֹו בְּמִתְּנָה וְהַפְּרוּטָה עוֹשֶׂה רַק הַקְנָנוּ מ"מ נִקְנָה.

וּכְפִי הַגְּרָאָה הַתּוֹס' רִי"ד ס"ל כְּשִׁיטַת הַסַּמ"ע דְּבַעֲיָנוּ שְׁיִהִיָּה כְּסָף שְׁיוּי וְלֹא כְּסָף קִנּוּ וְכֹאשֶׁר בִּינָאָר כֵּן בַּס' אֲבָנֵי מִילּוּאִים אַה"ע (ס' כ"ט ס"ב) בְּאִנְרָה שִׁיטַת תּוֹס' רִי"ד רִישׁ קִידוּשִׁין דְּסוֹבֵר דַּאש' מִתְקַדְּשַׁת בְּחִלְפִין בְּתוֹרַת כְּסָף רַק הִיכָא דְמִקְדָּשָׁה בְּחִלְפִין שְׁיִהִיָּה לְקִנּוּ לֹא מְהֵי ע' שָׁם בְּדְבָרִים נְכוּנִים.

וְעַל פְּרָחָה צְרִיף לֹוּמַר פּינן דְּלִיכָא כְּסָף אַחַר רַק כְּסָף קִנּוּ הַגִּי הַפְּרוּטָה גַּם כֵּן דְּמִי שְׁיוּי הַמְקַח רַק כְּשִׂאוּמַר בְּפִירוּשׁ דְּאִינוּ נוֹתֵן תְּמוּרַת הַמְקַח רַק לְשֵׁם קִנּוּ בְּזַעַת הַסַּמ"ע דְּלֹא מְהֵי.

וְעֵינָן עוֹד בְּתוֹס' רִי"ד קִידוּשִׁין (דף כ"ז) בְּהָא דְּמְבֹנָא' שָׁם יָפָה פֶּחַח חֲזוּקָה מְכָסָף דְּבַמְכָר לֹו עֶשֶׂר שְׂדוֹת בְּעֶשֶׂר מְדִינוֹת הַחְזִיק בַּא' מֵהֶם קְנָה כְּנֹלָן מִשָּׂא"כ בְּכָסָף וְכ' אִם נָתַן לֹו דְּמִי שְׂדֵה אַחַת וְאָמַר לֹו קְנָה כְּנֹלָן בְּדָמִים הַלְלוּ אַעפ"י שְׂזַקְפֵּן עֲלִיו בְּמַלְוָה לֹא קְנָה אֲבָל בְּשְׂדֵה אַחַת אַעפ"י שְׂלֵא נָתַן לֹו כָּל הַדָּמִים אֲלֵא מִקְצָתוֹ וְהַשְּׂאָר זָקַף עֲלִיו בְּמַלְוָה קְנָה עֵינָן שָׁם וְלִכְאוּרָה הָא יָכוֹל לְהַקְנוֹת ב' קְרָקַעוֹת בְּפְרוּטָה אַחַת א"כ אִם נָתַן דְּמִי שְׂדֵה אַחַת וְאָמַר לֹו קְנָה כְּנֹלָן בְּדָמִים הַלְלוּ וְזָקַף עֲלִיו בְּמַלְוָה אִמָּאֵי אִינוּ קוּנָה וְעַל פְּרָחָה צְרִיף לֹוּמַר פּינן דְּנוֹתָן לֹו דְּמִי שְׂדֵה זֹו וְזָקַף הַשְּׂאָר בְּמַלְוָה הַגִּי כְּסָף מְשֻׁדָּה זֹו רַק דְּמִי קִנּוּ עַל שְׂדוֹת הַאֲחֵרוֹת לְכָף ל"מ וְכַדְעַת הַסַּמ"ע וַיֵּשׁ עוֹד לְהַתְּבַוֵּן בְּזַעַת: וּמְדַבְּרֵי הִירוּשַׁלַּי רִישׁ קִידוּשִׁין הַמּוּבָא בְּרִי"ף שָׁם בְּשֶׁטֶר הִדָּא דְּתִימַר בְּשֶׁטֶר שְׂאִינוּ יָפָה ש"פ אֲבָל בְּשֶׁטֶר יָפָה ש"פ כְּכָסָף הוּא וְעֵינָן שָׁם בְּר"ן בִּיאוּר דְּבָרֵי הִירוּשַׁלַּי.

וּלְשִׁיטַת הַסַּמ"ע דְּבַעֲיָנוּ כְּסָף שְׁיוּי אֲבָל כְּסָף קִנּוּ לֹא מְהֵי אִף בְּקִידוּשֵׁי אִשָּׁה רַק כְּשִׁנוֹתָן לְפָרְעוֹן אִו לְתַחֲזִילַת פְּרַעוֹן אִם כֵּן הַנ"מ בְּפִשִּׁיטוֹת וּלְעוֹלָם י"ל דְּשֶׁטֶר בְּעֵינָן שְׁיִהִיָּה שְׁנֵה פְּרוּטָה רַק בְּאִנְפֵּן שְׁמַקְדָּשָׁה בְּמִנְהָ וְנִשְׂאָר חֲזִיב וְרוּצָה שְׁיִתְקַיֵּים הַקְנָנוּ קִידוּשִׁין מִקְדָּשָׁה בְּשֶׁטֶר דְּבְזַעַת מְהֵי קִידוּשֵׁי שְׁטֵר אֲבָל מִתּוֹרַת כְּסָף ל"מ פּינן דְּלֹא הַגִּי כְּסָף שְׁיוּי וְתַחֲזִילַת פְּרַעוֹן אֲלֵא וְדַאי דְּגַם כְּסָף קִנּוּ מְהֵי בְּקִידוּשֵׁי כְּסָף אִף כְּשִׂאִינוּ כְּסָף שְׁיוּי וְתַחֲזִילַת פְּרַעוֹן: [וְרִיאַתִּי בַּס' עֲצִי אֲרָזִים אַה"ע (ס' ל"ב ס"י) שְׁהוּכִיחַ מְדַבְּרֵי הַר"ן הַנּוֹ דַּאִם מִקְדָּשָׁה בְּשֶׁטֶר וְאָמַר עַל מְנַת לְהַחְזִי' דְּגַם בְּשֶׁטֶר לֹא מְהֵי וְדִלֹא כְּמוֹ שְׂכ' הַח"מ וּב"ש שָׁם דְּבְקִידוּשֵׁי שְׁטֵר מִתְקַדְּשַׁת בְּעַל מְנַת שְׁתַּחֲזִירִי לִי דַּאִם לֹא כֵּן לְעוֹלָם י"ל דְּבַעֲיָנוּ בְּשֶׁטֶר שְׁיִהִיָּה שְׁנֵה פְּרוּטָה רַק בְּשֶׁטֶר מְהֵי אִף בְּאוּמַר עַל מְנַת שְׁתַּחֲזִירִי לִי אֵת הַגְּזִיר וּבְכָסָף לֹא מְהֵי יְעֵינָן שָׁם וְאִינוּ רִאִי דְּוַדַּאי אֲלִיבָא דְּאִמַּת דְּלֹא בְּעֵינָן בְּשֶׁטֶר שְׁיִהִיָּה שְׁנֵה פְּרוּטָה וְלֹא בְּעֵי תּוֹרַת כְּסָף בְּשֶׁטֶר וְדַאי גַּם בְּעַל מְנַת שְׁתַּחֲזִירִי לִי מְהֵי אֲבָל אִם הִי' הַדִּין שְׁגַם בְּקִידוּשֵׁי שְׁטֵר יְהִי צְרִיף תּוֹרַת כְּסָף וְשִׁהִיָּה שְׁנֵה פְּרוּטָה אִם כֵּן וְדַאי גַּם בְּשֶׁטֶר לֹא הִי'

מהני על מנת שתחזירי לי כמו דלא מהני בכסף או לשיטת הרמב"ם דלא הוי הנאה או לשיטת רש"י ותוס' דמתליף בתליפין ומטעם גזירה וז"פ.

ובס' המקנה (דף ט') כ' דלהסוברים דאף לר"א דעדי מסירה פרתה אפי"ה סגי בעדי חתימה לחוד אם פן נ"מ דבקדושי שטר לא בעי עדי מסירה וכ' דאתי שפיר לדעת הסוברים פיון דעל ידי השטר בעדי חתימה נודע שפא מידו ליגדה הוי ליה פאילו היו עדי מסירה אם פן אפילו אם מטעם פספס נמי יועילו הע"ח להיות פאילו מקדש בפני עדים עיין שם.

וצ"ע דבעל כותב השטר אם פן אם מקדשה בתורת פספס לא הוי תיקון השטר והוי לענון זה מפי פתבם ולאו עדות הוא רק אם מתקדשת בתורת שטר שפיר מהני דהוי פתיקון השטר והוי העדי חתימ' פעדי מסיר' ולא הוי מפי פתבם אבל אם מקדש' בתורת פספס ולא הוי ידענו מתורת שטר פנה שיעיל לענון קידושין הוי מפי פתבם ולא מהני אף שידענו ע"י ע"ח שפא מידו ליגדה לא ידענו רק מפי פתבם והדר' הקושיא לדוכתא ואכ"מ פנה]: סי' ב אם קנה קרקע והניח משכון על הפספס מבואר דלא מהני מטעם פנה אין פאן משכון אין פאן.

ושיט"רמב"ן ורשב"א קידושין (דף ח') פיון שהמנה אינה בעין ואגיד לגביה הלוקח וברשותו הוא לא מהני במקום פספס. ולפי זה אף אם מחייב את עצמו מקודם בפספס ונתן משכון על המנה גם פולא מהני פיון דאגיד גביה ולא יצא מרשותו.

אבל שיטת הרא"ש דכ"ז שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסיו דאינהו ערבין וכל דליפא שעבוד הגוף ליפא ערב ולדבריו היכא דחייב את עצמו בפנה מהני וכבר האריכו האחרונים פנה.

וראיתי בס' אבני מילואים אה"ע (סי' כ"ט סק"י) שכ' ונ"ל ולשיטת הרמב"ן והרשב"א דמפרשי משום דאגיד גבי' אבל בפנה מהני אם גותן לחבריו מנה ונותן לו משכון עליהם זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה.

והקשה הא"י מהני בפנה פיון דאמרינן בש"ס דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכל היכא דלנה פטור ערב נמי פטור יענין שם. ותמהני ולא ידעתי היכן ראה זאת פרמב"ן ורשב"א דמהני בפנה בלא נתחייב גופו על המנה אי משום דהם פירשו מטעם אגיד גביה מנה אינו ראה דהם סברו אף במקום שחייב את עצמו מקודם בפנה ונתן משכון גם פן לא מהני מטעם פיון דאינו בעין ולא יצא מרשותו לא הוי פספס לקנות על ידו הואיל דאגיד גביה אבל פאם לא מחייב את עצמו מקודם מודים הם דלא הוי קנין פלל בגוף המשכון פיון דאינו מקנה לו רק לשעבוד מנה ואינו חייב לו פלום ודאי אינו קונה המשכון לשעבוד היכא דליפא שעבוד הגוף.

וכן מבואר להדיא בחידושי רמב"ן קידושין שם שפסיים אבל אומר לחבריו הרני חייב לה מנה מפיון שמשך קנה הכל לשעבודא. עיין שם שמבואר להדיא מדבריו דבלא חיוב הגוף אינו קונה המשכון פלל: ומ"ש הא"מ שם מדברי הרשב"א בתשובה המובא ברמ"א ח"מ (סי' קכ"ט) פמי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזירנו לה לזמן פלוני אתן לה פה וכה ונהמיד לו ערב בעד הדמים אע"ג דלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור הערב

חייב לשלם וכ' אע"ג דאמרו אין נפרעין מן הערב תחילה הוא היכא דהלנה מתחייב אבל זה הרי חייב עצמו במה שהשואל לא היה חייב ומש"ה נמי ס"ל להרשב"א דבמתנה משתעבד למשכון אע"ג דליכא לנה יעיין שם שהאריה בזה ליישב קושית הב"ח שם מש"ס בכורו' (דף מ"ח) דשם פיון דלא נתערב תחילה רק במקום לנה אבל הכא דבתחילה נעשה ערב במקום דלא הוי לנה חייב.

והנה מכל זה אינו ראיה שיהיה מועיל לקנות משכון לשעבוד מנה היכא דלא מחייב את עצמו דוקא בערב ד יכול לשעבד ולחייב א"ע מהני אף במקום דליכא לנה אבל היכא דליכא שום חיוב אף דנכסיו של אדם אינון ערביין מ"מ מי מחייב שיזכה זה בנכסיו.

ובגוף דברי תשובת הרשב"א יעיין בתשובת גאוני בתראי (סי' ד' ה') שהב"ח ו"ל נתנופח בזה עם הסמ"ע דעת הסמ"ע פיון דמתחילה ידע הערב דנחזור עליו תחילה דאשואל לא יכול לחזור דהוי אסמכתא אמרינו דגמר ומשעבד נפשיה לגבות ממנו יע"ש דדעתו שאינו גובה מן הערב רק בכדי דמיו דערב נשתעבד בהיה הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה והיינו דוקא בכדי דמים שהימנו ולא יותר.

או דאירי בכליו של בעה"ב שאין בו אונאה. ודעת הב"ח דבלא קנין אינו חייב פיון דהשואל א"ח וכ' ו"ל ותו דפשיטא אעפ"י שאדם יכול לשעבד עצמו להתחייב בדבר שאינו חייב פלי תנאי מדין הודאה אעפ"י שאינו בלשון הודאה משוינו ליה פאלו הודה בכף וכף וחייב מדין הודאה וכדנפקא לן מאיפ"ר גיורא כו' מ"מ היכ' דאיכא תנאה באם יהיה כף אתחייב לה מנה מנ"ל דמתחייב ומשעבד עצמו בדבר דאינו חייב דשמא אינו מתחייב אפילו בקנין שהרי א"ל בזו דמתחייב מדין הודאה פיון שהוא על ידי תנאי אם יהיה כף יעיין שם וצ"ע להבין היעלה על הדעת דאין אדם יכול לשעבד את עצמו בקנין על תנאי אם יעשה כף שיחול החיוב למפרע ודאי פשאמר ואחייב אני לה באם יהי' כף זה לא מהני דהוי קנין אתן והוי קנין דברים אבל באם אומר שמחייב את עצמו מעכשיו באם יהיה כף מבואר בכמה דוכתי דמהני וכל השעבודים מתוספת פתובה המה על דרך זה עיין תוס' ורא"ש ר"פ אעפ"י וגם מה שכ' ד יכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב מדין הודאה אף שכ' פן בכ"מ פאשר כ' בזה באנרף בקצוה"ח (סי' מ') היינו בלא קנין אבל בקנין הוי ככל דברים הנקני' על ידי קנין סודר פן יכול לחייב ולשעבד את עצמו ממילא יכול לחייב ולשעבד את עצמו שיחול מעכשיו החיוב באם יתקיים התנאי וכן מערב דמחייב את עצמו בדבר שאינו חייב מזה למד הרמב"ם (פי"א מהלכות מכירה) ד יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב חזינון דאף על תנאי יכול לחייב א"ע ועיין מה שכ' לעיל דיני הלנא' (סי' נ"ב) ועיין תומים (סי' קכ"ט סק"ז) דסובר בדעת הרמ"א דחייב לשלם אף יותר מפפי שיווי החפץ משום דלדין יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב.

ובאמת לא אדע למה לא יכול לחייב א"ע בהאי הנאה דמהימן לי' ומשאיל החפץ ובעד הנאה הזאת דחשיב ככסף למה לא יהיה בידו לחייב א"ע אף על יותר מפדי שיווי דדומה לקונה חפץ השונה ה' בעד יוד ומשף החפץ במקום דלא הוי הנאה הכי נימא דלא יהי' מחויב לשלם והסמ"ע שכ' דאירי בכליו של בעה"ב דאין בו אונאה צ"ע הא אונאה לא הוי רק דרך מקח וממכר ועיין ש"ע (סי' רכ"ז) דבחליפין שונה בשונה לא הוי דין אונאה וכ' בתשובת רי"ף מובא בש"מ ב"מ דחליפין אין בהם אונאה וכתבו ת"ר הטעם משום

דהתורה מעידה על זה באמרה וכי תמקרו ממקור במקור הוא דאזהיר רחמנא בכל תונו  
אבל בחליפין לא יענין שם ובמח"א דיני אונאה (סי' י') אם פן בנה היכא דחייב את עצמו  
לשלם בעד הנאה שמשאיל לתבירו אמאי לא יהיה מהני החיוב אף בלא קננו דאין בנה  
דין אונאה.

אף י"ל אם מחייב את עצמו הא הוי אסמכתא רק דהתורה חייבו להערב מטעם בההיא  
הנאה דקא מהימן ליה וזה מסלק האסמכתא וענין מח"א דיני ערב (סי' א') שזה מסלק  
האסמכתא ובההיא הנאה גמר ומשעבד לכן לא מהני רק נגד שנהגה ובעד זה יכול לחייב  
את עצמו אף ביותר ומ"מ לא גמר ומשעבד את עצמו רק לפי ערה הנאה ואף לדעת  
הסוברים דרק על ידי הנאה משתעבד דאם לא פן הוי דברים לחוד מ"מ הא הוי אסמכתא  
גם פן ורק נגד מה שהיה לו הנאה גמר ומשעבד את עצמו.

וקצת י"ל דדין זה תליא במחלוקת הפוסקים באומר לתבירו זרוק מנה לים ואחייב אני  
לה דלשיטת הסוברים דחייב פיון שהוציא ממון על פיו אף דלא מטי הנאה לכן דעת אם  
פן עיקר החיוב של הערב מטעם דהי' לו לערב הנאה לכה יכול לחייב את עצמו אף  
ביותר פיון דהכל הוא אסמכתא אף על שיווי החפץ ובכ"ז מהני וחייבו התורה פן יכול  
לחייב את עצמו אף על יותר מכפי שיווי החפץ.

אבל לשיטת הסוברים דערב חייב הואיל דבא הנאה לכן דעת אבל באומר זרוק מנה לים  
פטור כמבואר בח"מ (סי' ש"פ) ענין ראשונים קידושין (דף ט') מטעם דלא בא הנאה  
לכן דעת אם פן היכא דמחייב את עצמו על יותר מכדי שיווי החפץ אינו מחויב רק כפי  
מה שפא הנאה לכן דעת ולא יותר פיון שלא חייב את עצמו רק שאמר ואני ערב או  
ואתחייב אבל באומר שמתחייב את עצמו אפשר דחייב לשלם אף יותר מכפי שיווי החפץ.

וענין מהריב"ל (ח"א דף קמ"א) דנראה מדבריו שם דפשיט ליה דאם המלנה אינו רוצה  
להלות עד שפינס לוי עצמו לערב על כל החובות שהיה לו על הלנה מקודם דהוי פערב  
בשעת מתן מעות יענין שם וכן משמע מש"ס כתובות ר"פ הנושא שמתברא מילתיה  
דרב בבתו נערה דקא מטי הנאה מינה דכסף קידושיה לאביה הרי דבשביל זה גמר  
ומשעבד נפשיה לכל הנדוניא וענין שם בש"מ משם תר"י ובס' מחנה יהודה (סי' קכ"ט)  
ואכ"מ וענין נתיבות (סי' ר"ז ס"ק י') דפשיט ליה אם אומר לתבירו זרוק מנה לים ואמן  
לה ר' דאף להסוברים דחייב אף בלא מטי הנאה לכן דעת מ"מ אינו חייב יותר ממה  
שזרק וצ"ע אמאי: וענין חנת דעת (סי' קע"א סק"ט) שכתב וז"ל ועוד אפ"ל דנתחייב  
בכל פשהוציא משכון על פיו אפילו אינו שנה פל חובו וכמו אם אומר תן חפץ זה לפלוני  
בעד עשרה ואנכי ערב והחפץ אינו שנה רק ה' דודאי נתחייב העשרה דלדידיה הי' שנה  
עשרה ה"נ במשכון פיון שלא רצה להחזיר רק פשנתערב לו בעד פל חובו יענין שם וכן  
ראיתי בתשובת רדב"ז (ח"ג סי' תר"ג) וכו' פיון דחזינו דלנה מהדר לפדותו הרי שחייב  
בעניו וכשמהדר לו המלנה ע"ד הערב נתחייב הערב בכל יענין שם ותמהני שלא הביא  
דברי תשובת רשב"א ורמ"א הנז' שערב משתעבד אף על יותר מכדי שיווי החפץ ולפי  
דעת הב"ח אינו משתעבד.

ולמה שכ' י"ל דשם הוי כבא הנאה לכן דעת פיון שהלוקח מקבל החפץ בער עשרה וצ"ע  
בכל זה. ולמה שכ' הקצוה"ח (סי' קכ"ט) משם הרשב"ם דערב משתעב' דהמל' הלנהו

בשליחותו וי"ל דאינו מתחייב ביותר דלא יהיה רק פשלקח הערב בדידים החפץ ונתן ללוקח או להשואל דאינו מתחייב לשלם רק כפי שיווי החפץ.

אף במ"א כ' בזה הרבה להקשות על סברא הזאת דערב יתחייב מטעם שליחות מערב דכתובה ועימ"ש בזה לעיל דיינים (סי' י"ז): [הלום ראיתי בקצוה"ח (סי' ר"ד ס"ק ב')] שהביא שם גושית הש"מ על דעת הרי"ף דלדין דפסקינן כר"י ד"ת מעות קונות אינו עובר במש"פ רק היכא דהוי קנן מד"ת אבל בקונה מטלטלין והניח משפון על הדמים כיון דמנה אין פאן משפון אין פאן והוי כדברים וליפא בהדיניהו מעות לא קאי באבל וביאר שם הקצוה"ח דלר"י כיון דנשאר הזכות להמוכר דיכול להשתמש בהמעו' ראוי למיקם במי שפרע.

וכ' ולשיטת הרמב"ן והרשב"א דזוכה במשפון והא דאמרינן מנה אין פאן משפון אין פאן משום דאגוד גביה אינו ראוי לקנן במשפון נמי קאי במי שפרע ועיין שם ודבריו אינם מובנים הא כיון דאינו מתחייב את עצמו בקנן רק שניתן משפון על דמי המקח והמקח אינו נקנ' ללוקח אף מד"ת כיון דכסף קנן בעינו שלא יהיה אגוד לגבי הלוקח וכיון שאינו הלוקח קונה המקח ממילא אין המוכר זוכה בהמשפון דלא יהיב ליה רק על דמי המקח ועיין שם בש"מ ב"מ (דף מ"ז) שהביא לשון הרמב"ן להדיא שהביא ראיה לדעת הרי"ף מדברי הירושלמי דעל ידי משפון לא קאי באבל]: סי' ג אם המוכר מקנה ללוקח חפצים המופקדים ביד הלוקח מכבר כ' הטו"ז (סי' קפ"ט) בדעת הטור שם דאין רשותו של הלוקח קונה לו למה שכ' רשב"ם ב"ב (דף פ"ה) דחצר ורשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוי רשותו של המפקיד ובקצוה"ח שם הביא משם המרי"ט להשיג על זה חדא כמה נקנה רשותו של הנפקד להמפקיד.

ועוד אם לא ייחד לו מקום אין מקום זה קנוי לו. ועוד דנימא חצרו ומתנתו באין כאחד. והקצות כ' דלשאלה לתשמיש קונה בתשמיש לבד אף להפוסקים דאכילת פירות לא הוי קנן מ"מ זה דוקא לקנות הגוף אבל לתשמיש בלבד מהני וכבר האריף בזה במח"א דיני שכירות (סי' א') להביא כמה ראיות לזה דבשכירות קרקע מהני השימוש להיות קנוי לו על ידי זה.

ובנתיבות (סי' ר') כ' דלענין שיהי' חצרו לקנות על ידו לא מהני שאלה לתשמיש עד שיהיה לו קנן ממש בגוף החצר ועיין שם ולא אדע הא הוא עצמו הביא שם דברי המח"א דהקנאה בעינו הוצאה מרשות לרשות ואם חצרו של לוקח שכורה למוכר לא יצא מרשות המוכר ול"מ אם פן אף דלא נקנה להמפקיד רק לשימוש מ"מ לא הוי הוצאה מרשות מוכר לרשות לוקח.

ומה"ט אתי שפיר נמי מה שכ' הקצות דאף דלא ייחד לו מקום מ"מ כיון דאושלו מעיקרא לכל מקום שנייח נקנה להמפקיד וכ' הנתיבות דמ"מ כיון שיש לו רשות להפקיע זכותו ממקום זה הוי חצרו דנפקד ולמה שכ' מ"מ כל זמן שלא הפקיע לא הוי הוצאה מרשות לרשות והקצות הקשה מש"ס קידושין (דף מ"ז) התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך אם נשתייר שנה פרוטה מקודשת ובמה קנתה האשה הפקדון ועיין שם וזה לאו ראיה מוכרחת די"ל דפקדון היינו חפצים וכדמשמע מלשון אם נשתייר שנה פרוטה משמע



דלאו מעות הוא רק תפצ'י אם פן י"ל דה' מקנה לה המטלטלין על ידי קנן סודר ומקדש' בזה ועיין ב"ש אה"ע (סי' כ"ט סק"ב) משם הרש"ך דבכה"ג שמקנה לאשה הטבעת של קידושין בקנן סודר מקודשת ולימא בכה"ג גזירה דקנן חליפין יע"ש: אף אני תמה על הטו"ז הא מבואר להדיא בטור (סי' רמ"א) דפקדון פשהוא ברשות הנפקד קונה מיד בלא שום קנן וז"ל הטור אבל המוחל לתבירו דבר שהוא חייב לו אין צריך קנן כו' וכתב הרמב"ם וכן הדין בנותן פקדון לתבירו שה' מנפקד בידו קנה מיד ובלא קנן ועיין שם בב"י דאין לה משיכה גדולה מזו מבואר דמה שכ' הטור (סי' קפ"ט) אבל אם היה לו פקדון בידו וכונן לקנות בפסחים ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה או כמו שכ' הבדה"ב דה' ביד אחרים או כמו שכ' הטו"ז דאירי שהמוכר לא אמר לו רק שגילה דעתו בלבד.

ועיין תשובת מהרש"ח (ח"א סי' כ"ב): ובגוף דברי המח"א והקצוה"ח שכ' דהיכא דאינו קונה רק לשימוש מהני התשמיש שיהיה נקנה לו מתורת חזקה ככר העירותי קצת בזה בהגהותי לד"ח דיני חזקת קרקעות (סוף סי' י"ד) מדברי הרשב"א קידושין (דף ג') שהקשה שם פיון דילפינו קנן קידושי אשה קיחה קיחה משדי עפרון תהיה אשה מתקדשת בחזקה וכ' ויש מתרצין פיון שאין אשה גופה קנוי לא שייך בה חזקה וכ' וקשיא לי הא עבד פנעני עד שלא טבל אין גופו קנוי ולא קני ליה אלא למ"י ואפ"ה נקנה בחזקה ושמא מפיון שעל ידי חזקה זו אפטר לבא לידי קנן הגוף שאם הטבילו לשם עבדות גופו קנוי חזקה נמי שייכא ביה מה שאין פן באשה דלעולם אין גופה קנויה מבואר מדבריו דהיכא דלא נקנה הגוף לא מהני בי' קנן חזקה ועיין שם פריטב"א ועל פירוש דה' דשכירות קרקע נקנה בחזקה היינו פיון דנקנה הגוף לפירות בית לדירה וגם פיון דקנן חזקה מהני לקנות הגוף אם מקנה לו הגוף לחלוטין מהני ביה חזקה לחצאין גם פן היינו לקנן פירות אבל באם אינו מקנה לו רק לשימוש ואינו עושה חזקה המועלת לקנות הגוף בזה לא מהני השימוש על ידי השימוש פיון שעל ידי חזקה הזאת אינו קונה הגוף אף אם מקנה לו לא מהני קנן חזקה פזו לקנו' השימוש ועיין ריטב"א קידושין (דף מ"ז) דשימוש לא הוי שום קנן בשאלה ושכירות וכן משיכה לא מהני מן הדין הואיל דאינו מקנה לו גוף הפלי והא דאמר ר"ה השואל קרדום מתבירו בקעו בו קנאו הוא מתקנת חכמים כדי שיהיה קיום לדבריהם שלא יחזור בו בחצי מלאכה של זה ויפסיד לו וכ' מיהו לית הלכתא כר"ה אלא כר"א כשם שתקנו משיכה בלקוחות כף תקנו בשומרין אף דמה"ד לא מהני משיכה פיון דאינו קונה הגוף מ"מ מהני מן התקנ' ועיין שם ומשמע נמי מדבריו דלדין דתקנו משיכה ל"מ קנן השימוש במטלטלין ועיין גתיבות (סי' שמ"א סק"ח) שכ' דאף לדין מהני התחלת מלאכה לענן שאלה יע"ש וכן משמע קצת מדברי הרמ"א חו"מ (סישפ"א) [ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סיפ"ב)] ומד' הריטב"א משמע דלדין ל"מ רק משיכה ומ"מ י"ל דרק במטלטלין ל"מ אבל בקרקע מהני שימוש גם פן לקנות לשימוש אבל מדברי הרשב"א וריטב"א ריש קידושין הנז' משמע קצת דלא מהני והא דשביל של דרכים דנקנה בהלך פכר כ' שם אאמ"ו ז"ל להשיג על הגתיבות והביא דברי הראשונים דשם נקנה הגוף ג"כ ועיין שם במח"א שהביא ראיה מדברי הרא"ש ריש פסחים שכ' בישראל שהפקיד לנכרי חמצו דהישראל עובר דכיון שהשאלו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינא בי' ביתו יעיין שם ולכאורה לו יהיה דשימוש הוי בחזקה לקנות הקרקע לשימוש מ"מ זה נוקא אם מונח בקרקע אבל

אם מונח בדבר המטלטל אם כן המטלטלין שהפקדון מונח בו אינה נקנה להמפקיד לדעת הריטב"א דהתחלת מלאכה לא מהני במטלטלין ולא תקנו רק שיקנה במשיכה כנו' א"כ פיון שהמטלטלין שמונח בו הפקדון לא נקנו לבעל הפקדון על ידי השימוש ממילא לא נקנה לו ביתו דמפסיק המטלטלין ואיה נקנה תצרו דנפקד למפקיד.

גם יש להעיר הא ישראל מנכרי אינו קונה בחזקה כמבואר בש"ע (סי' קצ"ד) ואף דכ' שם הרמ"א דשכירות קרקע נקנה בכסף מ"מ בחזקה לא מצינו וצריה לומר דלענין שימוש מהני גם לקנות מן הנכרי בחזקה זו שמשמש שיקנה תצרו לשימוש.

ויש ליישב קצת בזה דברי הש"ס פסחים (דף ה' ע"ב) דהקשה יכול נטמין כו' ת"ל לא ימצא הא אמרת רישא שלח אי אתה רוא' ומה קושיא דלמא מנכרי אינו רשאי לקבל פקדון תמצו פיון שאינו נקנה לנכרי בלא קנין וע"י שימוש אינו קונה קרינו ביה ביתו של ישראל והא דאמר שלח אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים היינו של ישראל וכיון דנקנה המקום להמפקיד לא קרינו ביה ביתו של ישראל אלא ודאי דאף לנכרי נקנה בחזקת שימוש לשימוש והה"ד ישראל מגוי ואולי בשביל זה הקדים הסוגיא לפרש הא דנכרי שפישתו דלרבא של אחרים קאי על נכרי ולכך הקשה אחר כף הא אמרת שלח אי אתה רואה ועיין שם בצ"ח שדדקדק בזה דהוי ליה להקשות קודם לכן ולהג' אתי שפיר.

ומה שהק' שם המח"א על הרא"ש מש"ס ביצה (דף מ') דהקשה הש"ס על רב דסובר פרגלי המפקיד ממתינתין דקתני ואם עירב הוא פירותיו כמוהו ומשני פשיטתו לו קרו זנות ופירש"י דאושלי' ביתו הלכך ברשות המפקיד הוא הרי כשלא ייחד לו קרו זנות ברשו' הנפקד הן ולא משאיל מקום עיין שם במח"א וי"ל כמו שכ' המח"א שם דרב ס"ל אפילו בסתמא קבל נטירותא לכך בעינן ייחד וסברת רש"י פיון דייחד לו מקום ולא קבל שמירה שפיר הוא ברשותו ויכול לילך ולבא עמהם בכל מקום שירצה אבל בקבל שמירה אף דבאמת בכ"מ שמונח הוא ברשותו דמפקיד מ"מ פיון שהשומר צריף ליקח הדבר ולשמור מההכרח שיהיה פרגלי הנפקד ועיין שם בצ"ח ביצה ובמ"ש בספרי ח"ר דיני פסח (סי' ד'): והנה מה דנראה מדברי הריטב"א קידושין ה"ל דלענין לקנות בשאלה לא מהני קנין חזקה וסודר קשה קצת מדברי עצמו שכ' בקידושין (דף ט"ז) דלא אשכחן בשום דוכתא שהוקש עבד עברי לקרקע דאם כן היה נקנה בחליפין או בחזקה יענין שם.

והא עבד עברי אף דגופו קנוי מ"מ לא הוי רק למעשה ידיו ועיין שם בריטב"א דאף למעשה ידיו מהני מחילה רק להפקיע קנין איסור שבו לאסרו בשפחה צריף שטר או פסגא אם כן אף אם הוקש לקרקע מ"מ אינו נקנה בחזקה והא דמבואר בש"ס קידושין שם ואימא אבל נקנה הוא בקנין עבדים ומאי ניהו חזקה אמר קרא והתנחלתם אותם לבניכם אותם בחזקה ולא אחר בחזק' ומה פריף הא חזקה לא מהני מד"ת כשאינו קונה הגוף י"ל דמנה ילפינו דאינו נקנה בחזקה ועיין קצוה"ח (סי' קצ"ה ס"ק ח') בכה"ג שמתרץ דממה דאין עבד עברי נקנה בחליפין ילפינו דל"מ רק לקנות גוף הדבר ועיין שם בנתיבות שכ' גבי ע"ע שהרי גופו קנוי וחשוב ממון בגוף החפץ יעיי"ש אולם לדעת הריטב"א והרמב"ן שם דמהני מחילה לקנין ממון שיש לו בעבד עברי חזינו דאין גופו

קנוי ממש וכוונאי רק לשימוש יש לו לבעלים קנין על העבד ולא מהני קנין חזקה ונחליפין ועיין פנ"י קידושין (דף י"ד).

אף מה שכ' שם הקצוה"ח דע"ע פ"ן דאינו נקנה בחליפין אינו יוצא בחליפין וכמ"ש הריטב"א (דף י"ד) הריטב"א כ' שם זאת רק לס"ד. ובגוף הסברא דהוי דבר החוזר בעבד עברי יש לפקפק למה שכ' הריטב"א דכל מה דע"ע גופו קנוי הוא רק קנין בגוף במה דרבו מוסר לו שפחה פנענית להוליד לו בנים ואף במוכר עצמו ברצונו מותר אם כן זה לא הוי דבר החוזר פ"ן דקונה מזרע שלו להוליד לרבו בנים ועיין שם ברשב"א ובריטב"א גיטין (דף ל"ח) שעמד על זה אם כן במוכר עצמו לגוי ודאי לית ליה לרבו קנין זה ואיך אמרו בב"ק (דף ק"ג) דע"ע גופו קנה ועיין במקנ' קידושין ואכ"מ בזה: סי' ד קי"ל באומר הילך מנה ושדך תהיה קנויה לפלוני דמהני מדין עבד פנעני.

ויש לחקן' במטלטליו כה"ג דמטלטליו אינו נקניו בכסף רק לענין מי שפרע אם חוזר המוכר למי חייב להחזיר הכסף אם לאותו פלוני או דנאמר פ"ן דנתבטל המקח במה זכה הפלוני בהכסף וכן בקרקע בכה"ג באתרי דכתבי שטרי דל"ק עד שיכתוב השטר ויכול המוכר לחזור למי מהדר הכסף.

ולכאורה הנה נראה בפשיטות דחייב להחזיר להנותן אף י"ל למה שכתבתי בהגהותי לספר ד"ח מאאמ"ו ו"ל דיני מכירה (סי' א') לדון דקנין עבד פנעני הוא שהמקנה זוכה להכסף בעד הקונה ואחר כך מחזיק לעצמו מרשות הקונה יענין שם י"ל פ"ן דכבר זכה בעדו להכסף אף אם חוזר אחר כך מן המקח מ"מ כבר הקנה הכסף לאותו פלוני והמקנה זכה בעדו.

ואולם כבר הוכחתי שם מדברי הירושלמי פ"א דקידושין דמדין זכיה אתינן עלה דזה זוכה בהמקח בעד פלוני ולפי זה נראה כשחוזר המוכר מן המקח מחויב להחזיר הכסף להנותן ולא לאותו פלוני.

ושם בהגהותי הבאתי דברי תשובת משאת בנימין דכ' בפשיטות דמטע' עבד פנעני מהני אף בנכרי וכעת מצאתי ברמב"ן קידושין יבמות (דף מ"ו) דנראה דמהני אף באומר הילך כסף זה ויקנה עכו"ם הקרקע שכ' שם לחקור בקונה עכו"ם שקונה גופו ולא טבל עדיין לשם עבדות במה יצא לחירות דלית ליה יד וכתב דמהני כסף על ידי אחרים שקבלת רבו גרמה לו ויוצא הוא אפילו שלא לדעת ועיין שם חזינן דמהני כסף על ידי אחרים אף שיקנה הנכרי דשם אינו יכול לזכות להעבד דאין זכיה לעכו"ם ואף מדעתו לא מהני אמנם דברי הרמב"ן שם צ"ע להבין דכתב שם דעל ידי שטר לא מהני לקבל בעצמו דידו פ"ד רבו רק בעבד דהוא בתורת גיטין וקידושין גמרי לה לה מאשה וגיטו וידו באין כאחד אבל עכו"ם היכי מקבלו ליה דידו פ"ד רבו וכ' פאן דקרוי הוא קנין הגוף בעבד דמי שצריך שטר וקונה עצמו בשטר על ידי אחרים דקיי"ל זכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו ואע"ג דליתא בתורת שליחות כלל הך זכיה לאו מדין שליחות נתרבה והכי משמע בקידושין (דף כ"ג) עיין שם ואינו מוכן מ"ש הך זכיה לאו מדין שליחות הא מ"מ מבואר בש"ס ב"מ (דף ע"א) דאין זכיה לעכו"ם ואף אם זכיה לאו מתורת שליחות הוא וזכיה לקטן מדאורייתא מ"מ לכ"ע דוקא קטן דאתיא לכלל שליחות אבל לעכו"ם לא מצאנו זכיה על ידי אחרים ומה שהביא מקידושין (דף כ"ג) הנינו לס"ד שם דאין עבד יכול

לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו ומ"מ מהני בשטר על ידי אחרים ועיניו ר"ן ר"פ ב' דקידושין אולם זה הכל בעבד מהני זכי' אבל בעפוי"ם לא מצאנו שיהני זכיה על ידי אחרים וצ"ע היטב: והנה דעת הר"ן רפ"א דקידושין בדעת הרמב"ם דלא הביא גבי ממון הקנין של מדין עבד פנעני דלא מהני רק לגבי קידושין גמרינו מע"כ דעבד ואישה פהדדי ניהו דעבד גמר לה לה מאישה אבל לענין ממון אין למדין מעבד פנעני.

ולכאורה קשה מדברי הירושלמי שהבאתי שם דמבואר דמהני גם גבי ממון דבאומר הא לה פסוף זה שתצא שדה לחירות דיוצאת לחירות רק באומר תצא שדה להפקר לא מהני דלא זוכה לכו דעת.

וכן יקשה ממה דמבואר בש"ס גיטין (דף י"ג) דהיה ס"ד דמעמד ג' מהני דנעשה כאומר משתעבדנא לה וילכל מאן דאתי מתמתה ובמה זוכה הלה בשעבודו על פרהה על ידי נתינת פסוף של המלנה מבואר דמהני גם בממון מתורת עבד פנעני ועיין שם בריטב"א.

וכבר עמד על זה בס' מהרי"ט אלגזי על רמב"ן הלכות בכורות. ונראה ליישב קצת דהא מבואר בש"ס קידושין גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לה דילפינו מערב ערב לאו אע"ג דלא אתי לידו משעב' נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא יהיב לה מידי קא מקנה נפש' מבואר דמצד הסברא לולי דידענא מדין ערב היה החסרון מן הקנין מצד המקנה דלא בא לידו מאומה אף שהנותן הוציא הפסוף מ"מ פינון שלא בא ליד המקנה אינו יוצא מרשותו לעשות קנין.

ובהילך מנה ותקדשי לפלוני קאמר הש"ס ע"כ לאו אע"ג דלא יהיב מידי קני לנפשיה קידושין נמי אע"ג דלא חסרה למידי קני להאי איתתא והיינו באם ל"ה ילפינו מן ע"כ הריעותא מן הקנין היה בשביל שהקונ' לא יהיב מידי ולא מצאנו קנין שיקנה בלי שום מעש' קנין והחסרון מן הקנין הוא מצד הקונה דלא עשה שום מעש' קנין וקשה אם פן מנ"ל מדין עבד פנעני דמהני לגבי קידושין דלמא באמת לא מהני פינון שהמקדש לא נתן מאומה רק בעבד פנעני מהני למה שהעלה בס' חמדת שלמה חלק או"ח (סי' א') להוכיח דבכל קנינים העיקר תלוי בדעת המקנה והיכא דאנו סהדי דמקנה בלב שלם ואין הריעותא בגוף המקח רק בהקנין העיקר תליא במי שרוצה להקנות להוציא דבר מרשותו צריף להיות גמר ומקנה וע"כ הני ממילא נגד הקונה קנין והביא ראיה ממה דאיבעי לן בש"ס קידושין (דף כ"ו) גבי קנין אגב שדה לאחד ומטלטלין לאחד אם מהני חזינו די"ל דמהני אגב שמקנה הקרקע לזה מקנה לזה המטלטלין ואם נימא דבעי גם פן דעת קונה מה"ת שיהני הואיל דחבירו גומר ומקנ' הקרקע לחבירו יקנה זה המטלטלין יעיין שם.

א"כ י"ל לכה מהני בעבד שיצא לחירות הואיל שהאדון קבל הפסוף מן אחרים גמר ומקנה והעבד קונה את עצמו ממילא דלא בעינו דעת קונה שישמנה דעתו רק פינון שהמקנה גומר ומקנה הקונה ממילא קונה אף שלא גמר בדעתו ואינו סומך דעתו הואיל שלא הוציא פסוף מ"מ קונה את עצמו פינון שהמקנ' גמר בדעתו להקנות.

אבל לגבי קידושין דכי יקח אישה אישה כתיב וכל הקנין אישות הוא מצד הבעל וכמבואר בר"ן נדרים (דף ל') דאין האישה מקנה את עצמה רק שעשאת את עצמה פהפקר שיקנה

המקדש על ידי קנינו ולא כי תלקח אם כן מה מהני שקבל' הכסף מן אחר ועי"ז גמרה ומבטלת דעתה מ"מ איה יקנה אות' המקדש כשאינו עושה מעשה קנין ואינו גומר וקונה.

ואולי בשביל זה פירש"י דאותו פלוני עשאו שליח ואז שפיר מהני דהקונ' עושה מעשה קנין דשליח של אדם כמותו רק דלא ידענו אם יכול אדם לקנות דבר בלי שום חסרון כסף זה שפיר ילפינו מדין ע"כ אבל עשאו שליח י"ל דלא מהני ולא נוכל למילף מדין ע"כ ודלא כמו שכ' הריטב"א שם: אולם למה שכ' הרמב"ם וכל הפוסקים דאף בלא עשאו שליח גם כן מהני שפלוני מקדשה על ידי נתינת חבירו יקשה איה נוכל למילף קידושין דבעינו כי יקח ולא כי תלקח מדין עבד כנעני דתליא בדעת האדון אם גומר ומקנה.

לכן על פירוש צריף לומר דילפינו מעבד כנעני מגז"ש דמהני בקידושין וכמו שכתב הר"ן אבל לענין קנין באמת לא מהני כיון דבעי סמיכת דעת ודעת קונה. והפוסקים הסוברים דמהני אף במקום סברו דלא תלי' קנין בדעת קונה רק אם המקנה גמר ומקנה קונה ממילא וכמו שכ' הח"ש.

אבל הרמב"ם י"ל דסובר דאף בקנין בעינו סמיכת דעת הקונה לקנות וכדעת הגאון בעל מקו"ח שם בס' ח"ש ובלעדי סמיכת דעת הקונה אף אם המקנה גמר בדעתו להקנות לא מהני [והראיה שהביא שם בעל ח"ש מקנין אגב י"ל להמענין ומ"ש שם דא"ל דהא גופא מספקא לי' לגמרא אם תלוי בהקונה או לא דאם כן עכ"פ במתנה הנה לו לקנות.

לא אדע פנונתו הא במתנה גם כן יש לומר דלא מהני מה"ט הואיל דאינו סומך דעתו לקנות כיון שאינו עושה שום מעשה קנין] ולכך לא מהני לגבי קנין אם לא מטעם זכיה רק בעבד כנעני מהני כסף על ידי אחרים כיון דשם לא בעינו סמיכת דעת של העבד רק סילק רשות האדון וזוהי בעצמו ממילא.

ולפי זה י"ל בירושלמי דבאומר ותצא שדה לחירות או להפקר מהני דשם לא בעינו מעשה קנין רק סילק רשותו ושעבודו וזה מהני כמו שמהני בעבד כנעני. אבל לקנות דבעי שיעשה מעשה קנין להכניס לרשותו כל זמן שאינו עושה מעשה קנין אינו גומר בדעתו לקנות ואינו סומך דעתו ואז אף שגומר ומקנה לא מהני אבל לסלק רשותו ושיעבודו מהני דזה תלוי רק בדעת המוציא מרשותו.

וכן נמי באומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיה מהני הואיל דהלנה קבל הכסף וכתב השטר לשעבד את עצמו וכו' לא בעינו סמיכת דעת לקנות השעבוד דממילא קונה מי שנשתעבד לו דהא אדם יכול לשעבד את עצמו לחבירו אף שלא מדעתו חזינו דכו' לא בעי רק סמיכת וגומר בדעת המשעבד.

ושאר פוסקים הסוברים דגם לענין ממון בעי סמיכת דעת הקונה ובכל זה ילפינו מדין עבד כנעני שיוצא בכסף על ידי אחרים וצריף להבין הא מבואר בש"ס קידושין (דף כ"ג) כסף קבלת רבו גרמה.

וענין שם ברש"י הרי דלא בעינו שום סמיכת דעת העבד ויקשה מה יליף רבא דמהני כסף ע"י אחרים לקנות מעבד כנעני הא שם לא בעי סמיכת דעת העבד משא"כ באשה וענין פנ"י קידושין (דף י"ט) דפירש קבלת רבו גרמה לו שר"מ סובר המפקיר עבדו

יוצא לחירות ואין צריף ג"ש ועל ידי שמקבל הרב הפסוף נסתלק זכותו מן עבדו וממילא יצא לחירות וקשה איה למד מזה רבא דמהני לענין קידושין שם אף שנסתלק הבועלים מזכותם במה שתקדש לפלוני וכן בשדה.

ונראה דבאמ' לאו פנונת הש"ס דקבלת רבו גרמה דמהני מטעם המפקיר עבדו רק מטעם קנין כמו דמהני בשטר הבא לידו אף בעל פרחו של עבד מ"מ משתחרר ויוצא על ידי שטר שיקרוור פו נמי ע"י פסוף באם מקבל רבו פסוף מן אחרים יוצא לחירות באם מקנה לו רבו שיוצא לחירות ואף שאינו רוצה והוכחת רבא הנה דעל פרחו זה קנין המועיל בכ"מ אף פשאין הקונה עושה שום מעשה קנין דאמלא הנה שום קנין באופן זה למה יצא על ידי זה העבד לחירות בשלמא אם הוא קנין המועיל באם רוצה לזפות בנפשיה שפיר בעבד יוצא לחירות בעל פרחו דהאדון אינו משועבד לעבדו שלא יוציאנו לחירות אבל אם נאמר דבכ"מ הקונה צריף שיעשה מעשה קנין ובלא זה אף באם הקונה רוצה לקנות אינו מועיל באיני' קנין יצא העבד לחירות ועדיין צריף התבוננות בזה: ויש לחקור קצת בישאל הקונה מן פו נח ונותן לו פחות משנה פרוטה אם מהני הקנין פינון דלהנחתו לא הוי ממון יש לומר דאינו קונה או דלמא כמו דמהני באם אחר נותן הפסוף חזינון דלא בעי מעשה קנין מן הקונה רק דעת מקנה אם פו י"ל פינון דהמקבל יכול להקנות בעד פמשו"פ דלב"נ הוי פסוף דפו נח נהרג על פמשו"פ מהני הקנין.

וראיתי בס' אבני מילואים (סו"ס ל"א) שכ' דמהני כמו דמצינו במס' עירובין (דף ס"ב) דשכירת רשות מן העכו"ם מהני אף בפמשו"פ יענין שם שכ' דאף לשיטת הר"ן בדע' הרמב"ם דלענין ממון לא מהני נתינת פסוף מאחרים מ"מ היכא דהקונה נותן חצי פרוטה ולהמקנה חשיב פסוף אזלינו בתר מקבל יענין שם.

ותמהני הא המענין ברמב"ם (פ"ב הי"ב) מה' עירובין יראה דסובר באמת לא מהני קנין ישאל מן העכו"ם בחצי פרוט' שכ' וז"ל שזכרין מן העכו"ם ואפילו בשבת שהשכירות פכטיול רשות הוא שאינו שכירות ונדאית אלא היכר בלבד לפיכך מהני בפחות משנה פרוטה יענין שם חזינון דבקנין ממש לא מהני.

ואולי באמת מזה ראיה לשיטת הר"ן בדעת הרמב"ם דסובר דקנין מטעם עבד פנעני לא מהני גבי ממון אבל לשאר פוסקים דמהני בכסף על ידי אחרים לא גרע מאם נתנו אחרים פסוף.

או יש לומר דאף דבכסף על ידי אחרים דמהני מ"מ הוציא האחד פסוף על מקח זה אבל פנותן פמשו"פ לכ"ע לא מהני ובהכרח אם נאמר בדעת רמב"ם דסובר גם בקנין ממון מהני קנין דעבד פנעני והא דצריף לגבי עירוב מטעם קולא הוא משום דלא הוציא שום אחד דבר חשוב וממילא בנגידון דרדב"ז המובא בסא"מ שם בנתניקור י"ל דלכ"ע אינה מקודשת ודלא כמו שכ' הא"מ וצ"ע: סי' ה יש לחקור בהא דקיי"ל דחז"ל עקרו לקנין פסוף במטלטלין ושניהם יכולין לחזור קודם שמשוף הלוקח המטלטלין שקנה.

אם בעינו במשיכה הזאת שלאחר נתינת הדמים פנונה לקנות או לא ואף דבכל מקום צריף דעת קונה וכנונה לקנות זה דוקא בלא נתן הדמים דליכא רק קנין משיכה בלבד אבל היכא דנתן הדמים דדבר תורה פסוף קונה ונקנה להלוקח בכל מקום שהמטלטלין

הם רק דחכמים עקרו מטעם שלא יאמר נשרפו חיטה בעליה לכן אם הוציא מרשות המוכר ששוב לא שייך לומר נשרף חיטה קונה עם הכסף.

או נאמר פיון דעקרו לקנין כסף צריף כנונה לקנות עם המשיכה. ולכאורה מוכח מהא דמבואר בש"ע (סי' קפ"ג ס"ג) בשלית שקנה לעצמו במעות המשלח די"א אף אם אמר המשלח בפני עדים שחוזר בשליחותו בכל ענין הוא של המשלח והטעם פיון דהמעות של המשלח הוא דעת המוכר להקנות לבעל המעות ועיין שם בסמ"ע (ס"ק י"ב).

וצריף להבין ניהו דדעת המוכר להקנות לבעל המעות הא מ"מ השלית ביטל שליחותו ולא נתפנוין לקנות בעד הלוקח רק לעצמו אם פו אף דשלית לא קנה מ"מ גם המשלח לא יקנה ויהיה בידי המוכר לחזור.

ועל פרוץ צריף לומר פיון דלא שייך הטעם דנשרפו חיטה בעליה מעות קונה וכיון דמשף השלית החיטין אף דלא נתפנוין לקנותו להמשלח מ"מ פיון שאינו ברשות המוכר המעות קונה וכן כ' שם בנתיבות סק"ד.

אף מ"מ יש לחלק ולומר דוקא שם דמ"מ השלית מתפנוין לקנות ולהוציא מרשות המוכר וכן המוכר מתפנוין להקנות לכן אף דהשלית לא התפנוין לקנות להמשלח מ"מ פיון שהמוכר מקנה לבעל המעות וזה מתפנוין עכ"פ לקנות ולהוציא מרשות המוכר אף פיון דהמוכר מתפנוין להקנות לבעל המעות ולכן אין השלית קונה מ"מ קונה הלוקח המשלח פיון דעכ"פ התפנוין השלית לקנות ולהוציא מרשות המוכר וגם המוכר התפנוין להקנות לבעל המעות בזה אוקמו אדינא דכסף קונה פיון דעכ"פ נעשה קנין משיכה גם פו ובכנונ' לקנות אף שהשלית לא התפנוין לקנות בעד המשלח מ"מ התפנוין להוציא מרשות המוכר ולקנות עכ"פ לעצמו אבל היכא דלא התפנוין המושף לשם קנין פלל אף דהוציא מרשות המוכר ולא שייך לומר נשרף חיטה בעליה מ"מ אשכחן לענין פמה דברים דלא פלוג אמרינו וכיון דעקרו לקנין כסף צריף שיעשה הלוקח קנין המועיל לקנות אף אם לא הנה בותן המעות ואף דהוציא מרשות המוכר ולא שייך נשרף חיטה בעליה מ"מ כ"ז שלא התפנוין לקנות באותו קנין ולא הי' קנין המועיל לא מהני.

וראיה לזה דהא אף אם קנה מקצת מן החפץ דהמוכר הוא שותף עם הלוקח וטרח ומציל אפ"ה לא קנה כמבואר במס' חולין (דף פ"ג) בד' פרקים בשנה כו' אפילו שור שנה אלה ואין לו ללוקח אלא דינר אחד כופין אותו לשחוט לפיכך אם מת מת ללוקח מטעם דבד' פרקים העמידו על ד"ת מבואר דבשאר ימות השנה אם מת מת למוכר אף דאין לו ללוקח בהשור רק דינר אחד מ"מ אף דלא שייך פל כף לומר נשרף חיטה בעליה מעות אינו קונה.

[ובנתיבות (סי' קצ"ח) כ' דאפילו אם לא נתן רק מקצת דמים דלא שייך לומר נשרף חיטה אפ"ה ל"ק והביא ראיה מהך דחולין בשאר ימות השנה ל"ק בנתן דינר. ובאמת בנתן מקצת מעות דלא קנה מבואר מש"ס דב"מ (דף מ"ח) דערבון פנגדו הוא קונה אינו אלא במטלטלין פיון דאינו קונה רק למש"פ.

ובש"ס דחולין אינו מקצת מעות רק פל המעות שלא קנה יותר מדינ' רק מ"מ ראיתו א"ש כמו דאינו קונה מקצת מן החפץ פו אילו קונה פשנתן מקצת מן המעות וראיתי בס'

מְטָה שְׁמֵעוֹן (סי' קצ"ח בְּאוֹת ה') שֶׁהֵבִיא מִשָּׁם ס' בְּנֵי דָוִד לְהִסְתַּפֵּק בְּנִידוֹן זֶה וּלְעַנּוֹת דְּדָבָר מִבְּאֵר מִשָּׁם ס' חֲוָלִין הַנּוֹזֵל] וְאַף בְּשִׁכְרוֹת מִטְּלָטְלִין דְּמִבְּאֵר בַּח"מ (סי' קצ"ח) מִשָּׁם י"א דְּנִקְנָה בְּכֶסֶף רַבּוֹ עַל זֶה חוֹלְקִין יֵשׁ הַנּוֹזֵל פֶּרֶק הַשּׁוֹאֵל כ' כִּינּוֹן דְּשִׁכְרוֹת כְּמִכְרָה אֵין לְחַלֵּק וְכ' שְׁפָן הִסְכִּימוּ אַחֲרוֹנִים וְכֵן בַּשּׁ"מ שָׁם כ' שְׁפָן דַּעַת רַש"י ב"ק.

וְאַף לְדַעַת רַמְבַּ"ן דְּנִקְנָה צָרִיף לֹאמַר דְּשִׁכְרוֹת מְלִמָּה אַחֲרֵיתָּהּ הִיא אֲבָל בְּמִכְרָה לֹא פְּלוּג חו"ל בְּתַקְנָתוֹן: וְרֵאשִׁי לְזֶה מִדְּבָרֵי הַרְמַב"ם (פ"ג מֵה' מִכְרָה) שֶׁכ' שָׁם (ה"א) דְּדָבָר תּוֹרָה מִשְׁנֵתוֹן אֵת הַמַּעֲוֹת קָנָה וְאֵין אֶחָד מֵהֶן יָכוֹל לְחַזֵּר אֲבָל חֲכָמִים תִּקְנוּ שֶׁלֹּא יִקְנוּ הַמְּטָלְטְלִין אֲלֵא בְּהַגְבִּיחָה אוֹ בְּמִשְׁכִּיחָה דְּבָר שֶׁאֵין דָּרְכּוֹ לְהַגְבִּיחָה עַכ"ל מִבְּאֵר מִדְּבָרֵי דְּדָבָר שֶׁדָּרְכּוֹ לְהַגְבִּיחָה א"ק בְּמִשְׁכִּיחָה וְאִמָּאֵי הֵא דְּבָר תּוֹרָה מַעֲוֹת קוֹנוֹת רַק חֲכָמִים חִשְׁבוּ שֶׁלֹּא יִקְנוּ מִטַּעַם דִּיאֵמַר נִשְׁרָפוּ חֵטְפָה בְּעֵלְיָ וְכִינּוֹן שֶׁהוֹצִיא מִרְשׁוֹת הַמּוֹכֵר נוֹקְמִי אֲדִין תּוֹרָה וְיִקְנוּ הַמַּעֲוֹת וְאִמָּאֵי לֹא מֵהֵנִי מִשְׁכִּיחָה בְּדָבָר שֶׁדָּרְכּוֹ לְהַגְבִּיחָה אֲלֵא וְדָאֵי כִינּוֹן דְּחו"ל עֲקָרוֹ לְקַנְנוּ מַעֲוֹת לֹא מֵהֵנִי רַק בְּעֵי קַנְנוּ הִרְאוּ לֹא דְּבָר שֶׁדָּרְכּוֹ לְהַגְבִּיחָה בְּעֵי קַנְנוּ הַגְבִּיחָה וְשֶׁדָּרְכּוֹ לְמַשְׁחָה מֵהֵנִי מִשְׁכִּיחָה וְכֵן כ' שָׁם (ה"ד) וְנ"ל נִמְצָאָה לְמַד שֶׁהַלּוֹקֵחַ מִטְּלָטְלִין אַעפ"י שְׁנֵתוֹן כָּל הַדָּמִים יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ וְכֵן הַמּוֹכֵר יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ עַד שֶׁיִּגְבִּיחָה אוֹ יִמְשֹׁחָה דְּבָר שֶׁאֵין בּוֹ הַגְבִּיחָה אוֹ יִמְסֹךְ הַמּוֹכֵר לְלוֹקֵחַ דְּבָר שֶׁאֵין דָּרְכּוֹ לְהַמְשִׁיחָה כּו' יַעֲיִין שָׁם מִבְּאֵר מִדְּבָרֵי דְּדָבָר שֶׁדָּרְכּוֹ בְּהַגְבִּיחָה אֵינוֹ קוֹנָה אִף אִם נִתְּן מַעֲוֹת וְיִמְשִׁיחָה וְאִמָּאֵי כִינּוֹן דְּמ"מ הוֹצִיא מִרְשׁוֹת הַמּוֹכֵר וְלֹא שִׁינְיָה הַחֲשֵׁשׁ דְּשִׁמָּה יֵאמַר נִשְׁרָפוּ חֵטְפָה בְּעֵלְיָה יִקְנוּ לֹא הַמַּעֲוֹת אֲלֵא וְדָאֵי כִינּוֹן דְּחֲכָמִים עֲקָרוֹ לְקַנְנוּ כְּסָף בְּעֵינֵי שִׁיעֲשֵׂה הַלּוֹקֵחַ קַנְנוּ הַמּוֹעִיל לְקַנּוֹת שִׁיעֲשֵׂה קוֹנָה בּוֹ אִף אִם לֹא הִי נִתְּנָה הַדָּמִים וְנִתְּנָה דָּמִים אֵינוֹ עוֹשֶׂה קַנְנוּ רַק לְמַש"פ: וּלְפִי"ז נִרְאֶה בְּאֵם שׁוֹלֵחַ כְּסָף עַל יְדֵי חֲשׁו"ק אוֹ עַל יְדֵי נְכָרֵי שֶׁאֵינֶן בְּנֵי שְׁלִיחוֹת וְנִתְּנָה לְהֵם כְּסָף שִׁינְיָנוּ בְּעַדוֹ מִטְּלָטְלִין אִף אִם הוֹצִיאָה הַמְּטָלְטְלִין מִרְשׁוֹת הַמּוֹכֵר מ"מ לֹא נִקְנוּ לְבַעַל הַמַּעֲוֹת וְעַדִּין שִׁנְיָהֵם הַלּוֹקֵחַ וְהַמּוֹכֵר יָכוֹלִין לְחַזֵּר וְאַף דְּהַמּוֹכֵר מִקְנָה לְבַעַל הַמַּעֲוֹת מ"מ כְּסָף אֵינוֹ קוֹנָה רַק לְמַש"פ וְאַף שֶׁהוֹצִיא מִרְשׁוֹת הַמּוֹכֵר מ"מ אֵינֶן בְּנֵי שְׁלִיחוֹת לְקַנּוֹת בְּעַד הַבַּע"מ וְלֹא נִשְׁאָר רַק קַנְנוּ כְּסָף לְחֵיבּוֹ בְּמַש"פ וְעֵינֵי נְתִיבוֹת (סי' קפ"ב ס"ק ב') שֶׁפְּתַב וְכֵן אִם נִתְּן לְשִׁלֵּחַ כְּסָף לְקַנּוֹת קַרְקַע קָנָה הַמְּשַׁלֵּחַ אִף אִם נִתְּן הַכְּסָף לְאוֹתוֹן שֶׁאֵינֶן בְּנֵי שְׁלִיחוֹת דְּמַעֲשֵׂה קוֹף בְּעֵלְמָה עֲבָדֵי הַהוֹלִיף הַמַּעֲוֹת לְמוֹכֵר לְקַנּוֹת בּוֹ יַע"ש זֶה דוֹקָא בְּקַרְקַע דְּכְסָף לְבַדוֹ קוֹנָה אֲבָל לְקַנּוֹת מִטְּלָטְלִין אֵינוֹ קוֹנָה בְּכַה"ג רַק לְעַנְנוּ מַש"פ כָּל זְמַן שֶׁלֹּא נַעֲשֵׂה קַנְנוּ הַמּוֹעִיל שִׁיּוֹעִיל אִף אִם לֹא הִי מוֹסֵר לוֹ הַכְּסָף לְכֵן אִף שֶׁהוֹצִיאָה מִרְשׁוֹת הַמּוֹכֵר אֵינוֹ קוֹנָה: וְכֵן לִי לְבָאָר דְּבָרֵי הַשּׁ"ס קִדְוִשִׁין (דף מ"ב ע"א) דְּפָרִיף שָׁם הַשּׁ"ס עַל הָא דָּאֵין שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה וְהִדְמִינָא שְׁלִיחַ שֶׁלֹּא עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ שְׁלִיחַ מְעַל עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ בְּעַל הַבֵּית מְעַל כִּי עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ דְּבַט"ב בַּע"ב מִיָּהָ מְעַל אִמָּאֵי נִימָא אֵין שְׁלִיחַ לְדָבָר עֲבִירָה וְעֵינֵי שָׁם בְּרַש"י שְׁלִיחַ שֶׁלֹּא עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ גְּבִי הַקְדָּשׁ קָאֵי שֶׁהִיָּה אֲצִלוּ מַעֲוֹת הַקְדָּשׁ וְטָעָה כְּסָבָר שֶׁהֵן שֶׁל חוֹלִין וְיִמְסְרוּ לְשִׁלֵּחַ לְיָקוּחַ בְּהֵן חֲלוּקִים וְקָנָה בְּהֵן טְלִית שְׁלִיחַ מְעַל וְלֹא הַשּׁוֹלְחֵי שֶׁבְּדָבָר זֶה אֵינוֹ שְׁלוּחֵי אֲבָל אִם עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ בַּע"ב מְעַל יַעֲיִין שָׁם.

וְקָשָׁה חֲדָא אִמָּאֵי קַתְנִי דְּתַנְיָא וּפְרִיף מְבַרְיָתָא אִמָּאֵי לֹא פְּרִיף מִמִּתְנִיתִין דְּרַפ"ו דְּמַעֲלִיָּה שְׁלִיחַ שֶׁעָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ בַּע"ב מְעַל לֹא עָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ הַשְּׁלִיחַ מְעַל וּמְפֹרָשׁ שָׁם כִּי צַד וְשָׁם לֹא אֵינֶרִי בְּשִׁלַּח לוֹ לְקַנּוֹת כְּמוֹ שֶׁכ' רַש"י וְעַל זֶה יְפָרֵף אִמָּאֵי בְּעָשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ



בעה"ב מעל נימא אשד"ע ואף אם נשפש הגירסא ונגרוס דתנו וכן ראיתי אחר כף בהגהות הב"ח דכ' לגרוס דתנו דמשנה הוא במעילה.

אולם מדפריד הש"ס מן שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל עשה שליחותו בעה"ב מעל ובמתניתין דמעיל' קתני בריש' שליח שעש' שליחותו מבואר דאין פנונת הש"ס על מתניתין דמעילה וקשה אמאי.

גם דברי רש"י צריך ביאור דדחק לפרש דפירכת הש"ס הי' באם הי' אצלו מעות הקדש ושלח ע"י שליח לקנות לו חלוק ולמה לא נפרש פירכת הש"ס על משנה הראשונה הנו'. ולמה שכ' י"ל דהנה הפנ"י עמד על קושית הש"ס דפריד דגבי מעילה נימא אשד"ע הא מבואר במתניתין דמעילה שלח ביד חשו"ק אם עשו שליחותו בעה"ב מעל ומבואר שם בש"ס אף דלאו בני שליחותא נינהו מ"מ בעה"ב מעל דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד והואיל דאיתעבידא שליחותיה דבעה"ב מעל ומה פריד דנימא אין שליח לדבר עבירה הא לאו מצד שליחות איתנו עליה שימעול הבעל הבית רק הואיל דאיתעביד מחשבתו וכ' דקושית הש"ס לא הנה שיפטור המשלח רק כיון שאין דין שליחות בדבר עבירה הני ליה פיקס פאדם אחר העושה מעצמו ויש לחייב השליח וממילא יפטור הבעה"ב דשני מעילות על דבר אחד לא מצינו יעיין שם.

[ועיין מה שכתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גו"ג (סוף סי' ו') עפ"י לפרש דברי פירוש המשניות לרמב"ם מס' מעילה (פ"ו) דכ' בעה"ב מעל הואיל והוא ציוה סמוך זה למה שנאמר ואשמה הנפש ההיא רומז אל מי ששגג תחיל' ודימה שזה חולין ובתוס' יו"ט שם תמה על זה הא ילפינו מגז"ש דחטא חטא מתרומה דבמעילה יש שלד"ע וי"ל דהרמב"ם והרע"ב הביאו הקרא דלמה לא ימעלו שניהם עיין שם] והנה זה אתי שפיר לשיטת הסופרים דבכ"מ בשוגג גם פן אשד"ע וכדעת הרמב"ם אכל לשיטת התוס' דבלא ידע יש שלד"ע וכ' התוס' דקו' הש"ס הי' דאם עשה שליחותו דבעה"ב מעל אף אם נזכר השליח והנה מזיד יעיין שם בתוס' ולדבריהם ליכא למימר כמו שכתב הפנ"י דהא השליח הנה מזיד וליכא ביה דין מעילה ולכן הבעה"ב מעל הואיל דאיתעביד מחשבתו וכן שיטת רש"י דבשוגג יש שלד"ע ועל פרוק קושית הש"ס ממעילה היא כמו שכ' התוס' בנזכר השליח דהנה מזיד נימא דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ועל זה קשה שוב הא לא גרע מאם שלח על ידי חשו"ק דלאו בני שליחות הן ואפ"ה מעל המשלח הואיל דאיתעביד מחשבתו.

אולם למה שמבואר מדברי תוס' ב"מ (דף י' ע"ב) דהא דאמרינו אין שליח לדבר עבירה המעשה בטל והני פאילו עשה השליח מאליו ועיין בנו"ב חאה"ע שהאריך לבאר את זאת ולדעת כל הפוסקים אמרינו דהמעשה בטל: ולפי"ז בשלמא בשולח לקנות על ידי חשו"ק דלאו בני שליחות נינהו ולא התפנוין המשלח רק שיקנו מן התנוני ושחונני יקבל הכסף מאתם אבל לא שהמה יזכו בהפקח בעד המשלח דלאו בני זכיה נינהו שיזכו בעד אחרים וע"כ ל"ה פנונתו רק שחונני יקבל מהם הכסף וישלים תנאו שימסור הפקח להם בעד הכסף וחונני זוכ' תיקף בהכסף לכו מעל הבעל הבית דאיתעביד מחשבתו ושליחותו דרק בעד זה ציוה לתת להחונני הכסף הואיל שימסור הפקח להחשו"ק ואף אם לא קנה המשלח הפקח והחונני יכול לחזור מן הפקח וליקח בהחזרה הפקח מ"מ

כּוֹנֵנֵת הַמְשַׁלַּח נַעֲשֶׂה אֲבָל בְּשׁוֹלַח עַל יְדֵי פִיָּקָח וְשֶׁהוּא בֵּר שְׁלִיחוֹת לְקִנּוֹת כּוֹנֵנֵתוֹ הִיא שְׂיִזְכָּה הַפִּיָּקָח בְּהַמְקַח בְּעַד הַמְשַׁלַּח וְהַחֲנֻנִי מִקְּנָה לְבַעַה"מ וּבְמַשִּׁיכַת הַשְּׁלִיחַ זֹכָה הַמְשַׁלַּח בְּהַמְקַח פְּרִיָּה הַש"ס שְׁפִיר גִּימָא אֶשְׁלַד"ע דָּאז הַמַּעֲשָׂה בְּטַל וְנִתְבַטַּל הַשְּׁלִיחוֹת וְהוּי כַּעֲשֶׂה מֵאֲלִיו לְקִנּוֹת בְּעַדוֹ דְּלֹא מְהַנִּי.

לְכֵן לֹא הִיא הַש"ס יְכוּל לְהַקְשׁוֹת מִן מַתְּנֵיתִין דְּרַפ"ו דְּמַעֲלָה דְּשָׁם מְפָרֵשׁ הַמַּתְּנֵיתִין כִּי צִד אָמַר לוֹ תֵּן בְּשֵׁר לְאֹרְחִים וּבְזָה אָף אִם נֹאמַר אֶשְׁלַד"ע וּבְטַל הַשְּׁלִיחוֹת מ"מ הַמְשַׁלַּח מְעַל הוּאִיל דְּאִיתְּעֵבִיד שְׁלִיחוֹתוֹ וּמַחְשַׁבְתּוֹ וְהַשְּׁלִיחַ מַעֲשֶׂה קוּף בְּעֵלְמָא עֵבִיד וְלֹא גָרַע מְשׁוֹלַח עַל יְדֵי חֲשׂוֹ"ק כְּקוֹשְׁיַת הַפְּנ"י לְכֵן פְּרִיָּה הַש"ס מִן בְּרִייתָא וּפִירֵשׁ"י דְּקָאִי בְּאִם הִיא אֲצִלוֹ מַעוֹת הַקִּדְּשׁ וְשִׁלַּח לְקִנּוֹת לוֹ חֲלוּק וְהִינּוּ דְּבָזָה צְרִיָּה שְׂיִתְקַיֵּים הַשְּׁלִיחוֹת וּבְאִם לֹא יִתְקַיֵּים הַשְּׁלִיחוֹת לֹא נִקְנָה הַמְקַח לְהַמְשַׁלַּח וְלֹא אִיתְּעֵבִיד מַחְשַׁבְתּוֹ לְכֵן שְׁפִי פְּרִיָּה הַש"ס גִּימָא אֶשְׁלַד"ע וְנִתְבַטַּל הַשְּׁלִיחוֹת וְלֹא אִיתְּעֵבִיד שְׁלִיחוֹתוֹ דְּמַשַּׁלַּח דְּכּוֹנֵנֵתוֹ הִיא שְׂהַשְּׁלִיחַ יִזְכָּה בְּהַמְקַח בְּעַדוֹ וְלֹא יִהְיֶה בְּיַד הַחֲנֻנִי לְחֹזֵר מִן הַמְקַח וְשֶׁהוּא יִקְנָה וְיִזְכָּה בְּהַמְקַח וְאִם נֹאמַר אִין שְׁלַד"ע וְהוּי כַּעֲשֶׂה מֵאֲלִיו לֹא זָכָה הַמְשַׁלַּח בְּהַמְקַח וְלֹא אִיתְּעֵבִיד מַחְשַׁבְתּוֹ.

וְאִינוּ דוֹמָה לְשׁוֹלַח עַל יְדֵי חֲשׂוֹ"ק דְּשָׁם עֵיקַר שְׁלִיחוֹתוֹ הִיא שְׂיִמְסוֹר הַמַּעוֹת לִיד הַחֲנֻנִי וְשֶׁהַחֲנֻנִי יִמְסוֹר לוֹ הַחֲפֵץ אָף שְׁלֹא יִקְנָה הוּא בְּזָה וּבְזָה נַעֲשֶׂה רְצוֹנוֹ וּמַחְשַׁבְתּוֹ וְזָה בְּרוּר: וּבְזָה יֵשׁ לִינִשְׁבַּח מַה שְׂהַקְשָׁה רַבִּינוּ הַגָּדוֹל מִרְּוֵן עַק"א ו"ל בְּגִלְיוֹן מְשֻׁנִּיּוֹת מִס' מַעֲלִיָּה (פ"ו) בְּהָא דְּשִׁלַּח בְּיַד פִּיָּקָח וְנִזְכָּר הַבַּעַה"ב [וְגַם הַשְּׁלִיחַ] הַחֲנֻנִי מְעַל כְּשִׂיּוּצָא.

וְע"כ דְּבִקְבָּל' הַמַּעוֹת אִינוּ מְעַל כִּינּוּן דְּאִיכָּא דַּעַת גּוֹתֵן שְׂמוּצִיא מְרִשׁוֹתוֹ יְכוּל הַמְקַבֵּל לֹאמַר דְּאִסּוּרָא לֹא גִיחָא לִיהַ דְּלִקְנִי אִם כֵּן מַה שְׂאֵל רַב אַחָא בְּרִי דְּר"י לְר"א בְּנִדְרִים (דָּף ל"ה) כְּפָרִי עֲלֵיהּ וְנִתְּנוּ לִי בְּמַתְּנָה מִי מְעַל לְמַעְנֵל מְקַבֵּל יְכוּל לֹאמַר אִסּוּרָא לֹא גִיחָא לִיהַ דְּלִקְנִי הָא מְשֻׁנָּה מְפֹרְשֶׁת הִיא דְּהַמְקַבֵּל לֹא מְעַל בְּקַבְּלָתוֹ יַעֲיִין שָׁם שְׂהַגִּיחַ בַּצ"ע.

וּבְאַמַּת בְּיוֹתֵר קָשָׁה עַל דְּבָרֵי הָרֵא"ש גְּדָרִים שָׁם דַּכ' מְקַבֵּל מְעַל לְכְּשִׂיּוּצִיא דְּכָל דְּכָר שֶׁל הַקִּדְּשׁ אִינוּ יוֹצֵא עַד שְׂיִמְעֵנֵל וְכ' הַכִּי אֶמְרִינּוּ בְּמַעֲלָה הָאוּמַר לְשִׁלּוּחוֹ תֵּן דִּינָר לְחֲנֻנִי וְנִזְכָּר בַּעַה"ב חֲנֻנִי מְעַל לְכְּשִׂיּוּצִיא הָרֵי שְׂהַזְכִּיר הָרֵא"ש מַתְּנֵיתִין דְּמַעֲלָה וְכַתֵּב דְּהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּאִסּוּרָא ל"נ לִי דְּלִקְנִי וְקָשָׁה מַה שְׂאֵל ר"א בְּרִי דְּר"י.

וְלָמָּה שֶׁכ' י"ל דְּבִקְבָּל' י"ל בְּמַתְּנֵיתִין הַטַּעַם דְּהַחֲנֻנִי לֹא מְעַל תְּיָכֶף בְּמַה שְׂקַבֵּל וְזָכָה בְּהַמַּעוֹת דְּבִקְבָּל' לֹא זָכָה כִּינּוּן דְּהַמְשַׁלַּח וְהַשְּׁלִיחַ גְּזָכְרוּ וּמְזִידִין הֵן שׁוֹב הוּי כְּמוֹ בְּכָל הַתּוֹרָה כְּנֹלָה דְּאֶמְרִינּוּ אֶשְׁלַד"ע וְהַמַּעֲשָׂה בְּטַל וְלֹא זָכָה הַמְשַׁלַּח בְּהַמְקַח עֲדִינּוּ בְּמַשִּׁיכַת הַשְּׁלִיחַ הוּאִיל דְּאֶשְׁלַד"ע בְּטַל הַשְּׁלִיחוֹת וְאִין קִיּוּם לְהַמַּעֲשֵׂ' וְכִינּוּן שְׁלֹא זָכָה הַמְשַׁלַּח בְּהַמְקַח עַל דַּעַת זֶה לֹא הִקְנָה הַמַּעוֹת לְהַחֲנֻנִי וְלֹא יִצָּא עֲדִינּוּ הַמַּעוֹת מְרִשׁוֹת הַקִּדְּשׁ לְכָף לֹא מְעַל הַחֲנֻנִי בְּקַבְּלַת הַכֶּסֶף אָף אִם לֹא נֹאמַר אִסּוּרָא לֹא גִיחָא לִי דְּלִקְנִי מ"מ דַּעַת מִקְּנָה אִין כָּאֵן לְהַקְנוֹת רַק לְבַע"מ וְכִינּוּן שְׂאִינוּ קוֹנֵה הַבַּעַל הַבֵּית הַחֲפֵץ בְּמַשִּׁיכָה זֹו דְּאֶשְׁלַד"ע וְהַמַּעֲשָׂה בְּטַל מִמִּילָא הַחֲנֻנִי לֹא קָנָה הַמַּעוֹת לְכָף אִינוּ מוֹעִיל עַד שְׂיִוּצִיא אֶמְנָם זֶה תְּלִיא בְּדָבְרֵי הַש"ס ב"ק (דָּף ק"ב) מַחְכוּ עֲלָה בְּמַעְרְבָא לְר"י אֶלְיָבָא דְּר"י וְכִי מ' הוֹדִיעַ לְבַעַל חוּטִין שְׂיִקְנָה חוּטִין לְבַעַה"מ וּבְחוּטִין וְחוּטִין שְׁלִיחוֹתָהָ קָא עֵבִיד.

והנה מבואר בש"ע ח"מ (סי' קפ"ב) בעבר השלית על דברי משלחו אם לא הודיע שהוא שלית של פלוני נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין משלחו והטעם אף דנתברר בעדים שהמעות הוא של המשלח ולמה לא יהיה הברירה ביד המשלח לבטל המקח כשעשה השלית שינוי בשליחות ויהיה מקח טעות והמעות פגול ביד המוכר וכן הקשה המח"א הלכות שלוחין (סי' י"ב) והנתיבות (סי' קפ"ג וסי' קפ"ה) כ' הטעם כיון שהמשלח מסר המעות ביד השלית העמידו תחתיו סמך דעתו עליו אף אם יעשה עונת מ"מ לא יהיה לו דבר עם המוכר רק עם השלית וכבר כתב אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני שלוחין (סי' ג') שזה דוקא אליבא דידן דלא פסקינן כבני מערבא רק לעולם מקנה המוכר לבעה"מ ואף שעשה השלית שינוי בשליחותו מ"מ תמיד מקנה לבעה"מ וכיון שסומך המשלח על דעת השלית שפיר נקנה המקח והמשלח יש לו דין ודברים רק עם השלית אבל לבני מערבא דסברי מי הודיע ובשלח לקנות חיטין וקנה שעורים נתבטל המקח וחזור המעות להמוכר ודאי אף בלא הודיע שהוא שלית מ"מ נתבטל המקח כיון דלעולם לא קנה המשלח כשעשה שינוי מטעם דמי הודיע למוכר שיקנה לבעה"מ ואין המוכר מקנה רק להשלית והשלית אינו קונה גם כן כיון שלא התכוון לקנות הוי מקח טעות ועיין שם בנזכר דבריו.

ולפי זה בנידון דידן נמי בנזכר בעה"ב וגם השלית דאם נאמר דהמוכר התכוון להקנות להשלית אזי נתבטל המקח כיון דלא היה באמת מעותיו של השלית לכך אין התנונה מעל עד שיוציא ולא היה להש"ס נדרים לפשוט דאיסורא לא ניתא ליה דלקני ממתינתין הנז' די"ל דרב אשי סובר כבני מערבא דאמרינן מי הודיע ואם כן אין המוכר מקנה לבעה"מ רק להשלית ובאמת לא היה מעותיו והמשלח אינו רוצה לקנות כיון דנזכר וביטל השליחות ונתבטל המקח וגם דכיון שנזכר הוי מזיד ואשכח"ע והמעש' נתבטל לכך י"ל דאינו מעל עד שיוציא אבל בכברי עליה אין סברא לומר דאיסורא לא ניתא ליה דליקנו לכך קאמר מסברא דמ"מ הסברא נותנת דאיסורא לא ניתא ליה דלקני ואליבא דידן דפסקינן דלא כבני מערבא ובכ"מ אף ששינה בשליחותו אמרינן דהמוכר מקנה לבעה"מ ממילא לא נוכל לומר כיון דנזכר בעה"ב נתבטל השליחות דאף לו יהיה דנתבטל מ"מ כיון שהמוכר מקנה לבעל המעות והברירה בידו ליקח המקח אמרינן דכיון שהעמידו במקומו דעתו שלעולם כל מה שעשה השלית עם המעות יתקיים ואם כן לעולם דקנה המוכר המעות מיד לכך כתבו הרא"ש והרמב"ם הטעם דלא מעל התנונה עד שיוציא משום דאיסורא ל"נ ליה דלקני וזה נכון בעזה"י: אגב אנפיר במה שהתנפס אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גניבה וגזילה (סוף סי' ה') עם הנתיבות (סישמ"ח) דכ' לפי ד' הש"ך (סי' רצ"ב) דאף במקום שיש שלית לדבר עבירה לא חידשה התורה רק לסייב את המשלח לא לפטור את השלית ובמעילה כיון דמעל המשלח נפיק לחולין ומיישב הנתיבות בזה קושית הקצוה"ח (סי' שמ"ח) בש"ס ב"ק (ל"ב) במוסיף השלית ב"ד רצועה אחת ומת הרי זה גולה ובטעה הדין במנינא ובלא ידע להסוברים דיש שלד"ע אמאי השלית ב"ד גולה ואם נאמר דלא לפטור השלית אתי שפיר דסייב גלות ואאמ"ו ז"ל כ' למ"ש רש"י חגיגה (דף י') דלכך בנזכר בעה"ב ולא נזכר שלית מעל דאנן סהדי דל"נ ליה לבעה"ב והוי כביטל השליחות ולמה לזה הא כיון דאין מעילה במזיד ממילא השלית מעל וכן הביא שם מדברי רמב"ם מעיל' (פ"ז ה"י) ואני בנעני פתבתי

שם דמד' רמב"ם שם (ה"ה) משמע דלא מטעם ביטול שליחות רק פינו דהנה מזיד השליח מעל.

ושוב ראיתי ראיה נכונה לדברי אאמ"ו וז"ל שם דאל"כ אמאי בשלח על ידי שליח לקנות לו בעד פרוטה גרות וקנה לו בעד חצי פרוטה גרות ובעד ח"פ פתילות לא מעלו שניהם כמבואר במתניתין דמעיל' וברמב"ם שם נימא אף דשליח עשה שליחותו בתצי פרוטה שקנה גרות מ"מ פינו דהמשלח לא מעל ממילא לא נפיק לחולין וימעול השליח לצרף הח"פ שקנה גרות להחצי פרוטה דפתילות אלא ודאי דגז"ש דחטא חטא מתרומה הוא שיהיה כמעשה המשלח לבד ובגז"כ המשלח מטעם ביטול שליחות איתנו עלה: ודע דיש להתבונן הרבה ולהבין בהא דמבואר שם בש"ס חגיגה דמעילות ה"ה פהררין התלוין בשערה לכדתנא נזפר בעל הבית ולא נזפר שליח שליח מעל שליח עניא מאי קא עביד ובמוציא מעות הקדש לחולין התם מידע ידע דאיכא זוזי דהקדש איבעי ליה לעיוני הקא מי ידע ועיין שם ברש"י שהרי קרוב הוא לאונס יותר מן השוגג והיינו ע"כ דבכל אנפי אין יוצא מעות הקדש לחולין בלא מעילה ואמאי בטענה בדבר מצוה פטור ממעילה כדאמ' ר' יוסי מס' סוכה (דף מ"ב) עולת העוף שנומצאת בין הגפיים וכסבור חטאת העוף הוא ואכלה פטור דהו"ל טעה בד"מ ופטור מקרבן מעילה ופריה בש"ס מאי קמ"ל דטעה בדבר מצוה פטור היינו הך עיין שם וקא כל הטעם דטעה בדבר מצוה דפטור הוא משום דהוי פאונס.

הא לענין מעילה אף שוגג הקרוב לאונס גם כן חייב כמו בגזפר בעה"ב דשליח עניא מאי קא עביד קא סמך על בעל הבית דחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו וחזקה אלימתא הוא ומי ידע ושפיר יכול לסמוך על החזקה ובכ"ז אף שקרוב לאונס יותר מן השוגג חייב במעילה כ"כ י"ל במעילה פינו דהקדש א"י לחולין בלא מעילה חייב כמו כן י"ל דבמעילה חייב גם כן דלא הוי אונס גמור ועיין תוס' פסחים (דף ע"ג ע"א) ד"ה שחטו ובתוס' ר"פ החולץ ד"ה ונמצאת מעוברת ובדברי ס' חמדת שלמה חיו"ד (סי' א') מה דשו"ט בענין זה דשוגג קרוב לאונס ויש בזה אריכות דברים אולי אפכה לבאר במ"א: סי' ו' הגבהה דקונה בכ"מ מבואר בש"ע (סי' קצ"ח) מחלוקת הפוסקים אם בעי שיהי' מוגבה ג"ט או סגי בטפח ועיין שם סמ"ע שכ' פינו שהוא בידו הרי הוא פאלו ברשותו ובגתיבות תמה עליו דודאי פשלקחה בידו אפ"ל ליכא טפח קנה דידו קונה מטעם חצרו כמו שכ' תוס' ב"ק (דף כ"ט) רק באם לא הגביה בידו רק מפחו בזה פליגא אם סגי בטפח וכן מה שבולט לצד ידו אינו קונה מטעם יד רק מטעם הגבהה יענין שם.

ומצאתי ברמ"ה מס' ב"ב (דף קמ"ב ע"ב) שכ' וז"ל והגבהה קונה בכ"מ דכיון דאגביה ודאי אפקיה מרשותא דהוי קאי בגויה ועיילי' לרשותא דנפשיה דאי למ"ד חצר משום יד איתרביאי לא תהא ידו קלה מחצרו ואי למ"ד משום שליחות איתרביאי לא יהא עצמו קל משלוחו וסברא נמי הוא שאין לה דבר שנוכנס לרשותי' של אדם יתר מהבא לידו כו' עכ"ל הנה מבואר דהגבהה מטעם רשות קונה ובאמת קשה הא ודאי אם מוגבה מפחו עדיין לא בא לרשותו.

וגם אינו דומה לחצר דשם מונח הפל ברשותו אבל אם חצי מונח בחצרו וחצי חוץ לחצרו מנ"ל דקונה: ובקצוה"ח (סי' רס"ח) הביא דברי מהרי"ט דכ' דיד קונה שלא מדעתו

מכ"ש מחצר וכ' דתליא במחלוקת רש"י ותוס' פתובות (דף ל"א) דרש"י כ' דהגבחה  
אפילו בידו בעינו ג' טפחים ותוס' שם הקשה דהא תנו זרק לתוך קלפה מגורשת ובש"מ  
שם כ' דאפילו ידו הוצרכו ללמוד שיקנה מהא דאמר רבא לענו שפת ידו של אדם  
חשובה משום דלא מצינו בדרכי קניות אלא הגבחה ומשיכה ומסירה והלכה אין למידן  
מגיטין לדרכי הקניות ועוד כ' שם דס"ל לרש"י דאע"ג דלענו גט פתיב ונתן בידה שמה  
הינו דוקא פשמגביה ג"ט מן הארץ והאי דקלפה שאני משום דהוי הפלי שלה וקניא  
מדין רשותה.

וכיון דלרש"י מוכח דידו אינו קונה מדין רשותו דרשותו לא בעי הגבחה ג' וידו בעי  
הגבחה ג' וכיון דאינו אלא בתורת קנין הגבחה אינו קונה שלא מדעתו אלו דבריו. ולענ"ד  
דבריו מוקשים דנדאי הא דכתב הש"מ אדרבא משם מבואר להיפך דגם דעת רש"י דיד  
קונה מטעם רשות דכ' זאת לתרץ דברי רש"י דכ' על הא דאמר רב אשי פגון שצירף ידו  
למטה מג' פדרבא ופירש"י פי היכי דלענו שפת חשוב מקום לענו מיקני נמי חשוב  
מקום למיקני פאלו הגביה למעלה מג' ובתוס' הקשו דלענו שפת דבעי מקום חשוב  
הוצרך רבא לאשמוענו דידו הוי מקום חשוב ול"א דהוי פלבוד ובטל אגב ארעא אבל  
לענו קנין א"צ שום ראיה דנתן בידה פתיב ועל זה כ' הש"מ דאע"ג דלענו גט כ' ונתן  
בידה שמה היינו דוקא פשמגביה ג' טפחים מן הארץ [היינו לא שתהיה האשה צריכה  
להגביה דזה לא פתיב בתורה רק שמה פשידה מגבחה מקודם למעלה מן הארץ אז הוי  
רשות בפ"ע אבל פשידה למטה מג"ט מן הארץ בטל אגב ארעא דהוי פלבוד] והאי  
דקלפה משום דהוי הפלי שלה וקנאה מדין רשות אבל פשידה סמוך לארץ הו"א פלבוד  
דמי ובטל אגב ארעא עכ"ל הרי מבואר דגם לרש"י ידו של אדם קונה רק דהו"א דוקא  
פשידו הוא למעלה מג"ט ואז אף פשלא הגביהה מ"מ קונה מטעם יד אבל פשיד היא  
למטה מג' טפחי הנה ס"ד דבטל אגב ארעא על זה הביא ראיה דידו של אדם חשוב ולא  
בטל.

אולם ממה שכ' רש"י לעיל מניה שם דאי בעי גחזן ופירש"י למטה מג' דלא הוי הגבחה  
ותירוצו של הש"מ דכ' דוקא גט קונה ידה צ"ע דאם פן איך ילפינו מציאה מגט לענו  
חצר דקטנה במס' ב"מ (דף י"א) הא חצר לא הוי רק פיד ובגט דיד קונה גם חצר קונה  
אבל לענו קנין ממון דבעי דרכי קניות לקנות בהגבחה מה יועיל שמונח בחצרה אלא  
נדאי דגם לענו קנין ממון שנה כמו לגבי גט.

וצ"ל דאליבא דאמת לתירוצו דר"א ידו קונה מטעם רשות ולא מטעם הגבחה ורש"י כ'  
זאת בטרם שגילה לנו ר"א זאת דידו חשוב יותר ולא בטל והוי פאלו הגביהה למעלה  
מג' דאז נדאי קונה מטעם רשות כ"כ לא בטל אגב ארעא ושם בב"מ קאי אליבא דאמת.

ואם פן דברי מהרי"ט נכונים דיד לא גרע מחצר וקונה שלא מדעתו אמנם למה שכ'  
בפסקי תוספות רי"ד פ"א דב"מ הטעם דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משום פל  
אדם שיש לו חצר דעתו בשעה שזכה בהחצר פל מה שביבא לחצרו יזכה לו חצרו י"ל  
דהבא לידו אינו קונה שלא מדעתו דהוי פעודר בנכסי הגר פינו דלגבי יד לא שייך פוונה  
דמעיק' פמוכן: וראיתי בס' מג"ש שם ופנ"י שפתיבו דנתן בידה דגט אינו ראיה דהתם

בעל פֶּרֶחַה מְתַגְרֶשֶׁת וְכֵן מוֹכַח מְהֵא דְכ' תוּס' ב"ב (דף ע"ה) דְּמַטְלִטְלִי ל"ק בְּמִסְרָה אִם מְסַר אֶחָד לְחֶבְרֵי עַד דְּאִיכָא מְשִׁיכָה וְאֶפְר' מוֹסֵר לוֹ מִיָּדוּ לִידוֹ יַעֲיִין שָׁם מַה שְׂכ'.

ובפנ"י הוֹסִיף לוֹמַר דְּלַעֲנִין מו"מ אַף אֲלִיבָא דְאַמֶּת י"ל דְּלֹא מְהַי מַה שְׂתוֹפְסוּ בְּיָדוּ וְלֹא הִגְבִּיהוּ דְּבַעֲיָנוּ דְּוָקָא דְּבָרִים שְׂדַרְפֵּן בְּכַף שְׁיָהָא נִיכָר פְּנוּנַת קַנְיָו וְהִינְיָו דְּאַמְרִינָו בְּכ"מ דְּבַעֲיָנוּ מְשִׁיכָה אוֹ הִגְבִּיהָ אוֹ מְסִרָה אֲבָל בְּמָה שְׂלַקְחוּ בְּיָדוּ אִין נִיכָר פְּנוּנ' קַנְיָה שְׂדַרְפֵּי הַתְּגָרִים לִיטּוֹל וְלַהֲחִזִּיר עַד שְׂיַבְרְרוּ מְקַחְוּ פְּדֻאֲשַׁחְסוּן מְתַנִּיתִין דְּדַמְאִי (פ"ג מ"ה) גְּבִי הַלּוֹקֵם יָרַק.

וְהִנֵּה מ"ש מִגֵּט הוֹאִיל דְּהָיִי בַע"כ פְּבָר פְּתַבְתִּי דְּבַמְס' ב"מ קְאָמַר הַש"ס דְּיִלְפִינָו מְצִיָּאָה מִגֵּט וּמ"ש מְמִסְרָה תְּמַהֲנִי הָא בְּמִסְרָה אַף אִם מְסַר מִיָּד לִיד נ"מ הִיכָא דְּגוּף הַדְּבָר אִינוּ מְוַנַּח בְּיָדוּ וְכַמְבֹּאֵר ב"ב שָׁם פִּיצַד בְּמִסְר' אַחְזָה בְּטַלְפָּה בְּשַׁעְרָה בְּאַוּפָּה שְׁעָלִיהָ כו' אֲבָל כְּשִׁמוֹסֵר וְכָא לִידוֹ י"ל דִּיד קוֹנָה וְעִינָו רמ"ה (דף קמ"ב) שְׂכ' דְּהָא דְּדְבָר דְּבָר מְשִׁיכ' וְהִגְבִּיהָ אִינוּ קוֹנָה בְּמִסְרָה ה"מ אִם לֹא מְסַר הַמְקַנָּה לִיד הַקוֹנָה אֲלֵא דְּאַמַר לִיהָ לָךְ חֻזַּק וְקִנְיָ אֲבָל הִיכָא דְּמְסַר לִיהָ מְקַנָּה גּוּפִיָּה בִּידִיָּה לְקוֹנָה ע"ד דְּאַקְנוּיָי קִנְיָ כְּמְבֹאֵר פ"א דב"מ מוֹסִרָה מְחֶבְרֵי קָנָה וְכָהָא ל"פ תַּנְאִי וְעִינָו שָׁם וְאוּלִי זֶה גַם כֵּן דַּעַת רַמְבַּ"ם שְׂכ' פִּי"ז מַהֲל' גְּזִילָה בְּהֵמָה שְׁל הַפְּקָר אִינָה נִיְקַנִּית בְּמִסְרָה מְשַׁמַּע דְּוָקָא בְּלִיכָא ד"א מְקַנָּה וְכָהָל' מְכִירָה (פ"ב) מְשַׁמַּע דל"ק בְּמִסְרָה וְעִינָו שָׁם בלח"מ (ה"ה) וְלַדַּעַת הַרמ"ה י"ל דְּהִיכָא דְּמְסַר לְהַמְקַנָּה גּוּפִיָּה קוֹנָה וּמַה שְׂהִבִּיא הַפְּנ"י מִמְתַּנִּיתִין דְּדַמְאִי מְבֹאֵר שָׁם בְּפִירוּשׁ הַמְשַׁנְיִוֹת לְרַמְבַּ"ם הִי עוֹמֵד וְלוֹקֵם שְׂקָנָה וְלֹא נָטַל אוֹתָם בְּיָדוּ אֲבָל הִנֵּה הַמּוֹכֵר מוֹנָה וּמִיַּחַד אוֹתָם לְקוֹנָה הָרִי מְבֹאֵר דְּדוּק' כְּשִׁלָּא נָטַל הַלּוֹקֵם בְּיָדוּ אֲבָל כְּשִׁנְטַל בְּיָדוּ וְדַאי קוֹנָה וְכֵן מְבֹאֵר לְכַאוּרָה מְש"ס ב"ב (דף פ"ח) הַלּוֹקֵם יָרַק מִן הַשּׁוּק וּבִיָּר וְהִנֵּיחַ אֲפִילוּ כָּל הַיּוֹם כְּלוּ ל"ק כו' גָּמַר בְּלָבוּ לְקַנּוֹתוֹ קָנָה וְנִתְחַיֵּב בְּמַעֲשֵׂר וּפְרִיָּה אִטּוּ מְשׁוּם דְּגָמַר בְּלָבוּ לְקַנּוֹת קָנָה וּמְתַרְץ הָכָא בִּירָא שְׁמִי עֶסְקִינָו מְבֹאֵר דְּוָקָא מְשׁוּם דְּגָמַר בְּלָבוּ בְּלָבַד ל"ק אֲבָל אִם פִּירֵשׁ קוֹנָה בְּמָה שְׂלַקַּח בְּיָדוּ אוּלָם י"ל דְּנֶשֶׁם אִיְרִי דְּאַגְבִּיָּה מְדַעְתָּא דְּמוּכ' לְקַנּוֹת רַק הַבְּרִירָה בְּיָד הַלּוֹקֵם וְעִינָו שָׁם בַּרמ"ה (דף קנ"ד).

וְעַל מְתַנִּיתִין דְּנֶשֶׁם קָשָׁה קֶצֶת דְּקַתְנִי מוֹתֵר לְהַחֲזִיר מִפְּנֵי שְׂלָא מְשַׁף וְכֵן כ' הַרמְבַּ"ם (פִּי"א) מְמַעֲשֵׂר הָא סָתָם יָרַק הָיִי דְּבָר שְׂדַרְפֵּוּ בְּהִגְבִּיהָ וְלֹא נִקְנָה בְּמְשִׁיכָה כְּמְבֹאֵר ב"ב (דף פ"ו) וְעִינָו שָׁם תוּס' ד"ה אֲבָל: וְלַמ"ש הַנְּתִיבוֹת וְכ"כ בַּס' מַח"א דְּמָה שְׂחׁוּץ לִידוֹ אִינוּ קוֹנָה י"ל כְּפִינוּת רַש"י דַּאי בְּעִי גָּחִין וְאָכִיל לְמַטָּה מַג' טְפָחִים וַיֵּאָחֲזוּ רַק מְעַט בְּיָדוּ וְאֵז לֹא נִקְנָה לוֹ מְטַעַם יָד מַה שְׂחׁוּץ לִידוֹ וְכַאֲמַת הָא דְּאַמַר ר"ח בְּגוֹנֵב חֲלָבוּ שְׁהוּא חֲזִיב הִינְיָו עַל מַה שְׁהִי חׁוּץ לִידוֹ.

וְעִינָו מַה שְׂכ' בַּתו"ג (ס' קל"ט) דְּחֶקֶר אִם מְהַי בְּגַט שְׂאָר קַנְיָנִים וְכ' דַּבַּע"כ וְדַאי לֹא מְהַי דְּבַעֲיָנוּ פְּנוּנַת קַנְיָו וְגַט ל"ח ד"א מְקַנָּה יַעֲיִין שָׁם וְאִם כֵּן עַל פְּרֶחַה מוֹכַח דְּגֵט קוֹנָה מְטַעַם יָד וּרְשׁוֹת דְּאִם לֹא כֵן לֹא מְשַׁפְּחַת גֵּט בַּעַל פְּרֶחַח וְעִינָו שָׁם דְּהִבִּי מְדַבְּרִי רַשְׁבַּ"ם ב"ב (דף פ"ה ע"ב) שְׂפַתְבָּ שְׂקַלְתָּה תְּלוּי' בְּהָ דְּדַמְי